



Посольство
Великобритании
Астана



ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА В ХОДЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Международная экспертно-практическая конференция

20 декабря 2012 г., г. Алматы

Алматы, 2012 г.



Материалы международной экспертно-практической конференции «ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО КАЗАХСТАНА В ХОДЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА» - Алматы, 2012



Настоящий Сборник опубликован Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Посольства Королевства Нидерландов в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в материалах не отражают точку зрения Посольства Королевства Нидерландов в Астане.

СОДЕРЖАНИЕ

Программа конференции.....	5
Список участников конференции.....	9
ЭКСПЕРТНЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ.....	14
Соблюдение принципов состязательности, равенства сторон и права на защиту в уголовном процессе, <i>Канафин Д.К.</i>	14
Экспертное заключение «Соблюдение права на открытое судебное разбирательство», <i>Лоскутов И.Ю.</i>	47
ОТЧЕТ по прикладному исследованию «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан», <i>Центр исследования правовой политики</i>	69
Правовое заключение по предложениям, содержащихся в проектах законов Республики Казахстан "О гарантированной государством юридической помощи" и "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи", <i>Левин И.</i>	95
НАУЧНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ на проект Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» и проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи», <i>Кипнис Н.М.</i>	108
ЭКСПЕРТНЫЙ ОБЗОР По исполнению государственными органами Республики Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012гг., <i>Рамазанова Л.</i>	124
Итоги реализации положений Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан за 2009-2012 г.г. по стандартам справедливого суда, <i>Канатов А.К.</i>	154
ДОКЛАДЫ УЧАСТНИКОВ КОНФЕРЕНЦИИ	172
СЕССИЯ 1. ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН	172
Вопросы дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, <i>Касимов А. А.,</i>	172
Предложения Министерства внутренних дел в рамках разработки проектов новой редакции Уголовно-процессуального и Уголовного Кодексов Республики Казахстан, <i>Кожеев М. Ш.</i>	178

Вопросы совершенствования процессуальных полномочий защитников в рамках проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, Тугел А. К.	183
Конституционного Совета Республики Казахстан в контексте реформирования отечественного уголовного и уголовно-процессуального законодательства, Габдуалиев М. Т.	188
СЕССИЯ 2. СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РАМКАХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН	196
Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения, Ибраева А.	196
СЕССИЯ 3. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН	202
Спорные положения Концепции и законопроекта нового УК РК, Миндагулов А. Х.	202
Вопросы имплементации норм международных конвенций в уголовное законодательство Казахстана, Рахметов С. М.	211
Имплементация отдельных международных положений по вопросам пенитенциарной системы в уголовное законодательство Казахстана, Саламатов Е. А.	216
Имплементация международно-правовых норм в казахстанском уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве, Сарсембаев М.А.	222

ПРОГРАММА

Международная экспертно-практическая конференция

ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНО КАЗАХСТАНА В ХОДЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО И УГОЛОВНО- ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

20 декабря, 2012 г.

г. Алматы, гостиница «Royal Tulip»

09.30 – 10.00	Регистрация участников
10.00 – 10.15	Приветственные выступления Модератор: <i>ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна</i>, Заместитель директора Центра исследования правовой политики <i>АБДИРОВ Нурлан Мажитович</i>, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента Республики Казахстан <i>Петер ВАН ЛЕУВЕН</i>, Посол Королевства Нидерландов в Республике Казахстан <i>Стивен ФРИМАН</i>, Консул Посольства Великобритании в Республике Казахстан
СЕССИЯ 1.	ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
Модератор:	<i>БЫЧКОВА Светлана Федоровна</i>, Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе, Член Парламентской Ассамблеи ОБСЕ, профессор, д.ю.н.
10.15 – 10.30	Вопросы дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан <i>КАСИМОВ Акылтай Ахмеджанович</i>, Председатель судебной надзорной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан
10.30– 10.45	Предложения Министерства внутренних дел в рамках разработки проектов новой редакции Уголовно-процессуального и Уголовного Кодексов Республики Казахстан <i>КОЖАЕВ Марат Шадетханович</i>, Председатель Следственного комитета Министерства внутренних дел Республики Казахстан
10.45 – 11.00	Основные положения проектов новой редакции Уголовно-процессуального и Уголовного кодексов Республики Казахстан

*ПАХОМКОВА Ольга Леонидовна, Помощник Генерального Прокурора РК
Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности
Генеральной прокуратуры РК*

11.00 – 11.15 **Обсуждение**

11.15 – 11.45 **Кофе-брейк**

11.45 – 12.00 **Вопросы совершенствования процессуальных полномочий защитников в рамках проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан**

ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич, Президент Союза адвокатов Казахстана

12.00 – 12.15 **Международные стандарты в области прав человека в решениях Конституционного Совета Республики Казахстан в контексте реформирования отечественного уголовного и уголовно-процессуального законодательства**

ГАБДУАЛИЕВ Мереке Тлекович, ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.

12.15 – 12.30 **Обсуждение**

СЕССИЯ 2. СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РАМКАХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Модератор: *ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна, Исполнительный директор Общественного фонда «Хартия за права человека»*

12.30 – 12.45 **Итоги реализации положений Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан на период 2009-2012 г.г. по стандартам справедливого суда**

КАНАТОВ Алмас Канатович, Сотрудник Института научной экспертизы и анализа (г. Астана), доцент, к.ю.н.

12.45 – 13.00 **Соблюдение принципов состязательности, равенства сторон и права на защиту в уголовном процессе**

КАНАФИН Данияр Кайратович, адвокат, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.

13.00 – 13.15 **Оказание бесплатной юридической помощи в уголовном процессе: международные стандарты, регулятивные рекомендации**

ЛЕВИН Илья, научный сотрудник кафедры публичного права, русского права и сравнительного правоведения Университета Гумбольта (Берлин, ФРГ)

13.15 – 13.30 **Обсуждение**

13.30 – 14.30 **Обед**

Продолжение Сессии 2

- 14.30 – 14.45 **Право на переводчика в уголовном процессе как гарантия справедливого судопроизводства**
- НУРУМОВ Дмитрий Игоревич, Советник по юридическим вопросам Верховного комиссара по делам национальных меньшинств ОБСЕ, к.ю.н.*
- 14.45 – 15.00 **Право на компенсацию морального вреда для жертв судебной ошибки**
- ВОЛОЧАЙ Сергей, Директор SeLeV Consulting Group Ltd, эксперт по вопросам оценки морального вреда, участник Ассоциации юристов Украины, член рабочей группы Ассоциации юристов Украины по разработке проекта УПК Украины*
- 15.00 – 15.15 **Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения**
- ИБРАЕВА Анара, Директор Астанинского филиала Казахстанского Международного Бюро по правам человека и соблюдению законности, к.ю.н.*
- 15.15 – 15.30 **Обсуждение**
- 15.30 – 15.45 **Вопрос о ювенальной юстиции в реформируемом Уголовно-процессуальном и Уголовном законодательстве Республики Казахстан**
- БЫЧКОВА Светлана Федоровна, Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе, Член Парламентской Ассамблеи ОБСЕ, профессор, д.ю.н.*
- 15.45 – 16.00 **Представление результатов исследовательского проекта «Совершенствование института присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан»**
- ЗИНОВИЧ Татьяна Сергеевна, Заместитель директора Центра исследования правовой политики*
- 16.00 – 16.15 **Обсуждение**
- 16.15 – 16.45 **Кофе-брейк**
- СЕССИЯ 3. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**
- Модератор:** *КАНАФИН Данияр Кайратович, адвокат, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.*
- 16.45 – 17.00 **Соответствие статей новой редакции УК Концепции правовой политики РК на 2010-2020 гг.**

ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна, *Исполнительный директор
Общественного фонда «Хартия за права человека»*

17.00 – 17.15 **Спорные положения Концепции и законопроекта нового УК РК**

МИНДАГУЛОВ Алькен Хайдарович, *профессор Казахского
Национального Университета имени Аль Фараби, д.ю.н.*

17.15 – 17.30 **Вопросы имплементации норм международных конвенций в
уголовное законодательство Казахстана**

РАХМЕТОВ Саттар Муқанович, *главный научный сотрудник отдела
Уголовного, Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного
законодательства и судебной экспертизы Института
законодательства Республики Казахстан, д.ю.н.*

17.30 – 17.45 **Итоги реализации положений Национального плана действий в
области прав человека в Республике Казахстан на период 2009-2012
г.г. по праву на жизнь**

РАМАЗАНОВА Лейла, *адвокат Алматинской городской коллегии
адвокатов, независимый эксперт*

17.45 – 18.00 **Имплементация отдельных международных положений по
вопросам пенитенциарной системы в уголовное законодательство
Казахстана**

САЛАМАТОВ Ескали Амангельдинович, *экс-Заместитель
Председателя Комитета Уголовно-исполнительной системы
Республики Казахстан, доцент, к.ю.н.*

18.00 – 18.30 **Обсуждение. Подведение итогов, закрытие конференции**

СПИСОК УЧАСТНИКОВ

АДМИНИСТРАЦИЯ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
1.	МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич	Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК, д.ю.н.
КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
2.	БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич	Член Конституционного Совета РК
МАЖИЛИС ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
3.	БЫЧКОВА Светлана Федоровна	Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по законодательству и судебной-правовой реформе, Член Парламентской Ассамблеи ОБСЕ, профессор, д.ю.н.
4.	АБДИРОВ Нурлан Мажитович	Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Член Комитета по законодательству и судебной-правовой реформе Мажилиса Парламента РК
5.	РОМАНОВСКАЯ Светлана Юрьевна	Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Член Комитета по законодательству и судебной-правовой реформе Мажилиса Парламента РК
6.	ИКСАНОВА Гульнар Мустахимовна	Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Секретарь Комитета по социально-культурному развитию Мажилиса Парламента РК
ВЕРХОВНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И МЕСТНЫЕ СУДЫ		
7.	КАСИМОВ Акылтай Ахмеджанович	Председатель судебной надзорной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК
8.	ФЕДОТОВА Ирина Николаевна	Судья Алматинского городского суда
ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
9.	ПАХОМКОВА Ольга Леонидовна	Помощник Генерального Прокурора РК Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности Генеральной прокуратуры РК, член рабочей группы по разработке новой редакции Уголовно-процессуального кодекса РК
10.	УТИБАЕВ Гариффулла Курмангожевич	Советник Генерального Прокурора РК, профессор, д.ю.н.
КОМИТЕТ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
11.	ОСИПОВ Игорь Владимирович	Заместитель начальника Управления Следственного департамента, эксперт рабочей группы по разработке УК и УПК РК
МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
12.	КОЖАЕВ Марат Шадетханович	Председатель Следственного комитета

13.	САВАНКОВ Александр Михайлович	Заслуженный работник МВД, экс-Вице министр внутренних дел
ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
14.	РАХМЕТОВ Саттар Муқанович	Главный научный сотрудник отдела Уголовного, Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы
15.	ГАБДУАЛИЕВ Мереке Тлекович	Ведущий научный сотрудник Института законодательства РК
ЭКСПЕРТЫ		
16.	НУРУМОВ Дмитрий Игоревич	Советник по юридическим вопросам Верховного комиссара по делам национальных меньшинств ОБСЕ, к.ю.н.
17.	ВОЛОЧАЙ Сергей	Директор SeLeV Consulting Group Ltd, Эксперт по вопросам оценки морального вреда, участник Ассоциации юристов Украины, Член рабочей группы Ассоциации юристов Украины по разработке проекта УПК Украины
18.	ЛЕВИН Илья	Научный сотрудник кафедры публичного права, русского права и сравнительного правоведения, Университет Гумбольта (Берлин, ФРГ)
АДВОКАТУРА		
19.	ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич	Президент Союза адвокатов Казахстана
20.	КАРЧЕГЕНОВ Кенжегали Кадырович	Председатель Алматинской городской коллегии адвокатов
21.	БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
22.	МУСИН Салимжан Альмуратович	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
23.	КАНАФИН Данияр Кайратович	Адвокат, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.
24.	ВОРОНОВ Виталий Иванович	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов, член Комиссии по правам человека при Президенте РК
25.	СТУКАНОВ Юрий Сергеевич	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
26.	РАЗАМАНОВА Лейла	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
27.	КУНСЕРКИН Жан	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов
28.	НАМ Геннадий Мартынович	Адвокат, член Алматинской городской коллегии адвокатов

29.	УТКИН Сергей Геннадьевич	Юрист, независимый эксперт
УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ		
30.	РОМАШЕВ Роман Анатольевич	Начальник Самарского юридического института ФСИН России генерал-майор внутренней службы, Заслуженный деятель РФ, профессор, д.ю.н.
31.	ГАЛУЗИН Александр Федорович	Заместитель прокурора Самарской области, профессор Института права Самарского ГЭУ, к.ю.н.
32.	НОВИКОВ Анатолий Илларионович	Профессор кафедры уголовного права, криминалистики и правоохранительной деятельности Университета им. Д.А. Кунаева, к.ю.н.
33.	МИНДАГУЛОВ Алькен Хайдарович	Профессор Каз.НУ имени Аль Фараби, д.ю.н.
34.	САЛАМАТОВ Ескали Амангельдинович	экс-Заместитель председателя Комитета УИС, доцент, к.ю.н.
35.	КАНАТОВ Алмас Канатович	Сотрудник Института научной экспертизы и анализа (г. Астана), доцент, к.ю.н.
36.	СУЛЕЙМЕНОВА Гульнар Жахановна	Генеральный директор Евразийского центра права, адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов, член НКС при Верховном Суде РК, профессор, к.ю.н.
37.	РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович	Заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса ВКГУ им. Аманжолова, Директор Восточно-Казахстанского филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, д.ю.н.
38.	ДЖАНСАРАЕВА Рима Еренатовна	Заведующая кафедрой уголовного права, уголовного процесса и криминалистики юридического факультета КазНУ им. аль-Фараби, д.ю.н.
39.	АБДРАШЕВ Руслан Муратханович	Профессор, д.ю.н.
40.	КАН Александр Герасимович	Старший преподаватель кафедры Уголовного процесса Алматинской академии МВД РК, к.ю.н.
ДИПЛОМАТИЧЕСКИЕ МИССИИ		
41.	Петер ВАН ЛЕУВЕН	Посол Королевства Нидерландов
42.	Стивен ФРИМАН	Консул Посольства Великобритании в Казахстане
43.	Киннунен МИККО	Чрезвычайный и Полномочный Посол Республики Финляндия в Республике Казахстан
44.	Ханна ВУОКА	Консул по вопросам развития Посольства Республики Финляндия в РК
45.	Анне Марте АМБЛЭ	Заместитель Посла Королевства Норвегия в РК
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
46.	ЗАРУДНА	Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане

	Наталья Николаевна	
47.	Штефан БУХМАЙЕР	Советник по правам человека Центра ОБСЕ в Астане
48.	ЛЕВЧЕНКО Елена	Менеджер проектов Представительства Европейского Союза в Казахстане
49.	МЕДЕВ Бахытжан	Координатор программы «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
50.	АБРАМОВ Вячеслав	Директор представительства «Фридом Хаус» в Казахстане
51.	ЗУДОВА Ольга	Старший Юридический Советник Проекта УНП ООН по Глобальной программе правовой поддержки
52.	АДЕРИХИНА Татьяна	Координатор программы ЮНИСЕФ по защите прав детей
53.	МИТРОФАНОВА Ирина	Менеджер программ USAID, г. Алматы
54.	НУРМАГАНБЕТОВ Ильяс Кайратбекович	Координатор проектов PRI Международной тюремной реформы в Центральной Азии
НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
55.	ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна	Исполнительный директор общественного фонда "Хартия за права человека"
56.	АКЫЛБЕКОВА Роза Максатбековна	Директор Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
57.	ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич	Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»
58.	КАЛЕЕВА Тамара Мисхадовна	Президент международного фонда защиты свободы слова «Адиль Соз»
59.	ДЖАЛИЛОВ Адиль	Председатель Медийного Альянса Казахстана
60.	ВОРКОВА Василина	Менеджер по проектам Международного центра журналистики MediaNet, журналист
61.	ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна	Президент ОФ «Международная Правовая Инициатива»
62.	ДЖИВАГА Денис	Заместитель директора Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
63.	ТЮЛЕНЕВА Виктория	Руководитель Правозащитного центра
64.	ХИЖНИЧЕНКО Светлана	Юрист Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
65.	БЕРЕЗОВСКАЯ Диана	Ассистент проектов Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности

66.	ИБРАЕВА Анара	Директор филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности г. Астана
67.	ШОРМАНБАЕВ Амангельды Сергеевич	Независимый эксперт
68.	НАЗХАНОВ Таир Кузекевич	Председатель ОО «Форум адвокатов»
69.	АГИБАЕВА Мая Аскарловна	Главный редактор журнала «ЮРИСТ»
70.	МУРТАЗАЕВА Гульнара Наримановна	Председатель Международного общественного объединения "Мир-Диалог", к.ю.н.
ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ		
71.	ЗИНОВИЧ Татьяна	Заместитель директора
72.	МИРОШНИЧЕНКО Ольга	Координатор программ
73.	ИСКАЛИЕВА Дина	Ассистент проектов
ПЕРЕВОДЧИКИ		
74.	АСЫЛБЕКОВ Жалгас	Переводчик
75.	НУРКАБАЕВА Гайни	Переводчик

КАНАФИН Д.К.
*адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
доцент, к.ю.н.*

Соблюдение принципов состязательности, равенства сторон и права на защиту в уголовном процессе¹

В соответствии со статьей 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – «Пакт») каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

а) быть в срочном порядке и подробно уведомленным на языке, который он понимает, о характере и основании предъявляемого ему обвинения;

б) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;

с) быть судимым без неоправданной задержки;

д) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника;

е) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него;

ф) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке;

г) не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным.

Перечисленные выше положения являются основными, базовыми стандартами справедливого уголовного процесса, обязанность по соблюдению которых ложится на каждое ратифицировавшее Пакт государство. Очевидно, что исполнение этих стандартов возможно только в суде, где стороны равны в своих процессуальных возможностях, процесс носит состязательный характер, а функции обвинения, защиты и разрешения дела по существу полностью отделены друг от друга и отправляются разными субъектами процесса.

Вопрос о равенстве и состязательности сторон в уголовном процессе напрямую связан со степенью независимости суда. В странах переходного периода, не имеющих развитых демократических институтов, степень независимости суда определяется состоянием политической системы самого государства. В условиях отсутствия реального разделения властей, несовершенства системы сдержек и противовесов, позволяющим исполнительной

¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Посольства Королевства Нидерландов в Астане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Посольства Королевства Нидерландов в Астане.

ветви власти доминировать над остальными, не приходится говорить о достаточной самостоятельности суда в принятии решений, отнесенных к его компетенции. Очевидно, в этих условиях также невозможна подлинная состязательность и равенство сторон в судопроизводстве. Проблема независимости суда может быть решена только посредством дальнейшей демократизации государственного устройства, однако, эта тема выходит за рамки данной научной работы.

Предметом настоящего исследования являются только правовые отношения, складывающиеся в ходе обеспечения состязательности и равенства сторон, а также права на защиту в уголовном процессе Республики Казахстан.

Задача исследования состоит в анализе действующего законодательства, регламентирующего обеспечение прав личности в уголовном судопроизводстве, практики его применения, положений проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан², посвященных этому кругу правовых отношений, изучение возникающих в данной сфере практических и теоретических проблем и выработке рекомендаций по их эффективному и скорому разрешению.

В связи со сложностью предмета исследования, настоящий анализ ни в коей мере не претендует на полноту и бесспорность сформулированных выводов, является теоретической работой, рассчитанной на обсуждение в рамках открытой научной дискуссии.

1. Состязательность и равенство сторон в уголовном процессе. Историческое искажение принципа

В соответствии со ст. 23 УПК Республики Казахстан уголовное судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты. Уголовное преследование, защита и разрешение дела судом отделены друг от друга и осуществляются различными органами и должностными лицами. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или защиты и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо интересов права. Суд, сохраняя объективность и беспристрастность, создает необходимые условия для выполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

Данное положение национального законодательства соответствует общепринятым международным стандартам и формально постулирует их исполнение в отечественном уголовном процессе. Однако, при критическом, принципиальном взгляде на сложившуюся правоприменительную практику приходится признать, что благие пожелания законодателя далеко не всегда должным образом учитываются в реальной жизни.

Вопрос о том, как в действительности принцип состязательности и равноправия сторон соблюдается в казахстанском уголовном судопроизводстве, является одним из самых сложных в юридической науке. Общеизвестно, что в основу организации нашего уголовного процесса положена, так называемая «смешанная» модель, где состязательность в полном объеме гарантирована только на судебных стадиях, а предварительное расследование фактически носит инквизиционный (розыскной) характер, с явным доминированием стороны обвинения, и весьма ограниченными полномочиями стороны защиты.

Такой порядок вещей нельзя признать справедливым, поскольку подавление защиты на следствии может привести к нарушению прав человека, необъективности собранных по делу доказательств, неоправданно суровому применению мер принуждения. Неравенство полномочий сторон на этом этапе судопроизводства, концентрация власти только в руках

² Далее – «проект УПК», «проект».

органов уголовного преследования, декоративность и слабость защиты становятся причинами произвола и беззакония, дискредитации правосудия и в действительности выгодны только не демократическому, не правовому, основанному на подавлении личной свободы государству.

Суть проблемы состязательности сторон на предварительном следствии уходит корнями в прошлое уголовного судопроизводства, в особенности воспринятой когда-то и пока не отвергнутой старинной правовой традиции. Очевидно, что без краткого экскурса в историю невозможно объективно оценить сложившуюся ныне ситуацию, понять причины существующих трудностей и предложить идеи по дальнейшему совершенствованию процесса в этой части.

Мало кто будет спорить с тем, что уголовное судопроизводство в Казахстане представляет собой систему правовых отношений, в основе которой лежат институты, перенесенные на отечественную почву из советского законодательства. Оно же, в свою очередь, произрастает из дореволюционных процессуальных форм, кардинально измененных в период коммунистического режима. Однако, некие внутренние контуры системы настолько хорошо сохранились, что в определенной степени позволяют обрисовать общий итог трансформации принципа состязательности в уголовном процессе.

Судебная реформа в Российской империи 1864 года внедрила французскую «смешанную» модель уголовного процесса, где предварительное следствие не носило полноценного состязательного характера³. В качестве подтверждения этому И.Я. Фойницкий указывает на отсутствие права на защиту у обвиняемого, а также на то, что сам «доступ к следствию сопровождается для него многими существенными ограничениями».⁴ Любопытен рассказ И.Я. Фойницкого о неудачной попытке реформаторов внедрить начала состязательности в предварительное следствие. Характерно, что под этими началами понимались именно полномочия защитника на досудебном этапе производства. Так, в частности, уголовное отделение судебной комиссии, учрежденной при Государственной канцелярии для составления проекта Устава уголовного судопроизводства, «проектировало допущение уже в этой стадии процесса защитника с правом присутствовать при всех без исключения следственных действиях, обращать внимание следователя на все обстоятельства дела, могущие служить к оправданию обвиняемого, и просить его о предложении вопросов свидетелям».⁵ Однако, это вполне прогрессивное предложение не было принято Государственным советом.

В качестве смягчения или скорее оправдания явно розыскного характера предварительного расследования законодателем был использован такой порядок, при котором производство на этой стадии процесса осуществлялось следователями, состоявшими членами окружных судов, то есть должностными лицами, формально не относящимися к органам уголовного преследования. Сами авторы Устава определяли проводимое таким образом следствие как «судебную деятельность». В качестве

³ «Образцом для построения процесса по общеуголовным делам послужил Французский кодекс 1808 года. В нем характерно разделение производства на предварительное следствие, негласное, находящееся под сильным влиянием прокурора и судебное разбирательство, в котором в порядке гласного и устного состязания между прокурором и подсудимым с защитником проводилась проверка судом всех доказательств и выносился приговор». М.А. Чельцов-Бебутов. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. Санкт-Петербург. 1995. С. 780.

Современные исследователи также соглашались с этим выводом: «В целом русское уголовное судопроизводство образца 1984 г. можно определить как смешанный процесс французского морфологического типа с преобладанием на смешанном предварительном расследовании следственно-розыскных признаков и состязательных на последующих судебных стадиях». А.В. Смирнов. Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 203

⁴ И.Я. Фойницкий Курс уголовного судопроизводства. Том 1. Санкт-Петербург. Издательство «Альфа». 1996. С. 70.

⁵ И.Я. Фойницкий Указ. соч. С. 68.

теоретической основы разграничения полицейской и следственной функций был положен базирующийся на теории разделения властей постулат о противопоставлении судебной власти власти административной. Предполагалось, что только «действия органов судебной власти, совершенные в установленном процессуальном порядке, могут вызвать правовые последствия».⁶

Инквизиционность досудебного производства также пытались снизить предоставлением обвиняемому права присутствовать при всех следственных действиях, в случае допроса свидетеля без участия обвиняемого иметь возможность знакомиться с протоколами таких допросов. Также обвиняемому было предоставлено право ставить дополнительные вопросы перед свидетелями, предъявлять доказательства в опровержение собранных против него улик и др.⁷

Несмотря на все эти допущения, по справедливому мнению М.А. Чельцова-Бебутова, предварительное производство сохранило инквизиционный характер. В большинстве случаев обвиняемые из низших классов не могли полноценно воспользоваться предоставленными правами, а защитник не мог принимать участия на этой стадии процесса. Полиция имела права на производство розыска, дознания, а в некоторых случаях и следственных действий вместо следователя. Сами следователи не могли сохранить беспристрастность и независимость от прокурора. «В фигуре судебного следователя, как указывали либеральные комментаторы Устава, были смешаны судебные и административные функции, и задача розыска оттесняла в деятельности следователя задачу объективной проверки обстоятельств, говорящих в пользу обвиняемого».⁸

Профессор В.П. Даниевский говорил: «Принципиальный недостаток предварительного следствия коренится в инквизиционном начале, проникающем в эту стадию процесса, противоречащему состязательному принципу, который проходит весьма заметно через окончательную стадию уголовного судопроизводства... Не говоря уже о принципиальной погрешности и практической опасности смешения в одном лице обязанностей судьи и функции сторон, одно отождествление в следователе этих последних функций представляется крупной ошибкой, пагубно влияющей на строй предварительного следствия, на его результаты, а в конце концов, и на решение дела по существу. Едва ли мыслимо для одного лица быть в деле и обвинителем и защитником. Эти функции принципиально противоположны и не согласуемы...».⁹

Очевидно, что попытка сделать следствие более объективным, посредством подчинения его судебному ведомству, оказалась заведомо ошибочной. Одними лишь административно-бюрократическими методами решить принципиальную проблему дифференциации уголовно-процессуальных функций невозможно – один и тот же субъект не в состоянии в равной степени эффективно осуществлять и уголовное преследование и надежную защиту прав преследуемых лиц. Принадлежность этого субъекта к тому или иному государственному органу не имеет при этом никакого значения, поскольку противоречие кроется в самой постановке перед этим субъектом взаимно противоречащих друг другу задач.

Однако, даже эти весьма сомнительные и не очень жизнеспособные намерения обеспечить хоть какую-то состязательность на досудебных стадиях процесса были полностью ликвидированы после установления коммунистического режима.

⁶ М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 782.

⁷ См. М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 781.

⁸ М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 783 «Опыт, однако, показал, что там, где ...законодателем сделана попытка установить грань между дознанием и предварительным следствием по самому существу их задач, эта грань неизбежно стирается и следователь превращается в помощника прокурора». Н.Н. Полянский. Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса. М., 1924. С. 18. Цит. по: А.В. Смирнов. Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 201.

⁹ В.П. Даниевский. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. Москва. 1895 г. Переиздано: Киев. Семенко Сергей, 2003. С. 26-29.

Постановлениями ВЦИК и СНК РСФСР от 3 сентября 1928 г. следственный аппарат, до этого относившийся к подчинению областного суда, был окончательно передан в прокуратуру. Восторжествовало мнение А.Я. Вышинского, предлагавшего отказаться от точки зрения на предварительное следствие как на судебную деятельность и рассматривать ее как однопорядковую с дознанием.¹⁰ Таким образом, даже формальное признание возможности состязательного «судебного» следствия было фактически похоронено. В последующем советское уголовно-процессуальное законодательство регламентировало предварительное расследование в исключительно инквизиционном режиме.

Только в 1990-х стали предприниматься попытки выровнять баланс сил в уголовном процессе и внедрить хоть какие-то начала состязательности на его досудебных стадиях. К законодателю пришло осознание того, что в уголовном процессе и особенно на его досудебных стадиях гражданин остается один на один со всей машиной государственного принуждения и, будучи защищаемым только адвокатом, нуждается в дополнительных механизмах обеспечения его прав и надлежащей процедуры правоприменения.

Постепенно в течении последних 20 лет, путем точечного изменения законодательства, обвиняемому были предоставлены дополнительные права, такие как, право на свидетельский иммунитет, на доступ к защитнику с момента задержания, а не окончания следствия, право на представление доказательств, обжалования в суд незаконных действий органов уголовного преследования. Также относительно недавно было внедрено судебное санкционирование ареста, предоставлено право инициирования экспертиз и пр. В специальной литературе процесс наделения стороны защиты новыми правами, возложения на сторону обвинения дополнительных обязательств и ограничений определяется как «favor defensiois» и считается формой обеспечения состязательности, изначально ущемленной при смешанном типе уголовного процесса.¹¹

Однако, приходится признать, что постепенное усиление начал состязательности на предварительном следствии, все же носит не достаточно динамичный и последовательный характер. Очевидно, законодателю трудно преодолеть привычные стереотипы и совершить кардинальную реформу уголовного судопроизводства, устранив саму основу для неравенства сторон в уголовном процессе.

Тем не менее, ратификация Пакта и необходимость имплементации соответствующих положений международного права в национальное законодательство, ставят перед авторами судебно-правовой реформы новые задачи, которые, просто невозможно решить в рамках устаревшей и явно инквизиционной смешанной модели уголовного процесса.

Вместе с тем, не ограниченному шорами правовой традиции исследователю понятно, что процедура судопроизводства нуждается в серьезной трансформации, перераспределении полномочий между судом, органами уголовного преследования и защитой. Это в свою очередь требует внедрения новых институтов, в большей и лучшей степени обеспечивающих равенство и состязательность сторон и доказавших в ходе правовой эволюции свою эффективность и жизнеспособность. Далее мы рассмотрим подробнее, какие именно институты могут быть использованы для развития отечественного уголовного судопроизводства.

¹⁰ См.: V Всероссийский съезд деятелей советской юстиции. 10-15 марта 1924 г. Тезисы. Стенографический отчет. Резолюции. М. 1924. С.193-194. Цит. по: А.В. Смирнов Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 204

¹¹ А.В. Смирнов Указ. соч. С. 58

2. Обеспечение состязательности и равенства сторон в уголовном процессе посредством развития функции судебного контроля. Проблемы судебного контроля в проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

Уголовный процесс можно представить как производство по поводу нарушения уголовного закона, объединяющее в себе различные по целям и задачам виды деятельности, которые в юридической теории принято определять как процессуальные функции. Так, например, органы уголовного преследования имеют главной целью установление субъекта, совершившего преступление, его изобличение, применение к нему мер уголовно-процессуального принуждения и последующего наказания. Сторона защиты желает добиться оправдания, установления факта невиновности привлеченного к ответственности лица, либо, по крайней мере, сокращения до минимума применяемого в отношении него правоограничения. Суд обязан объективно и беспристрастно рассмотреть дело и вынести по нему справедливое решение. На этой основе в юридической науке принято выделять три основные функции уголовного процесса: уголовное преследование (обвинение), защиту и разрешение дела по существу.¹²

Теория функций в уголовном судопроизводстве сложна и многогранна. Помимо основных, определяют и так называемые вспомогательные или дополнительные функции. Полагаем излишним в рамках настоящего исследования углубляться в дискуссию по поводу их числа и наименования, а также допустимости самой этой дифференциации.¹³ Правоприменительная деятельность по разрешению уголовно-правового спора слишком сложна, чтобы уместиться только в рамках трех базовых функций. В действительности есть относительно самостоятельные направления процесса, решающие частные или промежуточные его задачи. К числу таких дополнительных, но очень важных функций относится судебный контроль.

Очевидно, что классическим состязательным процессом является тот, где обвинение и защита равны в своих возможностях¹⁴ и предстают перед беспристрастным и объективным судом, который относится к ним с равной степенью уважения и признания. Такой баланс достаточно легко представить в главном судебном разбирательстве, где указанный выше треугольник основных функций очевиден. Но как быть на досудебных стадиях процесса, где до разрешения по существу дело еще не дошло и пока только обвинение и защита соприкасаются между собой? Очевидно, что здесь роль суда состоит в отправлении совсем иной функции – контроля за соблюдением законности и прав участников процесса. Полагаем, что именно нормальный судебный контроль позволит отказаться от пришедшего в негодность старого механизма организации предварительного расследования, когда-то неудачно заимствованного из средневекового инквизиционного французского процесса, а затем ухудшенного в сторону усиления его и без того репрессивной природы.

¹² «Именно процесс, построенный на началах строгого размежевания функций обвинения, защиты и осуществления правосудия, содержит необходимые гарантии установления истины; предупреждает односторонний характер выявления обстоятельств дела; исключает опасения суда, что вынесением оправдательного приговора он себя поставит в положение органа, допустившего ошибку или не выполнившего возложенной на него обязанности; усиливает доверие к суду и воспитательное воздействие судебного приговора.» Я.О. Мотовиловкер. Основные уголовно-процессуальные функции. Ярославль, 1976. С. 10

¹³ Более подробно, см., например: Б.Х. Толеубекова. Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан Алматы, «Баспа», 1998. С 73, Д.М. Берова. Понятие и система функций в уголовном судопроизводстве. Общество и право, 2010. Доступно в Интернете по адресу: http://www.juristlib.ru/book_8070.html, П.С. Элькин. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54 – 69 и др.

¹⁴ «Non debet actori licere, quod reo non permittitur» - не должно быть позволено обвинителю, то, что не разрешается обвиняемому (лат.).

Природа судебного контроля уходит корнями в принципы демократического государственного устройства. В соответствии с теорией разделения властей исполнительная, судебная и законодательная ветви власти должны взаимодействовать между собой посредством системы сдержек и противовесов, не допуская тирании и произвола в отношении граждан. Очевидно, что если к компетенции исполнительной власти относится борьба с преступностью и связанное с этим правоограничение, то только в полномочиях судебной власти определять степень обоснованности вторжения государства в сферу частных отношений и осуществлять надзор за законностью такого вторжения. Иными словами, помимо отправления правосудия, судебная власть также призвана разрешать спор между гражданином и государством по поводу законности ограничения прав личности и неприкосновенности основных ценностей демократического государства.¹⁵

В этой связи, очевидно, что судебный контроль – институт, наиболее эффективно обеспечивающий соблюдение принципов справедливого уголовного процесса и баланс сил между сторонами. Функция судебного контроля становится одним из элементов, гарантирующих состоятельность производства на досудебных стадиях, и в современном мире фактически заменяет собой неэффективную и свойственную для репрессивных форм процесса функцию прокурорского надзора, поскольку участие суда, как беспристрастного арбитра, не несущего ответственности за борьбу с преступностью, позволяет лучше регулировать взаимоотношения между сторонами в уголовном процессе.

Полагаем, что к предмету судебного контроля можно отнести разрешение таких вопросов, как:

- а) определение законности и обоснованности задержания (ареста) и иных форм ограничения конституционных прав граждан (санкционирование оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных действий);
- б) разрешение вопросов, связанных заключением соглашения о признании вины и сотрудничестве со следствием;
- в) удостоверения факта примирения сторон и прекращения уголовного дела по этому основанию;
- г) надзор за надлежащим соблюдением прав граждан, оказавшихся в орбите уголовного судопроизводства (рассмотрение жалоб участников процесса);
- д) рассмотрение вопросов, связанных с исполнением приговоров и др.¹⁶

Очевидно, что развитие судебного контроля – одно из наиболее важных и необходимых направлений совершенствования уголовного судопроизводства. К сожалению, в действующем законодательстве этот институт получил только зачаточное, неполное развитие и ограничивается процедурой рассмотрения жалоб участников процесса на действия органов уголовного преследования и судебным санкционированием ареста/домашнего ареста. При этом процессуальная форма санкционирования ареста далека от совершенства, носит ограниченный характер и нуждается в дальнейшем совершенствовании.¹⁷

¹⁵ Разумеется, судебная власть при этом должна быть независимой от иных ветвей власти. Как было отмечено выше, этот вопрос выходит за рамки настоящего исследования. Более подробно, см.: Перспективы развития судебно-правовой реформы в Республике Казахстан. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 25-29.

¹⁶ Следует отметить, что действующее законодательство и проект УПК большинство перечисленных действий, кроме санкционирования следственных мероприятий, ограничивающих конституционные права личности, уже относит к компетенции суда, что указывает на признание самой идеи внедрения судебного контроля в отечественный уголовный процесс.

¹⁷ Более подробно см. Аналитический отчет. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Бюро по демократическим институтам и правам человека. Варшава, 2011 г. (далее: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан).

В обсуждаемом в настоящее время проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан идея судебного контроля воплощена в создании должности следственного судьи, уполномоченного на выполнение вышеперечисленных и некоторых других дополнительных действий, к обсуждению которых мы обратимся далее. Предполагается, что следственным судьей будет «судья районного и приравненного к нему суда, рассматривающий жалобы на действия (бездействие) и решения органов уголовного преследования и санкционирующий отдельные следственные действия».¹⁸

Следует признать, что вообще идея создания такого субъекта процесса заслуживает безусловной поддержки, ибо являет собой первый шаг на пути организационного оформления института судебного контроля. Этим шагом определяется должностное лицо, ответственное за отправление данной функции, конкретизируются не только его полномочия, но и процедура взаимодействия с ним остальных участников процесса. Происходит пусть предварительное, еще не четкое, но разъединение функции отправления правосудия от функции процессуального контроля за законностью и соблюдением прав человека. Такая кристаллизация полномочий должна в лучшей степени обеспечить состязательность на досудебных стадиях процесса и дать его участникам дополнительные возможности по отстаиванию своих прав, поскольку в спор между обвинением и защитой в качестве арбитра допускается орган судебной власти равноудаленный от интересов сторон.

Вместе с тем, формы и способы обеспечения деятельности этого института на самом деле характеризуют степень его жизнеспособности и эффективности. Несовершенство этих форм и способов, а также признанная на международном уровне недостаточная независимость судов в Казахстане, может свести на нет все самые благие пожелания разработчиков нового УПК. Важно сейчас определить преграды, стоящие на пути этого участника процессуальных отношений и попытаться устранить их наиболее оптимальным образом.

Первой основной проблемой в работе следственного судьи станет нерациональное организационно-кадровое размещение этого субъекта внутри судебной системы. Как уже было упомянуто выше, в соответствии с п. 38) ст. 7 проекта УПК следственный судья – это судья районного и приравненного к нему суда. В тексте проекта УПК нет ни одного упоминания о том, что следственные судьи каким-либо образом будут обособлены от судей районного суда, рассматривающих дела по существу. Допустимо предположить, что один и тот же судья станет отправлять обе процессуальные функции и только от воли председателя суда будет зависеть в какой ипостаси он выступит по тому или иному делу.

Считаем, что возложение функции судебного контроля на судей районного суда, основной задачей которых является рассмотрение уголовных дел по существу, явится препятствием для полноценной работы самих судей и негативно отразится на качестве как отправления правосудия, так и осуществления процессуального контроля. Подтверждением этого вывода могут служить следующие аргументы.

Во-первых, экстенсивное расширение обязанностей судей, без адекватного изменения условий их труда, без учета нагрузки и прочих организационно-материальных факторов, создаст очень серьезные трудности в работе судов, возможно, в некоторых случаях даже парализует их деятельность. Приведем конкретные примеры.

Согласно ч. 2 ст. 45 проекта УПК суд будет правомочен утверждать процессуальные соглашения подозреваемого, обвиняемого, осужденного с органом уголовного преследования, санкционировать меры пресечения в виде домашнего ареста, содержания под стражей и продлевать их сроки; санкционировать принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы; эксгумацию трупа; объявление в

¹⁸ Пункт 38) ст. 7 проекта УПК.

международный розыск. Кроме этого, в соответствии с п. 1) ч. 3 этой же статьи судья районного и приравненного к нему суда будет рассматривать жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования. В тоже время, п. 2) ч. 1 ст. 78 проекта УПК утверждает, что судья, осуществлявший вышеперечисленные действия, подлежит отводу при рассмотрении дела в главном судебном разбирательстве.¹⁹

Есть достаточные основания полагать, что отправление правосудия во многих, особенно в малосоставных, районных судах при соблюдении этого условия иногда будет просто невозможно по причине чрезмерной загрузки, трудности в распределении дел или простой нехватки судей. Даже сейчас известны случаи, когда по сложному делу почти все судьи районного суда оказываются вовлеченными в рассмотрение жалоб участников процесса по ст. 109 УПК РК, и, порой, остается только один судья, который может принять это дело к производству. Однако, подобного рода ситуации возможны в настоящий момент, при пока ограниченных «следственных» полномочиях районных судей. Эти судьи еще не депонируют доказательств, не утверждают процессуальных соглашений и не выполняют прочих действий, предусмотренных ст. 45 проекта УПК. Полагаем, что пора задаться вопросом: а что будет дальше? Мы опасаемся, что смешение двух функций: судебного контроля и отправления правосудия в рамках районного суда приведет к неразберихе и серьезным организационным трудностям во всей судебной системе.

Во-вторых, при описании процедуры судебного контроля разработчики не учли главного: вовлечение судьи в процесс досудебного производства, способствует его «спайке» с одной из сторон процесса. Судья по предполагаемому характеру деятельности следственного судьи, и даже по тому названию, которое применяется в отношении этого субъекта процесса в проекте УПК²⁰, он, осуществляя свою функцию (давая санкции на арест, на объявление в межгосударственный розыск и пр.), в большей степени станет сближаться со следствием и, так сказать, накапливать «обвинительный потенциал». Очевидно, именно по этой причине проектом предусмотрен отвод такого судьи от рассмотрения дела по существу. Так, например, в настоящее время судьи дают санкцию на арест, примерно по 96% рассмотренных ходатайств.²¹

Подобно тому, как судебные следователи постепенно утратили свою первоначальную связь с судебным ведомством и превратились в орган уголовного преследования, следственный судья, на постоянной основе взаимодействуя с органами уголовного преследования, постепенно будет подвергаться обвинительной деформации, сращиваться с этими органами, что может отрицательно сказаться на его объективности и беспристрастности, когда он будет выступать в роли обычного судьи и рассматривать дела по существу.²²

¹⁹ Следует отметить, что в проекте УПК не регламентирован вопрос об отводе судьи, депонировавшим доказательства. Проектом соответствующего основания для отвода не предусмотрено. Но депонирование показаний вовлекает судью в изучение обстоятельств уголовного дела на первоначальном этапе производства, когда истина по нему еще не установлена, выводы и предположения о произошедшем предварительны, условны и в достаточной степени еще не подтверждены. Очевидно, участие в такой процедуре может оказать влияние на сознание судьи, сформировать у него предубеждение к одной из сторон, до того как он сможет ознакомиться с делом в полном объеме. Полагаем, что единственным рациональным способом решения этой проблемы является отнесение депонирования доказательств к исключительной компетенции следственных судей и обособление этих судей, от их коллег, рассматривающих дела по существу.

²⁰ Использование термина «следственный судья» указывает на недопустимое для справедливого правосудия смешение на семантическом уровне функций уголовного преследования и разрешения дела по существу. Считаю необходимым применить к этому субъекту процесса иное название, конкретизирующее и уточняющее его функцию в судопроизводстве. Например: «**судья по контролю за соблюдением законности и прав человека**».

²¹ См. Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 23

²² Характерно мнение авторов судебных уставов по вопросу о недопустимости смешения судебных и следственных функций: «Вмешиваясь в начатие уголовных дел и разрешая или предписывая те или другие следственные действия он [суд – Д.К.] может невольно составить себе вперед понятие о

Защитнику и нынче крайне сложно преодолеть обвинительный уклон, существующий в системе, но в новых условиях ему будет еще труднее исполнять свою функцию и добиваться не только объективного, но и гуманного подхода к разрешению уголовных дел.

В-третьих, совмещение контрольной и основной судебной функции в рамках одного суда, а значит и одного трудового коллектива, пронизанного неформальными, житейскими связями, в любом случае усложнит ситуацию с объективностью и беспристрастностью судей. Ибо судьи одного суда будут вынуждены давать оценку законности и обоснованности действий друг друга, так как будут выносить приговоры по делам, по которым их товарищи, коллеги, сослуживцы, давали санкции на арест, объявляли в розыск, отправляли на стационарные экспертизы и пр. Осознание того, что сегодня коллега зависит от твоего решения, а завтра ты точно также будешь зависеть от него, в наших реалиях ни к чему, кроме усиления негативной корпоративности и коррупции в судебной системе не приведет.

Как когда-то судебный следователь постепенно превратился просто в следователя, так и следственный судья, может повторить эту же драматическую трансформацию – создание в судах следственных судей, может привести к торжеству следственного начала над судейским. Такое воздействие на судебную систему недопустимо, поскольку противоречит не только принципам справедливого правосудия, но и самим базовым основам правового демократического государства.

Кроме того, использование в проекте УПК термина «следственный судья» указывает на недопустимое для справедливого правосудия смешение на семантическом уровне функций уголовного преследования и разрешения дела по существу. Считаем необходимым применить к этому субъекту процесса иное название, конкретизирующее и уточняющее его функцию в судопроизводстве. Например: «судья по контролю за соблюдением законности и прав человека».

Судебный контроль и отправление правосудия по уголовным делам – две кардинально отличные функции и потому должны осуществляться разными, не связанными между собой судьями, находящимися в автономных, независимых друг от друга структурных подразделениях судебной системы.

Этот вопрос имеет принципиальное значение, поскольку именно беспристрастный и объективный суд, свободный от влияния органов уголовного преследования, может гарантировать полноценную реализацию прав лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства. Защитник, апеллируя к суду, должен быть уверен, в том, что его голос будет услышан, а доводы рассмотрены по существу честно и справедливо судом, свободным от посторонних обвинительных влияний.

Приходится признать, что концепция введения следственного судьи в уголовный процесс фактически носит декоративный характер и в действительности не означает создания полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека в уголовном процессе.

Подтверждением этого вывода является тот факт, что к полномочиям следственного судьи отнесено санкционирование либо уже находящихся в компетенции суда, либо редких и не имеющих решающего значения для судопроизводства процессуальных действий, таких, например, как эксгумация или объявление международного розыска. Любому

свойствах подлежащего следствию деяния или о вине заподозренного лица, а это легко может иметь влияние на мнение его при самом рассмотрении и разрешении дела. Словом всякое вмешательство суда в начатие и производство первоначальных изысканий для обнаружения повода к обвинению подозреваемого противно первым условиям правосудия...» Цит. по: И.Я. Фойницкий. Указ. соч. С. 66-67

процессуалисту понятно, что два последних действия осуществляются по крайне малому проценту уголовных дел. Предоставление судам этих полномочий выглядит подачкой с барского стола и, по всей видимости, указывает на недостаточное уважение со стороны разработчиков проекта УПК к месту и роли судебной системы в демократическом правовом государстве.

Очевидно, что только суд должен санкционировать проведение следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан. Сама идея судебного контроля состоит в том, что во всех случаях, когда исполнительная власть в лице правоохранительных органов пытается стеснить права граждан, на страже этих прав стоит независимый и беспристрастный суд, который не обслуживает интересы органов уголовного преследования, как, к сожалению, у нас порой случается, а объективно решает, насколько правомерно и обоснованно желание правоохранительных органов провести то или иное следственное действие, связанное с посягательством на наиболее важные гражданские права и свободы.

Именно поэтому обыск, выемку из жилища, помимо воли проживающего в нем лица, осмотр жилища, прослушивание переговоров, перехват сообщений и иных действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, тайны переписки и сообщений, неприкосновенности личности и собственности, должен разрешать только суд.

Утверждения о том, что прокурорский надзор может заменить собой судебный контроль давно устарели и в действительности являются закомуфлированными попытками сохранить репрессивную эффективность уголовного судопроизводства, как правило, отстаиваемые аффилированными с органами прокуратуры юристами. Внутреннее противоречие между функциями прокуратуры, с одной стороны осуществляющей надзор за законностью, а с другой организующей расследование и поддержание обвинения в суде, приводит к тому, что следственно-обвинительная составляющая в деятельности прокуратуры превалирует и подавляет собой правозащитную.²³ Доказано, что судебный контроль лучше обеспечивает права человека.²⁴

Многие участники процесса могут согласиться с тем, что ныне существующая практика прокурорского санкционирования таких процессуальных действий далека от стандартов объективности и беспристрастности, порой носит формальный, поверхностный характер. Например, постановления органов дознания о прослушивании переговоров, выносимые в рамках оперативно-розыскной деятельности, фигурирующие в материалах уголовных дел, как правило, весьма лаконичны и слабо аргументированы. Порой в них даже не называются сведения о личности тех, кому принадлежат телефонные номера, поставленные на прослушивание. Это явно указывает на отсутствие должного уважения к

²³ «Несмотря на целый ряд реформ, двойственная роль прокуроров по-прежнему вызывает большие проблемы: с одной стороны, они поддерживают официальные обвинения, подготовленные полицией после предварительного уголовного расследования; с другой стороны, они обязаны следить за соблюдением законов органами уголовного правосудия и сотрудниками правоохранительных органов и защищать права граждан и жителей страны. Это приводит к парадоксальной ситуации, когда при возникновении на более поздних этапах уголовного процесса обвинений в пытках или жестоком обращении и передаче этого дела прокуратуре, прокурор, требуя проведения соответствующего расследования, фактически признает, что он не справился со своей надзорной ролью. В связи с этим прокуроры, обладая определенным формальным контролем над действиями полиции, во многих ситуациях, как представляется, склонны игнорировать грубые правонарушения». Пункт 55 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytiks/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

²⁴ «Нет смысла иметь на предварительном следствии как бы двойной заслон от ошибок и злоупотреблений. При хорошо поставленном судебном контроле прокурорский надзор в некоторых отношениях становится излишним. Нет надобности в том, чтобы одни и те же контрольные функции выполняли разные органы.» И.Л. Петрухин. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием. «Российская юстиция» № 9, 1998. С. 12

фундаментальным правам человека, сращивание интересов следственных и прокурорских органов, не объективность и не принципиальность контроля со стороны последних, и обусловленное этим отсутствие необходимости по-настоящему доказывать перед надзорным органом потребность в проведении такого рода мероприятий.

Есть вызывающие возмущение примеры, когда уголовное дело, основу которого составляют результаты прослушивания и записи переговоров, было представлено в суд без постановления о производстве этих действий, санкционированного прокурором. Порой имеют место злоупотребления с засекречиванием соответствующих постановлений о проведении специальных мероприятий и ограничением стороны защиты в ознакомлении с такими материалами.²⁵

Полагаем, что только судебное санкционирование ограничения прав личности в уголовном процессе по-настоящему независимым судом, ориентированным на защиту фундаментальных прав человека и ценностей демократического правового государства, может быть надлежащей гарантией защиты этих социальных институтов.

Одним из наиболее важных способов дальнейшего обеспечения принципа состязательности и равенства сторон в уголовном процессе, является закрепление в законодательстве функции судебного контроля, осуществляемого в рамках рациональной и эффективной процессуальной формы самостоятельными подразделениями судебной системы, обособленными от судей, разрешающих дела по существу.

3. Основные проблемы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь в уголовном процессе Республики Казахстан

Очевидно, равенство сторон и состязательность в уголовном процессе возможны только при наличии разумного баланса между полномочиями обвинения и защиты. Этот баланс должен иметь место не только в судебных стадиях процесса, но и в ходе предварительного расследования. В этой связи правовой статус защитника в уголовном судопроизводстве, гарантии его независимости и неприкосновенности имеют очень важное и принципиальное значение для справедливого правосудия.

Не вызывает сомнений тот факт, что полноценная защита может осуществляться только адвокатами - квалифицированными и свободными от власти органов уголовного преследования юристами, объединенными в корпорации, организованные с целью

²⁵ По одному уголовному делу, в котором автор участвовал в качестве защитника, к материалам не было приобщено санкционированное прокурором постановление о проведении соответствующих специальных оперативно-розыскных мероприятий. При этом все обвинение было выстроено на полученных таким образом фактических данных. На ходатайство о признании материалов ОРД недопустимыми в качестве доказательств, в связи с отсутствием соответствующей санкции, судья отреагировал довольно странным образом: он по собственной инициативе отправил запрос органу расследования по поводу наличия санкции. На следующее судебное заседание прокурор принес конверт, в котором якобы находилось санкционированное прокурором секретное постановление о проведении специальных ОРМ. Судья, совместно с прокурором изучил этот документ, запретив, однако, адвокату участвовать в этом, по мотиву отсутствия у защитника допуска к государственным секретам. Возможность осмотра постановления подсудимым при этом даже не обсуждалась. Возражения адвоката на эти действия и его ссылки на нарушение принципов непосредственности и устности судебного разбирательства, а также равенства сторон и состязательности в уголовном процессе были судом просто проигнорированы. В последующем в приговоре судья признал материалы ОРД в качестве полноценных доказательств. С сожалением приходится признать, что отсутствие подлинной независимости судов приводит к такого рода сращиванию суда и обвинения и к ухудшению и без того не радужного положения с соблюдением конституционных прав личности в нашей стране. // Личный архив автора.

сохранения своей независимости от государства и защиты этических стандартов, положенных в основу профессии.²⁶

К сожалению, далеко не все согласны с этой непреложной истиной и в юридической литературе ставится под сомнение вопрос о монополии адвокатуры на защиту по уголовным делам. Примером таких сомнений может служить идея создания так называемой «муниципальной» или государственной адвокатуры.²⁷

Полагаем, что идея государственной адвокатуры противоречит основным принципам устройства справедливого правосудия в демократическом государстве и правовой природе профессиональной защиты. Адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека.²⁸ Адвокатура является частью гражданского общества и в специальной литературе четко обособляется от государства.²⁹ Идея создания «государственной» адвокатуры противоречит основным принципам оказания правовой помощи, особенно по уголовным делам, где исполнительная власть, в лице своих правоохранительных органов, преследует гражданина. Очевидно, что защиту в этом случае может осуществлять только субъект полностью свободный от влияния государства и обладающий соответствующими гарантиями независимости при осуществлении правозаступнической деятельности. При этом такой субъект должен быть связан правилами профессиональной этики, оберегающими гражданина, обратившегося за правовой помощью, от предательства, некомпетентности или непорядочности юриста. Очевидно, что полноценная защита возможна только силами членов профессионального сообщества адвокатов.

Адвокатура, к сожалению, не свободна от проблем, имеющих давние исторические корни, и в некотором смысле, являющихся «родимыми пятнами» тоталитарного прошлого. С грустью приходится признать угнетенное и дискриминированное положение этого профессионального сообщества в самой системе государственно-правовых отношений. Без рационального решения этих проблем невозможно полноценное обеспечение права на защиту. Попробуем очертить круг этих и других принципиальных вопросов, касающихся развития статуса адвокатуры и адвоката в казахстанском законодательстве, и предложить способы улучшения сложившейся ситуации.

²⁶ Так, например, Ассоциация адвокатов города Нью-Йорк была основана в 1870 году «группой людей, названной одним юристом «порядочными представителями профессии». Эта «порядочная часть» кипела негодованием по поводу укоренившейся коррупции среди адвокатов, судей и политиков Нью-Йорка. Несколькими годами позже, в 1878 году «семьдесят пять джентльменов» из адвокатуры, встретившись в Саратоге (штат Нью-Йорк), образовали национальное сообщество – Американскую ассоциацию юристов». Л. Фридман. Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. С. 201

²⁷ См. Аты-баты, воюют адвокаты. // Республиканская общественно-политическая газета «Око». – 2006. – 24

февраля. Доступно в Интернете по адресу:

<http://oko.kz/archive2006/index.php?cont=long&id=64&year=2006&today=24&month=02>

²⁸ «Если в целях правосудия нельзя оставить адвокатуру в виде простого собрания лиц, посвятивших себя защите подсудимых, как ремеслу, без всякой организации и судебного контроля, то с другой стороны невозможно адвокатов превращать и в должностных лиц, ибо с подчинением их правительству не соединима самостоятельность и та энергия, независимость, с которой адвокат-защитник должен отстаивать интересы своего клиента подсудимого, поскольку они не расходятся с интересами правосудия, а не правительства... адвокатура в своем внутреннем управлении должна быть свободна, то есть автономна, и не терпит вмешательства в свою внутреннюю жизнь со стороны правительства, как и суд». С.И. Викторский Русский уголовный процесс. Москва 1912 г. Переиздано: М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С. 209

²⁹ «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди «свободной профессии». Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. – М.: Юристь, 2007. – С. 83.

Отечественная адвокатура исторически сформировалась по старым европейским лекалам, воспринятым российским правом в конце 19-го века и перенесенным в Казахстан в ограниченном и в некоторой степени искаженном виде в годы советской власти. В обычном праве казахов по объективным историко-экономическим причинам, полноценной профессиональной адвокатуры не существовало.³⁰

Нормальное функционирование этого института возможно только при наличии независимого суда, настоящего равенства и состязательности сторон, которые в свою очередь могут существовать только в демократическом правовом государстве, основанном на подлинном разделении властей, обеспеченном системой сдержек и противовесов. Чем дальше политические и правовые реалии в стране от указанных стандартов, тем в более угнетенном состоянии находится судебная власть и тем более декоративной и порой гротескной выглядит адвокатура.³¹

Диктаторы и тоталитарные режимы воспринимали адвокатуру как институт, направленный на ограничение их власти, а адвокатов как недругов или в лучшем случае сомнительных субъектов, готовых во имя интересов представляемых лиц, отказаться от принципов, на которых зиждется здание самой деспотии.³² Так, например, В.И. Ленин говорил, что «Адвокатов надо брать в ежовые рукавицы и ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто паскудничают... Но все же лучше адвокатов бояться и не верить им, *особенно* если они скажут, что они социал-демократы и члены партии».³³

Очевидно, что при таком восприятии адвокатов и их роли в обществе, рассчитывать на нормальное существование этого института в стране, строящей коммунизм, не приходилось. Следует признать, что отношение советского государства к адвокатуре менялось в зависимости от жесткости самой системы и эволюционировало от попыток ее

³⁰ Очевидно, что адвокатская профессия в ее классическом виде, как самостоятельный вид трудовой деятельности, состоящий в защите и представительстве в судах и осуществляемый на постоянной основе представителями определенной социальной группы, характерна для стран, достигших определенного уровня экономического и политического развития. В кочевом обществе, основанном на феодальном способе хозяйствования и не урбанизированном в достаточной степени, институт защиты и представительства имел упрощенный характер. Но даже в таком виде этот опыт представляет собой огромный интерес как очень самобытная, довольно эффективная и рациональная форма судебной защиты. Приходится, однако, признать, что за десятилетия коммунистического влияния закрепленные в обычном праве казахов традиции суда биев, когда защитник (представитель) выбирался самой стороной из числа знающих, добросовестных и красноречивых сограждан для участия в также выборном суде, были полностью вытравлены не только из законодательства, но и всей правовой культуры нашего общества, и в настоящее время, к сожалению, не являются частью действующей системы оказания юридической помощи. По этой причине указанные традиции не упоминаются далее в настоящем исследовании.

³¹ «Отношение к адвокату – своеобразный «барометр», по которому определяется правовой климат общества. Ее функционирование может быть успешным лишь в качестве института, не входящего в систему государственных органов и органов местного самоуправления. В цивилизованных государствах деятельность адвокатуры поддерживается, в них адвокат-чиновник не нужен. В государствах же тоталитарных, характеризующихся бесправием человека, адвокатура искореняется или влачит жалкое положение». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С.75.

³² Любопытно высказывание Наполеона Бонапарта по поводу проекта декрета об адвокатуры: «Проект нелеп, он не оставляет никакого средства против адвокатов; они – мятежники, виновники преступлений и измен; пока я буду носить шпату, я не подпишу подобного декрета; я хочу, чтобы можно было отрезать язык всякому адвокату, который употребил бы его против правительства». Цит. по: Андрианов Н.В. Адвокатура – общественная солидарность. Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуры / Сост. А.В. Поляков. – М. Статут, 2006. С. 13.

³³ В.И. Ленин Письмо Е. Д. Стасовой и товарищам в московской тюрьме. Полное собрание сочинений. Т. 9 с. 170. Досадно, что эта фраза даже цитировалась (правда без предложения со словами «интеллигентская сволочь») в фундаментальных монографиях по советскому уголовно-процессуальному праву. См. М.А. Чельцов-Бебутов. Указ соч. С. 775-776

полного разрушения³⁴ или замены на какие-то дегенеративные, явно нежизнеспособные эрзацы³⁵ до относительного признания и фиксации в весьма ограниченных, но пригодных для существования формах к моменту окончательного коллапса режима.

С момента обретения Казахстаном независимости постепенно правовой статус адвокатов и организация адвокатского сообщества конкретизировались и развивались в законодательстве. В 1994 году был принят ныне действующий Закон «Об адвокатской деятельности», который позволяет адвокатуре в некоторой степени сохранять независимость, а адвокатам осуществлять свою деятельность в относительно приемлемых условиях. Были конкретизированы правовое положение коллегий адвокатов, полномочия самих членов профессионального сословия, порядок приобретения и утраты статуса адвоката, основы взаимоотношения с лицами, обращающимися за правовой помощью, гарантии адвокатской деятельности и многие другие принципиальные вопросы. Последними изменениями в указанный закон, коллегии адвокатов были объединены в рамках единой структуры, уполномоченной представлять сословие на республиканском уровне.

В уголовном судопроизводстве права защитника были расширены и детализированы, в том числе в части собирания доказательств, более раннего вступления в процесс³⁶, закрепления права на свидетельский иммунитет, получения копий материалов дела, судебного обжалования незаконных действий органов уголовного преследования, опроса лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу, инициирования экспертиз и пр. В целом, допустимо сделать вывод о том, что изменения в этой сфере носили недостаточно динамичный и последовательный, но вполне позитивный характер.³⁷ Поскольку все познается в сравнении, в настоящее время можно констатировать, что адвокатура в Казахстане является более развитой и успешной, чем аналогичные институты в странах Центральной Азии.³⁸

³⁴ «...на самом деле период 1917-1920 годов ознаменовался тотальным уничтожением русской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов прошлого столетия.....Многие бывшие присяжные поверенные были уничтожены физически, кто-то погиб в годы гражданской войны, сражаясь, в основном, в рядах Белой армии, кто-то умер от болезней, находясь в концентрационных лагерях, кое-кому удалось эмигрировать за границу. За период гражданской войны численность адвокатов в России сократилась с 13 тысяч в 1917 году до 650 адвокатов в 1921 году». А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 42.

³⁵ Народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал в своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозащитников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности». Цит. по: А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 40-41.

³⁶ В советское время защитник имел право вступить в дело с момента окончания предварительного расследования. Более изощренного способа превратить в фикцию оказание правовой помощи в уголовном процессе трудно придумать.

³⁷ Анализ современного состояния адвокатуры в Республике Казахстан см.: Д.К. Канафин. Обзорный документ «Юридическая профессия в Казахстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 213-226.

³⁸ См. например: М.С. Усманова. Обзорный документ «Юридическая профессия в Таджикистане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 279-305, Р.М. Хакимов. Обзорный документ «Юридическая профессия в Кыргызстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 237-278, С.А. Пашин. Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и Постановлению Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 30-38, Л.В. Головкин. Деградация статуса адвоката в Республике Узбекистан (анализ новейших подзаконных актов в сфере адвокатской деятельности). Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С. 453-467.

На сегодняшний день адвокат согласно нормам закона может быть активным участником судопроизводства и способен оказать определенное влияние на судьбу дела, в рассмотрении которого принимает участие. Однако, приходится признать, что, несмотря на относительно положительный тренд изменения законодательства и правоприменительной практики в этой сфере, в целом ситуация далека от совершенства. Адвокатура не обладает должной степенью независимости от государства. Так, например, коллегии адвокатов лишены возможности отказывать в приеме кандидатам, не соответствующим по морально деловым качествам статусу адвоката, вопрос оценки профессиональных знаний кандидатов остается в компетенции органов, подконтрольных Министерству юстиции, решение вопросов, связанных с выдачей, приостановлением и лишением лицензии на право осуществления адвокатской деятельности, также относятся к компетенции органов государства.

Адвокат продолжает очень часто оставаться демократической декорацией в по-прежнему инквизиционном уголовном судопроизводстве. Обращения защитников нередко либо игнорируются, либо удостоиваются формальной отписки, на нарушения прав обвиняемых и их адвокатов закрывают глаза, как органы прокуратуры, так и суды. Сами адвокаты иногда становятся объектами преследования со стороны своих процессуальных оппонентов. Гарантии независимости адвокатуры нарушаются. Известны вопиющие факты производства обысков в офисах адвокатов, попыток изъятия документов, содержащих сведения, относящиеся к адвокатской тайне. Адвокаты жалуются на осуществление в их отношении специальных оперативно-розыскных мероприятий, нарушающих не только конфиденциальность их работы, но и неприкосновенность частной жизни профессиональных защитников. Должного уважения к правовому и социальному статусу адвоката нет.³⁹ Абсолютное большинство приговоров, выносимых судами в Казахстане, носит обвинительный характер.⁴⁰ В таких условиях меткое выражение о том, что адвокат продолжает, оставаться лишь жалким просителем в уголовном процессе, к сожалению, продолжает сохранять свою актуальность.

В этой связи, очевидно, что существующий порядок вещей нуждается в усовершенствовании, а место адвоката в обществе и, соответственно, роль защитника в уголовном процессе, должны быть вознесены до подобающей высоты. Этот постулат не является лишь выражением корпоративного интереса. В действительности, должна быть кардинально перестроена вся система уголовного судопроизводства. Основным направлением такой перестройки должна стать дальнейшая имплементация в закон и практику его применения общепризнанных международных стандартов справедливого уголовного процесса. При данном подходе к проблеме, становится ясно, что отказ от атавизмов репрессивного уголовного процесса, усиление начал равенства и состязательности сторон, объективности и беспристрастности рассмотрения уголовных дел, однозначно предполагает развитие правового статуса защитника, как основного субъекта, обеспечивающего соблюдение прав человека при производстве по уголовным делам.

³⁹ См. Адвокаты Алматы сообщают о частом нарушении своих прав. Доступно в Интернете по адресу: <http://1tv.kz/news/kazakhstan/29022012/advokaty>

⁴⁰ Например, в 2009 г. количество оправдательных приговоров составило 1,5 % от общего числа. См. Димаш Сыздыков. Казинформ. В Казахстане наблюдается положительная тенденция роста оправдательных приговоров по уголовным делам. Доступно в Интернете по адресу: [/http://www.nomad.su/?a=3-201001180034](http://www.nomad.su/?a=3-201001180034). К сожалению, автору не удалось найти в открытых источниках более свежей статистики.

В Заключительных замечаниях Комитета ООН по правам человека по Казахстану говорится: «Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что органы Прокуратуры оказывают давление на судебную власть, которое влияет на принимаемые в итоге судами решения в такой степени, что оправдательные приговоры по уголовным делам составляют всего 1%». **Комитет по правам человека.** Сто вторая сессия. Женева, 11-19 июля 2011 года. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.ujk.kz/sojuzsudey/?sid=360>

Для объективного исследователя, очевидно, что процветание адвокатуры невозможно без установления подлинной независимости судебной власти. Понятно, что последний вопрос, применительно к странам транзитного периода, большей частью лежит в сфере политической, нежели правовой. Пока общество, народ и государство не дойдут до определенного уровня по пути социальной эволюции, судебная власть не займет подобающего ей места в государственной системе. До тех пор серьезные проблемы в деятельности адвокатов и существовании самого этого профессионального сообщества будут иметь место.

Тем не менее, упомянутая выше социальная эволюция нуждается в поддержке в части ее правового обеспечения, потому нужно продолжать процесс совершенствования законодательства и развивать правовой статус защитника на уровне специального законодательства. Подтверждением того, что необходимость реформ давно назрела, является обсуждаемый в настоящее время проект нового УПК Республики Казахстан. Поскольку адвокатура и юридическая общественность связывают большие надежды с данным нормативно-правовым актом, полагаем необходимым уделить некоторое внимание тем его положениям, которые касаются усиления функции защиты в уголовном процессе.

Проект УПК на сегодняшний день может быть признан одним из самых дискуссионных нормативно-правовых актов не только по причине необычности идей, предложенных его авторами, но и в связи с сомнениями по поводу объективности процесса его подготовки. Как становится понятно из общих комментариев уполномоченных должностных лиц основным разработчиком этого документа является Генеральная прокуратура Республики Казахстан.⁴¹ При этом пока, к сожалению, нет сколько-нибудь внятных гарантий того, что при создании этого кодекса будет в должной мере услышан голос профессиональной защиты, а ведомственный эгоизм не приведет к принятию одностороннего, косметически отреставрированного, но сохранившего все старые недостатки и противоречия уголовно-процессуального закона.

В части, посвященной правовому статусу защитника в уголовном судопроизводстве, приходится признать, что разработчики проекта не балуют адвокатов новеллами, направленными на то, как усилить их позиции, а также поддержать состязательность и равенство сторон в процессе. Статьи, посвященные правам и обязанностям адвокатов, дополнены лишь малозначительными правками большей частью редакционного свойства.⁴² В принципе весь проект УПК не содержит по настоящему кардинальных предложений по реформированию уголовного судопроизводства.

При этом обвинять авторов проекта в отсутствии других оригинальных идей явно не приходится. К числу таковых можно отнести отказ от стадии возбуждения уголовного дела (доследственной проверки), создание ранее упомянутого в настоящем исследовании нового субъекта уголовно-процессуальных отношений в лице «следственного судьи», введение «разумного» срока следствия по делу, составление обвинительного акта прокурором перед преданием обвиняемого суду и некоторые другие новеллы, на анализе которых мы остановимся ниже. Но, повторимся, достойного развития правовой статус защитника в предложенном для обсуждения на сегодняшний день проекте УПК, не получил. Хотя, как было упомянуто выше, на практике и в законодательстве давно назрели принципиальные вопросы, требующие своего скорейшего и эффективного разрешения. Полагаем необходимым от общего анализа ситуации перейти к рассмотрению этих конкретных проблем и выработке предложений по улучшению сложившегося положения вещей.

⁴¹ См.: Генпрокуратура РК: проект Уголовно-процессуального кодекса. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/4457706-genprokuratura-rk-proekt-ugolovno.html>

⁴² Единственным исключением из этого правила является предусмотренное ч. 3 ст. 232 проекта УПК предоставление адвокату свидетеля полномочий защитника. Однако, напрямую это позиций стороны защиты не усиливает и фактически является давно назревшим устранением пробела в действующем законодательстве.

4. Совершенствование гарантий права на защиту

Очевидно, что обеспечение международных стандартов, действующих в этой области, процесс непростой и требующий всестороннего и глубокого исследования. Право на защиту с помощью опытного, компетентного и эффективного адвоката распадается на совокупность юридических возможностей, в целом определяющих полномочия профессионального защитника в уголовном процессе.⁴³

Считаем допустимым из общего числа проблем, возникающих в данном разделе правоприменительной практики, выделить наиболее важные, без разрешения которых невозможно говорить о полноценном обеспечении права на защиту и квалифицированную юридическую помощь.⁴⁴ К числу таких принципиальных вопросов относятся:

1. **Гарантии независимости и неприкосновенности защитника при осуществлении им своих полномочий.**
2. **Конкретизация и расширение полномочий защитника в процессе доказывания по уголовным делам.**
3. **Разъяснение правового положения, привлеченного к уголовной ответственности лица и своевременный доступ к адвокату по своему выбору.**
4. **Право на достаточные время и условия для подготовки защиты.**
5. **Гарантии прав личности при лишении свободы и производстве процессуальных действий.**

4.1 Обеспечение процессуальной независимости защитника⁴⁵

Согласно п.п. а) п. 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, правительства должны обеспечить адвокатам возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства. Нормальная защита в уголовном процессе просто невозможна, если адвокаты не уверены в своей безопасности и неприкосновенности при участии в судопроизводстве.

Правовой статус адвоката составляют не только перечисленные в законе полномочия, но и совокупность юридических механизмов, позволяющих эти полномочия реализовать. К числу таких механизмов, помимо прочего, относятся гарантии независимости адвоката от

⁴³ «Право на защиту при помощи адвоката включает право быть информированным о праве на адвоката, право на доступ и конфиденциальное общение с адвокатом и право на помощь адвоката по своему выбору или квалифицированного назначенного адвоката». Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «Права человека». 2003 г. С. 110. Считаем, что в состав этого же права можно отнести возможности адвоката полноценно осуществлять свой профессиональный долг без запугивания, препятствий, в рамках справедливой и состязательной процедуры.

⁴⁴ Следует признать, что право на защиту и право на квалифицированную юридическую помощь – родственные, но не идентичные юридические возможности субъекта уголовно-процессуальных правоотношений. Вопрос их разграничения является весьма непростым и вряд ли относится к предмету настоящего исследования. Полагаем, что в гарантированном Пакте праве на защиту при помощи адвоката вышеупомянутые два права сливаются в одно и их концептуальные отличия не имеют в данном случае принципиального значения.

⁴⁵ Поскольку согласно действующего уголовно-процессуального законодательства (ч. 2 ст. 70 УПК) в качестве защитника приглашается адвокат, а иные лица могут быть признаны в качестве защитников только на факультативной основе, в настоящем анализе гарантии защиты, рассматриваются в непосредственной связи с гарантиями адвокатской деятельности.

правоприменительных органов государства при исполнении им своих профессиональных обязанностей.

Статья 17 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» содержит весьма обширный перечень гарантий этой деятельности, в числе которых помимо прочего запрет на воспрепятствование ее осуществлению, неприкосновенность адвокатского делопроизводства и связанных с ним материалов, запрет на отказ в предоставлении свиданий и многое другое.

Однако, к сожалению, практика показывает недостаточную эффективность этих механизмов. В действительности адвокаты порой также беззащитны перед произволом, как и представляемые ими лица. Офисы адвокатов могут быть подвергнуты несанкционированному обыску, сами адвокаты, в нарушение, гарантированного законом права на свидетельский иммунитет, иногда вызываются на допрос об обстоятельствах, ставших им известными в связи с оказанием правовой помощи, в отношении адвокатов могут проводиться специальные оперативно-розыскные мероприятия.⁴⁶ Известны факты преследования адвокатов за высказывания по поводу законности действий правоохранительных органов.⁴⁷ Адвокаты до сих пор не могут беспрепятственно зайти в здания органов, ведущих уголовный процесс, а при входе порой подвергаются унижительным досмотрам, нарушающим личную неприкосновенность адвокатов и неприкосновенность их документации. Предметом гласности стали случаи применения физической силы в отношении адвокатов, в связи с их отказом сдать сотовые телефоны при входе в помещения органов внутренних дел.⁴⁸

В этих условиях многим адвокатам нелегко выполнять роль добросовестного, преданного и квалифицированного защитника.⁴⁹ К сожалению, иногда имеют место факты незаконного сотрудничества отдельных адвокатов с органами уголовного преследования в ущерб интересам подзащитных. Приходится признать, что адвокатура не свободна от крапивного семени⁵⁰ нечистых на руку предателей нравственных идеалов профессии.

Подтверждением этих фактов являются доводы Специального докладчика ООН по вопросу о пытках, который «получил множество жалоб, касающихся роли адвокатов в рассмотрении уголовных дел. По общему мнению, адвокаты являются коррумпированными, неэффективными, составляющими «часть системы» и не желающими отстаивать права своих клиентов. Что же касается «государственных адвокатов», то, как часто сообщают, они присутствуют только на слушаниях в суде и не пользуются доверием. Во многих случаях собеседники указывали, что их адвокаты просто игнорировали утверждения о пытках».⁵¹

Очевидно, что ситуация нуждается в исправлении, в первую очередь на законодательном уровне. Следует развить не только в специальном законе, но и в УПК и прочих смежных

⁴⁶ См.: Р. Бахтигареев. Адвокатов угостили «финиками». Доступно в Интернете по адресу: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=26095>, А.В. Розенцвайг. Прокурорский дуплет. Доступно в Интернете по адресу: http://www.novgaz.com/index.php/2-news/317-прокурорский_дуплет

⁴⁷ См.: Франция/Казахстан. К визиту Николя Саркози в Астану. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.hrw.org/ru/news/2009/10/04>

⁴⁸ См. Р. Бахтигареев. Девушка, оставьте телефончик. // Общественно-политическая газета «Время» от 7 апреля 2012 г. URL: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=26747>

⁴⁹ См., например: Т. Гани. Недоверчивый Джакишев. // Общественно-политическая газета «Время» от 26 апреля 2012 г. URL: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=27056>

⁵⁰ Так в 19-м веке называли «ходатаев по делам», стряпчих, защищавших интересы представляемых лиц в судах до реформы 1864-66 г.г., – коррумпированное и низко профессиональное сословие, заслужившее в народе дурную славу. См. Л.А. Демидова, В.И. Сергеев. Адвокатура в России. URL: <http://yourlib.net/content/view/6262/74/>

⁵¹ Пункт 57 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytiks/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>.

нормативных актах эффективные механизмы обеспечения свободной и добросовестной адвокатской деятельности. В качестве таких правовых механизмов, предлагаем следующие дополнения в законодательство.

Следует ввести в законодательство об адвокатской и оперативно-розыскной деятельности прямой запрет на привлечение адвокатов к сотрудничеству с правоохранительными органами на конфиденциальной основе. Такое сотрудничество не только противоречит этическим стандартам профессии адвоката, аморально по своей природе, но и нарушает посредством создания нравственной коллизии принцип состязательности и равенства сторон в уголовном процессе, фактически дезавуирует возможность доверительного общения адвоката с подзащитным.

Необходимо на законодательном уровне запретить производство в отношении адвокатов оперативно-розыскных мероприятий, в связи с осуществлением ими своих профессиональных обязанностей. Очевидно недопустимо внедрение сотрудников правоохранительных органов в адвокатуру, прослушивание служебных помещений и телефонов адвокатов, проведение в отношении адвокатов наружного наблюдения, негласных осмотров и тому подобных действий. Такая неприкосновенность нужна не адвокатам, которые в абсолютном большинстве случаев являются законопослушными гражданами своей страны, эта привилегия в первую очередь необходима для обеспечения таких фундаментальных институтов правового демократического государства как право на защиту и квалифицированную юридическую помощь, адвокатская тайна, охрана частной жизни, тайна телефонных и иных сообщений.

Коллегиям адвокатов следует предоставить право отказывать в приеме лицам, опорочившим себя при осуществлении предыдущей юридической практики⁵². Разумеется, такие решения коллегий должны быть надлежащим образом мотивированы и подлежать в случае необходимости обжалованию в судебном порядке. К сожалению, свободный доступ в профессиональное сообщество всех имеющих адвокатскую лицензию лиц, без оценки их морально-деловых качеств, ослабляет качественный состав адвокатуры, способствует формированию негативных коррупционных связей между отдельными сотрудниками правоохранительных органов и не всегда чистыми на руку их бывшими коллегами, вступившими в ряды адвокатов. При нынешнем порядке вещей адвокатура фактически превратилась в кладбище не всегда достойных прокурорских и следственных карьер, что не способствует сохранению этических стандартов профессии. Полагаем, что только передача вопроса о вступлении в профессиональное сообщество в руки самой адвокатуры, с сохранением контроля над этим процессом в руках гражданского общества, посредством создания открытых, честных и справедливых процедур, поможет решить указанную проблему.

Вопрос совершенствования системы правовой помощи, оказываемой за счет государственного бюджета, выходит за рамки настоящего исследования⁵³, мы сделаем замечание только в процессуальной части этой проблемы. К сожалению, в связи с низкой оплатой такого рода труда и сложностями организационного свойства, в некоторых регионах Казахстана имеют место трудности с обеспечением надлежащего качества и своевременности оказания такой правовой помощи. Наиболее острой является проблема сращивания некоторых адвокатов с правоохранительными органами.

Для устранения злоупотреблений при вступлении адвокатов в дела по назначению органов, ведущих уголовный процесс, необходимо предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в таких делах только

⁵² «Для полноценной юридической помощи необходима независимая и самоуправляющаяся адвокатура, а об этом не может быть и речи, если право приема в число адвокатов и дисциплинарная власть принадлежат органам государства, а не самой адвокатуре». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 76

⁵³ Более подробно см.: Бесплатная юридическая помощь в Казахстане: проблемы и перспективы развития. Алматы. Фонд Сорос Казахстан. 2010 г.

на основании решения соответствующих уполномоченных органов коллегий адвокатов (президиумов или по поручению последних заведующих юридических консультаций), исключив практику самостоятельного инициативного вхождения адвоката в дело без договора об оказании правовой помощи. В настоящее время, этот вопрос напрямую не урегулирован в законе и в отдельных регионах страны, некоторые недобросовестные адвокаты вступают в дела, оплачиваемые за счет государственного бюджета, по договоренности со следователями и дознавателями. Кроме коррупции, предательства интересов подзащитных и нарушения их прав такое сотрудничество более ни к чему не приводит.

Согласно п.п. в) п. 16 Основных положений о роли адвокатов, правительства должны обеспечить адвокатам невозможность наказания или угрозы такового и обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

В соответствии с п. 20 этих Положений адвокат должен обладать уголовным и гражданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе.

Из содержания этих стандартов следует, что в законодательстве должны быть предусмотрены запреты на ограничение гражданских и экономических прав адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью. Очевидно, положения уголовного, административного и гражданского законодательства должны быть дополнены нормами, освобождающими адвокатов от ответственности за действия, указанные в п. 20 Основных положений о роли адвокатов.

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов должно находиться в исключительной компетенции органов адвокатского сообщества. К сожалению, в настоящее время этот вопрос в законодательстве урегулирован не достаточно ясно, что теоретически не исключает возможности давления на принципиальных адвокатов со стороны органов государственной власти. Такое положение вещей противоречит п. 28 Основных положений о роли адвокатов, согласно которому «Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой...». Полагаем необходимым конкретизировать порядок привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности, исключив при этом условия для вмешательства, давления или злоупотреблений со стороны органов исполнительной власти. Однако, порядок дисциплинарных производств также должен исключать безнаказанность, обусловленную корпоративностью адвокатского сообщества.

4.2. Защитник в процессе доказывания

Как было упомянуто в предыдущем разделе анализа, предварительное следствие в настоящее время носит инквизиционный характер и полномочия органов уголовного преследования, несмотря на все попытки либерализации законодательства в этой части, не сопоставимы с возможностями защиты. Даже продекларированные в Общей части УПК права защитников, например, на инициирование производства экспертиз, не конкретизированы в положениях соответствующих статей Особенной части кодекса и потому весьма затруднительны в практической реализации. То же самое можно сказать о процедуре производства опросов (фактически она в УПК не регламентирована) и иных действий по собиранию доказательств защитником. К сожалению, по проекту УПК досудебное производство по уголовным делам также остается в прежнем инквизиционном виде, где вся полнота власти сконцентрирована в руках органов уголовного

преследования, а защитник может выступать только в роли жалобщика и просителя, рассчитывающего на милость упомянутых органов.

Вместе с тем, как было указано выше, принцип состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты должен быть восстановлен не только на судебных стадиях процесса, но в ходе предварительного расследования. Этому требуют справедливость и здравый смысл. Объективное разрешение уголовно-правового спора невозможно, когда одна сторона выступает во всеоружии с самого начала судопроизводства, а вторая получает частично сопоставимые полномочия только с момента передачи дела в суд. При этом следует помнить, что в уголовном процессе личность находится в правовом конфликте с государством, обладающим практически неограниченными организационными и материальными ресурсами. Но гражданин защищен только квалификацией и принципиальностью своего адвоката. Очевидно, что сторона защиты в таких условиях нуждается в дополнительных гарантиях и компенсаторных механизмах, позволяющих хоть как-то уравнивать шансы на достижение справедливости.

Приходится признать, что система отчетности в деятельности правоохранительных органов и оценки качества их работы, не изменилась с советских времен и продолжает носить «палочный» характер: сколько преступлений зарегистрировано, сколько из них раскрыто, сколько уголовных дел возбуждено, сколько передано в суд, по скольким вынесены приговоры, сколько приговоров отменено вышестоящими инстанциями и т.д. В условиях, когда цифры намного важнее человеческих судеб, полиция иногда больше заинтересована в том, чтобы отрапортовать о раскрытии преступления, чем в том, чтобы найти настоящих преступников. При таком положении вещей только защитник может стать полноценным субъектом установления объективной истины по делу и борцом со следственными и судебными ошибками. В этой связи вопрос о способах и формах собирания доказательств защитником, имеет принципиальное значение.

Ни в действующем УПК ни в проекте нового Кодекса проблема создания полноценной процессуальной формы производства защитником действий, направленных на обнаружение, изъятие и фиксирование фактических данных, не решена. Так, например, в настоящее время сторона защиты на следствии не может самостоятельно допросить свидетеля, а вправе лишь сделать непонятный с точки зрения процессуальной формы и допустимости его результатов «опрос», либо подать соответствующее ходатайство о допросе следователем того или иного лица. Понятно, что ситуация, когда процессуальный противник решает проводить или не проводить необходимое тебе процессуальное действие, вряд ли может быть признана справедливой. В этой связи необходимо гарантировать право на вызов свидетелей стороной защиты, а также право на перекрестный допрос свидетелей обвинения на досудебных стадиях процесса посредством вызова их на допрос с использованием нижеописанной процедуры депонирования доказательств.

Депонирование доказательств стороной защиты

Единственным позитивным изменением в части конкретизации процедуры доказывания является предусмотренная ст. 235 проекта УПК процедура «депонирования доказательств», согласно которой подозреваемый и его защитник наряду с прокурором могут заявить ходатайство о допросе следственным судьей лица, являющегося потерпевшим, свидетелем, в случае, «если имеются основания, позволяющие полагать, что более поздний их допрос в ходе досудебного расследования либо судебного заседания может оказаться невозможным в силу объективных причин (постоянное проживание за пределами Республики Казахстан, выезд за границу, тяжелое состояние здоровья, применение мер безопасности)».

В тоже время, проект УПК лишь предоставляет право ходатайствовать о производстве допроса, но не дает никаких гарантий того, что это право будет должным образом

обеспечено. В действительности следственный судья, а не сторона защиты, принимает решение о производстве допроса и депонировании доказательств. В условиях недостаточной независимости судебной власти и неопределенности статуса «следственного судьи», степень эффективности права адвоката на сбор доказательств в рамках этой процедуры вызывает серьезные сомнения. Полагаем необходимым обязать судью во всех случаях подачи соответствующего ходатайства создавать условия для реализации стороной защиты права на допрос вызванного ею свидетеля. В данной ситуации такое обязывание судьи станет действительной гарантией принципа состязательности и равенства сторон на стадии предварительного расследования.

Следует отметить, что в соответствии с действующим законодательством (ч. 4 ст. 343 УПК РК), судья на стадии главного судебного разбирательства не может отказать в удовлетворении ходатайств о допросе в качестве специалистов или свидетелей лиц, явившихся в суд по инициативе сторон. Полагаем возможным, используя эту норму по аналогии, назначать судебные заседания по депонированию доказательств во всех случаях подачи соответствующих ходатайств, и допрашивать лиц, явившихся на эти судебные заседания, в том статусе, в котором они пребывают или будут заявлены сторонами на момент производства этих судебных действий.

Введение процедуры депонирования доказательств также требует уточнения процессуальной судьбы, предоставленного действующим законодательством⁵⁴ и предусмотренного проектом УПК⁵⁵ права защитника опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу. Очевидно, следует детализировать процессуальную форму реализации этого права посредством описанного в ст. 235 проекта УПК порядка депонирования доказательств, разумеется, с использованием упомянутых выше гарантий.

Депонирование доказательств путем допроса следственным судьей всего лишь один из способов получения фактических данных, источниками которых являются живые лица. Однако, вопрос о собирании защитником вещественных доказательств, проведении им действий, связанных с розыском дополнительных сведений и объектов, могущих иметь значение для дела, в нормах проекта не нашел своего разрешения.

Вместе с тем, сама идея депонирования доказательств посредством вовлечения в процесс следственного судьи, в последующем свободного от рассмотрения дела по существу, заслуживает дальнейшей поддержки и развития. Вполне возможно, вовлечь следственного судью в процесс осмотра мест, предметов и документов, по мнению защиты, относимых и допустимых в качестве доказательств. Здесь также нужно закрепить в законе обязательность удовлетворения соответствующего ходатайства адвоката, разумеется, при его надлежащей мотивированности и обоснованности.

Проведение защитой экспертиз по уголовному делу

Давно назрел вопрос о совершенствовании процессуальной формы назначения экспертиз стороной защиты. В настоящее время указанное право упомянуто в ч. 3 ст. 125 УПК, однако, не обеспечено должными гарантиями. Полагаем необходимым, предусмотреть в нормах Особенной части нового УПК одинаковый для стороны обвинения и для стороны защиты порядок вынесения постановлений о производстве экспертиз, представления объектов для сравнительного исследования, а также обязательность исполнения этих постановлений экспертными учреждениями, разумеется, при выполнении защитой обязательств по оплате соответствующей работы. Постановления защитника о назначении экспертизы должны иметь для экспертных органов равное процессуальное значение с постановлениями следствия. Суды должны в одинаковой степени объективно относиться

⁵⁴ Пункт 4) ч. 3 ст. 125 УПК Республики Казахстан.

⁵⁵ Пункт 4) ч. 3 ст. 112 проекта УПК.

как к заключениям экспертов, представленным стороной защиты, так и к заключениям приобщенным к делу стороной обвинения.

Как средство обеспечения права на производство экспертиз, считаем целесообразным, предусмотреть возможность получения образцов для сравнительного исследования посредством использования ранее описанной процедуры депонирования доказательств. Так, например, получение образцов почерка, слюны, срезы ногтей и т.п., мог бы осуществлять суд в заседании по депонированию доказательств на основании мотивированного ходатайства стороны защиты.

Истребование документов

Истребование защитником документов и материалов, нужных для доказывания по делу, фактически обеспечено лишь положениями формального характера. В действительности у адвокатов нет достаточных механизмов принуждения к исполнению их запросов. В целях обеспечения полномочий защитника силой и авторитетом судебной власти, допустимо закрепить в законе процедуру получения защитником судебного приказа о предоставлении предприятиями, учреждениями, организациями и гражданами сведений, имеющих значение для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. К исполнению такого приказа адвокат должен иметь возможность привлекать судебных исполнителей (в том числе частных). Такой порядок стал бы полноценной гарантией права стороны защиты на собирание доказательств.

Защита и частная детективная деятельность

В целях выравнивания правовых возможностей стороны обвинения и защиты, полагаем целесообразным привлечь внимание к легализации частной детективной деятельности и урегулированию правовых форм сотрудничества адвоката с частными детективами. Безусловно, соответствующее законодательство должно подробно регламентировать не только организационные, технические детали такого сотрудничества, а также полномочия самих частных детективов по собиранию фактических данных, пригодных для использования в качестве доказательств, но и в некоторой степени очерчивать этические стандарты взаимодействия адвокатов и детективов, а также защиту частной жизни граждан. Пределы вторжения частных детективов в сферу охраняемых прав человека и гарантии законности такого вторжения, должны быть четко регламентированы.

4.3. Право на доступ к необходимой информации по делу и к адвокату по своему выбору.

Разъяснение прав

Действующее законодательство, в соответствии с международными стандартами справедливого уголовного процесса, предусматривает разъяснение прав и сущности, имеющегося в отношении него подозрения (обвинения) привлеченному к уголовной ответственности лицу. Формально, такие действия выполняются следователями по большинству уголовных дел.

Однако, полагаем, что для полного исключения злоупотреблений и небрежности в этой части, следует детализировать процессуальную форму судопроизводства, отнеся основные действия по разъяснению вышеупомянутых обстоятельств к компетенции более объективного и менее заинтересованного в манипулировании действиями участников процесса органа – судьи по контролю за соблюдением законности и прав граждан.

Так, в частности было бы неплохо по аналогии с американским законодательством, официальное предъявление обвинения (подозрения) осуществлять в судебном заседании, на котором не только разъяснять сущность и объем такого обвинения, но и одновременно давать оценку законности, примененного в отношении подозреваемого задержания (если таковое имело место быть), а также проверять соблюдение основных прав этого участника процесса, в частности, права на защиту посредством выбранного адвоката, права на телефонный звонок, на перевод материалов дела в соответствии с принципом языка судопроизводства и пр. Для начала, считаем целесообразным предусмотреть обязательное проведение такого судебного слушания по всем делам о тяжких и особо тяжких преступлениях.

Ознакомление с материалами дела

Порядок обеспечения права стороны защиты на ознакомление с материалами уголовного дела описан в ст. 275 УПК. Однако, как практикующий адвокат, автор настоящего исследования вынужден признать, что в действительности порой имеют место грубые нарушения этого права, состоящие в ненадлежащем соблюдении процедуры ознакомления, ограничении времени и возможности такого ознакомления. Иногда, материалы уголовного дела передаются для ознакомления в не прошитом и пронумерованном виде, не всегда в полном объеме. Порой следствие использует период ознакомления для восполнения пробелов и устранения недостатков в своей работе. Часто стороне защиты не предоставляется достаточного времени для изучения материалов уголовного дела.

Так, например, по одному из дел, по которому автор участвовал в качестве защитника, следствие установило срок ознакомления и обязало сторону защиты изучить более чем семьсот томов уголовного дела за 21 день. Согласно составленному следователем графику адвокат должен был читать ежедневно, в том числе, в выходные дни (субботы) от 11 до 14 томов, а в один из дней его обязывали ознакомиться сразу с 471 (четыреста семьдесят одним) томом уголовного дела. Требование следствия было нереальным и физически просто неисполнимым: поскольку каждый том дела состоял примерно из 250 страниц, значит защитник должен был читать более 2750 страниц в день. Указание ознакомиться в один день с 471 томом (примерно 117750 страниц) вообще носило просто гротескный характер - даже если адвокат тратил бы по одной секунде на страницу, то и в этом случае было бы необходимо 32 часа непрерывной работы. Обжалование таких действий следователя в прокуратуру не дало никаких результатов. Только суд в порядке ст. 109 УПК отменил в итоге это постановление.⁵⁶

К сожалению, и в судах, особенно при вступлении в дело на стадии главного судебного разбирательства, адвокат не всегда имеет достаточное время для ознакомления с материалами дела и согласование позиции со своим подзащитным. Довольно распространена иезуитская практика предоставления возможности ознакомления с делом в перерывах между судебными заседаниями. При этом, заседания могут назначаться почти каждый день и времени для выработки совместной защиты может вообще не остаться.

В целях устранения такого рода нарушений, предлагаем ознакомление с материалами дела, передать в компетенцию судьи по контролю за соблюдением законности и прав человека. В этом случае суд принимал бы от органа уголовного преследования материалы в прошитом и пронумерованном виде, а затем предоставлял бы их для ознакомления стороне защиты. Очевидно, что не связанный сроками следствия и ответственный только за обеспечение прав участников процесса суд просто не заинтересован в каких-либо нарушениях установленного законом порядка. Также следует запретить в законе начало главного судебного разбирательства, если сторона защиты утверждает, что не ознакомлена с материалами дела в полном объеме.

⁵⁶ Архив автора.

Доступ подзащитного к адвокату

В вопросе о доступе к адвокату наиболее важным аспектом является своевременность такого доступа. В силу естественной правоограничительной природы следствия, оно не заинтересовано в том, чтобы адвокат появился в деле незамедлительно. Только закон оберегает подозреваемого, обвиняемого от злоупотреблений в этой части. Однако, к сожалению, положения закона далеко не всегда сохраняют свою силу на практике.

Один из самых болезненных вопросов адвокатской деятельности – это доступ в здания правоохранительных органов, особенно тогда, когда адвокатам известно о том, что их подзащитные в это время находятся внутри указанных помещений. Именно в первоначальные этапы процессуальной деятельности по делу совершаются такие нарушения права на защиту, как склонение к отказу от защитника, навязывание коррумпированного адвоката и прочие неблагоприятные действия в отношении задержанных. При этом незамедлительный доступ к адвокату является одним из наиболее важных международных стандартов справедливого уголовного процесса. Комитет по правам человека особо обращает на это внимание.⁵⁷ Специальный докладчик ООН по вопросам применения пыток рекомендует, чтобы каждому задержанному был предоставлен доступ к адвокату в течении 24 часов с момента задержания.⁵⁸

Другой частью этой проблемы является доступ адвоката к своему задержанному или арестованному подзащитному. В настоящее время защитникам приходится получать от следствия и суда разрешения на посещения обвиняемых, подсудимых в условиях следственного изолятора. Это не только ограничивает своевременность получения квалифицированной юридической помощи, но и нарушает принцип равенства сторон в уголовном процессе, поскольку ставит адвоката в зависимость от его процессуальных оппонентов. Нет нужды говорить о том, что сами сотрудники правоохранительных органов в такого рода разрешениях для встреч с арестованными не нуждаются.

В целях обеспечения указанного права считаем необходимым в УПК и законодательство об адвокатской деятельности внести дополнения согласно которым, наделить адвокатов правом свободного доступа в помещения органов расследования и суда по предъявлению ордера и документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре (удостоверения). Также следует прекратить незаконную дискриминационную практику изъятия у адвокатов при входе в помещения правоохранительных органов сотовых телефонов, фото-видеокамер, компьютеров и носителей информации.

Недопустимые ограничения права на свободный выбор адвоката

Международный пакт о гражданских и политических правах прямо гарантирует каждому право быть защищенным адвокатом по своему выбору. Это право представляет собой одну из фундаментальных основ справедливого судебного процесса, поскольку обеспечивает главное условие полноценной защиты – доверие между обвиняемым и его адвокатом, а также исключает злоупотребления этим доверием и статусом профессионального защитника вообще. Возможность обратиться к адвокату по своему выбору не только способствует лучшей защите по конкретному уголовному делу, но и несет на себе социально полезную функцию, ибо ведет к повышению качества

⁵⁷ См. Заключительные комментарии Комитета ООН по правам человека Джорджия, UN Doc. CCPR/C/79Add.74, 9 апреля 1997 года, пар. 28. Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «Права человека». 2003 г. С. 41

⁵⁸ См. Доклад Специального докладчика ООН по вопросам применения пыток. UN Doc. E/CN.4/1995/34, 12 января 1995 года, пар. 926. Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «права человека». 2003 г. С. 42

юридической помощи и сохранению этических стандартов профессии, поскольку повышает значимость таких ценностей как репутация и доброе имя адвоката.

К сожалению, в Казахстане в настоящее время продолжает применяться порочная советская практика нарушения права на свободный выбор адвоката по мотиву отсутствия у адвоката допуска к государственным секретам.⁵⁹ Особенно часто нарушение указанного права встречается в следственной и судебной практике по делам, находившимся в производстве органов национальной безопасности. При этом закон не обязывает адвокатов получать такой допуск. К слову, в УПК нет ни одного упоминания о необходимости прохождения именно той процедуры, на которой на практике настаивают органы национальной безопасности. В законодательстве, регламентирующем охрану государственных секретов, адвокаты, как субъекты, обязанные получать допуск в связи с участием в уголовном судопроизводстве, также не называются. Порядок получения допуска к государственным секретам регламентирован в неопубликованной в открытых источниках инструкции, сам допуск предоставляется только по результатам специальной проверки адвоката, проводимой с участием органов национальной безопасности. Таким образом, органы предварительного расследования имеют возможность оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе. Негласный и непонятный для адвокатов порядок выдачи допусков дает возможность создавать препятствия защитникам, негодным органу расследования, является неформальным фильтром для вхождения в дело, грубо и необоснованно нарушает право обвиняемого на выбор адвоката.

Укоренилась порочная практика составления неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс формирования этих списков носит абсолютно не транспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение явно сужает возможности гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор наиболее квалифицированного, по его мнению, адвоката.⁶⁰ Не понятно кто, на каком основании составляет такие списки, и по каким именно критериям адвокаты в эти списки попадают. На самом деле эта практика является близкой не только к упомянутым выше методам советских чекистов, но и копирует в действия латиноамериканских военных хунт второй половины 20-го века.

Следует признать, что Комитет ООН по правам человека в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомерной. Так, например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.⁶¹

⁵⁹ В истории советского уголовного судопроизводства наиболее постыдным примером злоупотребления допусками к госсекретам является дело правозащитника В. Буковского, которого после долгих лет заточения в специальных психбольницах и тюрьмах в 1976 г. обменяли на первого секретаря чилийской коммунистической партии Л. Корвалана. После того, как у адвоката, которому он доверяет, аннулировали допуск, Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях Буковский написал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов...» Цит. по: Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С. 435

⁶⁰ Более подробные аргументы по этому вопросу см.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.advokatura.kz/news/591/>

⁶¹ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень

Пункт 19 Основных положений о роли адвокатов прямо утверждает, что суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката, имеющего допуск к практике, представлять интересы своего клиента, если этот адвокат не был дисквалифицирован в соответствии с национальным правом и практикой его применения и настоящими Положениями.

К сожалению, разработчики нового УПК, очевидно, пока не намерены решать обозначенную проблему. Исходя из анализа ст.ст. 39 и 57 проекта УПК становится понятно, что в проекте никаких идей по поводу приведения отечественного законодательства в соответствие с действующими в этой области международными стандартами не предложено. Считаем, что такое положение вещей нуждается в скорейшем исправлении.

По нашему мнению, дискриминационные негласные процедуры предоставления допусков под контролем органов уголовного преследования, нельзя применять в отношении адвокатов.⁶² Органы, ведущие уголовный процесс, должны ограничиваться получением у адвокатов подписки о неразглашении сведений, содержащих государственные секреты, ставших им известными в связи с оказанием юридической помощи по делу. При этом, объем и четкий перечень этих сведений должен быть конкретно определен и не должен охватывать информацию о соблюдении законности и прав участников уголовного судопроизводства.

4.4. Право иметь время и возможность общения с защитником в приемлемых условиях

Право на защиту реально только тогда, когда адвокат и обвиняемый могут спокойно обсудить сложившуюся по делу ситуацию, согласовать свои дальнейшие действия, изучить необходимые документы и совместно составить обращения в адрес органов, ведущих уголовный процесс. Эта сложная и кропотливая работа требует определенных условий, включающих в себя как элементарные бытовые удобства, состоящие в наличии специального помещения, мебели, достаточного освещения и вентиляции, но и предоставление необходимого времени для работы, а также свободу от вмешательства со стороны правоохранительных органов и иных лиц. Качество обеспечения этих условий характеризует степень уважения к международным стандартам справедливого уголовного процесса.

избранных решений Комитета ООН по правам человека (КПЧ ООН). URL: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

⁶² Необходимо отметить, что Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 8-П от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина указал:

«Из статьи 48 Конституции Российской Федерации следует право каждого на получение квалифицированной юридической помощи и право пользоваться помощью адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного судопроизводства. В соответствии со ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, являющегося составной частью правовой системы Российской Федерации, каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе сноситься с выбранным им самим защитником и защищать себя через его посредство.

Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск...неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника...».

Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами.

Конфиденциальность общения с адвокатом

Право на конфиденциальность общения подозреваемого, обвиняемого со своим защитником гарантирована действующим законодательством (ст. 68-69 УПК). С точки зрения нормативного регулирования, все представляется вполне нормальным. Однако, на практике, отсутствие прямого запрета на производство оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов, приводит к нарушению указанного права. В истории Алматинской городской коллегии адвокатов был случай, когда сотрудники правоохранительного органа прослушали конфиденциальную беседу адвоката с его подзащитным и на основе полученной таким образом информации, даже высказывали претензии в адрес этого адвоката. Только принципиальная позиция суда по этому вопросу позволила урегулировать эту весьма удручающую с точки зрения гарантий адвокатской деятельности ситуацию.

Помимо оперативно-следственных вторжений в сферу конфиденциальности защиты, к сожалению, имеют место иные нарушения этого стандарта. Так, например, адвокат фактически не может конфиденциально переговорить со своим задержанным или арестованным подзащитным во время следственных действий за пределами следственного изолятора или изолятора временного содержания, поскольку подозреваемый, обвиняемый находится постоянно в сопровождении конвоира, который, как правило, категорически отказывается оставлять адвоката наедине с подзащитным.

Материально-организационные проблемы общения с адвокатом

К сожалению, далеко не все суды приспособлены для свиданий адвокатов с подсудимыми. В помещениях для содержания арестованных в некоторых судах просто нет комнат для свиданий, а сами эти помещения с точки зрения условий содержания и санитарии производят очень нехорошее впечатление. Переполненность камер, сумрак и грязь, отсутствие специальных комнат для бесед явно затрудняют возможность получения квалифицированной юридической помощи в зданиях некоторых судов.

Полагаем необходимым предусмотреть запрет на нарушение конфиденциальности переговоров адвокатов с подзащитными при любых обстоятельствах. Следует создать необходимые материально-бытовые условия для свиданий с арестованными в зданиях судов, а также обеспечить право на конфиденциальное общение с защитниками в зданиях правоохранительных органов без участия конвоя и других посторонних лиц.

4.4. Право на защиту при производстве процессуальных действий

Гарантии законности и соблюдения прав личности при производстве следственных действий являются краеугольным камнем судебно-правовой реформы. В этой связи, очень сильностораживает метаморфоза, произошедшая с регулированием этого института в проекте УПК. Из проекта просто пропали такие следственные действия как прослушивание и запись переговоров, перехват сообщений и наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию. Очевидно, что эти способы собирания доказательств не исключены из арсенала правоохранительных органов, но почему порядок их производства не урегулирован в проекте УПК? И где этот порядок теперь будет описан? Отсутствие ответов на эти вопросы сильно затруднит действия защиты по оценке допустимости и достоверности собранных таким образом доказательств, ставит под угрозу принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе. Очевидно, что любое упрощение процедуры ухудшает положение подозреваемых, обвиняемых, сокращает гарантии их прав.

С точки зрения соблюдения конституционных прав человека на неприкосновенность частной жизни и тайну сообщений, очень важно, чтобы формы, способы и сроки ограничения этих прав, а также гарантии защиты от их необоснованного ущемления были четко прописаны в законе. Необходимо, чтобы вопросы такого правоограничения регламентировались в нормативно-правовом акте, находящемся на вершине соответствующей иерархии. Иными словами, этот круг правоотношений однозначно должен быть в сфере действия Уголовно-процессуального кодекса, а не законов, имеющих меньшую силу. В этой связи, сокращение норм в проекте УПК за счет процедурных правил производства следственных действий, связанных с посягательством на неприкосновенность частной жизни, тайну переговоров и иных сообщений, явно указывает на усиление инквизиционных начал в судопроизводстве и чревато откатом от демократических ценностей правового государства.

Право на защиту при ограничении личной свободы

Право на защиту в первую очередь направлено на обеспечение такого фундаментального института как личная свобода человека. Действующее законодательство не свободно от рудиментов советского репрессивного процесса, который не особо стеснял себя формальностями при ограничении этого права. К сожалению, в проекте УПК нет норм, направленных на усовершенствование процедуры санкционирования ареста.

Исследования проведенные в этой области выявили несовершенства действующего порядка применения ареста, состоящие в отсутствии проверки законности и обоснованности задержания во всех без исключения случаях, как это предусмотрено стандартом Habeas Corpus, слабом развитии и применении альтернативных аресту мер пресечения, проблемах с открытостью судебных заседаний по санкционированию ареста, трудностях с обеспечением прав на перевод, квалифицированной защитой и пр.⁶³

Все эти недостатки пока просто законсервированы. По проекту УПК, как и прежде, суды рассматривают только ходатайства об избрании содержания под стражей, поступившие от органов уголовного преследования. Если следствие не применяет арест, суд не уполномочен давать оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу. Процесс оценки правомерности избрания ареста также формализован, суды не имеют права самостоятельно назначать альтернативные аресту меры пресечения.

Вызывает сожаление тот факт, что в проекте УПК положения, регламентирующие применение досудебного лишения свободы, не стали предметом гуманизации и развития. Так, например, перечень мер пресечения (ст. 123 проекта) остался практически неизменным по сравнению с ныне действующим. Это означает отсутствие дополнительных альтернатив аресту, узость и косность процессуальной формы, нехватку необходимых в разных жизненных ситуациях вариантов для принятия решений судьей и следователем в процессе обеспечения надлежащего поведения подозреваемого.

Исходя из анализа соответствующих положений проекта УПК⁶⁴ можно сделать вывод о том, что сохраняется ныне существующий семидесятидвухчасовой срок задержания. Вместе с тем, вопрос о том, что этот срок является неоправданно большим, обсуждается давно и даже Специальный докладчик Организации Объединенных Наций по пыткам, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению и наказанию рекомендовал Республике Казахстан сократить этот срок до 48 часов.⁶⁵ Полагаем, что в таких деталях на

⁶³ Более подробно см.: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 4-5.

⁶⁴ Часть 2 ст. 123 проекта УПК.

⁶⁵ Подпункт б) п. 81 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytiks/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

самом деле могло бы проявиться желание авторов проекта УПК гуманизировать уголовно-процессуальное законодательство. Разумеется, если такое желание имеет место в действительности, а не является пустой декларацией.

Право на телефонный звонок

Право на защиту порой превращается в фикцию, если задержанный не может сообщить о себе тем, кому он небезразличен. Содержание инкоммуникадо, к сожалению, проблема, не обошедшая стороной отечественное правосудие. Формально, в соответствии с ч. 2 ст. 68 УПК РК каждому задержанному подозреваемому предоставлено право немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания. Однако, далее в законе эта возможность не обеспечена процедурными гарантиями и потому, на практике далеко не всегда право сделать такой телефонный звонок может быть свободно реализовано.

Считаем, что необходимо, во-первых, расширить это право, предоставив возможность сначала позвонить близким, а потом своему адвокату, если таковой имеется, или в профессиональную организацию адвокатов для выбора и приглашения защитника. Далее нужно закрепить в нормах нового УПК обязательное отражение в протоколах задержания и (или) допроса в качестве подозреваемого факта предоставления возможности сделать телефонный звонок, и описания последующих действий задержанного (произвел звонок, отказался и т.п.) и их результатов (кто ответил, во сколько и т.д.). Отражение этих действий в процессуальных документах гарантировало бы соблюдение данного права, а органам судебного контроля и прокурорского надзора позволило бы своевременно обнаруживать и пресекать его нарушение.

Вопросы гарантирования права на защиту относятся к числу наиболее сложных в юридической науке и практике. Очевидно, что для решения существующих в этой сфере проблем нужна политическая воля, искреннее признание приоритета прав и свобод человека перед ценностями иного порядка. Поскольку Республика Казахстан взяла на себя соответствующие международные обязательства, полагаем, что обеспечение основных прав человека в уголовном процессе - долг нашей страны перед мировым сообществом и собственным народом.

Пока, к сожалению, действующее законодательство и традиция его применения далеки от полного соответствия существующим в этой сфере международным стандартам. Ожидания, возникшие в связи с реформой уголовно-процессуального законодательства, пока не оправдываются. Анализ положений проекта УПК позволяет, к сожалению, констатировать тот факт, что необходимых и актуальных изменений в законодательство он не несет. Авторы нового Кодекса даже не смогли развить до конца тот ограниченный перечень идей по реформированию уголовного судопроизводства, который был изложен в Концепции проекта Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.⁶⁶ Возможно, такая ситуация сложилась вследствие того, что процесс разработки нового УПК был в некоторой степени монополизирован Генеральной прокуратурой, тогда как столь важные и актуальные на сегодняшний день институты судебного контроля и обеспечения права на защиту, относятся к сфере жизненных интересов судебной системы и адвокатуры, не имеющей пока возможности принимать активное участие в создании процессуального закона.

Надеемся, что законотворческий процесс будет более открытым и справедливым, а конструктивное взаимодействие ведомств, государственных органов и институтов гражданского общества поможет решить вышеуказанные и многие другие проблемы уголовного судопроизводства.

⁶⁶ URL: www.supcourt.kz/export/sites/default/rus/zakonoproekt/UPK.doc

При этом желательно всем участникам законотворческого процесса помнить, что в таком важном деле как совершенствование уголовно-процессуального законодательства необходимо руководствоваться в первую очередь интересами граждан нашей страны, нуждающихся в справедливом и честном правосудии, а также в дополнительной защите их конституционных прав и свобод.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Рассмотреть вопрос об обеспечении состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе, посредством внедрения полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека при производстве по уголовным делам, для чего создать самостоятельное звено судебной системы, состоящее из судей, ответственных только за осуществление указанной функции на досудебных стадиях процесса.
2. К компетенции судей по контролю за законностью и соблюдением прав человека, помимо предложенных в проекте УПК полномочий, отнести санкционирование всех следственных и процессуальных действий, ограничивающих конституционные права человека, а также некоторые правообеспечительные процедуры, например, контроль за предъявлением обвинения, разъяснение прав и обязанностей в связи с участием в уголовном процессе, ознакомление с материалами уголовного дела и др.
3. Развить и конкретизировать в УПК полномочия адвокатов по собиранию доказательств, детально описав процессуальную форму депонирования фактических данных, допроса свидетелей, назначения и производства экспертиз, получения образцов для сравнительного исследования, истребования предметов и документов, использования возможностей частной детективной деятельности. Предусмотреть обязательность проведения судебных заседаний по депонированию доказательств при наличии соответствующего ходатайства защиты.
4. Привести в соответствие с международными стандартами процессуальный порядок задержания и ареста, а именно, сократить до 48 часов срок задержания и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного, предоставить судам право выбирать меру пресечения обвиняемому.
5. Расширить перечень альтернативных аресту мер пресечения.
6. Унифицировать в рамках единой процессуальной формы следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, и регламентировать эту форму только в уголовно-процессуальном законодательстве.
7. Предусмотреть в законе процедуру предъявления обвинения (подозрения) в судебном заседании под контролем суда, в ходе которого проводить разъяснение сущности и объема обвинения, оценку законности, примененного в отношении подозреваемого задержания (если таковое имело место), а также проверку соблюдения права на защиту посредством выбранного адвоката, права на телефонный звонок, права на перевод материалов дела в соответствии с принципом языка судопроизводства и др.
8. Усилить и усовершенствовать гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности, в частности: установить запрет на прослушивание и запись телефонных переговоров адвоката, запретить любое вторжение в служебные и жилые помещения адвокатов, в том числе осуществление гласных и негласных осмотров, обысков, выемок и иных подобных следственных и оперативных мероприятий в отношении адвокатов.

9. Запретить в законе привлечение адвокатов в качестве лиц, сотрудничающих с правоохранительными органами на конфиденциальной основе.
10. Запретить ограничение гражданских и экономических прав адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью.
11. Запретить на законодательном уровне любое уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за правомерные действия, совершенные ими в связи с оказанием юридической помощи, в том числе за публичные высказывания адвокатов в средствах массовой информации и в залах судебных заседаний.
12. Предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в делах по назначению органов, ведущих уголовный процесс, только на основании решения президиумов коллегий адвокатов.
13. Решить вопрос беспрепятственного допуска адвокатов к участию по делам всех категорий, включая дела, содержащие государственные секреты, вхождение в которые осуществлять посредством предоставления адвокатом подписки о неразглашении этих секретов.
14. Предусмотреть свободный допуск адвокатов к своим подзащитным, содержащимся в местах досудебного лишения свободы и местах отбывания наказания, на основании ордера адвоката, без необходимости получения соответствующих разрешений от органов уголовного преследования и суда.
15. Наделить адвокатов правом свободного доступа в помещения органов расследования и суда по предъявлению ордера и документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре (удостоверения). Прекратить незаконную практику досмотров адвокатов и изъятия у них при входе в помещения правоохранительных органов сотовых телефонов, фото-видеокамер, компьютеров, носителей информации и другого имущества.
16. Прямо запретить в законе нарушение конфиденциальности переговоров адвокатов с подзащитными при любых обстоятельствах. Создать необходимые материальные условия для свиданий адвокатов с арестованными в зданиях судов, а также обеспечить право на конфиденциальное общение с защитниками в зданиях правоохранительных органов без участия конвоя.
17. Расширить право на телефонный звонок, предоставив возможность звонить не только близким, но и адвокату. Закрепить в законе обязательное отражение в протоколах задержания и (или) допроса в качестве подозреваемого факта предоставления возможности совершить телефонные звонки.
18. Предоставить президиумам коллегий адвокатов право отказывать в приеме в члены коллегий лицам, имеющим лицензии, но в ходе своей предыдущей профессиональной деятельности скомпрометировавшим себя перед институтом адвокатуры и недостойным состоять в её рядах.
19. Закрепить в законе, порядок, в соответствии с которым дисциплинарное производство в отношении адвокатов относится к исключительной компетенции органов адвокатуры.

Сентябрь 2012 г.

Соблюдение права на открытое судебное разбирательство⁶⁷

I. Существующая нормативная база

Перспективным планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы⁶⁸, предусмотрено внесение в 1 квартале 2013 года в Парламент новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан⁶⁹.

Судя по проекту концепции законопроекта, а также предварительным вариантам отдельных статей проекта УПК РК - в части права на открытое судебное разбирательство пока не планируется никаких революционных изменений. По крайней мере, сравнимых с предлагаемыми кардинальными изменениями первоначальной стадии уголовного процесса.

Доктор юридических наук М.А. Сарсембаев ранее отметил⁷⁰, что в Конституции РК от 30 августа 1995 года, гражданским правам посвящено 7 статей (или 15 норм), в то время как в Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года, им посвящено 13 статей (или 48 норм). Отсутствует в Конституции РК и норма, гарантирующая право на открытое судебное разбирательство.

На сегодняшний день, в части уголовного процесса, данное право закреплено в статье 29 Уголовно-процессуального кодекса⁷¹ Республики Казахстан.

Согласно статье 1 УПК РК, нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан, регулирующие порядок уголовного судопроизводства, являются составной

⁶⁷ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Посольства Королевства Нидерландов в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Посольства Королевства Нидерландов в Астане.

⁶⁸ Перспективный план законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы⁶⁸, утвержденным Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 марта 2012 года № 360.

⁶⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 206-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) (далее - УПК РК).

⁷⁰ «Конституционные и международно-правовые основы политических и гражданских прав человека и гражданина в Казахстане» М. Сарсембаев, доктор юридических наук, профессор (Центризбирком РК). URL: <http://www.zakon.kz/4491246-konstitucionnye-i-mezhdunarodno.html>

⁷¹ Статья 29 УПК РК гласит: «1. Разбирательство уголовных дел во всех судах и во всех судебных инстанциях происходит открыто. Ограничение гласности судебного разбирательства допускается, лишь когда это противоречит интересам охраны государственных секретов. Закрытое судебное разбирательство, кроме того, допускается по мотивированному постановлению суда по делам о преступлениях несовершеннолетних, по делам о половых преступлениях и другим делам в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, а также в случаях, когда этого требуют интересы безопасности потерпевшего, свидетеля или других участвующих в деле лиц, а также членов их семей или близких родственников. В закрытом судебном заседании рассматриваются также разрешаемые судом на досудебной стадии судебного процесса жалобы на действия и решения органа, осуществляющего уголовное преследование. 2. Разбирательство дел и жалоб в закрытом заседании осуществляется с соблюдением всех правил, установленных настоящим Кодексом. 3. Приговор суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично».

частью уголовно-процессуального права. Практике соблюдения принципа гласности судопроизводства посвящены ряд из них.

Так, случаям незаконного ограничения гласности судебного разбирательства был посвящен пункт 8 Нормативного постановления Верховного суда РК от 14 мая 1998 года⁷². В нем говорилось: «Судам следует иметь в виду, что принцип гласности судебного разбирательства заключается в обеспечении возможности всем гражданам, в том числе не являющимся участниками процесса по рассматриваемому судебному делу, присутствовать при его разбирательстве. Поэтому следует исключить, как противоречащие принципу гласности случаи необоснованного отказа представителям средств массовой информации присутствовать в зале судебного заседания».

Затем председателям областных и приравненных к ним судов рассылалось Циркулярное письмо Верховного Суда Республики Казахстан от 7 ноября 2000 года № 10-9/1017. В нем напоминалось, что присутствующие в открытом судебном заседании граждане имеют право беспрепятственно фиксировать письменно или с использованием аудиозаписи ход судебного разбирательства. Кино- и фотосъемка, видеозапись, прямая радиотелетрансляция в ходе судебного разбирательства допускается по разрешению суда с учетом мнения лиц, участвующих в деле. В закрытом судебном заседании рассматриваются дела только по указанным в законе основаниям и при обязательном вынесении определения о проведении закрытого судебного заседания. Названные положения законодательных актов свидетельствует о том, что присутствие журналистов с целью освещения в средствах массовой информации результатов рассмотрения конкретных дел, по желанию журналистов, должно быть обеспечено во всех открытых судебных заседаниях. Ограничение прав журналистов на получение и распространение информации по итогам рассмотрения дел в открытых судебных заседаниях не должно ограничиваться судьями местных судов ни под каким предлогом, заявлялось в письме.

В 2002 году в Бюллетене № 11 Верховного Суда РК⁷³ было опубликовано Обобщение судебной практики по обеспечению гласности судопроизводства, присутствия представителей средств массовой информации в судебном заседании и применению ими аудио-, видеозаписи, фото-, киносъемки, проведенное Коллегией по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан. В документе говорится, что судам необходимо принять меры, чтобы судебная система не оставалась изолированной или блокированной в информационном поле.

На основе проведенного обобщения судебной практики, и в целях соблюдения законности при отправлении правосудия, было принято Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года⁷⁴. В данном документе говорится, что принцип гласности судопроизводства, закрепленный в статье 29 Уголовно-процессуального кодекса, в совокупности с другими принципами обеспечивает выполнение задач уголовного процесса, направленных на изобличение и привлечение к ответственности лиц, совершивших преступления, на справедливое судебное разбирательство. В этой связи судам необходимо шире реализовывать данный принцип, обеспечивать возможность свободного доступа в залы судебного заседания всех заинтересованных лиц, в том числе представителей средств массовой информации. Суды обязаны строго соблюдать требования уголовно-процессуального закона об открытом судебном разбирательстве дел во всех судебных инстанциях и не допускать фактов

⁷² Нормативного постановления Верховного суда РК от 14 мая 1998 года № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.12.2011 г.).

⁷³ Бюллетень №11 Верховного Суда Республики Казахстан. URL: http://supcourt.kz/rus/sudebnaya_sistema/izdaniya_vs_i_soyuza_sudey/bjulleten_verhov_rk/2007/011.html

⁷⁴ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 25 «О соблюдении принципа гласности судопроизводства по уголовным делам» (с изменениями и дополнениями от 25.06.2010 г.).

нарушения принципа гласности судопроизводства, необоснованного отказа гражданам присутствовать в зале суда.

Незаконное ограничение гласности (необоснованное засекречивание материалов дела, проведение закрытых заседаний по непредусмотренным законом основаниям и т.п.) может повлечь умаление и ущемление процессуальных прав участников процесса. В зависимости от характера и существенности этих нарушений состоявшееся по делу производство может быть признано недействительным, с отменой вынесенного решения, либо собранные материалы могут быть признаны не имеющими силы доказательств.

Верховный суд отметил, что под гласностью судопроизводства следует понимать не только проведение открытого судебного разбирательства, но и обеспечение участия в нем сторон, возможности присутствия иных лиц, не участвующих в деле. Гласность предполагает доступность участников процесса ко всем материалам дела, в том числе полученным в ходе оперативно-розыскных мероприятий, к указаниям прокурора, данным в ходе предварительного расследования (за исключением случаев, предусмотренных законом). Кроме того, в этот принцип включается публичное провозглашение судебного решения, извещение и ознакомление сторон с поступившими жалобами других участников процесса, осведомленность о времени и месте рассмотрения дела в суде любой инстанции, создание единой базы данных вступивших в законную силу приговоров и постановлений судов и свободный доступ к ним, доступность информации об исполнении судебных актов.

Суд, по ходатайству сторон или по собственной инициативе, при назначении главного судебного разбирательства, с приведением в постановлении соответствующих оснований, обязан решить вопрос открытого или закрытого рассмотрения дела. Участники процесса могут заявлять ходатайства об ограничении гласности судебного разбирательства как на стадии назначения главного судебного разбирательства (предварительного слушания дела), так и в ходе главного судебного разбирательства. Иные лица, в том числе и представители средств массовой информации, не вправе заявлять ходатайства о рассмотрении дел в открытом или закрытом судебном заседании. Ходатайства об ограничении гласности подлежат удовлетворению только при наличии обстоятельств, указанных в части 1 статьи 29 УПК, в целях охраны государственных секретов, предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, обеспечения безопасности потерпевших, свидетелей и других лиц, членов их семей или близких родственников, защиты интересов несовершеннолетних подсудимых. В соответствии со статьей 109 УПК в закрытом судебном заседании рассматриваются жалобы на решения прокурора, принятые им по жалобам на действия и решения органов предварительного следствия и дознания.

Ограничение гласности судебного разбирательства может распространяться на весь период судебного заседания или на ту его часть, в которой исследуются обстоятельства, указанные в части 1 статьи 29 УПК, о чем должно быть указано в постановлении. Если в отношении отдельных подсудимых имеются основания для проведения закрытого судебного разбирательства в связи с охраной государственных секретов, а к другим подсудимым эти обстоятельства не относятся, суд вправе выделить из уголовного дела в отдельное производство другое уголовное дело, которое подлежит рассмотрению в закрытом судебном заседании.

По мнению Верховного Суда, применение судом видео-, звукозаписи в зале судебного заседания является наиболее удобным и достоверным способом фиксации всего происходившего в судебном заседании, способствует исключению искаженного освещения фактов, установленных по делу. Фотографирование, применение видео-, звукозаписи в ходе главного судебного разбирательства допускается с согласия участников процесса и с разрешения председательствующего по делу. Эти действия не должны мешать нормальному ходу судебного разбирательства. Председательствующий может разрешить применение видео-, звукозаписи в определенной части судебного разбирательства либо в

отношении некоторых участников процесса и иных лиц, при их согласии. Он же вправе в любой части судебного разбирательства запретить применение видео-, звукозаписи.

Также следует упомянуть такой документ, как Рекомендации по итогам рассмотрения вопроса об эффективности деятельности постоянно действующего форума «Судебная власть и СМИ»⁷⁵. В нем Центральный совет Республиканского общественного объединения «Союз судей Республики Казахстан», рекомендует местным судам кардинально улучшить работу по обеспечению принципа гласности при отправлении правосудия по гражданским, уголовным и административным делам.

В этой связи, предлагается судьям, судебным приставам, секретарям судебных заседаний совместно с пресс-службами судов создавать условия представителям прессы для освещения судебных процессов по конкретным делам в рамках требований статьи 20 Конституции Республики Казахстан, международных договоров, статьи 19 Гражданского процессуального кодекса, статьи 29 Уголовно-процессуального кодекса, статьи 24 Кодекса об административных правонарушениях и статьи 20 Закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации». В частности, при предъявлении журналистами радио и телевидения удостоверений личности и редакционных удостоверений сопровождать их лицом, ответственным за взаимоотношения со средствами массовой информации в зал судебного заседания до начала судебного процесса.

Председательствующим в ходе судебных заседаний напоминает об обязанности четко выполнять требования Гражданского процессуального кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, статьи, Кодекса об административных правонарушениях по вопросам применения представителями СМИ аудиозаписи, кино- и фотосъемки, видеозаписи, прямой радио- и телетрансляции. Также отмечается необходимость продолжить практику публикаций графиков рассмотрения судебных дел на сайтах судов в Интернете.

Вопросам пребывания граждан в судах посвящены также такие документы, как Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов,⁷⁶ Положение о пропускном режиме и пребывании граждан в местных судах города Астаны.⁷⁷

Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в здании Верховного Суда Республики Казахстан⁷⁸ разработано в целях:

- более полной реализации конституционного права граждан и юридических лиц на судебную защиту;
- обеспечения безопасности судей, работников судов, и лиц участвующих в судебном процессе;
- соблюдения общественного порядка установленного законодательством;
- исключения вмешательства в деятельность суда по отправлению правосудия;
- предупреждения и пресечения фактов, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений.

Согласно нему, вход в здание суда осуществляется через турникеты. Ответственность за осуществление пропускного режима возлагается на сотрудников службы охраны, судебных приставов, администраторов судов, порядок в здании и контроль за его обеспечением осуществляется сотрудниками службы охраны, судебными приставами, администраторами

⁷⁵ Рекомендации по итогам рассмотрения вопроса об эффективности деятельности постоянно действующего форума «Судебная власть и СМИ» (утверждены Постановлением Центрального совета Союза судей Республики Казахстан от 24 августа 2010 года № 34).

⁷⁶ Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов⁷⁶ (утверждено приказом Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 13 августа 2010 года № 01-01-31/290-П).

⁷⁷ Издано, очевидно, на основе вышеназванного документа, однако его реквизитов на официальном сайте суда <http://astanasud.kz/info/rezhim/> - не приводится.

⁷⁸ На данное положение есть много ссылок на официальном сайте Верховного Суда. Однако, сам текст данного документа по непонятным причинам недоступен общественности.

судов, работниками судов. Их законные требования по соблюдению установленного порядка обязательны для посетителей.

На уровне местных судов по рассматриваемым вопросам также принимались такие документы, как, например, Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области⁷⁹, Информационное письмо Консультативного Совета по выработке единой судебной практики при отправлении правосудия Павлодарского областного суда⁸⁰.

В Национальном плане действий в области прав человека⁸¹ говорится, что: «В принципе казахстанское законодательство в отношении соблюдения принципов гласности соответствует указанным выше международным стандартам. Однако, было бы целесообразным закрепить в законодательстве открытость судебных процессов с присутствием представителей средств массовой информации, общественности и т.д., для исключения вольной интерпретации судьями этих принципов справедливого судопроизводства».

В целях обеспечения прав граждан на справедливое судопроизводство, Планом рекомендуется Правительству Республики Казахстан, Министерству юстиции Республики Казахстан, Верховному Суду Республики Казахстан, другим уполномоченным государственным органам в период 2010 - 2012 годов принять меры, направленные на открытость и прозрачность судебных процедур, а также деятельности органов судебной власти. Достижение этих целей, возможно, прежде всего, путем внедрения таких объективных методов фиксации судебных процессов, как обязательная аудиозапись либо видеозапись происходящего на судебных заседаниях. Предлагаемое нововведение сделает судебный процесс прозрачным и приведет к реальному осуществлению принципа гласности и открытости судопроизводства, и будет способствовать тому, что решение по делу будет приниматься только на основании исследованных и зафиксированных в протоколе и на аудио- и видеозаписи доказательств, что обеспечит объективное рассмотрение дела и повысит качество судебных решений.

В Плате предлагается рассмотреть вопрос о более широком использовании электронных средств связи. К примеру, на начальном этапе возможно внедрение в судах видеоконференцсвязи для проведения процессов в удаленном режиме, в частности, при пересмотре состоявшихся судебных актов.

Согласно Плану, достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится также в урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью. Надо сделать прозрачной информацию о движении дел в суде, гарантировать доступность судебных актов. Граждане и организации должны свободно получать сведения о деятельности судов, подборе кандидатов в судьи и др. Указанное позволит в полной мере реализовать принципы гласности и прозрачности правосудия в Республике Казахстан и будет способствовать успешному проведению реформы судебной системы.

Составной частью права на открытое судебное разбирательство является право на доступ к судебной информации вообще, и к судебным актам, в частности. В Докладе о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических

⁷⁹ Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области (утверждены Распоряжением председателя Карагандинского областного суда от 7 апреля 2010 года № 1-4-146).

⁸⁰ Информационное письмо Консультативного Совета по выработке единой судебной практики при отправлении правосудия Павлодарского областного суда от 29 января 2009 года № 43-2 «Об информационной открытости судебного процесса по уголовным делам».

⁸¹ Национальный план действий в области прав человека⁸¹ в Республике Казахстан на 2009-2012 годы (одобрен резолюцией Президента Республики Казахстан от 5 мая 2009 года № 32-36.125).

правах от 2009 г.⁸², говорится, что с целью обеспечения максимальной открытости и доступности судебной информации для общественности на официальном сайте Верховного Суда создана и регулярно пополняется единая база данных электронных текстов судебных актов, нормативных правовых актов, касающихся деятельности судов, а также справочной литературы. Это уникальный ресурс, вобравший в себя около 200 тысяч решений Верховного Суда и местных судов по наиболее сложным вопросам материального и процессуального права, доступ к которому имеют не только судьи, но и любой пользователь Интернета.

В Стратегическом плане Верховного Суда Республики Казахстан на 2011-2015 годы утверждается, что общество заинтересовано в полном, объективном и беспристрастном освещении деятельности судебной власти, необходимости повышения уровня открытости и прозрачности судебной системы путем предоставления широкого доступа населения к информации о деятельности судов.

В современных условиях ускоренные темпы развития общества требуют автоматизации деятельности судебных органов, поэтому применение прогрессивных информационных технологий является наиболее актуальным. Максимальное обеспечение открытости и прозрачности судебных процедур на всех стадиях отправления правосудия основано на внедрении в судах цифровой системы аудиовидеозаписи судебных процессов, видеоконференцсвязи.

В плане подтверждается, что внедрение ЕАИАС (ранее не дается расшифровка) в судах обеспечивает прозрачность и открытость правосудия, позволило сформировать единое информационное пространство, кроме этого создан банк данных судебных актов, к которому имеют доступ не только судьи, но и граждане. В судах функционируют информационно-справочные киоски, посредством которых граждане могут получить необходимую информацию.

Стратегическим планом планируется введение системы Контакт-Центра судебных органов, которая позволит обеспечить: создание эффективной системы взаимодействия населения страны с судебными органами РК, получение оперативной и достоверной информации о принятых судебных актах по рассмотренным делам, о результатах и сроках разрешения жалоб и заявлений, поступающих в суды, информационную прозрачность и открытость деятельности судебной системы РК.

Будет продолжена работа по улучшению имиджа судебной системы, для чего предполагается начать реализацию следующих задач:

- осуществление организационных и практических мероприятий, направленных на дальнейшее укрепление авторитета судебной власти, изучение общественного мнения, позволяющего оперативно оценивать состояние системы;
- дальнейшее организационное и материально-техническое укрепление судов, последовательное укрепление социальных гарантий судей и судей в отставке;
- создание системы комплексного информационного обеспечения деятельности судов, обеспечение широкого доступа населения к информации о деятельности судов посредством широкого применения инновационных технологий;
- развитие международного сотрудничества в сфере правосудия и информационного обмена, внедрения в судебную систему Казахстана международных стандартов.

В рамках проекта создания «Электронный архив судебных документов» (ЭАСД) предполагается формирование электронного архива судебных дел Верховного и областных судов. Данная система предназначена для хранения электронных документов, создаваемых посредством безбумажной технологии обмена информацией, обеспечении

⁸² Доклад о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах, утвержденном постановлением Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892.

сохранности электронных файлов аудиовидеозаписи судебных процессов, автоматизации технологических процессов архивирования в Верховном и областных судах. Предполагается, что введение электронного архива судебных дел (ЭАСД) обеспечит дальнейшее развитие автоматизации судебной деятельности, способствует повышению уровня доверия граждан к судебной системе за счет надлежащей реализации принципа гласности в гражданском, уголовном и административном судопроизводстве.

Результаты проведенных Верховным Судом в 2011 году двух социологических опросов более 100 тыс. участников процесса свидетельствует о преобладании положительной оценки деятельности судов, утверждается в Стратегическом плане. Так, они показали, что 92,7% респондентов не имеют замечаний по работе суда. При этом 3,6% респондентов указали на нехватку помещений и залов судебных заседаний, очереди, 2,5% респондентов отметили отсутствие доступной необходимой информации в судах и лишь 0,9% - наличие волокиты и бюрократизма.

Однако Верховным Судом признается, что в настоящее время часть местных судов располагается в непригодных для осуществления правосудия зданиях, которые не в полной мере соответствуют установленным требованиям и нормам площадей. Требования к проектированию типовых зданий судов должны быть также обусловлены стоящей перед судами задачей обеспечения права на открытое судебное разбирательство. Залы судебных заседаний должны располагаться на первых этажах в необходимом количестве, они должны иметь соответствующие места для посетителей и представителей средств массовой информации. В зданиях судов помимо комнат для прокуроров и адвокатов должны быть предусмотрены комнаты для медиаторов (?). В целях решения данного вопроса разработаны проекты типовых зданий судов, ведется работа по подготовке проектно-сметной документации этих зданий.

В Стратегическом плане говорится, что доля оснащенности залов судебных заседаний системами аудио-, видеофиксации на конец 2011 года составила 29%. В 2012 году планируется приобрести 77 систем аудио-, видеофиксации, что составит 35% покрытия потребности.

Утверждается, что доля судебных актов, размещенных на сайте Верховного Суда (за исключением дел, рассмотренных в закрытых судебных заседаниях, составляющих государственную, служебную, коммерческую и банковскую тайны и др.) в 2011 году составляла 90%, а в текущем планируется разместить все 100 %.

Доля оснащенности залов судебных заседаний системами аудио-, видеофиксации в 2011 году составляла 10%, а в текущем планируется довести ее до 35 %.

В Концепции дальнейшей информатизации судебной системы Республики Казахстан⁸³ ставится задача создания и совершенствования удобных для пользователей поисковых систем информирования, хранилищ судебной информации; опубликование судебных решений, при одновременном соблюдении прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту судопроизводства; обеспечение интеграции с инфраструктурой электронного правительства и информационными системами государственных органов, для повышения прозрачности судов.

Всего по данным о бюджете органов судебной системы Республики Казахстан, официально опубликованным на сайте Верховного Суда, в 2012 на создание единой автоматизированной информационно-аналитической системы органов судебной системы Республики Казахстан выделяется 329 392 000 тенге. А на создание электронного архива судебных документов в 2013 году будет выделено 344 645 000 тенге, в 2014 году - 418 239 000 тенге.

⁸³ Концепция дальнейшей информатизации судебной системы Республики Казахстан⁸³ (утверждена распоряжением Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 4 июня 2012 года № 194).

Следует также отметить, что Верховным Судом Республики Казахстан совместно с Программой развития Организации Объединенных Наций в 2009-2011 годах реализовывался Проектный документ «Прозрачность и доступ к информации и правосудию в Казахстане».

Принцип открытости судебного процесса касается также способов оглашения приговоров и постановлений. Согласно законодательству, все приговоры и постановления оглашаются публично. Принцип гласности судопроизводства также включает в себя право на публичное оглашение приговора. В связи с этим международными документами, наряду с открытостью всего уголовного процесса, отдельно предусматривается право на публичное провозглашение приговора, с небольшими исключениями из этого правила, «когда интересы несовершеннолетних требуют другого, или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

В отличие от международных стандартов, УПК РК не содержит исключений из вышеуказанного правила: «все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично» (статья 29). Право на оглашение приговора включает в себя право знать причины вынесения приговора. УПК РК гласит: «Приговор суда должен быть законным и обоснованным. Приговор признается законным, если он постановлен с соблюдением всех требований закона и на основе закона. Приговор признается обоснованным, если он постановлен на основании всестороннего и объективного исследования в судебном заседании представленных суду доказательств» (статья 369 УПК РК).

Помимо этого, к данному принципу относится право на ознакомление с протоколом судебного заседания, также предусмотренное нормами казахстанского законодательства. Казахское законодательство предусматривает обязанность судьи разъяснить сторонам их право на обжалование приговора (статья 384 ч.3 УПК РК).

II. Международные документы и обязательства

Согласно статье 1 УПК РК, международные договорные и иные обязательства Республики, регулирующие порядок уголовного судопроизводства, являются составной частью уголовно-процессуального права.

Всеобщая декларация прав человека⁸⁴ в статье 10 предусматривает: «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно...». Аналогичные нормы содержат и другие международные акты. Так, пункт 1 Резолюции 2858 (XXVI) Генеральной Ассамблеи ООН «Права человека при отправлении правосудия» от 20 декабря 1971 г. устанавливает: «Каждый имеет право на гласное судебное разбирательство»; в преамбуле Резолюции Комиссии ООН по правам человека о целостности судебной системы (апрель 2002 г.) заявлено, что «каждый человек для определения его прав и обязанностей ... имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом»; принцип 3.2. Бангалорских принципов поведения судей от 26 ноября 2002 г. указывает: «Недостаточно просто осуществлять правосудие, нужно делать это открыто для общества».

Специальное право для наблюдателей-правозащитников и юристов быть наблюдателями на судебных слушаниях поддержано Декларацией правозащитников ООН. В статье 6

⁸⁴ Всеобщая декларация прав человека (принята и провозглашена резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года).

Декларации о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы⁸⁵ говорится, что каждый человек, индивидуально и совместно с другими, имеет право «знать, искать, добывать, получать и иметь в своем распоряжении информацию о всех правах человека и основных свободах, включая доступ к информации о том, каким образом обеспечиваются эти права и свободы во внутреннем законодательстве, в судебной или административной системах». Также, в статье 9 этого документа подчеркивается, что каждый человек, индивидуально и совместно с другими, имеет, в частности, право: «присутствовать на открытых слушаниях, разбирательствах и судебных процессах с целью сформировать свое мнение об их соответствии национальному законодательству и применимым международным обязательствам и принципам».

В пункте 12 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Копенгаген, 29 июня 1990 г.) также говорится: «Государства-участники, желая обеспечить большую открытость в выполнении обязательств, взятых на себя в разделе о человеческом измерении СБСЕ Венского Итогового документа, постановляют принять в качестве меры по укреплению доверия присутствие наблюдателей, направляемых государствами-участниками, и представителей неправительственных организаций и других заинтересованных лиц на судебных процессах, как это предусматривается в национальном законодательстве и международном праве; при этом понимается, что судебные процессы могут быть закрытыми (in camera) лишь при наличии обстоятельств, предписанных законом и соответствующих обязательствам по международному праву и международным обязательствам».

В статье 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах⁸⁶, говорится: «Печать и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, - при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия; однако любое судебное постановление по уголовному или гражданскому делу должно быть публичным, за исключением тех случаев, когда интересы несовершеннолетних требуют другого или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

В пункте 11 Нормативного постановления Верховного Суда РК «О применении норм международных договоров Республики Казахстан»⁸⁷ от 10 июля 2008 года № 1 говорится: «В необходимых случаях суды должны руководствоваться нормами Международного пакта о гражданских и политических правах ..., для обеспечения выполнения обязательств Республики Казахстан как участника указанного международного пакта».

Замечание общего порядка Комитета по правам человека ООН № 32⁸⁸ подчеркивает, что статья 14 охватывает право доступа в суды при рассмотрении любого уголовного обвинения и при определении прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе. Доступ к отправлению правосудия должен действенным образом гарантироваться во всех таких случаях в целях обеспечения того, чтобы никакое лицо не было с процессуальной точки зрения лишено своего права требовать правосудия.

⁸⁵ Декларация о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы (принята резолюцией Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1998 года № 53/144).

⁸⁶ Международный Пакта о гражданских и политических правах⁸⁶ (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) ратифицирован Республикой Казахстан законом от 28 ноября 2005 года № 91-III, (далее - МГПП).

⁸⁷ Нормативное постановления Верховного Суда РК «О применении норм международных договоров Республики Казахстан»⁸⁷ от 10 июля 2008 года № 1.

⁸⁸ Замечание общего порядка Комитета по правам человека ООН № 32⁸⁸ «Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах. Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство» (CCPR/C/GC/32, 23 августа 2007 года).

В документе также отмечается, что все судебные разбирательства по уголовным делам или же в каком-либо гражданском процессе в принципе должны проводиться устно и быть открытыми для публики. Публичность слушаний обеспечивает транспарентность судопроизводства и тем самым служит важной гарантией интересов отдельных лиц и общества в целом.

Суды также обязаны предоставлять информацию относительно времени и места проведения устных слушаний для сведения общественности и обеспечивать надлежащие возможности для присутствия заинтересованных представителей публики в разумных пределах с учетом, в частности, потенциальной заинтересованности в исходе дела и продолжительности устных слушаний. Требование об открытости слушаний для публики необязательно применяется ко всем апелляционным производствам, которые могут проводиться на основе письменных представлений или же к досудебным решениям, принимаемым обвинителями или другими государственными органами власти.

В пункте 1 статьи 14 подтверждается, что суды имеют право не допускать всю публику или часть ее по соображениям морали, общественного порядка (*ordre public*) или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, - при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия. В случае отсутствия таких исключительных обстоятельств разбирательство должно быть открытым для широкой публики, включая представителей средств массовой информации, и не должно, например, ограничиваться определенной категорией лиц. Даже в тех случаях, когда публика лишена доступа на судебное разбирательство, судебное постановление, включая основные выводы, доказательства и правовую аргументацию, должно быть предано гласности за исключением ситуаций, когда интересы несовершеннолетних требуют иного или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми.

Кроме того, в Замечании подчеркивается, что право на обращение в суды и трибуналы и на равенство перед ними принадлежит не только гражданам государств-участников, но должно быть также предоставлено всем лицам независимо от гражданства или их статуса апатридов или любого другого их статуса, будь то просители убежища, беженцы, трудящиеся-мигранты, несопровождаемые дети или другие лица, которые могут оказаться на территории или под юрисдикцией государства-участника. Ситуация, в условиях которой попытки лица добиться доступа в компетентные суды или трибуналы систематически сводятся на нет *де-юре* или *де-факто*, противоречит гарантии, предусмотренной в первом предложении пункта 1 статьи 14. Эта гарантия запрещает также любые различия в отношении доступа к судам и трибуналам, не основанные на законе и не могущие быть оправданными по объективным и разумным основаниям.

Комитет по правам человека указывает, что важным аспектом справедливости судопроизводства является его оперативность. Хотя вопрос о неоправданных задержках при рассмотрении уголовного дела прямо затрагивается в пункте 3 с) статьи 14, задержки в гражданском судопроизводстве, которые не могут быть оправданы сложностью дела или же поведением сторон, представляют собой отход от принципа справедливого судебного разбирательства, закрепленного в пункте 1 этой статьи. В тех случаях, когда задержки вызваны отсутствием средств и систематическим недофинансированием, по мере возможности на цели отправления правосудия должны выделяться дополнительные бюджетные ресурсы.

В статье 14 содержатся гарантии, которые государства-участники обязаны соблюдать, независимо от их юридических традиций и внутреннего права, говорится в Замечании № 32. Хотя они должны сообщать, каким образом интерпретируются эти гарантии в их соответствующих правовых системах, Комитет отмечает, что основное содержание устанавливаемых Пактом гарантий не может определяться, исходя лишь из положений внутреннего права. Если оговорки к конкретным положениям статьи 14 могут быть

приемлемы, то общая оговорка в отношении права на справедливое судебное разбирательство была бы несовместима с объектом и целью Пакта.

В литературе высказывалось мнение, что часть 1 статьи 29 УПК РК, устанавливающая: «В закрытом судебном заседании рассматриваются также разрешаемые судом на досудебной стадии судебного процесса жалобы на действия и решения органа, осуществляющего уголовное преследование» противоречит п. 1 ст. 14 МПГПП. И что ему, противоречит также часть 3 статьи 109 УПК РК, которой предусматривается, что жалоба на действия (бездействия) и решения прокурора, органов следствия и дознания рассматривается судьей в закрытом заседании, поскольку МПГПП четко устанавливает, что судебные заседания должны проводиться публично, и оговаривает случаи, когда судебное заседание может быть закрытым, не относя к ним рассмотрение жалоб на действия и решения органов уголовного преследования. Ниже нет противоречия, так как данное дело касалось именно рассмотрения жалобы на решение прокурора – государственные власти – в данном случае имеются ввиду именно органы исполнительной власти. Так что эту часть надо перенести в анализ и добавить соответствующую рекомендацию. Например, если это жалоба на пытки, незаконное задержание и т.д. Все они должны рассматриваться публично

Однако, Комитет по правам человека ООН по данному вопросу ссылаясь на Сообщение № 819/1998, *Кавана против Ирландии*, пункт 10.4. В соответствии с ним, Комитет считает, что право на публичное разбирательство касается судебного процесса и не применяется к досудебным решениям, принимаемым обвинителями и государственными властями. Поскольку открытый и публичный характер судебного разбирательства и процедур обжалования не оспаривается, Комитет заключает, что право на публичное разбирательство не нарушается.

III. Проблемы с реализацией права на открытое судебное разбирательство⁸⁹

⁸⁹ Опросы, проводимые в последнее время, показывают, что многие из проблем с реализацией права на открытое судебное разбирательство, обозначенные в то время, актуальны и поныне. Пять лет назад вниманию общественности был представлен Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006»⁸⁹ (23 февраля 2007 года). Мониторинг был проведен Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека и Центром ОБСЕ в Алматы при поддержке Верховного Суда Республики Казахстан (далее - Исследование 2007 года). Так, в 2012 году проводили опросы Центр исследования правовой политики по заказу Программы Развития ООН в Казахстане и финансовой поддержке Посольства Нидерландов в Республике Казахстан, а также ОФ «Транспаренси Казахстан» в рамках проекта «Общественное участие в обеспечении прозрачности и независимости судов в Казахстане» при содействии правительства Нидерландов. В сентябре 2012 года на Казахстанском юридическом форуме (<http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>) была открыта тема-опрос: «С какими проблемами Вы сталкиваетесь в отношении открытости и публичности судебных процессов»? Участниками темы и проголосовавшими были отмечены следующие проблемы в деятельности судов:

- Отсутствие свободного доступа в здание суда для лиц, не участвующих в процессах;
 - Необходимость показывать удостоверение личности и регистрироваться в журнале посещений;
 - Отсутствие информации о дате и времени рассмотрения дел;
 - Необходимость обосновывать судье и секретарю целесообразность присутствия на суде;
 - Проведение судебных заседаний в служебных кабинетах судей;
 - Проведение судебных заседаний в иных помещениях, которые изначально не могут вместить всех желающих;
 - Несоблюдение процедуры информирования участников о дате и месте проведения судебного заседания;
 - Задержки и откладывания судебных заседаний по субъективным моментам (опоздание судьи, конвоя и т.д.);
- Отсутствие в ЕАИАС СО РК информации о деле и всех вынесенных по нему судебных актов. Также, в 2012 году в ходе опроса на официальном сайте Южно-Казахстанского областного суда

Принцип открытости судебных разбирательств включает в себя различные аспекты, которым уделяется внимание общественности, а именно: наличие информации о месте и дате проведения слушания, публичное устное слушание и непосредственное изучение доказательств судом, соответствующие условия для посещения (материально-техническое оснащение зала, освещение), возможность присутствия общественности, публичное оглашение приговоров. Этот принцип считается нарушенным, если чинились препятствия при прохождении в здание суда, ознакомлении с графиком рассмотрения дел, и было отказано в доступе в зал судебных заседаний/кабинет судьи, где проводилось судебное заседание.

Суммируя, можно отметить следующие основные проблемы.

1. Доступ к зданию и залу суда

Принцип открытого слушания предполагает право представителей общественности присутствовать на любом судебном заседании, независимо от степени их причастности к этому делу.

В Исследовании 2007 года наблюдателями ОБСЕ отмечено, что, как правило, участники судебных процессов не испытывали трудностей с доступом в здания судов, залы судебных заседаний или кабинеты судей, где проходили судебные заседания. Однако наблюдатели по Проекту многократно сталкивались с проблемой доступа в залы судебных заседаний или кабинеты судей, где проходили судебные заседания. Они вынуждены были представлять документы, удостоверяющие личность, и регистрироваться в журнале посещения перед тем, как войти в здание суда. Для того чтобы войти в зал судебного заседания или кабинет судьи, где проходило судебное заседание, с наблюдателей требовалось разрешение секретаря судебного заседания или разрешение судьи. Особо было отмечено поведение секретарей судебных заседаний, которые часто вели себя грубо и неуважительно. Секретари самовольно устанавливали дополнительные ограничения на доступ в зал судебных заседаний/кабинет судьи, требуя предварительного согласования с ними. Данные факты подтверждали в ходе дискуссии по этому вопросу и участники Казахстанского юридического форума (ссылка).

(http://www.yukosud.kz/index.php?option=com_poll&id=17%3A2011-12-28-10-30-18&lang=rus) отмечены такие проблемы, как отсутствие доступной и необходимой информации (26.3 %); нехватка помещений и залов заседаний, очереди (5.5 %). Получается, что данные Верховного суда не совпадают с результатами по другим исследованиям? Имеющиеся проблемы подчеркивает и судебная практика. Так, Решением Костанайского городского суда от 20 августа 2012 года № 2-4671 были признаны незаконными действия начальника РГУ «УК 161/1» департамента УИС по Костанайской области Омарова К.Ж. в воспрепятствовании посещению журналистом Киселёвым С.Ю. открытого судебного заседания, проходившего в административном здании следственного изолятора. При этом, с Омарова К.Ж. была взыскана компенсация в возмещение морального вреда в пять тенге. Проблемы отмечаются и в многочисленных публикациях в СМИ. Так, 15 сентября 2012 в статье «Суды стремятся к прозрачности» в газете «Время» (<http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=29419>). говорилось о том, что Алматинский городской суд открыл собственный пресс-центр. В нем Алматинский городской суд планирует встречаться с журналистами и давать информацию и комментарии по интересующим их делам не реже двух раз в неделю. А в будущем каждую последнюю пятницу месяца в суде будет проводиться день открытых дверей для всех жителей города. Журналисты поинтересовались у председателя суда М.Таймерденова: почему он и его коллеги постоянно говорят о стремлении к прозрачности, а на деле в 9 из 10 случаев запрещают фото- и видеосъемку в зале суда - хотя процесс открытый, а стороны не возражают? «Вот тут сидят председатели коллегий, они получили соответствующее указание, - заявил он. - Практически запрета не должно быть. Если рассматриваются дела конфиденциальные, государственной важности, или затрагиваются интересы, честь и достоинство конкретного лица, тогда мы заранее будем предупреждать, что фото- и видеосъемка запрещены».

Уже упомянутое выше Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов, вводит ряд существенных ограничений в реализации гражданами права на доступ к зданию и залу суда. При этом, статус данного документа не вполне понятен, т.к. он не зарегистрирован в Министерстве юстиции, хотя в 2007-2010 годах приказы Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан проходили регистрацию.

В соответствии с данным положением представители средств массовой информации пропускаются в здание суда при предъявлении паспорта или редакционного удостоверения и сопровождаются лицом, ответственным за взаимоотношения со средствами массовой информации.

При проходе посетителей в здание суда, сотрудник службы охраны, находящийся при исполнении своих обязанностей на посту у входа в суд, судебный пристав обязаны:

- удостовериться, что посетитель прошел в здание сквозь рамку металлодетектор;
- удостовериться, что посетитель находится в состоянии, соответствующем требованиям соблюдения общественного порядка и общественной нравственности;
- потребовать предъявления документа;
- провести досмотр личных вещей входящих лиц (дамских, спортивных, хозяйственных сумок, пакетов и папок) с использованием специального оборудования и технических средств контроля, а в необходимых случаях проводит личный досмотр.

Разовые пропуска выдаются посетителям для входа в здание суда в рабочее время. Право на подачу заявок имеют:

- 1) председатели, председатели судебных коллегий и судьи судов;
- 2) заведующий канцелярией;
- 3) секретарь судебного заседания.

Работник, пригласивший посетителя, несет персональную ответственность за встречу, проводы, состав приглашенных лиц, а также соблюдения им требований пропускного и внутриобъектового режима в здании суда.

Запрещается вход посетителей в здание суда по устному распоряжению указанных лиц.

По поступившим заявкам сотрудник канцелярии суда (у входящего/исходящего окна) фиксирует данные посетителя в специальном журнале по предъявлению удостоверения личности или паспорта гражданина Республики Казахстан. Посетитель при входе в здание суда предъявляет удостоверение личности или паспорт гражданина Республики Казахстан, которые сдает постовому сотруднику службы охраны, а при выходе получает их обратно взамен разового пропуска.

Правилами запрещается оформлять разовые пропуска для иностранных граждан и лиц без гражданства. Посещение иностранными гражданами здания местных судов осуществляется по заявкам председателей районных и приравненных к ним судов по согласованию с председателем областного суда. Заявки составляются не менее чем за один день до намеченного визита и представляются в управление внутренней безопасности областного (городского) суда для регистрации и получения разрешения на вход указанных лиц. Лицо, подавшее заявку на посещение здания суда иностранцами, назначает ответственного работника, который обязан встретить посетителя у поста полиции и сопровождать его во время визита до момента выхода из здания.

Посетители имеют право:

- Осуществлять проход в здание и залы судебных заседаний в установленные дни и часы;
- Находиться в зале судебных заседаний при рассмотрении судебного дела в качестве участников судебного процесса, а при наличии свободных мест в качестве наблюдателей, если судебное заседание не является закрытым или

председательствующим по делу не объявлено об ограничении количества присутствующих;

- Знакомиться с образцами судебных документов (в том числе пользоваться информационным киоском) и получать информацию о дне и времени рассмотрения дел, находящихся в производстве;

- Посещать открытые для доступа посетителей служебные помещения судов для получения процессуальных документов и подачи заявлений, жалоб и иных документов.

Посетители обязаны:

- При входе в здание сообщать сотруднику службы охраны, судебному приставу о цели своего пребывания; предъявить сотруднику службы охраны, судебному приставу документ, удостоверяющий личность в развернутом виде; представить судебный документ, обязывающий, либо предоставляющий право явиться в суд;

- Пройти досмотр с использованием технических средств;

- По требованию сотрудника службы охраны, судебного пристава, при наличии законных оснований, пройти личный досмотр и передать для досмотра ручную кладь;

- Соблюдать установленный порядок деятельности в государственном учреждении и нормы поведения в общественных местах;

Посетителям запрещается:

- Находиться в служебных помещениях и залах судебных заседаний без разрешения судьи или работников суда;

- Находиться в непосредственной близости с помещениями, предназначенными для лиц, содержащихся под стражей;

- Во время судебного заседания производить видеозапись и фотосъемку без разрешения председательствующего судьи;

- Включать мобильные телефоны, пейджеры и другие средства связи и пользоваться ими в зале судебного заседания.

Положение о пропускном режиме и пребывании граждан в местных судах города Астаны гораздо либеральней. Работа суда строится путем разделения административного здания на два периметра: периметр свободного доступа – канцелярия приема и выдачи корреспонденции, залы судебных заседаний, залы ожиданий, комнаты для ознакомления, кабинеты для прокуроров и адвокатов; периметр ограниченного доступа – служебные кабинеты судей и работников аппарата судов. Посетители допускаются в периметр ограниченного доступа здания суда в рабочее время только на прием к Председателю суда, председателям судебных коллегий и руководителю Канцелярии, а также для участия в коллегиях, соответственно в районных и приравненных к ним судах председателю суда и для участия в судебных процессах с выдачей разовых пропусков при предоставлении документов, удостоверяющих личность (удостоверение личности, паспорт, служебное удостоверение государственных органов, судебных повесток, обходного листа и др.) и занесении сведений в журнал регистрации. Регистрация в журнале посещения суда является обязательной процедурой для всех посетителей суда.

В целях исключения проноса запрещенных и крупногабаритных предметов в здание суда, пристав или дежурный полицейский вправе производить досмотр личных вещей, в том числе с использованием специальных технических средств.

Представители средств массовой информации желающие принять участие в судебном заседании, в целях сохранения порядка во время разбирательства дела, должен поставить в известность председательствующего судью по судебному делу об участии в судебном разбирательстве до начала судебного процесса, через секретаря судебного заседания или судебного пристава.

При этом он должен сообщить следующие сведения:

- название СМИ или Агентства;

- местонахождение, адрес и телефон СМИ или Агентства;

- фамилия, имя, отчество аккредитуемого журналиста, его должность;

В случае обращения представителя СМИ об участии в судебном заседании, секретарь судебного заседания или судебный пристав обязаны незамедлительно поставить в известность председательствующего по делу о желании участия их в судебном процессе.

Фотосъемка, видеозапись, видео и радиотрансляция судебного заседания в средствах массовой информации допускается в соответствии с процессуальным законодательством (с разрешения судьи рассматривающего дело либо председательствующего), а в зданиях или других служебных помещениях суда с разрешения – председателя суда или лица его заменяющего. Видео и фотосъемка до начала судебных заседаний может производиться в качестве фонового изображения, без охвата лиц, участвующих в процессе. Аудиозапись и письменная фиксация открытого судебного процесса возможна без согласия председательствующего и участвующих в деле лиц. Об этом должно быть объявлено.

Фотографирование, применение видео и звукозаписи в ходе главного судебного разбирательства допускается с согласия участников процесса и с разрешения председательствующего по делу. Эти действия не должны мешать нормальному ходу судебного разбирательства. Председательствующий может разрешить применение видеозаписи в определенной части судебного разбирательства, либо в отношении некоторых участников процесса и иных лиц, при их согласии. Он же вправе в любой части судебного разбирательства запретить применение видео звукозаписи.

Аналогично, Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области устанавливают, что в зданиях судов обеспечивается беспрепятственное нахождение граждан в зоне свободного доступа (в канцелярии приема и выдачи корреспонденции, залах судебных заседаний). Пребывание граждан может быть ограничено лишь в служебных кабинетах судей, главных специалистов, канцелярии и архиве суда.

Упомянувшееся засекреченное Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в здании Верховного Суда устанавливает, что лица, приглашенные на судебные процессы, проходят в здание по предъявлению удостоверения личности или паспорта гражданина Республики Казахстан только по спискам секретариатов надзорных судебных коллегий Верховного Суда, предоставляемым судебным приставам и под его личным сопровождением. Сотрудники Полка полиции оказывают помощь судебным приставам в пределах реализации возложенных на них законом задач. Так, при входе в здание Верховного Суда постовой Полка полиции осуществляет в обязательном порядке досмотр личных вещей входящих лиц (дамских, спортивных, хозяйственных сумок, пакетов и папок) с использованием специального оборудования и технических средств контроля, а в необходимых случаях проводит личный досмотр.

Согласно нормам данного правового акта запрещается вносить в здание Верховного Суда аудио-, видео-, фотоаппаратуру и другие электронные и технические средства (компьютеры, мобильные телефоны, радиостанции, устройства записи, магнитные и электронные носители информации, электронные записные книжки) без согласования с руководством Департамента по обеспечению деятельности судов, Службы внутренней безопасности и наряда Полка полиции (за исключением лиц со спецаппаратурой, аккредитованных Секретариатом Председателя Верховного Суда). Вышеперечисленные предметы на входе в здание сдаются на временное хранение постовому полицейскому. В случае удовлетворения ходатайства судом, по указанию судьи судебным приставам посетителям доставляется средство фиксации, изъятое при входе в здание Полком полиции Министерства внутренних дел Республики Казахстан в целях обеспечения безопасности.

В целом положение дел с доступом в здание Верховного Суда наблюдателей, емко характеризует отзыв, оставленный одним из посетителей официального сайта ВС РК:

«Пройти просто невозможно, необходимо будет объяснять причину своего присутствия не менее десятку человек, начиная от сотрудника полиции, заканчивая заведующим канцелярии и то вынесут вердикт не впускать». Было бы хорошо дать более развернутый анализ. Какие ограничения должны быть (например в залы заседания в США может пройти любой человек --- документы не спрашивают, а только проверяют нет ли у него оружия), какие из ограничений чрезмерны, а какие явно противоречат принципу гласности и т/д. Какие должны быть требования предъявляться к обычным гражданам, должны ли быть какие либо отличия для журналиста – ведь получается журналист приходит в Верховный суд – а там еще до решения председательствующего по делу – отбирается все оборудование. Как быть с адвокатами? У них ведь тоже отбирают все оборудование. Как должны распределяться обязанности председательствующего по делу, председателя суда (у него, по моему мнению, вообще не должно быть никаких таких полномочий), сотрудников полиции, у приставов и т д)

2. Расположение в зале суда

Судебные заседания должны проходить в специально оборудованных залах, площадь, мебель и техническое оснащение залов судебных заседаний должны быть оптимальными для отправления правосудия. В частности, необходимо обеспечивать достаточное количество мест не только для участников процесса, но и лиц, заинтересованных в присутствии на заседании.

В Исследовании БДИПЧ ОБСЕ 2007 года и на Казахстанском юридическом форуме отмечено, что часть судебных заседаний было проведено в кабинетах судей, а не в залах судебных заседаний, как это предусмотрено законом. Такие кабинеты, оснащенные соответствующей мебелью и техникой, не предназначены для проведения судебных заседаний. Эти факты значительно усложняли посещение наблюдателями судебных заседаний и демонстрировали субъективные, искусственно созданные препятствия в части соблюдения принципа открытости (гласности) уголовного судопроизводства.

Как отмечено в отчете БДИПЧ такая практика противоречит сущности судебной власти, поскольку отправление правосудия по уголовным делам происходит от имени государства и должно сопровождаться соблюдением всех необходимых формальностей. При рассмотрении уголовных дел суд должен размещаться на соответствующем его статусу месте, при наличии государственных символов, участники процесса должны находиться в условиях, обеспечивающих безопасность, а также уважение их прав и достоинства. Следует иметь в виду, что рассмотрение дел в кабинетах судей создает дополнительные препятствия для доступа представителей общественности на судебные заседания и не внушает должного уважения к судебной власти.

3. Фиксация хода и результатов судебных заседаний

Для проведения судебных заседаний по уголовным делам необходимо техническое оснащение, средства для аудио-видео записи и воспроизведения. Подобное оборудование нужно для достоверной фиксации хода и результатов судебных заседаний, исследования представленных доказательств, лучшего понимания происходящего не только участниками процесса, но и иными лицами. Для эффективной реализации права на обоснованный приговор и права на публичное оглашение приговора необходимо неукоснительное соблюдение требований закона о непрерывном ведении протокола судебного заседания. Эта задача может быть значительно облегчена, если во время процесса ведется аудио-или видеозапись. Также для того, чтобы стороны могли воспользоваться своим правом на ознакомление с протоколом судебного заседания, они должны быть проинформированы судьей об этом праве.

После посещения большей части судебных заседаний наблюдатели в Исследовании 2007 года, а также участники Казахстанского юридического форума отметили отсутствие либо недостаточность технической оснащенности залов. Не все залы судебных заседаний были

оснащены техническими (аудио- и видео-) средствами. Некоторые суды оборудованы техническими средствами для производства аудио- и видеозаписи судебных заседаний, однако, как правило, такая запись не производилась, вследствие чего участники не имели возможности сопоставить содержание протоколов судебных заседаний с информацией, зафиксированной на специальной аппаратуре. Это подтверждается и проверками Счетного комитета. В пункте 10 Постановления Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан⁹⁰ говорится: «Полноценное использование системы аудио-, видео фиксации, предназначенной для автоматического формирования протоколов заседаний, не осуществляется».

Ведение протокола судебного заседания, в соответствии с законодательством РК, должно осуществляться на всех этапах главного судебного разбирательства, за исключением оглашения приговора. На ряде заседаний наблюдателями отмечено, что секретари производили записи не полностью, выходили из зала судебного заседания либо отвлекались от выполнения своих обязанностей, занимаясь посторонними делами.

Назрела необходимость обязательной регуляции в УПК РК аудио-видео фиксации и выдачи электронных протоколов. Возможно, за дополнительную плату предоставлять участникам процесса расшифровку записей. Протокол, который в настоящий момент ведет секретарь судебного заседания должен иметь только рабочий, вспомогательный характер. Порядок должен быть оговорен в проекте новой редакции УПК РК.

4. Переносы и задержки судебных заседаний

В Исследовании 2007 года и участниками Казахстанского юридического форума отмечено, что не во всех случаях наблюдатели смогли присутствовать при рассмотрении уголовных дел. Основными причинами неприсутствия на заседаниях наблюдатели назвали неявку участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, технические причины, закрытость судебного заседания, отказ в доступе судьями, секретарями либо приставами. В ряде случаев причины пропуска заседаний не были установлены (не объявлялись). Среди причин несостоявшихся судебных заседаний были указаны неявка судьи, неявка участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, необходимость вызова новых свидетелей, обнаружение факта невручения копии обвинительного заключения подсудимому. В ряде случаев конвой не доставил подсудимого из следственного изолятора.

В Результатах независимого социологического исследования в судебной системе Республики Казахстан⁹¹ 17% респондентов посчитали, что судьи недостаточно обоснованно отложили судебные заседания. Это свидетельствует о том, что судьи либо не указали причин принятия решения об отложении заседания либо указанные ими причины были недостаточно мотивированы. Только 58 % опрошенных лиц, подтвердили, что заседание судебного процесса началось вовремя. Следует отметить, что в рамках данного опроса не проводилось специального исследования причин проведения заседаний с опозданием. Причины опоздания кроются не только в организации деятельности суда, но зависят от иных лиц вовлеченных в судопроизводство. Среди них могут быть: опоздание/неявка представителей сторон и иных участвующих в деле лиц, технические причины (опоздание конвоя, отключение освещения и т.п.). Наиболее часто заседания проводились со значительным опозданием в Алматы, Алматинской области, Карагандинской и Костанайской областях.

⁹⁰ Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан № 25-П от 30 июня 2011 года «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы».

⁹¹ Представленных Центром исследования правовой политики в Верховном Суде Республики Казахстан в 2012 г.

5. Доступ адвокатов к делам, затрагивающим государственные секреты

В Заключительных замечаниях Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года⁹² Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о необоснованных ограничениях доступа лиц к адвокатам, особенно в делах, связанных с государственной тайной, где юристам, среди прочего, необходимо получать от государства допуск, прежде чем они смогут представлять интересы своих клиентов. Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору.

В обнародованной в феврале 2012 года Позиции Союза адвокатов Казахстана по Концепции нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан предлагается: «Отменить не основанный на законе запрет участия адвокатам, не имеющим «специального допуска» органов национальной безопасности по делам, связанным с государственными секретами, как ограничивающий конституционное право граждан на защиту».

Напомним, что особую остроту данному вопросу придавала ситуация, сложившаяся в 2009 году, когда адвокат Данияр Канафин был выбран супругой Мухтара Джакишева Жамилей для защиты его интересов. Однако ему было отказано на том основании, что у Д. Канафина нет допуска к ознакомлению с государственными секретами. Представители адвокатского сообщества по этому поводу неоднократно указывали, что ограничения правового статуса адвокатов, не предусмотренные Конституцией, международными обязательствами Казахстана и нормами УПК, заведомо носят незаконный характер и применению не подлежат. Ч. 1 ст. 74 УПК гласит, что защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, их законными представителями, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Согласно п. 3 этой же статьи орган, ведущий уголовный процесс, не вправе рекомендовать пригласить в качестве защитника определенное лицо.

В соответствии со ст. 53 УПК в ходе уголовного судопроизводства могут приниматься предусмотренные законом меры по охране соответствующих сведений, в том числе составляющих государственные секреты. Как следует из этой же статьи, порядок допуска участников процесса к сведениям, составляющим государственные секреты, определяется соответствующим законодательством. Адвокаты ссылались на опыт соседей, когда 27 марта 1996 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес постановление № 8-П, которым признал ст. 1 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» соответствующей Конституции Российской Федерации, а положения ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» - признал соответствующими Конституции Российской Федерации по их буквальному смыслу, но распространение положений данной статьи на адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве, и отстранение их от участия в деле в связи с отсутствием допуска к государственной тайне Конституционный Суд РФ признал не соответствующим ст.ст. 48 и 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации.

Во исполнение указанного постановления Конституционного Суда Российской Федерации федеральный законодатель дополнил Закон Российской Федерации «О государственной тайне» новой нормой, устанавливающей особый порядок допуска к государственной тайне адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну. Указанные лица предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее

⁹² Заключительные замечания Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года № ССРР/С/КАЗ/СО/1 «Рассмотрение доклада Казахстана в соответствии со статьей 40 Пакта» (Сто вторая сессия. Женева, 11-29 июля 2011 года).

разглашения, о чем с них берется соответствующая расписка. Сохранность государственной тайны в таких случаях гарантируется путем установления ответственности указанных лиц федеральным законом (статья 21.1).

6. Доступ к судебной информации

В Исследовании 2007 года и участниками Казахстанского юридического форума отмечено, что график рассмотрения судебных заседаний был доступен не всегда. Место заседания в графиках упоминалось очень редко. Секретари судебных заседаний непосредственно перед началом заседания приглашали участников процесса, указывая место его проведения (это лучше тоже в отдельном пункте про доступ к информации о процессах, где-то выше об этом уже говорилось)

В Исследовании «Оценка степени прозрачности и уровня удовлетворенности населения деятельностью судов и судей всех уровней»⁹³, говорится, что в отношении получения информации о работе судей и судов, большинству опрошенных (52,4%) совершенно и скорее недоступна, чем доступна требуемая информация; 45,8% выразили положительное мнение на этот счет (доступна и скорее доступна), 1,8% - затруднились с ответом.

То, что дела с доступом к судебным актам обстоят не так гладко, как это представляется в отчетах Верховного Суда, подтверждает Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан от 30 июня 2011 года⁹⁴. В нем говорится: «Некачественное проведение мониторинга и анализа проводимых работ со стороны Верховного Суда привело к неэффективной реализации Проекта «Создание единой автоматизированной информационно-аналитической системы органов судебной власти республики (далее - ЕАИАС)», а разработанное ПО «Портал общественного доступа к информационным ресурсам судебной системы - Справочник по судебным делам» используется не эффективно» (п.7-8). Отсутствие сертифицированной ЭЦП, удостоверяющей юридическую легитимность, привело к проблеме интеграции ЕАИАС с ЕСЭДО, что создает препятствия для официального признания другими государственными органами документов, подготовленных во внутренней системе ЭДО ЕАИАС на уровне судейского корпуса (п.9).

Настораживает и тот момент, что 2 ноября 2011 года Правительство РК постановлением № 1274 внесло в Мажилис Парламента РК проект Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного порядка рассмотрения дел, повышения уровня доверия и обеспечения доступности к правосудию», который предусматривал поправки в УПК РК и ГПК РК.

В части обеспечения доступности к правосудию правительственным законопроектом предлагалось статью 29 УПК РК частью четвертой следующего содержания: «4. Приговоры и постановления судов, принятые по делу, за исключением рассмотренных в закрытых судебных заседаниях согласно части первой настоящей статьи, после их вступления в законную силу в течение семи дней размещаются на интернет-ресурсах судов Республики Казахстан».

Однако, при ускоренном рассмотрении данного законопроекта Сенатом Парламента РК в период отсутствия Мажилиса на период выборов, эта норма из проекта исчезла. Никаких публичных пояснений данному факту дано не было.

⁹³ Осуществленном ОФ «Транспаренси Казахстан» в рамках проекта «Общественное участие в обеспечении прозрачности и независимости судов в Казахстане».

⁹⁴ Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан от 30 июня 2011 года № 25-П «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы».

Таким образом, несмотря на то, что судебные акты уже 11 лет размещаются в сети Интернет Верховным Судом РК, для этого процесса нет никакого законодательного основания. Регламентация ведется на уровне внутренних документов суда.

Согласно Правилам пополнения и сопровождения Интернет-ресурса Верховного Суда, утвержденным распоряжением Председателя Верховного Суда от 15 апреля 2009 года № 78 вступившие в законную силу судебные акты размещаются на Интернет-ресурсе после получения согласия (разрешения) членов Редакционной коллегии и соответствующих комиссий.

Не допускается размещение судебных актов:

- 1) по делам, рассмотренным в закрытых судебных заседаниях;
- 2) по делам, по которым назначена смертная казнь и пожизненное лишение свободы;
- 3) по делам об усыновлении (удочерении);
- 4) по делам, составляющим государственную, служебную, коммерческую и банковскую тайны;
- 5) по делам о признании гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным;
- 6) по делам несовершеннолетних;
- 7) по бракоразводным делам (о разделе имущества);
- 8) по делам о разделе наследственной массы;
- 9) по делам о применении принудительных мер медицинского характера.

Однако помимо этого документа, который был обнародован, есть еще ряд документов, которые регламентируют процедуру доступа к судебным актам, но к которым нет доступа общественности.

Это, например, Распоряжение Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде⁹⁵ и Приказ Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 27 июля 2006 года⁹⁶.

Проблема в том, что это порождает определенный волюнтаризм в этом важном процессе и дело осложняется тем, что среди работников Верховного Суда есть мнение, что помимо отсутствия четких стандартов раскрытия судебной информации есть и другие, достаточно серьезные аргументы против широкого опубликования судебных решений. Например, высказываются опасения, что это послужит распространению способов и приемов совершения преступлений, недобросовестного пользования правами, уклонения от исполнения обязательств, в том числе по гражданско-правовым сделкам. Судебные акты могут анализироваться и с точки зрения наличия в них сведений, раскрывающих методы и практику работы органов уголовного преследования.

Кроме того, судебные акты предоставляют информацию о судье, вынесшем решение, что в отдельных случаях может вызвать в отношении его личности определенного рода негативные последствия. Таким образом, по их мнению, достаточно сложный поиск судебного акта по ряду реквизитов, которые могут быть известны только участникам производства по делу или профессиональным потребителям судебной информации, фактически является косвенным регулятором, позволяющим обеспечить компромиссное решение проблемных вопросов публичного доступа к решениям судов.⁹⁷

⁹⁵ Распоряжение Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде (Аппарата Верховного Суда) от 22 августа 2011 года.

⁹⁶ Приказ Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 27 июля 2006 года № 308-п «Об утверждении Инструкции по ведению делопроизводства в областных и приравненных к ним судах электронным способом по программе «Единой автоматизированной информационно-аналитической системе судебных органов Республики Казахстан».

⁹⁷ Статья «Об опубликовании судебных актов в электронном режиме» Заместителя Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде Республики Казахстан

Определенная опасность для процесса открытого опубликования судебных актов содержится и в проекте Закона РК «О персональных данных», который был внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента РК постановлением Правительства РК от 29 марта 2012 года № 372. В первоначальном варианте этого проекта указывалось, что действие закона не будет распространяться на отношения, возникающие при отправлении правосудия. Но в проекте, внесенном в Мажилис, это норма исчезла и при этом совершенно ничего не говорится о специфике обработки и представления судебной информации. Хотя понятно, что практически в каждом судебном акте содержится ряд персональных данных об участниках процесса.

Помимо этого, недостаточно исследован и оценен тот факт, что по казахстанскому законодательству все интернет-ресурсы (сайты) приравнены к СМИ, а, следовательно, все сайты судов являются СМИ.

IV. Рекомендации

Достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится в детальном урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью.

Необходимо закрепить в новой редакции УПК РК следующие положения, закрепляющие реальные гарантии для обеспечения открытости судебных заседаний.

1) Свободный доступ в здание суда без необходимости показывать удостоверение личности и регистрироваться в журнале посещений. Исключение практики дискриминации иностранных граждан.

2) Беспрепятственный доступ в зал судебного заседания при проведении открытых судебных разбирательств, искоренение существующей практики получения предварительного разрешения у судьи, секретаря, пристава, охраны и иных лиц. Доступ граждан в зал открытого судебного заседания не может быть ограничен, за исключением лиц моложе шестнадцати лет, если они не являются лицами, участвующими в деле, или свидетелями. Судья не должен препятствовать стремлению представителей средств массовой информации освещать деятельность суда и, если это не будет создавать помех проведению судебного процесса или использоваться для оказания воздействия на суд, должен оказывать им необходимое содействие.

3) Проведения судебных заседаний только в специально оборудованных залах, которые располагают необходимой площадью и оборудованием. Регламентировать в проекте новой редакции УПК РК процедуры распространения данных аудио и видео фиксации судебных заседаний, а также он-лайн трансляций из зала суда.

4) Неукоснительно соблюдать процедуры информирования участников о дате и месте проведения судебного заседания и обязательно подтверждать в суде факт надлежащего уведомления субъектов процесса. Закрепить процедуры новых форм уведомлений (по электронной почте или типа СМС-рассылок).

5) Назначать и проводить судебные заседания в строгом соответствии с графиками рассмотрения дел. Ввести дисциплинарную ответственность судей, а также работников суда за необоснованные задержки и отложения судебных заседаний.

6) Максимально полно, оперативно и доступно размещать судебную и судебно-справочную информацию. В частности закрепить процедуры размещения судебных актов в Единой автоматизированной информационно-аналитической системе судебных органов Республики Казахстан в сети «Интернет». При этом, следует рассмотреть оправданность ограничения публикации судебных актов временем их вступления в законную силу или приятием.

7) Привести в соответствие с международными стандартами норму УПК РК о том, что все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично, за исключением...

8) Регламентировать процедуру доступа адвокатов к делам, затрагивающим государственные секреты с учетом права граждан на свободный выбор защитника.

Сентябрь 2012 г.

ОТЧЕТ
по прикладному исследованию
«Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей
в уголовном процессе Республики Казахстан»

Введение

Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ ОБСЕ) в 2007-2008 гг. осуществило в сотрудничестве с Верховным судом Республики Казахстан проект по мониторингу суда с участием присяжных заседателей. Презентация результатов этого проекта прошла в Верховном суде 19 июня 2008 г. Данный проект был одним из многих успешных начинаний, которые были осуществлены БДИПЧ ОБСЕ в сотрудничестве с Верховным судом Республики Казахстан за последние 10 лет в области укрепления независимости судебной системы и повышения профессиональной подготовки судей. Ряд рекомендаций по итогам этого проекта уже нашли свое отражение в законодательных новеллах.

В целях продвижения рекомендаций БДИПЧ ОБСЕ по вопросам развития института суда присяжных в Казахстане Центр исследования правовой политики при содействии БДИПЧ ОБСЕ с ноября 2009 г. по март 2010 г.г. провел прикладное исследование по теме: «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан».

В рамках исследования экспертами в судах первой инстанции было изучено около 40 архивных материалов по делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей за период с января 2007 г. по январь 2010 г. Также эксперты проекта посетили 19 заседаний по 9 отдельным судебным разбирательствам с участием присяжных заседателей в г.г. Астана, Алматы, Костанай, Кокшетау.

На основе изученных материалов экспертами был подготовлен настоящий отчет. Отчет содержит ряд рекомендаций по дальнейшему совершенствованию института присяжных заседателей, что особенно актуально в свете разработки проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

Центр исследования правовой политики благодарит всех экспертов принявших участие в подготовке настоящего отчета и надеется, что рекомендации отчета будут полезны в ходе реформирования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан.

СВОДНЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ

1. Целесообразно обеспечить на законодательном уровне участие адвоката при разъяснении обвиняемому права на суд присяжных, поскольку он мог бы должным образом разъяснить обвиняемому лицу правовые последствия выбора такой формы судопроизводства. Такая процессуальная гарантия также исключала бы возможные злоупотребления со стороны органа, ведущего уголовное расследование, который иногда может быть не заинтересован в рассмотрении конкретного дела судом с участием присяжных заседателей.

2. Для того, чтобы обеспечить обвиняемому свободу выбора состава суда без оказания какого-либо давления со стороны следователя или прокурора необходимо ввести процедуру, согласно которой подсудимый ходатайствует о замене суда с участием присяжных заседателей на суд, состоящий только из профессиональных судей. Такое правило автоматически гарантировало бы обвиняемому право на суд с участием присяжных заседателей до тех пор, пока он не отказался от него.

3. Отказ от суда с участием присяжных должен удовлетворять двум обязательным условиям: *добровольности* и *публичности*. Добровольность означает, что обвиняемый должен заявить ходатайство об отказе от суда с участием присяжных без помощи или инициативы, исходящей от прокурора или судьи. Следователь, прокурор и судья должны быть освобождены от обязанности разъяснять обвиняемому его право на суд с участием присяжных заседателей, и лишены возможности влиять на обвиняемого. Публичность означает, что отказ может быть сделан только в открытом судебном заседании.

4. Представляется, что в целях обеспечения объективности и исключения каких-либо отступлений от принципов случайной выборки, следовало бы предусмотреть право сторон присутствовать при указанной процедуре. Такое участие исключило бы факты выражения сторонами какого-либо сомнения, недоверия по поводу непредвзятости и объективности такой выборки и соответствовало бы требованиям ст. 23 УПК РК.

5. При подготовке новой редакции УПК РК рассмотреть возможность внесения изменений, позволяющих сторонам лично опрашивать кандидатов на предмет выяснения их объективности. Следует предусмотреть полномочия суда снимать тот или иной вопрос, адресованный устно сторонами кандидатам в присяжные заседатели, если он задается в некоренной форме, не относится к предмету обсуждения вопроса о независимости или беспристрастности кандидатов.

6. В настоящее время актуально не только ввести официально форму анкеты, но и дополнить сведения о кандидатах, представляемые сторонам, информацией о роде их занятий. Это позволит оптимизировать процесс отводов и немотивированных отводов кандидатов в присяжные заседатели.

7. Следует исключить из УПК РК запрет на обсуждение в присутствии присяжных допустимости доказательств обвинения, поскольку оценка этих доказательств напрямую связана с оценкой обстоятельств самого уголовного дела, что в смешанной модели суда присяжных в равной степени относится как к компетенции присяжного, так и к компетенции профессионального судьи.

8. Целесообразно предусмотреть обязательное разъяснение председательствующим всем допрашиваемым лицам запрета на оглашение в присутствии присяжных сведений о прежней судимости подсудимого или его заболеваниях алкоголизмом или наркоманией. Разглашение подобной информации сторонами должна вести к инициированию соответствующих дисциплинарных разбирательств в отношении профессиональных участников, допустивших оглашение подобной информации в уголовном процессе с участием присяжных заседателей.

9. Полагаем необходимым, в новой редакции УПК РК прямо указать о недопустимости постановки вопросов перед присяжными, которые требуют от них юридической оценки содеянного подсудимым, уголовно-правовой квалификации его действий, с использованием юридических терминов и формулировок, для ответов на которые необходимо иметь юридическое образование. В целях соблюдения норм закона в вопросных листах не указывать факты, которые не подлежат рассмотрению присяжными заседателями. В ходе обучающих мероприятий для судей необходимо проводить специальные учебные сессии по подготовке вопросных листов.

10. Представляется, что на предварительном слушании судьям следовало бы в обязательном порядке выяснять у сторон, были ли допущены в ходе расследования нарушения прав подсудимых, а также норм УПК РК, влекущие признание того или иного доказательства недопустимым.

11. Целесообразно включить в УПК РК право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей. Вместе с тем, либо законодатель, либо Верховный Суд РК в своем Нормативном постановлении должен предоставить четкое разъяснение в каких случаях состав коллегии присяжных может рассматриваться в качестве тенденциозного. Законодатель и/или Верховный Суд РК должны определить четкие критерии, которые могли бы быть использованы для выявления тенденциозности состава коллегии присяжных. Более того, следует также определить какое число присяжных в коллегии может обнаружить тенденциозность состава.

12. Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей и профессионального судьи на этапе установления вины обвиняемого и для того, обеспечить присяжных полной информацией, необходимой для вынесения соразмерного и справедливого наказания, казахстанскому законодателю следует разделить прения сторон на два отдельных слушания. Судья и присяжные должны присутствовать на обоих слушаниях. В ходе первого слушания, после рассмотрения всех доказательств, стороны должны иметь возможность выступить с заключительным словом относительно виновности или невиновности обвиняемого без обсуждения предыдущих судимостей подсудимого и других фактов его биографии. После первой стадии прений судья и присяжные удаляются в совещательную комнату для постановления вердикта о виновности или невиновности обвиняемого. Второе слушание проводилось бы только в случае признания подсудимого виновным, в каком-либо из инкриминируемых ему преступлений. При этом суд в полном составе, при участии присяжных заседателей, должен в таком случае заслушать доказательства, которые могут повлиять на меру наказания, включая отягчающие и смягчающие обстоятельства.

13. Следует предусмотреть запрет профессиональному судье брать с собой в совещательную комнату материалы дела. Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей необходимо дополнить УПК РК положением прямо запрещающим председательствующему судье обсуждать доказательства в совещательной комнате. Закон должен также запрещать судье брать с собой какие-либо документы в совещательную комнату за исключением текста обращения председательствующего к присяжным.

14. Для того, чтобы минимизировать возможное судебное давление на присяжных заседателей казахстанскому законодателю необходимо изменить нормы УПК РК в отношении совещания суда с участием присяжных заседателей. В частности, казахстанский УПК РК может заимствовать модель, которая до недавнего времени существовала в швейцарском кантоне Женева. Согласно этой модели суда присяжных председательствующий судья мог присутствовать в совещательной комнате и мог давать разъяснения законодательства, но не мог высказывать своего личного мнения относительно виновности или невиновности подсудимого. Если присяжные признавали подсудимого виновным, то судья и присяжные совещались и решали меру наказания совместно.

15. Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство необходимо изменить и дополнить нормой, согласно которой председательствующий судья может присутствовать в совещательной комнате и может давать разъяснения законодательства, но ему запрещается, каким-либо образом высказывать свое личное мнение относительно виновности или невиновности подсудимого.

16. Так как ныне существующая процедура тайного голосования не обеспечивает независимости и беспристрастности присяжных либо подлинности голосов, рекомендуется упразднить систему тайного голосования и дополнить уголовно-процессуальное законодательство требованием для присяжных выносить мотивированные обвинительные вердикты и объяснять причины для вынесения соответствующей меры наказания.

17. Казахстанскому законодателю целесообразно рассмотреть вопрос включения в состав суда апелляционной инстанции также и непрофессиональных судей. Одним из возможных вариантов может быть модель суда с участием нескольких профессиональных судей и значительного числа присяжных заседателей, которые могли бы быть отобраны путем случайной выборки из областных списков кандидатов в присяжные заседатели.

18. Рекомендуется расширить права защиты на обжалование обвинительных приговоров на основаниях нарушений права и фактических ошибок.

19. Необходимо провести дополнительное обучение судей и судебных работников (секретарей судебных заседателей, судебных приставов, работников канцелярий и др.) с тем чтобы обеспечить должное соблюдение законодательных положений, создать благоприятные условия для реализации гражданами права для участия в отправлении правосудия.

20. Законодателю необходимо ввести административную и уголовную ответственность за нарушение процедуры отбора присяжных заседателей в суде.

21. Обращение председательствующего всегда должно соответствовать основным требованиям полноты, ясности, объективности и точности в разъяснении закона и обстоятельств дела.

22. Приговоры суда, включая часть о мере наказания, должны быть всегда мотивированы и выносятся в письменной форме судом с участием присяжных заседателей.

23. Законодателю необходимо рассмотреть возможность расширения подсудности судов с участием присяжных заседателей.

24. Предлагается изучить целесообразность расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей по всем категориям дел, наказуемых сроком на десять лет лишения свободы, либо более суровым наказанием, а также по всем делам о политических преступлениях и преступлениях, связанных со средствами массовой информации.

I. Рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.», нашедшие отражение в законодательстве Республики Казахстан

1.1. Разъяснение обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей и заявление обвиняемым такого ходатайства (ст. 546 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан⁹⁸)

При введении института суда присяжных в Казахстане ст. 546 УПК РК было предусмотрено, что при ознакомлении обвиняемого по окончании предварительного следствия со всеми материалами дела следователь обязан разъяснить ему право

⁹⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан № 206-1 от 13.12.1997 г. по состоянию на декабрь 2009 г. (Далее - УПК РК)

ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, а также правовые последствия удовлетворения такого ходатайства, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры суда с участием присяжных заседателей.⁹⁹

В 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало в целях более полного обеспечения права каждого предстать перед судом с участием присяжных заседателей, предусмотреть в действующем законодательстве разъяснение обвиняемому права на суд присяжных не только следователем по окончании расследования, но и судом в ходе проведения предварительного слушания на стадии назначения главного судебного разбирательства. Эксперты БДИПЧ ОБСЕ предлагали разъяснять право на суд с участием присяжных в присутствии защитника, а также предоставить право ходатайствовать о рассмотрении дела судом с участием присяжных на каждом из указанных этапов судопроизводства.¹⁰⁰

Впоследствии данная рекомендация в некоторой степени была учтена законодателем в Законе РК от 10 декабря 2009 г.¹⁰¹ Права обвиняемого в части заявления ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей были расширены. В настоящее время обвиняемый имеет право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей не только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и о предъявлении для ознакомления всех материалов дела, но и в последующий период, в том числе и на предварительном слушании дела в суде, но до назначения судом главного судебного разбирательства.¹⁰²

Рекомендация об участии адвоката при разъяснении обвиняемому права на суд присяжных не была учтена законодателем и пока не нашла отражение в проекте новой редакции УПК РК. В тоже время участие адвоката в таких случаях целесообразно, поскольку он мог бы должным образом разъяснить обвиняемому лицу правовые последствия выбора такой формы судопроизводства. Такая процессуальная гарантия также исключала бы возможные злоупотребления со стороны органа, ведущего уголовное расследование, который иногда может быть не заинтересован в рассмотрении конкретного дела судом с участием присяжных заседателей.

Еще более надежной гарантией права свободного выбора формы судопроизводства с участием присяжных заседателей является мера, предложенная некоторыми экспертами БДИПЧ. Так, например, известный эксперт по моделям суда присяжных Н.П. Ковалев в своей монографии пишет: «Для того, чтобы обеспечить обвиняемому свободу выбора

⁹⁹ См. УПК РК и Закон РК № 122 от 16.01.2006 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей». (Далее - Закон РК № 122 от 16.01.2006 г.).

¹⁰⁰ См. Рекомендация 1. Отчет БДИПЧ ОБСЕ по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.» (Далее – Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.).

¹⁰¹ Закон РК от 10 декабря 2009 г. № 227-IV «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы». См. *Казахстанская правда*, 22 декабря 2009 г. (Далее - Закон РК от 10 декабря 2009 г.). Эти изменения в законодательство были внесены Парламентом РК после критической оценки УПК РК Конституционным Советом Республики Казахстан. В своем Нормативном постановлении от 18 апреля 2007 года № 4 Конституционный Совет РК указал, что нормы, ограничивающие право подсудимого заявлять ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных на судебной стадии не согласуются с общими нормами УПК РК, регулирующими вопросы заявления ходатайств. Конституционный совет РК также указал, что «законодателю следовало бы предоставить возможность заявления обвиняемым (подсудимым) ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей также и при производстве по уголовному делу в суде». См. «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан» Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 апреля 2007 года № 4.

¹⁰² Часть 3 статьи 546 УПК РК.

состава суда без оказания какого-либо давления со стороны следователя или прокурора страны бывшего Советского Союза должны ввести процедуру, согласно которой подсудимый ходатайствует о замене суда с участием присяжных заседателей на суд, состоящий только из профессиональных судей. Такое правило автоматически гарантировало бы обвиняемому право на суд с участием присяжных заседателей до тех пор, пока он не отказался от него».¹⁰³ Ковалев указывает, что «отказ от суда с участием присяжных должен удовлетворять двум обязательным условиям: *добровольности* и *публичности*. Добровольность означает, что обвиняемый должен заявить ходатайство об отказе от суда с участием присяжных без помощи или инициативы, исходящей от прокурора или судьи. Следователь, прокурор и судья должны быть освобождены от обязанности разъяснять обвиняемому его право на суд с участием присяжных заседателей, и лишены возможности влиять на обвиняемого. Публичность означает, что отказ может быть сделан только в открытом судебном заседании».¹⁰⁴

1.2. Участие второго судьи

С января 2007 г. по январь 2010 г. суд с участием присяжных заседателей в областном и приравненном к нему суде действовал в составе двух судей и девяти присяжных заседателей.¹⁰⁵ Второй судья принимал участие при формулировании вопросного листа.¹⁰⁶ Сложившаяся практика судопроизводства с участием присяжных в Казахстане показала, что председательствующие единолично справлялись со своими обязанностями, не нуждаясь при этом в помощи второго судьи. В связи с чем, БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало рассмотреть вопрос о целесообразности отказа от участия второго профессионального судьи при рассмотрении дел с участием присяжных заседателей.¹⁰⁷

Законом РК от 10 декабря 2009 г. состав суда с участием присяжных заседателей был изменен. В настоящее время дела этой категории рассматриваются в межрайонном специализированном суде по уголовным делам и специализированном межрайонном военном суде по уголовным делам¹⁰⁸ в составе одного судьи и десяти присяжных заседателей. Однако дополнения и изменения были сделаны недостаточно аккуратно и до ноября 2011 года, ряд норм УПК РК предусматривал участие второго судьи.¹⁰⁹ Эти недочеты были устранены путем внесения изменений и дополнений в некоторые

¹⁰³ См. Nikolai Kovalev, *Criminal Justice Reform in Russia, Ukraine, and the Former Republics of the Soviet Union: Trial by Jury and Mixed Courts*. The Edwin Mellen Press. p. 278 (2010).

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Ст. 544 УПК РК по состоянию на декабрь 2009 г. и Закон РК № 122 от 16.01.2006 г.

¹⁰⁶ Часть 1 ст. 565 УПК РК по состоянию на декабрь 2009 г.

¹⁰⁷ См. Рекомендация 17. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁰⁸ Хотя дела, рассматриваемые судом с участием присяжных заседателей, отнесены к подсудности специализированного межрайонного уголовного суда, название ст. 543 УПК до ноября 2011 г. оставалось прежним: «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей в *областном и приравненном к нему суде*». Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» от 9 ноября 2011 года № 490-IV, было внесено изменение, согласно, которому статья была озаглавлена «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей» (Далее Закон РК от 9 ноября 2011 г.).

¹⁰⁹ Например: 1) ч. 3 ст. 557 УПК гласила: «Если в ходе судебного разбирательства, но до удаления присяжных заседателей и судей в совещательную комнату»; 2) ч. 5 ст. 562 УПК устанавливала: «Стороны без участия коллегии присяжных заседателей могут ходатайствовать об исследовании доказательств, исключенных ранее *судьями* из разбирательства дела... Выслушивание мнений участников судебного разбирательства по делу в связи с таким ходатайством производится *судьями*»; 3) в ч.ч. 1 и 2 ст. 567 указывалось: «Перед удалением *судей* и присяжных заседателей в совещательную комнату. При обращении к присяжным заседателям председательствующему запрещается в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей и *судей*.»; 4) ч. 1 ст. 565 УПК предусматривала: «С участием *второго судьи* ...»; 5) п. 1 ч. 1 ст. 571 УПК предписывала: «во вводной части приговора не указываются фамилии *второго судьи*...».

законодательные акты РК по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства.¹¹⁰

Проект новой редакции УПК РК сохраняет и полностью повторяет существующую в настоящий момент норму, касающуюся состава суда с участием присяжных заседателей.

II. Актуальные рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.», не нашедшие последующее отражение в законодательстве Республики Казахстан

2.1. Рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по вопросам формирования списков кандидатов в присяжные заседатели в местных исполнительных органах Республики Казахстан

В 2007 г. мониторинг БДИПЧ ОБСЕ выявило ряд проблем:

- нарушение сроков составления списков кандидатов в присяжные заседатели;
- громоздкость системы списков;
- отсутствие четких критериев по определению количества лиц, необходимых для включения в списки кандидатов в присяжные;
- неэффективность существующего порядка проверки списков;
- плохо организованная процедура ознакомления со списками кандидатов в присяжные заседатели надлежащим образом.

В связи с выявленными проблемами БДИПЧ ОБСЕ разработало ряд рекомендаций по их устранению.¹¹¹ Наблюдения за процессами с участием присяжных заседателей, изучение практики формирования списков исполнительными органами в период с 2008 г. по 2010 г., проведенные в рамках настоящего исследования, свидетельствовали о том, что все проблемы, выявленные в ходе мониторинга 2007 г., продолжали иметь место. Законодательные и организационные пробелы формирования списков кандидатов в присяжные заседатели стали серьезным препятствием для эффективного отправления правосудия с участием присяжных заседателей.¹¹² Процедура отбора присяжных отличается громоздкостью и отсутствием дополнительных гарантий объективности отбора. Законодатель также не заявлял о внесении в Закон Республики Казахстан «О присяжных заседателях» каких-либо изменений по этому вопросу.¹¹³

2.2. Случайная выборка кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного списков

После назначения главного судебного разбирательства по распоряжению председательствующего секретарь судебного заседания производит предварительную случайную выборку кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного (годовых) списков.¹¹⁴ В Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. было отмечено, что УПК РК не регламентирует порядок производства случайной выборки в суде и не предусматривает каких-либо гарантий случайности отбора и достоверности сформированного списка. В связи с этим БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало в целях обеспечения репрезентативности состава коллегии присяжных, а также объективности процесса ее формирования,

¹¹⁰ См. Закон РК от 9 ноября 2011 года.

¹¹¹ Рекомендации 22 – 40. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹¹² См. Nikolai Kovalev and Gulnar Suleymenova, "New Kazakhstani quasi-jury system: Challenges, trends and reforms", International Journal of Law, Crime and Justice, 38, 261-278 (2010).

¹¹³ Закон Республики Казахстан «О присяжных заседателях» от 16.01.2006 N 121-3 (Далее – Закон РК «О присяжных заседателях»).

¹¹⁴ Часть 2 ст. 550 УПК РК.

урегулировать в УПК РК порядок производства случайной выборки в суде, предусмотрев такие гарантии случайности отбора и достоверности сформированного списка, как присутствие сторон при выборке, применение надежных технических инструментов, гарантирующих ее случайность и репрезентативность предварительного состава.¹¹⁵ Следует отметить, что данный подход используется во Франции, где председатель суда выбирает в открытом судебном заседании путем случайной выборки имена сорока присяжных из годовых списков кандидатов в присяжные, которые входят в состав суда в определенный период.¹¹⁶ Примечательно, что законодатель Кыргызстана также ввел подобное требование в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Кыргызстан.¹¹⁷

Однако, в Казахстане до сих пор этот вопрос остается неурегулированным законодателем. Представляется, что в целях обеспечения объективности и исключения каких-либо отступлений от принципов случайной выборки, следовало бы предусмотреть право сторон присутствовать при указанной процедуре. Такое участие исключило бы факты выражения сторонами какого-либо сомнения, недоверия по поводу непредвзятости и объективности такой выборки и соответствовало бы требованиям ст. 23 УПК РК.

2.3. Право сторон задавать вопросы кандидатам в присяжные заседатели

Согласно ч. 4 ст. 551 УПК РК: «в целях объективного решения вопроса об освобождении кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела председательствующий может при отборе присяжных заседателей задавать кандидатам вопросы, предложенные в письменной форме потерпевшим, обвиняемым и его защитником, а также другие вопросы по своему усмотрению, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей. Прокурор задает кандидатам вопросы самостоятельно и в устной форме». Ранее данное положение было оговорено следующим образом: «4. В целях объективного решения вопроса об освобождении кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела председательствующий может при отборе присяжных заседателей задавать кандидатам вопросы, предложенные в письменной форме прокурором, потерпевшим, обвиняемым и его защитником, а также другие вопросы по своему усмотрению, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей. Подобное разделение в возможностях сторон было установлено Законом РК от 9 ноября 2011 года и представляется нам не вполне справедливым. В данном положении закона нами усматривается нарушение принципа равенства сторон. Законодатель наделил прокуроров, как представителей стороны обвинения расширенными полномочиями в части отбора кандидатов. Судья по своему усмотрению может не оглашать все письменные вопросы поданные стороной защиты, в то время как прокурор волен задать любой вопрос в открытой форме.

¹¹⁵ Рекомендации 2, 3. Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹¹⁶ См. Code of Criminal Procedure of France, art. 266. Retrieved from http://195.83.177.9/upl/pdf/code_34.pdf

¹¹⁷ См. ч 1 ст. 331-5 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики от 30 июня 1999 года (В редакции Законов КР от 22.06.2001 г. №55, 28.06.2001 г. №62, 04.08.2001 г. №81, 20.03.2002 г. №41, 16.10.2002 г. №141, 13.03.2003 г. №61, 11.06.2003 г. №98, 05.08.2003 г. №192, 14.11.2003 г. №221, 24.03.2004 г. №47, 28.03.2004 г. №52, 24.05.2004 г. №68, 08.08.2004 г. №111, 22.07.2005 г. №112, 06.02.2006 г. №35, 19.07.2006 г. №123, 08.08.2006 г. №157, 24.11.2006 г. №188, 29.12.2006 г. №232, 09.02.2007 г. №13, 13.06.2007 г. №87, 25.06.2007 г. №91, 25.06.2007 г. №93, 14.07.2008 г. №142, 14.07.2008 г. №143, 05.08.2008 г. №193, 17.10.2008 г. №220, 17.07.2009 г. №225, 17.07.2009 г. №231, 17.07.2009 г. №234, 24.07.2009 г. №246, 12.10.2009 г. №267, 12.10.2009 г. №268, 26.10.2009 г. №288, 26.10.2009 г. №289, 10.02.2010 г. №27, 25.02.2010 г. №35, 11.07.2011 г. №89, 26.07.2011 г. №141, 09.08.2011 г. №152, 27.10.2011 г. №186, 16.11.2011 г. №214, 01.03.2012 г. №10, 08.05.2012 г. №48, 12.07.2012 г. №105, 16.07.2012 г. №111, 16.07.2012 г. №114, 10.08.2012 г. №164). Принят Законодательным собранием Жогорку Кенеша Кыргызской Республики 24 мая 1999 года (Далее – УПК Кыргызстана).

На практике это требование выполняется не по всем делам. Например, судя по протоколам главного судебного разбирательства, изученным экспертами исследования за период с 2008 по 2010 г.г. в некоторых делах государственным обвинителем и защитником вопросы кандидатам в присяжные заседатели задавались устно.¹¹⁸ Такие факты также были зафиксированы экспертами проекта в ходе наблюдения за судебными заседаниями в 2010 году. Так, по уголовному делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам г. Алматы, государственным обвинителем задавались вопросы кандидатам в устной форме.¹¹⁹

Поскольку письменная форма опроса кандидатов в присяжные заседатели не гарантирует объективное и беспристрастное формирование коллегии присяжных заседателей, является громоздкой и не прижилась на практике, предлагается снова вернуться к рекомендации, высказанной экспертами БДИПЧ ОБСЕ по итогам мониторинга 2007 г.¹²⁰ В частности, следует при подготовке новой редакции УПК РК рассмотреть возможность внесения изменений, позволяющих сторонам лично опрашивать кандидатов на предмет выяснения их объективности. Следует предусмотреть полномочия суда снимать тот или иной вопрос, адресованный устно сторонами кандидатам в присяжные заседатели, если он задается в некоренной форме, не относится к предмету обсуждения вопроса о независимости или беспристрастности кандидатов. Право сторон задавать вопросы кандидатам в присяжные закреплено в законодательстве Грузии, Кыргызстана и России. Однако законодательство Грузии позволяет судье изучать вопросы сторон до того как они будут заданы кандидатам в присяжные.¹²¹

В ходе настоящего исследования было установлено, что продолжалась практика заполнения кандидатами в присяжные заседатели до процедуры отбора анкет, содержащих различные вопросы, касающиеся соответствия этих лиц требованиям ст. 10 Закона РК «О присяжных заседателях».¹²² В 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ было отмечено, что использование таких анкет не регламентировано процедурой отбора и рекомендовало нормативно урегулировать практику использования анкет для опроса предварительного состава присяжных заседателей, порядок их заполнения и гарантии достоверности, изложенных в них сведений,¹²³ поскольку данная практика содействует упрощению процедуры отбора кандидатов в присяжные заседатели. В связи с чем, в настоящее время актуально не только ввести официально форму анкеты, но и дополнить сведения о кандидатах, представляемые сторонам, информацией о роде их занятий. Это позволит оптимизировать процесс отводов и немотивированных отводов кандидатов в присяжные заседатели.

2.4. Исключение фактических данных, недопустимых в качестве доказательств

Согласно ч.ч. 1, 3 ст. 560 УПК РК, если в ходе судебного разбирательства будут обнаружены фактические данные, недопустимые в качестве доказательств, председательствующий обязан решить вопрос об исключении их из числа таковых, а в случае исследования таких доказательств признать их, не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование недействительным. Судьи не должны знакомить

¹¹⁸ Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–26; уголовное дело № 08710203101455).

¹¹⁹ Отчет № 09/02/2010/Almaty. См. также п. 3.3. пар. 3, Раздел I. Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹²⁰ См. Рекомендацию 9. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹²¹ См. ст. 223 Уголовно-процессуального кодекса Грузии (Принят Парламентом Грузии 9 октября 2009 г.), ч. 8 ст. 328 Уголовно-Процессуальный Кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (принят ГД ФС РФ 22.11.2001) (ред. от 29.11.2012) (Далее – УПК РФ) и ч. 7 ст. 331-6 УПК Кыргызстана.

¹²² В 2007 г. было установлено, что подобные анкеты, например, заполнялись кандидатами в Северо-Казахстанском и Мангыстауском областных судах, а также в Суде г. Астаны.

¹²³ См. Рекомендацию 8. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

присяжных заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств.

Казахстанский законодатель заимствовал это правило из российского уголовно-процессуального законодательства, которое направлено на защиту интересов обвиняемого в суде присяжных.¹²⁴ В связи с отсутствием четкого разъяснения со стороны законодателя или Верховного Суда Республики Казахстан до 2012 года¹²⁵ эта норма УПК истолковывалась казахстанскими судьями по-разному. Не смотря на то, что Верховный Суд направил судебную практику в том то русле мы считаем это не оправданным.

С одной стороны, как было ранее отмечено в отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. некоторые судьи истолковывают это положение в широком смысле и не позволяют подсудимому опровергать достоверность и правдивость своих признательных показаний данных на предварительном следствии, а также других доказательств стороны обвинения в присутствии присяжных заседателей. В данных процессах каждый раз, когда подсудимые пытались объяснить, что они давали признательные показания в результате физического насилия или принуждения со стороны сотрудников правоохранительных органов в ходе предварительного расследования, судья прерывал подсудимых и просил присяжных не принимать слова подсудимых во внимание и удалиться в совещательную комнату.¹²⁶

Представляется, что данный подход был поддержан Верховным Судом РК как минимум в одном из апелляционных постановлений (дело Мукатова), в котором Верховный Суд усмотрел нарушения уголовного процесса в действиях защитника, который утверждал в присутствии присяжных, что полиция сфабриковала доказательства обвинения в ходе предварительного расследования. На этом основании Верховный Суд РФ отменил оправдательный приговор.¹²⁷

С другой стороны, как было отмечено в Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г., а также в ходе наблюдений за судебными слушаниями в 2010 г. некоторые судьи позволяли рассматривать так называемые «процессуальные вопросы» в присутствии присяжных.

¹²⁴ См. Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 269.

¹²⁵ Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 г. «О практике применения судами законодательства регламентирующего производство по делам с участием присяжных заседателей» Верховный Суд РК постановил в п. 13: «13. Согласно части третьей статьи 560 УПК в судебном разбирательстве вопрос о допустимости доказательств разрешается без участия присяжных заседателей. По смыслу этой нормы стороны сообщают судье о наличии у них ходатайств юридического характера, не раскрывая их содержания в присутствии присяжных заседателей. При рассмотрении дела с участием присяжных заседателей стороны не вправе без разрешения судьи упоминать присяжным заседателям о наличии в деле доказательств, исключенных ранее решением суда. Судья, руководствуясь статьями 560 и 562 УПК, обязан принять необходимые меры, исключающие возможность ознакомления присяжных заседателей с недопустимыми доказательствами, а также исследования вопросов, не входящих в их компетенцию. Если исследование недопустимых доказательств состоялось, то обсуждение вопроса о признании их не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование – недействительным, производится в отсутствие присяжных заседателей, и впоследствии им разъясняется содержание принятого решения. Аналогичным образом судья должен поступить в случае, когда до присяжных заседателей доведена информация, не относящаяся к фактическим обстоятельствам дела, например, сведения о судимости подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом и т.п. Если в ходе судебного заседания подсудимый заявит о применении к нему в ходе предварительного следствия недопустимых методов (принуждение к даче показаний, пытки), судья в отсутствие присяжных заседателей исследует показания подсудимого, осуществляет допрос указанных им лиц. Если факты о применении недопустимых методов следствия не подтвердились, суд извещает об этом присяжных заседателей. В случае если факты о применении недопустимых методов в ходе предварительного следствия подтвердились, судья признает полученные таким способом доказательства недопустимыми».

¹²⁶ См. § 4.1 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹²⁷ Постановление Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан от 27 мая 2008 года № 2а-153-08.

Например, по уголовному делу, рассмотренному Атырауским областным судом, по обвинению К, М., К. и И., государственный обвинитель на заявление подсудимого о том, что его избивали сотрудники полиции и вымогали у него деньги, в присутствии присяжных, стал выяснять у него, кто его избивал, были ли ему причинены телесные повреждения, знает ли он фамилии избивавших его лиц.¹²⁸

По делу, рассмотренному Алматинским городским судом, председательствующим спросил у подсудимого: «Правильно ли вел дело следователь Б.? были какие-либо обиды или ссоры с ним?». При этом, защитник, в присутствии коллегии присяжных, заявил ходатайство о вызове следователя, поскольку, по его мнению, на подсудимого во время следствия было оказано моральное давление. Затем председательствующий также поинтересовался мнением сторон по данному ходатайству защитника.¹²⁹

По делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам г. Алматы, председательствующий позволил подсудимым в присутствии присяжных заседателей не только рассказать в подробностях о применении к ним оперативными сотрудниками полиции психического и физического насилия (с использованием противогаса, перекрытия шланга для препятствия поступлению воздуха и др. действий, чтобы они признались в совершении убийства), но и разрешил государственному обвинителю задать вопросы по поводу этих утверждений подсудимых.¹³⁰

Полагаем, что запрет на обсуждение допустимости доказательств обвинения не оправдан, поскольку оценка этих доказательств напрямую связана с оценкой обстоятельств самого уголовного дела, что в смешанной модели суда присяжных в равной степени относится как к компетенции присяжного, так и к компетенции профессионального судьи.¹³¹

По мнению некоторых экспертов, хотя ч. 3 ст. 560 УПК РК запрещает судьям и сторонам представлять недопустимые доказательства в присутствии присяжных, «закон прямо не запрещает сторонам заявлять ходатайства в присутствии присяжных, либо опровергать действительность и добровольность признательных показаний обвиняемого данных, которые представлены стороной обвинения в качестве доказательств вины подсудимого».¹³² Более того, эксперты также утверждают, что практика удаления присяжных в совещательную комнату в момент выступлений подсудимого о применении пыток и других незаконных методов давления со стороны полиции «нарушает право обвиняемого защищать себя в суде средствами и способами, не противоречащими закону» закрепленное в ст. 69 УПК РК.¹³³

¹²⁸ Отчет №12/10/2007/АТЫРАУ/9-KZ.

¹²⁹ Архив Алматинского городского суда за 2009 г. (уголовное дело № 0975120311001).

¹³⁰ См.: AL-1-K-R, AL-2-K-R.

¹³¹ В Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. эта позиция изложена следующим образом: «В целях обеспечения прав граждан на свободу от пыток, бесчеловечного, жестокого и унижающего человеческое достоинство обращения и наказания, а также реализации принципов законности, презумпции невиновности и свидетельского иммунитета, предусмотреть разрешение вопроса об устранении из материалов дела фактических данных, не допустимых в качестве доказательств, в присутствии присяжных. Сторона защиты при этом должна иметь право разъяснить причины изменения показаний, а также сообщить присяжным обо всех случаях применения в отношении подсудимых пыток и иных видов неправомерного воздействия» (Рекомендация 13. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.).

¹³² Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 270.

¹³³ Там же.

2.5. Запрет на исследование с участием присяжных обстоятельств, способных вызвать в отношении подсудимого предубеждение присяжных заседателей

В соответствии с ч. 6 ст. 562 УПК РК исследованию с участием присяжных заседателей не подлежат обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждения присяжных заседателей. Однако игнорирование этого правила носит достаточно распространенный характер. Об этом свидетельствуют как данные мониторинга БДИПЧ 2007 года, так и наблюдение за процессами с участием присяжных заседателей в 2010 г. Например, в ходе исследования были выявлены следующие примеры.

По делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам Костанайской области, прокурор выяснял у потерпевшего, как часто подсудимый употреблял спиртные напитки, а также является ли подсудимый конфликтным человеком.¹³⁴

По уголовному делу, рассмотренному Акмолинским областным судом, в присутствии присяжных заседателей государственным обвинителем и адвокатом-защитником исследовались такие вопросы: покупал ли подсудимый спиртные напитки, лечился ли он в психиатрической больнице, состоит ли он на учете в психиатрическом диспансере. Причем председательствующий даже спросил у свидетеля «...запах алкоголя слышали?», устанавливая факт злоупотребления алкоголем со стороны подсудимого¹³⁵.

По делу, рассмотренному Атырауским областным судом, в присутствии присяжных оглашались справки с наркологического и психиатрического диспансера, а также характеризующие подсудимого материалы (копия приговора в отношении подсудимого), постановление о назначении судебно-наркологической экспертизы.¹³⁶ К сожалению, такие действия со стороны участников процесса судьями не пресекались.

В целях неразглашения информации, которая может вызвать предубеждение присяжных, в процедуре судебного следствия, БДИПЧ ОБСЕ в 2007 г. рекомендовал предусмотреть обязательное разъяснение председательствующим всем допрашиваемым лицам запрета на оглашение в присутствии присяжных сведений о прежней судимости подсудимого или его заболеваниях алкоголизмом или наркоманией.¹³⁷ По-видимому, разглашение подобной информации сторонами должна вести к инициированию соответствующих дисциплинарных разбирательств в отношении профессиональных участников, допустивших оглашение подобной информации в уголовном процессе с участием присяжных заседателей.

2.6. Формулирование вопросов в вопросном листе

Поскольку присяжные не обладают юридическими познаниями, то недопустима постановка в вопросном листе вопросов с использованием юридической терминологии. Вопросы должны формулироваться в доступных и понятных для них выражениях с использованием общеизвестной терминологии, не требующей познаний в области права. В этой связи, показателен зарубежный опыт. Например, Верховный Суд Российской Федерации, обращая внимание судов на особенности формулирования вопросного листа указал, что «перед коллегией присяжных заседателей не могут ставиться вопросы, требующие от присяжных заседателей юридической квалификации статуса подсудимого, а также собственно юридической, то есть уголовно-правовой оценки при вынесении присяжными

¹³⁴ См.: ОЧЕТ № 04/02/2010/KOSTANAY.

¹³⁵ См.: Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108).

¹³⁶ Архив Атырауского областного суда за 2998 г. (уголовное дело № 1-03-08).

¹³⁷ Рекомендация 14. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

заседателями своего вердикта¹³⁸, «недопустима постановка вопросов с использованием таких юридических терминов, как умышленное или неосторожное убийство, умышленное убийство с особой жестокостью, умышленное убийство из хулиганских или корыстных побуждений, умышленное убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения, убийство при превышении пределов необходимой обороны, изнасилование, разбой и т.п.», а также «не должны ставиться вопросы о вероятности доказанности и виновности подсудимого в совершении деяния»¹³⁹.

Однако, казахстанская судебная практика идет по другому пути: в вопросных листах по всем изученным архивным уголовным делам¹⁴⁰ на разрешение присяжных заседателей ставились вопросы с использованием юридических терминов и формулировок, требующие от них юридической оценки содеянного подсудимым, а также в нарушение ч. 10 ст. 569 УПК РК¹⁴¹, ставились вопросы о том, является ли деяние преступлением и какому наказанию подлежит подсудимый, т.е. вопросы, для ответа на которые необходимо иметь юридическое образование.

Извлечения из вопросных листов по уголовному делу по обвинению М., К., И, Ку., Т., М.¹⁴², рассмотренным Алматинским городским судом:

«Доказано ли, что М. тайно похитила личное имущество В. после совершения убийства» - Тем самым, суд констатирует, что подсудимая виновна в совершении убийства.

«Имело ли место недонесение о достоверно известном готовящемся или совершенном особо тяжком преступлении – убийства В.?»¹⁴³

«Доказано ли, что имело место покушение на умышленное убийство М., в группе с А. из корыстных побуждений?»¹⁴⁴

«Доказано ли, что М. без цели хищения было совершено неправомерное завладение чужим автомобилем по предварительному сговору? Доказано ли, что М., действуя согласованно с К. С единым умыслом, совершил убийство И. в связи с осуществлением потерпевшим служебной деятельности, при совершении разбоя, группой лиц по предварительному сговору?»¹⁴⁵

¹³⁸ Пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 20 декабря 1994 г. «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных»

¹³⁹ Пункт 29 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23 от 22 ноября 2005 г. «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей».

¹⁴⁰ За исключением одного дела, рассмотренного Акмолинским областным судом (Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–26).

¹⁴¹ Часть 10 ст. 569 УПК устанавливает: «В случае если вопрос о вине подсудимого решен положительно, то судья разрешает вопрос о том, является ли деяние преступлением и каким именно уголовным законом оно предусмотрено (статья, часть, пункт), а также разъясняет присяжным заседателям, какие меры наказания предусмотрены за эти деяния».

¹⁴² Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 077751303130376 по обвинению М., К., И, Ку., Т., М. (т. 8, л.д. 128–146).

¹⁴³ См. также Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-03–08), там же (уголовное дело № 1-03–08), Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 08710203101455), Там же (уголовное дело № 1-17), Там же (уголовное дело №. 08710203101415), Там же (уголовное дело № 08710203101415), Там же (уголовное дело №. 077110303101403), Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108, т.3), Там же (уголовное дело № 1–24/2009).

¹⁴⁴ Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 077110303101403).

¹⁴⁵ Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–24/2009).

В некоторых вопросных листах на разрешение присяжных заседателей ставились вопросы о фактах, которые не подлежат рассмотрению присяжными заседателями, а также вопросы, могущие вызвать у них предубеждение против подсудимого. Например, такие вопросы: «Доказано ли, что после наступления смерти потерпевшего Р., по указанию А. для сокрытия трупа была выкопана яма неустановленным следствием лицом совместно с К, в отношении которого вопрос о виновности решен приговором Алматинского городского суда от 23 мая 2005 г., труп Р. был закопан, а затем впоследствии 04.05.2004 г. труп Р. обнаружен в указанном К. месте захоронения и извлечен»¹⁴⁷; «Доказано ли, что подсудимый совершил умышленное убийство, как лицо, совершивший ранее убийство?».¹⁴⁸

К сожалению, за последние несколько лет, не удалось улучшить практику формулирования вопросных листов. Полагаем необходимым, в новой редакции УПК РК прямо указать о недопустимости постановки вопросов перед присяжными, которые требуют от них юридической оценки содеянного подсудимым, уголовно-правовой квалификации его действий, с использованием юридических терминов и формулировок, для ответов на которые необходимо иметь юридическое образование.¹⁴⁹ В целях соблюдения норм закона в вопросных листах не указывать факты, которые не подлежат рассмотрению присяжными заседателями. В ходе обучающих мероприятий для судей необходимо проводить специальные учебные сессии по подготовке вопросных листов.

В тоже время следует обратить внимание, что данное правило, не должно носить абсолютный характер. В определенных случаях использование общедоступных правовых терминов оправдано, так как позволяет в большой мере избежать искажения смысла, чем, если бы такие понятия излагались на быденном уровне. Возможно, что перечень таких терминов мог быть разработан и предложен Верховным судом РК на основе анализа практики по конкретным делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей.

III. Текущие проблемы процедуры рассмотрения дел с участием присяжных заседателей и рекомендации по их устранению

3.1. Проблемы предварительного слушания

В ходе настоящего исследования были подтверждены многочисленные случаи, когда суды не исследовали доказательства, в отношении которых заявлены ходатайства о признании их недопустимыми. Например, на предварительном слушании дела в Восточно-Казахстанском областном суде по обвинению Е. в совершении преступлений, предусмотренных п.п. «д», «ж», «з» и «к» ч. 2 ст. 96 п. «а», «в», «г», «д» ч. 2 ст. 179 УК РК, защитником А. были заявлены ходатайства о признании фактических данных недопустимыми в качестве доказательств¹⁵⁰, а также об изменении меры пресечения подсудимому Е. Судом было принято решение, оставить указанные ходатайства

¹⁴⁶ Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 8710203101415), Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 077751303130376), там же (уголовное дело № 07751303112108), там же, 2009 г. (уголовное дело № 0975120311001), Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-24/08), Архив суда г. Астана (уголовное дело № 1-17), Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108).

¹⁴⁷ Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 047502030488).

¹⁴⁸ Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-24/08).

¹⁴⁹ См. также рекомендацию 20 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁵⁰ Явку с повинной, протокола допроса в качестве обвиняемого Е., очной ставки и др.

открытыми и по ним решения принять в совещательной комнате. Однако данные ходатайства не были разрешены.¹⁵¹

Представляется, что на предварительном слушании судьям следовало бы в обязательном порядке выяснять у сторон, были ли допущены в ходе расследования нарушения прав подсудимых, а также норм УПК РК, влекущие признание того или иного доказательства недопустимым.

Это предложение обусловлено тем, что по большинству из изученных архивных дел стороной защиты в ходе главного судебного разбирательства, заявлялись ходатайства о признании некоторых доказательств недопустимыми, поскольку они были получены в результате применения недозволённых методов ведения следствия.

3.2. Тенденциозность коллегии присяжных заседателей

УПК РК не предусматривает право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей.¹⁵² В этой связи представляется, что отсутствие такой нормы может привести в некоторых случаях к необъективной и предвзятой оценке присяжными заседателями обстоятельств рассматриваемого уголовного дела и, соответственно, – их пристрастным ответам на поставленные вопросы в вопросном листе. Например, когда по делу об изнасиловании в составе присяжных оказываются одни женщины, или наоборот; либо, когда состав присяжных состоит из лиц одной национальности или профессии с подсудимым или потерпевшим лицом и т.п.

В связи с этим целесообразно включить в УПК РК право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей. Вместе с тем, либо законодатель, либо Верховный Суд РК в своем Нормативном постановлении должен предоставить четкое разъяснение в каких случаях состав коллегии присяжных может рассматриваться в качестве тенденциозного.

Как показывает судебная практика Верховного Суда РФ тенденциозность состава коллегии присяжных не была подтверждена в делах, где, например, подсудимый мусульманин и этнический азербайджанец утверждал, что состав коллегии присяжных по его делу является тенденциозным в связи с отсутствием присяжных мусульман в коллегии.¹⁵³ Верховный Суд РФ также отказался удовлетворить кассационное представление прокурора против оправдательного приговора, постановленного на вердикте присяжных на основании того, что 11 из 12 присяжных, отобранных в данном деле, были одной национальности с подсудимым.¹⁵⁴

Законодатель и/или Верховный Суд РК должны определить четкие критерии, которые могли бы быть использованы для выявления тенденциозности состава коллегии присяжных. Более того, следует также определить какое число присяжных в коллегии может обнаружить тенденциозность состава.¹⁵⁵

¹⁵¹ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

¹⁵² Как это регламентировано, например, ст. 441 УПК РФ.

¹⁵³ См. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 12 апреля 2005 г. № 37-о05-01сп. URL: http://www.vsrif.ru/stor_pdf.php?id=114278

¹⁵⁴ См. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 22-о07-17сп. URL: http://www.vsrif.ru/stor_pdf.php?id=185720

¹⁵⁵ См. больше о тенденциозности состава суда присяжных в российском уголовном процессе Nikolai Kovalev, *Jury Trials in Violent Hate Crimes in Russia: Is Russian Justice Only for Ethnic Russians?* *Chicago-Kent Law Review*, 86, 669-736 (2011).

3.3. Несоответствие норм УПК РК казахстанской модели суда с участием присяжных

3.3.1. Регламентация судебных прений

Судебные прения состоят из двух отличающихся друг от друга частей, как по времени их произнесения, так и по содержанию. В первой части прений стороны излагают свои позиции по поводу доказанности вины подсудимого. Во второй части прений, в отсутствие присяжных, стороны излагают свои позиции по вопросам квалификации действий подсудимого, назначения наказания, гражданского иска.¹⁵⁶

Однако такая конструкция представляется неудачной, поскольку непонятно каким образом присяжные будут впоследствии в совещательной комнате высказывать свое мнение по поводу квалификации действий подсудимого, если не допускается упоминать сторонами о его прежней судимости. Это положение принципиально, поскольку наличие судимости является в ряде случаев квалифицирующим обстоятельством, которое влияет как на квалификацию деяния, так и на меру наказания. Некоторые эксперты также утверждают, что без знания отягчающих и смягчающих обстоятельств, как, например, рецидив, состояние здоровья или семейный статус обвиняемого, а также состоялась ли добровольная компенсация материального и морального вреда, причиненного в результате совершения преступления, существует риск того, что присяжные могут голосовать за несправедливую меру наказания.¹⁵⁷

Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей и профессионального судьи на этапе установления вины обвиняемого и для того, обеспечить присяжных полной информацией, необходимой для вынесения соразмерного и справедливого наказания, казахстанскому законодателю следует разделить прения сторон на два отдельных слушания. Судья и присяжные должны присутствовать на обоих слушаниях.

В ходе первого слушания, после рассмотрения всех доказательств, стороны должны иметь возможность выступить с заключительным словом относительно виновности или невиновности обвиняемого без обсуждения предыдущих судимостей подсудимого и других фактов его биографии. После первой стадии прений судья и присяжные удаляются в совещательную комнату для постановления вердикта о виновности или невиновности обвиняемого. Второе слушание проводилось бы только в случае признания подсудимого виновным, в каком-либо из инкриминируемых ему преступлений. При этом суд в полном составе, при участии присяжных заседателей, должен в таком случае заслушать доказательства, которые могут повлиять на меру наказания, включая отягчающие и смягчающие обстоятельства. Такой вид процесса называется раздвоенным или бифуркационным процессом и используется в США в суде присяжных по делам о смертной казни, а иногда и в других случаях.

Как полагают некоторые эксперты бифуркационная система вынесения решений судом присяжных, во-первых, обеспечит то, что присяжные, при вынесении решения о виновности или невиновности подсудимого, не будут предубеждены в отношении обвиняемого с учетом информации, содержащейся в его характеристике, а во-вторых, предотвратит вынесение присяжными слишком мягких приговоров профессиональным преступникам и слишком суровых наказаний случайным правонарушителям.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Статья 563 УПК РК.

¹⁵⁷ См. John D. Jackson and Nikolai P. Kovalev, Lay Adjudication and Human Rights in Europe, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, pp. 83, 110-111 (2006).

¹⁵⁸ Kovalev, указ. соч. сноска 5 at 499.

3.3.2. Обращение председательствующего к присяжным заседателям

Обращение председательствующего к присяжным заседателям, предусмотренное ст. 567 УПК характерно для модели, где присяжные принимают вердикт самостоятельно, без судьи. Представляется, что в казахстанской модели судопроизводства с участием присяжных заседателей такое обращение было предусмотрено с тем, чтобы служить дополнительной гарантией обеспечения свободного (от профессионального мнения судьи) обсуждения присяжными вопросного листа в совещательной комнате. При этом профессиональные участники и присяжные получают напоминание обо всех исследованных доказательствах без какой-либо их оценки со стороны судьи.

Следует отметить что ч. 2 ст. 569 УПК РК устанавливает, что: «В совещательной комнате присяжные заседатели вправе получать от председательствующего разъяснения по возникшим у них неясностям в связи с поставленными вопросами», что ограничивает право судьи в совещательной комнате только уточнять конкретные формулировки вопросного листа. В любом случае, судья при этом не должен выходить за пределы своего ранее публично озвученного обращения к присяжным.

Однако, такая дополнительная гарантия будет иметь смысл только, если в законодательстве будет установлен прямой запрет на дальнейшее обсуждение изученных доказательств со стороны профессионального судьи. В этой связи, можно также предусмотреть запрет профессиональному судье брать с собой в совещательную комнату материалы дела, за исключением текста обращения председательствующего к присяжным заседателям. Это также было бы направлено на предотвращение разглашения судьями информации относительно предыдущих судимостей и других доказательств, которые не должны рассматриваться судом до вынесения вердикта о виновности или невиновности подсудимого.

Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей необходимо дополнить УПК РК положением прямо запрещающим председательствующему судье обсуждать доказательства в совещательной комнате. Закон должен также запрещать судье брать с собой какие-либо документы в совещательную комнату за исключением текста обращения председательствующего к присяжным.

3.3.3. Постановление приговора судом с участием присяжных заседателей

Предусмотренный ст. 569 УПК РК порядок совещания судьи и присяжных заседателей имеет ряд недостатков. Этот порядок предполагает, что вопросы и квалификации, и наказания разрешается *только судьей*, а свое решение он предлагает для голосования присяжным заседателям. Причем, как видно из текста этой статьи, присяжным даже не предоставляется право задавать вопросы, высказывать свое мнение по этим вопросам. Вполне очевидно, что при таком порядке невозможно исключить влияние на присяжных профессионального суждения судьи, высказанного при обсуждении вопросов, подлежащих разрешению.¹⁵⁹

Следует указать, что ч.ч. 1 и 2 ст. 569 УПК, предоставляющие право председательствующему руководить совещанием присяжных заседателей и разъяснять возникшие у присяжных неясности в связи с поставленными вопросами, находятся в коллизии с ч. 2 ст. 567 УПК, устанавливающей запрет для председательствующего в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией

¹⁵⁹ Следует отметить, что многими судьями неоднозначно оценивается эта форма судопроизводства. Так, в ходе опроса проведенного в рамках исследования на вопрос: «Считаете ли Вы, что действующий порядок судопроизводства с участием присяжных заседателей гарантирует самостоятельность и независимость коллегии присяжных заседателей?» - судьи дали следующие ответы: да – 41 (39%), нет – 28 (26%), затрудняюсь ответить – 33 (31%).

присяжных заседателей. В этой связи, интересно предложение высказанное судьями Восточно-Казахстанского областного суда об исключении проведения в совещательной комнате обсуждения судьей с присяжными основных вопросов во избежание влияния председательствующего на присяжных с целью склонения их к принятию того или иного решения¹⁶⁰.

Действительно, как известно, у судей-профессионалов вследствие наличия опыта судейской работы формируется стереотипное профессиональное поведение. Вследствие этого, принятие совместно с присяжными заседателями решения по делу неизбежно влечет влияние судьи-профессионала на характер его разъяснений по вопросам о виновности, квалификации, меры наказания и др., – вольно или невольно он может навязать присяжным свое мнение, доводы.

Для того, чтобы минимизировать возможное судебное давление на присяжных заседателей казахстанскому законодателю необходимо изменить нормы УПК РК в отношении совещания суда с участием присяжных заседателей. В частности, казахстанский УПК РК может заимствовать модель, которая до недавнего времени существовала в швейцарском кантоне Женева. Согласно этой модели суда присяжных председательствующий судья мог присутствовать в совещательной комнате и мог давать разъяснения законодательства, но не мог высказывать своего личного мнения относительно виновности или невиновности подсудимого.¹⁶¹ Если присяжные признавали подсудимого виновным, то судья и присяжные совещались и решали меру наказания совместно.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство необходимо изменить и дополнить нормой, согласно которой председательствующий судья может присутствовать в совещательной комнате и может давать разъяснения законодательства, но ему запрещается, каким-либо образом высказывать свое личное мнение относительно виновности или невиновности подсудимого.

3.3.4. Мотивированный обвинительный приговор и тайное голосование

Статья 569 УПК РК не предусматривает, что присяжные заседатели должны каким-либо образом мотивировать свои решения. Они обязаны только голосовать путем дачи односложных ответов «да» или «нет» на вопросы вопросного листа. В этой связи, приговор суда не содержит каких-либо объяснений в отношении оснований, по которым подсудимый признан виновным, что может вызвать сомнения относительно справедливости процесса и подотчетности суда с участием присяжных заседателей закону.

Хотя ни один из международных документов не требует от судов выносить мотивированные решения, Европейский суд по правам человека в некоторых своих решениях указал, что недостаточная ясность в обосновании обвинительного приговора может рассматриваться в качестве нарушения права обвиняемого на справедливое правосудие. Европейский суд по правам человека признал, что существует общее правило, согласно которому суды, состоящие только из профессиональных судей «должны с достаточной ясностью указывать на основания на которых они опираются в своих решениях».¹⁶² Однако, уголовные суды не обязаны давать «детальный ответ на каждый спорный вопрос».¹⁶³ В отличие от суда, состоящего только из профессиональных судей, суды с участием присяжных заседателей обычно не выносят мотивированных вердиктов.¹⁶⁴ Как указывают некоторые эксперты, недостаток мотивировки решений в суде присяжных

¹⁶⁰ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

¹⁶¹ Jackson & Kovalev, *supra* note 58 at 113; Malsch, M. (2009). Democracy in the Courts. Lay Participation in European Criminal Justice Systems. Ashgate, p. 54.

¹⁶² Hadjianastassiou v. Greece, App. No. 12945/87, 16 Eur. H.R. Rep. 219, 237 (1993).

¹⁶³ Van de Hurk v. the Netherlands, 19 April 1994, § 61, Series A n. 288.

¹⁶⁴ За исключением Испании и до 2011 – швейцарского кантона Женевы.

может быть восполнен другими дополнительными гарантиями как, например, право выбора между судом с участием только профессиональных судей и судом присяжных, право на повторное судебное разбирательство специальным апелляционным судом с участием народных заседателей. Следует отметить, что подобные гарантии приняты в некоторых европейских странах, например, в Греции, Италии, Франции и Норвегии.¹⁶⁵

Хотя казахстанское законодательство дает подсудимому право выбрать между судом с участием судьи профессионала и судом с участием присяжных заседателей оно не предоставляет таких же гарантий, доступных в странах, где принята англо-американская модель суда присяжных. Так, например, в России обвиняемый имеет право отказаться от суда присяжных в пользу суда, состоящего только из профессиональных судей, и, хотя российские присяжные также не обязаны мотивировать свои решения, они абсолютно независимы от председательствующего судьи в ходе совещания. В России председательствующему судье не позволено присутствовать в совещательной комнате, и он не имеет возможности наблюдать и контролировать процесс обсуждения и принятия решения присяжными заседателями. Таким образом, судья не знает основных причин принятия присяжными вердикта.

В отличие от российского суда присяжных, казахстанские судьи совещаются с присяжными совместно и, в связи с этим, способны слышать аргументы предлагаемые присяжными в ходе обсуждения фактов и доказательств по делу. При этом, как утверждает ряд экспертов, существует возможность, что «если профессиональные судьи согласны с обвинительным вердиктом присяжных они могут помочь присяжными в составлении решения, а в случаях, когда они не согласны с таким решением, они могут написать свое особое мнение, которое может быть рассмотрено апелляционным судом».¹⁶⁶

В Испании присяжные должны представить «краткую формулировку оснований для вердикта, указывая на доказательства, на которых базировалось решение, а также основания, почему некоторые факты были установлены или не установлены».¹⁶⁷ Статья 327 Уголовно-процессуального кодекса Женевы, который был в силе до января 2011 г., требовала от присяжных указать на «причины, по которым присяжные принимали во внимание или игнорировали основные доказательства по делу и правовые причины, по которым был принят вердикт, а также вынесено наказание и приняты другие меры, указанные в приговоре».¹⁶⁸

Казахстанскому законодателю следует рассмотреть вопрос о целесообразности включения в УПК РК подобных требований в отношении обвинительного приговора и мер наказания, выносимых судом с участием присяжных заседателей.

В связи с последней рекомендацией возникает два дополнительных вопроса. Во-первых, следует ли требовать от присяжных мотивировки их оправдательных вердиктов? Во-вторых, будет ли требование представлять мотивированные решения противоречить существующему положению о тайном голосовании присяжных. В отношении первого вопроса представляется, что присяжные не должны быть обязаны указывать причины для оправдательных вердиктов. Одним из основных аргументов, почему присяжные не должны быть обременены обязанностью указывать на причины своих оправдательных приговоров, заключается в принципе презумпции невиновности и правиле, что все сомнения толкуются в пользу обвиняемого, что гарантировано Конституцией Республики Казахстан¹⁶⁹ и УПК РК.

¹⁶⁵ Jackson & Kovalev, указ. Соч. сноска 55 at 116.

¹⁶⁶ Там же.

¹⁶⁷ Taxquet v. Belgium, 16 November 2010, § 57.

¹⁶⁸ Там же, параграф 58.

¹⁶⁹ Согласно ст. 77 п. 3 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 2005 г., присяжные должны руководствоваться следующими принципами: (1) «лицо считается невиновным в совершении преступления, пока его виновность не будет признана вступившим в законную силу приговором суда»; (6) «обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность»; (8) «любые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого». Конституция Республики Казахстан *принята на*

Присяжных не следует обременять обязанностью, мотивировать свой оправдательный вердикт какими-либо доказательствами, так как обвиняемый считается невиновным до приговора суда, что гарантировано положениями Конституции. С другой стороны суд обязан объяснить, какие из доказательств доказывают виновность подсудимого, и почему у суда нет никаких сомнений в его виновности, которые могут быть истолкованы в его пользу для вынесения оправдательного приговора.

Что касается второго вопроса, то эта рекомендация действительно будет противоречить системе тайного голосования членов суда. В самом деле, присяжные вряд ли могут мотивировать вердикт без указания своего голоса относительно виновности или невиновности подсудимого. В связи с этим, рекомендуется упразднить систему тайного голосования в интересах требования обязательной мотивировки обвинительного вердикта и назначения наказания. Хотя тайное голосование было заимствовано из французского законодательства, с целью обеспечить дополнительные гарантии независимости и беспристрастности присяжных, эта процедура в существующей форме в Казахстане, не исключает возможности манипуляции и незаконного воздействия на присяжных со стороны председательствующего судьи.

Более того, как отмечают некоторые эксперты в отличие от французской системы казахстанская система: (1) «не позволяет считать незаполненные бюллетени в пользу обвиняемого, что значит, что председательствующий судья имеет полномочия требовать повторного голосования, до тех пор пока присяжные не проголосуют в пользу обвинения или подсудимого»; (2) «хотя председательствующий судья подсчитывает бюллетени в присутствии присяжных, присяжным не предоставляется право самим удостовериться в подлинности результатов голосования, что повышает риск того, что председательствующий судья может ввести присяжных в заблуждение относительно содержания бюллетеней и настоять на переголосовании, если он не доволен результатами первоначального голосования»; (3) «закон требует, чтобы копии бюллетеней были прикреплены в опечатанном конверте к материалам уголовного дела, что создает опасность того, что председательствующий судья или секретарь судебного заседания может сфальсифицировать бюллетени после окончания судебного разбирательства».¹⁷⁰

Так как ныне существующая процедура тайного голосования не обеспечивает независимости и беспристрастности присяжных либо подлинности голосов, рекомендуется упразднить систему тайного голосования и дополнить уголовно-процессуальное законодательство требованием для присяжных выносить мотивированные обвинительные вердикты и объяснять причины для вынесения соответствующей меры наказания.

3.3.5. Право обжалования обвинительного приговора

В отличие от Франции, Италии, Греции и некоторых других стран, которые позволяют обжалование приговоров, выносимых судом с участием народных (присяжных) заседателей по фактическим основаниям или обжалование нарушений уголовного материального права, Казахстан ограничивает возможность обжалования приговоров постановленных судом с участием присяжных заседателей только в случаях нарушения уголовно-процессуального законодательства.¹⁷¹

Хотя основания для обжалования оправдательных приговоров должны быть ограничены случаями нарушений уголовно-процессуального права, право защиты на обжалование

республиканском референдуме 30 августа 1995 года. Вступила в силу 5 сентября 1995 года в день опубликования результатов республиканского референдума. Внесены изменения и дополнения Законом Республики Казахстан от 7 октября 1998 года, Законом Республики Казахстан от 21 мая 2007 года, Законом Республики Казахстан от 2 февраля 2011 года (Далее – Конституция РК).

¹⁷⁰ See Kovalev, указ. соч. сноска 5 стр. 486; Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 274-275.

¹⁷¹ УПК РК, ст. 575.

обвинительных приговоров должно быть расширенно по всем основаниям. Если законодатель дополнит УПК РК нормой, требующей от присяжных мотивировать обвинительные вердикты, что обсуждалось в предыдущем пункте данного документа, то, суд апелляционной инстанции в дополнение к правовым аргументам, мог бы рассмотреть обоснованность такой мотивировки обвинительного приговора. Это изменение предоставило бы обвиняемым дополнительные гарантии от судебной ошибки присяжных заседателей и осуждения невиновного.

Согласно ч. 3 ст. 58 и ч. 3 ст. 291 УПК РК три профессиональных судьи областного или приравненного к нему суда рассматривают в качестве апелляционной инстанции приговоры суда с участием присяжных заседателей.

Казахстанскому законодателю целесообразно рассмотреть вопрос включения в состав суда апелляционной инстанции также и непрофессиональных судей. Одним из возможных вариантов может быть модель суда с участием нескольких профессиональных судей и значительного числа присяжных заседателей, которые могли бы быть отобраны путем случайной выборки из областных списков кандидатов в присяжные заседатели.

Эта модель используется в таких странах как Франция, Греция и Италия. Французская модель Апелляционного ассизного суда (*Cour d'assises d'appel*) состоит из трех судей и двенадцати присяжных заседателей, что означает, что число присяжных заседателей в суде апелляционной инстанции превышает число присяжных в первой инстанции.¹⁷² Итальянский Апелляционный ассизный суд (*Corte di assise di appello*) состоит из того числа профессиональных судей и народных заседателей, что и суд первой инстанции: два профессиональных судьи и шесть народных заседателей.¹⁷³ Греческий смешанный апелляционный суд также состоит из того же числа профессиональных и непрофессиональных судей: три профессиональных судьи и четыре народных заседателя.¹⁷⁴ Второй возможный вариант введения непрофессиональных судей в состав апелляционной инстанции это рассмотреть возможность дополнить основной состав из трех профессиональных судей как минимум четырьмя учеными юристами, которые не работают в правоохранительных органах или судебной системе.

Рекомендуется также расширить права защиты на обжалование обвинительных приговоров на основаниях нарушений права и фактических ошибок.

IV. Основные нарушения порядка рассмотрения дел с участием присяжных заседателей, выявленные в ходе исследования

4.1. Формирование коллегии присяжных заседателей

БДИПЧ ОБСЕ в рамках проекта по мониторингу судебных заседаний с участием присяжных заседателей в 2007 г. отмечало наличие множественных нарушений допущенных при формировании коллегии присяжных заседателей.¹⁷⁵

Необходимо отметить, что в 2010 г. также были допущены нарушения в этой части процедуры.

¹⁷² Craig Bradley, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*. Second Ed. (Carolina Academic Press 2007) стр. 236; Code of Criminal Procedure of France, art. 296, 380-1 to 380-15.

¹⁷³ Bradley, указ. соч. сноска 69 стр. 331.

¹⁷⁴ Jackson & Kovalev, указ. соч. сноска 55 стр. 98 и 118.

¹⁷⁵ См. Пар.3 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

Ярким примером, иллюстрирующим проблемы формирования коллегии присяжных заседателей является дело, рассмотренное в Специализированном межрайонном суде по уголовным делам г. Алматы. До начала главного судебного разбирательства в зале судебных заседаний и в коридоре (поскольку не хватало мест в зале) собралось около 90 кандидатов в присяжные заседатели. В зал вошел человек, одетый в куртку и с шапкой на голове, и представился председателем суда. Он стал разъяснять кандидатам порядок их отбора в присяжные и сообщил, что их явилось слишком много, а достаточно 27 человек. Он также информировал кандидатов в присяжные заседатели о том, кто может быть освобожден от участия в судебном заседании. После чего стал проводить процедуру освобождения кандидатов от их участия в процессе без участия председательствующего по делу, попросив поднять руки тем, кто не хотел-бы стать присяжным.

Граждане стали выкрикивать с места причины отказа от участия в деле. По ходу отбора председатель суда объявил кандидатам в присяжные заседатели, что дело простое, бытовое, а именно, что «двое напильки и друг друга убили». Находившийся с председателем человек, который не представился, по указанию председателя записывал желающих отказаться от участия в судебном процессе. В результате «отбора» остался 31 кандидат. После чего председатель удалился, а человек, как оказалось впоследствии секретарь судебного заседания, продолжил излагать оставшимся кандидатам процедуру отбора. В это время подходили все новые кандидаты, некоторые из которых просили секретаря их отпустить, и секретарь освобождал их. Все это время за происходящим наблюдали защитники подсудимых. Они выразили свое несогласие с тем, что лица, не имеющие полномочий, занимаются отбором кандидатов, в то время как это должно происходить в ходе судебного заседания. Между адвокатами и секретарем произошла словесная перепалка, в которую были вовлечены и отдельные кандидаты. После этого секретарь согласилась вписывать всех еще прибывающих кандидатов в список. В последующем, в подготовительной части судебного заседания, на вопрос судьи о явке кандидатов в присяжные заседатели, секретарь объявил, что в списке 34 кандидата¹⁷⁶.

Данный пример не является единичным. В той или иной форме во всех посещенных экспертами уголовных процессах с участием присяжных заседателей возникали проблемы организационно-процессуального плана в момент формирования коллегии присяжных заседателей. В этой связи, учитывая важность данного этапа судопроизводства с участием присяжных, требуется обратить внимание на то, чтобы эта процедура проводилась в полном соответствии с законом.

Необходимо провести дополнительное обучение судей и судебных работников (секретарей судебных заседателей, судебных приставов, работников канцелярий. и др.) с тем чтобы обеспечить должное соблюдение законодательных положений, создать благоприятные условия для реализации гражданами права для участия в отправлении правосудия.

Законодателю необходимо ввести административную и уголовную ответственность за нарушение процедуры отбора присяжных заседателей в суде.

¹⁷⁶ Отчет № 09/02/2010/ALMATY. Один из интервьюированных защитников в рамках данного проекта сообщил, что по делу, в котором он принимал участие в порядке ст. 71 УПК, на предварительном слушании в отсутствие его и другого адвоката (они не явились, поскольку не были надлежащим образом уведомлены), со слов подсудимых, председательствующий предложил подсудимым отказаться от рассмотрения их дела с участием присяжных в обмен на назначение наказания «по минимуму».

4.2. Обращение председательствующего к присяжным заседателям

Обращение председательствующего к присяжным заседателям должно отвечать требованиям, предъявляемым ч.ч. 2 и 3 ст. 567 УПК. Однако не по всем уголовным делам председательствующими они выполняются.

Так, реализуя предписания ч. 3 ст. 567 УПК председательствующими по некоторым делам допускались две крайности: 1) они ограничивались только перечислением доказательств; или 2) излагали содержание каждого доказательства.

В соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 567 УПК председательствующий обязан напомнить об исследованных в суде доказательствах как уличающих подсудимого, так и оправдывающих его, не выражая при этом своего отношения к этим доказательствам и не делая выводов из них. Однако, это требование выполняется не во всех случаях: председательствующий лишь напоминает о доказательствах, но не акцентирует, какие из них являются уличающими, а какие – оправдывающими, а в некоторых случаях – ограничивается только лишь их перечислением.

Например, по уголовному делу, рассмотренному Акмолинским областным судом, председательствующий в обращении к присяжным не напомнил об исследованных в суде доказательствах, как того требует п. 3 ч. 3 ст. 567 УПК, а только перечислил их (сослался только на фамилии допрошенных свидетелей, заключения экспертиз)¹⁷⁷.

По другому делу, председательствующий не только ограничился перечислением доказательств, но и не дал разъяснения сущности принципа презумпции невиновности; положения о толковании неустранимых сомнений в пользу подсудимого; положения о том, что выводы присяжных могут быть основаны лишь на тех доказательствах, которые непосредственно исследованы в судебном заседании, что никакие доказательства для них не имеют заранее установленной силы, и что их выводы не могут основываться на предположениях, а также на доказательствах, признанных судом недопустимыми¹⁷⁸.

По другим делам председательствующие в своих обращениях допускают другую крайность: излагают полностью содержание доказательств. Более того, в некоторых обращениях сами председательствующие указывали данные о подсудимых, о которых присяжные не должны знать, либо которые могут вызвать у них предубеждение против подсудимого.

Например, по делу, рассмотренному Алматинским областным судом в отношении Х., председательствующий в обращении, приведя содержание обвинения, указал, что подсудимому, «ранее совершившему убийство, предъявлено обвинение в убийстве потерпевшего из хулиганских побуждений». Тем самым, председательствующим указано на обстоятельство, не подлежащее согласно ст. 562 УПК исследованию в присутствии присяжных заседателей¹⁷⁹.

По некоторым делам в обращении председательствующим допускалось необъективное изложение позиции сторон и доказательств (например, упоминалось только об уличающих или оправдывающих подсудимого доказательствах).

Необходимо обратить внимание, что не по всем делам содержание обращений председательствующих к присяжным заседателям соответствовало требованиям,

¹⁷⁷ Там же (уголовное дело № 08111003101108 (т. 3, л.д. 117-125).

¹⁷⁸ Там же (уголовное дело № 1–26).

¹⁷⁹ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

предъявляемым ч.ч. 2 и 3 ст. 567 УПК (указывались данные о подсудимом, которые могли вызвать предубеждение против него у присяжных, не напоминалось об исследованных в суде доказательствах, указывалось на обстоятельства, не подлежащие рассмотрению присяжными заседателями).

По ряду дел стороны ссылались на недопустимые доказательства, а также на данные о подсудимом, которые в силу ч. 6 ст. 562 УПК, не подлежат исследованию с участием присяжных заседателей. Однако по этим делам председательствующие в своих обращениях (перед удалением в присяжных заседателей в совещательную комнату) не напоминали присяжным заседателям о том, чтобы они при ответе на вопросы вопросного листа не должны принимать во внимание эти обстоятельства, поскольку, согласно закону, их оценка и выводы не могут быть основаны на доказательствах, признанных недопустимыми.

Таким образом, выдвинутая в Отчете БДИПЧ 2007 г. рекомендация о том, что обращение председательствующего всегда должно соответствовать основным требованиям полноты, ясности, объективности и точности в разъяснении закона и обстоятельств дела, продолжает, сохранять актуальность и по сей день.¹⁸⁰

Необходимо также отметить, что стороны недостаточно используют предоставленное им право: 1) на высказывание ими своих замечаний по содержанию и формулировке вопросов и внесению предложений о постановке новых вопросов,¹⁸¹ 2) на заявление в судебном заседании возражений в связи с содержанием обращения председательствующего по мотивам нарушения им принципа объективности¹⁸². Так, в ходе изучения архивных материалов и непосредственном наблюдении за такими процессами не было установлено ни одного такого случая.¹⁸³

4.3. Постановление приговора судом с участием присяжных заседателей

Исследование установило, что имело место вынесение приговора по обвинительному вердикту, основанному на результатах вопросного листа, в котором ответы на большинство вопросов присяжными не были даны (из 17 вопросов на 11 вопросов против ответов: «да доказано» и «нет не доказано» указано – «без ответа»). Причем, данный вопросный лист находился не в деле, а отдельно и был представлен секретарем после того, как эксперт разъяснил, что вопросный лист обязательно должен приобщаться к делу.¹⁸⁴

Чтобы исключить подобные случаи в будущем приговоры суда, включая часть о мере наказания, должны быть всегда мотивированы и выносятся в письменной форме судом с участием присяжных заседателей.

I. Подсудность суду с участием присяжных заседателей

В 2011 году депутат Мажилиса Парламента, экс-министр юстиции Балиева З.Я. предложила упразднить судопроизводство с участием присяжных заседателей по следующим категориям дел: квалифицированное похищение человека (ч. 3 ст. 125 УК РК), квалифицированный разбой (ч. 3 ст. 179 УК РК), квалифицированное вымогательство (ч. 3 ст. 181 УК РК) и квалифицированное незаконное распространение наркотических средств

¹⁸⁰ См. Рекомендацию 21. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁸¹ Часть 2 ст. 565 УПК РК.

¹⁸² Часть 4 ст. 567 УПК РК.

¹⁸³ Картина соответствует данным, представленным в Отчете БДИПЧ ОБСЕ в 2007 г. п.5.5. Пар. 5. Раздел I.

¹⁸⁴ Уголовное дело № 1–10.

(ч. 3 ст. 259 УК РК).¹⁸⁵ Основные аргументы депутата Балиевой заключались в следующем: (1) процессы затягиваются и «сам подсудимый порой не понимает для чего он пригласил присяжных»; (2) «присяжные которые участвуют по указанным делам теряют всякий интерес к их рассмотрению, считая, что виновность этих лиц определена самим фактом возбуждения и расследования и вопросы обеспечения законности полностью перекадывают на плечи председательствующего».¹⁸⁶ Следует отметить, что данные предложения не были приняты Мажилисом по причине отрицательного заключения Правительства РК.

Хотя мы приветствуем решение Правительства и Парламента не сокращать подсудность судов с участием присяжных заседателей, в то же время считаем, что законодателю наоборот следует рассмотреть возможность расширения подсудности этих судов.

Некоторые эксперты, например, бывший председатель уголовной коллегии Верховного суда РК, Р.Н. Юрченко, предлагала, чтобы дела о принудительных мерах медицинского характера должны быть также включены в подсудность судов с участием присяжных заседателей.¹⁸⁷

Другой эксперт, Н.П. Ковалёв, полагает, что право на суд с участием присяжных заседателей должен быть гарантирован в уголовных делах, где подсудимому грозит заключение на срок десять лет лишения свободы либо более суровое наказание.¹⁸⁸ В частности, Н.П. Ковалёв утверждает, что расширение подсудности суда с участием присяжных заседателей «предотвратит случаи, когда обвинение умышленно занижает квалификацию по многим особо тяжким преступлениям с целью избежать суда с участием присяжных заседателей и гарантировать суровое наказание».¹⁸⁹ Н.П. Ковалёв также предлагает ввести судебное разбирательство с участием присяжных заседателей и по другим делам, наказание по которым составляет менее десяти лет лишения свободы из-за значительного общественного интереса в исходе данных дел и высокого риска давления со стороны органов государственной власти на профессиональных судей.

Согласно Н.П. Ковалёву, данные категории дел должны в обязательном порядке включать все преступления политического характера, а также преступления, связанные со средствами массовой информации. Примечательно, что в некоторых странах, включая Бельгию, Данию, Австрию и Швецию, либо обе эти категории дел либо одна из них рассматриваются судом с участием присяжных заседателей.¹⁹⁰

Казахстанский законодатель не включил в подсудность суда с участием присяжных заседателей многие серьезные политические преступления, хотя, они находятся в категории особо тяжких преступлений, наказуемых пожизненным заключением, например, государственная измена, шпионаж и терроризм. Так как власть может иметь значительный интерес в исходе дел политического характера, и поэтому может попытаться повлиять на суд, включение присяжных в состав суда по данным категориям - является важной гарантией справедливого судебного разбирательства.

В связи с этим предлагается изучить целесообразность расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей по всем категориям дел, наказуемых сроком на десять

¹⁸⁵ См. Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования уголовного и уголовно-процессуального законодательства». Алматы, 2011. стр. 310.

¹⁸⁶ Там же, стр. 311-312.

¹⁸⁷ Р.Н. Юрченко, «Уголовно-процессуальные аспекты выбора модели суда присяжных для Республики Казахстан». В книге Нурумов Д.И. . (под ред.). Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан. Алматы: ОБСЕ (2005). Стр. 134.

¹⁸⁸ See Kovalev *supra* note 5 at 286.

¹⁸⁹ Там же.

¹⁹⁰ See Jackson and Kovalev, *supra* note 56 at 95-96.

лет лишения свободы, либо более суровым наказанием, а также по всем делам о политических преступлениях и преступлениях, связанных со средствами массовой информации.

ЛЕВИН И.
*Научный сотрудник кафедры публичного права,
русского права и сравнительного правоведения,
Университет Гумбольта (Берлин, ФРГ)*

Правовое заключение по предложениям, содержащимся в проектах законов Республики Казахстан "О гарантированной государством юридической помощи" и "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи"¹⁹¹

1. Введение

Предметом правового заключения являются два проекта нормативно-правовых актов, направленных на внедрение системы оказания бесплатной юридической помощи на территории Республики Казахстан (РК). Предложенная законодателем система оценивается с позиций конституционного права, сравнительного правоведения, а также принципа комплексного правового регулирования. Применение этих методических инструментов позволит адекватно оценить предмет правового заключения, равно как и сформулировать рекомендации по совершенствованию системы оказания бесплатной юридической помощи.

2. Предложенная система оказания бесплатной юридической помощи

Рассматриваемые законопроекты предусматривают внедрение повсеместной бесплатной юридической помощи. Субъектами этой системы, в соответствии со ст. 7 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи», являются:

- а. Государственные органы
- б. Адвокаты
- в. Нотариусы
- г. Частные судебные исполнители
- д. Высшие учебные заведения и неправительственные организации.

Статья 6 Проекта Закона предусматривает виды оказания бесплатной юридической помощи. К ним относятся:

- Правовая информация
- Правовое консультирование
- Защита и представительство в судах.

В отношении круга лиц, имеющих право обращаться за бесплатной юридической помощью, положения рассматриваемого законопроекта дифференцируют на основе видов оказываемой помощи. Правовая информация доступна всем физическим и юридическим лицам, в то время как услуги консультирования, защиты и представительство в судах предоставляются лишь отдельным категориям граждан. Ч.2. Ст. 8 отсылает к положениям ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности». Тем самым, лица, которые раньше могли рассчитывать на юридические услуги *pro bono*, с внедрением новой системы могут ожидать государственной поддержки.

¹⁹¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Фонда СОРОС Казахстан.

В отношении компенсации расходов субъектов оказания бесплатной юридической помощи законопроектами предусмотрена система взаимодействия между коллегиями адвокатов, Министерством юстиции и Правительством РК.

Уполномоченный государственный орган становится администратором бюджетных программ и устанавливает размер компенсируемых расходов (ст. 11 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»), в то время как Правительство РК регулирует размеры и порядок оплаты оказанных населению услуг (ч. 8 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»).

Министерство юстиции наделено правом заключать соглашения с представителями юридических профессий (через свои территориальные органы)¹⁹², а также утверждать формы отчетности. Адвокатские коллегии принимают на себя консультационные функции, устанавливают критерии отбора адвокатов (ч. 2 абз. 3 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»), равно как предоставляют уполномоченным органам сводные отчеты об оказанных услугах (ч.7. ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»).

Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи» предусматривает подробные правила и процедуру привлечения представителей для оказания бесплатной юридической помощи. В целях обеспечения целостности системы Правительство РК предлагает дополнить положения Уголовно-процессуального и Гражданско-процессуального кодексов, Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, а также внести изменения в Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

3. Конституционно-правовые детерминанты оказания бесплатной юридической помощи

Согласно ч.1. ст. 1 Конституции, РК является правовым и социальным государством. Ч.2. ст. 13 гарантирует право защищать права и свободы в суде. Ст. 14 устанавливает принцип равенства; ч.2. этой же статьи запрещает дискриминацию на основе имущественного положения.

Анализ мировой практики регулирования бесплатной юридической помощи позволяет говорить о том, что именно принцип правового и социального государства, гарантии эффективной прав в суде, а также принцип равенства перед законом определяют на уровне основного закона структуру системы оказания бесплатной юридической помощи. Иными словами, создание отвечающего требованиям Конституции механизма юридической помощи требует конкретизации изложенных в основном законе нормативных предпосылок.

а. Толкование нормативных предпосылок

Принцип правового государства требует от органов государственной власти создания эффективных инструментов защиты прав и свобод человека и гражданина. Достижение подобной нормативной цели требует от законодателя кодификации подобных механизмов, организации повсеместной судебной власти, а также внедрения «стимулов» для оказания юридической помощи и представительства интересов гражданина во всех видах и на всех стадиях конфликтов с органами государственной власти. Принцип правового государства, стремящийся ограничить власть суверена, гарантирует, кроме того, независимость судебного представительства. Принцип состязательности сторон в судебном процессе по

¹⁹² ч. 4 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи».

гражданским делам, равно как и задачи уголовного процесса подлежат законодательному регулированию.

б. Принцип функционального равенства

Рассматривая принцип функционального равенства при получении юридической помощи, следует выделить следующие структурные элементы:

- Доступность услуг

Бесплатные юридические услуги должны быть доступны населению. Речь идет не только о географической доступности юридической помощи, но и о правовой доступности. Не стоит упускать из виду крайне низкий уровень правовой образованности населения и чрезвычайно высокий уровень недоверия к органам государственной власти (коррупция, плохо обоснованные решения, злоупотребления властными полномочиями). Не допустимым в подобном контексте является излишне строгое толкование законов о предоставлении бесплатной юридической помощи, которое может отпугнуть граждан от обращения за помощью. Кроме того, бесплатные юридические услуги должны оказываться во всех видах правовых споров и на всех стадиях рассмотрения дела.

- Качество оказания юридических услуг

Качество оказываемых услуг должно соответствовать уровню услуг, которые получают граждане, обладающие необходимыми денежными средствами.

4. Законодательное регулирование системы оказания бесплатной юридической помощи

а. Сферы регулирования

Исходя из необходимости законодательного закрепления доступности и качества оказания бесплатной юридической помощи, внедрение подобных инструментов на законодательном уровне требует внесения изменений в следующие нормативно-правовые акты:

- процессуальное законодательство

Руководствуясь принципом функционального равенства, законодатель обязан закрепить систему оказания бесплатной юридической помощи, а также необходимые для обращения за подобными услугами процедуры. Особенного внимания заслуживает вопрос судебных издержек. Принцип функционального равенства нарушается в тех случаях, когда гражданин вправе обратиться за правовой консультацией, но не может обратиться в суд ввиду отсутствия средств на уплату государственной пошлины или компенсацию прочих судебных издержек. Соответственно, процессуальным законодательством должны регулироваться следующие вопросы:

- Возможность предоставления гражданину бесплатной юридической помощи на всех стадиях рассмотрения дела
- Возможность освобождения от уплаты государственной пошлины.
- законодательные акты об основах и принципах юридической деятельности, оказании юридических услуг

При этом стоит отметить, что корректировка материальных норм права не должна ограничиваться принятием специального нормативно-правового акта; когерентность правового регулирования требует внесения изменений и дополнений в законы об адвокатской деятельности, а также нормативные акты, регулирующие деятельность адвокатских коллегий.

б. Основные вопросы нормативного регулирования оказания бесплатной юридической помощи

Условием создания когерентной нормативно-правовой базы является, помимо регламентации основных принципов оказания бесплатной юридической помощи, закрепление эффективных механизмов ее использования. Тем самым, законодатель обязан не только кодифицировать общие принципы, очертить круг субъектов оказания помощи, но и имплементировать инструменты, гарантирующие доступность и в конечном итоге эффективность всей системы оказания бесплатной юридической помощи. Иными словами, законодатель должен ответить на следующие вопросы:

- Кем принимается решение о предоставлении конкретному лицу бесплатной юридической помощи? Кем определяется размер компенсации представителю или иному субъекту оказания бесплатной юридической помощи?
- Существуют ли требования к качеству/потенциалу на "победу" в юридическом споре, которые в свою очередь влияют на решение о предоставлении гражданину бесплатной юридической помощи?
- Каковы требования к субъекту оказания бесплатных юридических услуг; допустимо ли привлечение не-юристов/не-адвокатов к оказанию подобных услуг?
- Кому переданы функции финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи?
- Вправе ли субъект оказания бесплатной юридической помощи сложить с себя полномочия консультанта/представителя?
- Каковы причины, оправдывающие подобный шаг? Когда допускается сложение с себя полномочий?
- Допустим ли отзыв или замена консультанта/судебного представителя администратором системы? Каковы условия подобного отзыва?
- Каково влияние гражданина на процесс оказания услуг? Может ли он выбирать защитника или лишать его мандата?
- Какие требования предъявляются администратором бюджетных средств к отчетности, предоставляемой субъектами оказания бесплатной юридической помощи? Наличие столь подробных нормативных положений позволит не только добиться высокой степени управляемости/независимости системы, но и, в случае принятия соответствующих положений, позволит создать доступную и эффективную систему оказания юридической помощи. Рассмотрим изложенные выше вопросы и попробуем найти на них адекватные ответы.

в. Нормативные ответы

Перед тем, как будут даны ответы на поставленные нормативные вопросы, стоит еще раз обратить внимание на конституционно-правовые детерминанты регулирования системы оказания бесплатной юридической помощи.

Во-первых, нормы конституционного права гарантируют независимость представительства интересов клиента в суде. Государство не вправе оказывать давление на защитников. При этом, под термином давления стоит не только понимать прямое воздействие на волю судебного представителя, но и использование инструментов косвенного влияния. К таковым относятся различные институциональные преграды осуществления профессиональной деятельности (формализм при составлении отчетов, диспропорциональные ограничения членства в адвокатских объединениях или допуск к судебным инстанциям), а также финансовые механизмы воздействия (занижение ставок, несправедливые ограничения свободы договором между клиентом и адвокатом).

Во-вторых, конституция обязывает государство внедрить инструменты эффективной защиты прав и свобод в суде, равно как и создать условия функционального равенства в этой области. Тем самым, в независимости от формы оплаты услуг адвоката, юридические услуги должны быть доступны максимально широкому кругу лиц. Любые ограничения в этой сфере должны быть обоснованы общественным благом (разумность бюджетных трат, государственная тайна); ущемления, не основывающиеся на общественном благе противоречат конституции и поэтому недопустимы. Принимая во внимание сказанное,

система оказания бесплатной юридической помощи должна основываться на следующих принципах:

- независимость субъектов оказания помощи от органов государственной власти
- функциональное равенство граждан, максимальное широкое толкование круга лиц, имеющего доступ к рынку оказания бесплатной юридической помощи.
- доступность юридической помощи на всех стадиях (до-)судебного разбирательства и во всех видах подсудности
- запрет прямого или косвенного диспропорционального государственного вмешательства в систему оказания бесплатной юридической помощи.

Исходя из сформулированных принципов оказания бесплатной юридической помощи, на поставленные нормативные вопросы могут быть даны следующие ответы.

Вопрос: Кем принимается решение о предоставлении конкретному лицу бесплатной юридической помощи?

На основе мировой практики, могут быть выделены три группы субъектов, имеющих право принимать решение о предоставлении бесплатной юридической помощи. В Федеративной Республике Германия законодательство закрепляет за судами право удовлетворять или отклонять ходатайства о предоставлении бесплатной юридической помощи. Подобные решения принимаются, как правило, одним судьей на основании общих предусмотренных соответствующим процессуальным правом, судебных процедур. Похожая система внедрена также во Франции.

В Англии и Уэльсе законодатель избрал иной путь. Решение о выделении бюджетных средств принимается независимой гибридной (публично-частной) организацией, которая интегрирована в административную структуру Министерства юстиции (*Legal Services Commission*¹⁹³). Решение о предоставлении юридической помощи принимается одним из 1 500 наемных сотрудников Комиссии по правовой помощи, которые несут гражданскую службу на всей территории Англии и Уэльса.

Формально Комиссия интегрирована в структуру Министерства юстиции. Однако, Комиссии придан статус так называемой неправительственной публичной организации (*non-departmental public body*), в результате чего к работе Комиссии на постоянной основе привлекаются представители юридической общественности, но и потребители услуг. Орган управления возглавляется управляющим директором (*Chief Executive*), деятельность которого напрямую контролируется советом (*Board*). Управляющий директор назначает и контролирует руководителей структурных единиц, каждый из которых отвечает за отдельные области оперативной деятельности Комиссии: предоставление услуг, распределение фондов, а также стратегическое планирование.

Контроль за деятельностью Комиссии осуществляет специально созданный при Комиссии совет (*Board*). Помимо оценки качества оказываемых услуг, к предметам ведения совета отнесена разработка и контроль имплементации стандартов и стратегии оказания бесплатной юридической помощи. Кроме того, совет Места в совете распределены паритетно между управляющим директором, его заместителями и представителями общественности. Совет предотвращает потенциальные конфликты интересов и следит за соблюдением требований независимости и конфиденциальности оказания бесплатной юридической помощи. Вместе с тем, совет оценивает эффективность деятельности управляющего директора, тем самым оказывая влияние на его карьеру. Министерство юстиции принимает решение о продлении контракта на основе заключения совета.

В Испании решение о предоставлении бесплатной юридической помощи принимается коллегией адвокатов.

¹⁹³ В последующем КоПП.

Тем самым, законодатель может отнести принятие решение о предоставлении бесплатной юридической помощи органам судебной или исполнительной власти. Кроме того, решение о предоставлении бесплатных юридических услуг может быть в определенной мере "приватизировано" и отдано на усмотрение территориально компетентной коллегии адвокатов.

Вопрос: Существуют ли требования к качеству/потенциалу на "победу" в юридическом споре, которые в свою очередь влияют на решение о предоставлении гражданину бесплатной юридической помощи?

Мировая практика не позволяет дать однозначного ответа. В большинстве стран, однако, компетентные органы в той или иной форме проверяют допустимость обращения, а также шансы на успех в суде. При этом, органы судебной/исполнительной власти, а также адвокатские коллегии не вправе предъявлять завышенные требования; принимая перспективу среднего гражданина, который обращается в суд, чиновники/адвокаты основываются прежде всего на разумности обращения в суд. Тем самым, любые сомнения действуют в пользу гражданина и обеспечивают доступность бесплатной юридической помощи.

Вопрос: Каковы требования к субъекту оказания бесплатных юридических услуг; допустимо ли привлечение не-юристов/не-адвокатов к оказанию подобных услуг?

Отвечая на этот вопрос, стоит дифференцировать между различными видами юридической помощи. Достаточно часто к процессу оказания юридических услуг привлекаются лица, которые не являются адвокатами. Как правило, они предоставляют гражданам правовую информацию, помогают заполнять различные заявления, консультируют по вопросам материального и процессуального права. Однако не стоит упускать из виду, что оказание бесплатных юридических услуг должно руководствоваться принципом функционального равенства и качества предоставляемых консультаций. Тем самым, круг вопросов, отнесенных к ведению лиц без адвокатского статуса должен быть крайне узок. Судебное представительство, в свою очередь, относится к исключительному ведению независимых адвокатом. В противном случае, получатели бесплатной юридической помощи подвергаются дискриминации на основе имущественного статуса, что, в свою очередь, противоречит конституционному праву и не допустимо.

Вопрос: Кому переданы функции финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи?

Вопрос передачи функций финансового администратора неразрывно связан с передачей компетенций по предоставлению бесплатной юридической помощи. Руководствуясь принципом когерентности нормативного регулирования, резонно соединение функций распределителя бесплатной юридической помощи и финансового администратора. Исключение стоит делать лишь в тех случаях, когда законодатель передает распределительные функции органам судебной власти; передача функций финансового администратора судам может негативно сказаться на их (судов) работоспособности. В остальном, рациональна передача функций финансового администратора органам исполнительной власти или адвокатским коллегиям.

Вопрос: Кем определяется размер компенсации представителю или иному субъекту оказания бесплатной юридической помощи?

Размер компенсации субъекту оказания бесплатной юридической помощи является одним из ключевых фактором успешной имплементации систему оказания бесплатной юридической помощи. Размер получаемого консультантом/судебным представителем гонорара представляет собой инструмент экономического воздействия на всю систему оказания бесплатной юридической помощи. Чрезмерно низкий размер компенсации может отпугнуть профессионалов от участия в системе оказания бесплатной юридической помощи.

помощи и, тем самым, негативно сказаться на доступности и качественности юридической помощи.

Анализ мировой практики позволяет выделить следующие основные модели предоставления компенсации за оказание бесплатных юридических услуг:

- почасовая оплата услуг представителя/консультанта
- фиксирована оплата за дело/представление интересов гражданина в суде
- компенсация определенного процента от размера исковых требований.
- гонорар, выплачиваемый по достигнутому результату.

Стоит учитывать, что каждая модель обладает определенными недостатками и предоставляет субъектам оказания бесплатной юридической помощи возможности для злоупотреблений. Таким образом, разумной представляется комбинация представленных моделей.

Размер компенсации определяется законодателем; распределение средств в конкретном случае должно быть отнесено к ведению финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи.

Вопрос: Вправе ли субъект оказания бесплатной юридической помощи сложить с себя полномочия консультанта/представителя? Каковы причины, оправдывающие подобный шаг? Когда допускается сложение с себя полномочий? Допустим ли отзыв или замена консультанта/судебного представителя администратором системы? Каковы условия подобного отзыва?

Нормативного регулирования заслуживает вопрос сложения с себя полномочий консультанта/представителя. Стоит подчеркнуть, что сложение с себя полномочий допустимо лишь в небольшом количестве случаев: Личные мотивы (болезнь, семейные обстоятельства), профессиональные мотивы (конфликт интересов). Недопустимо выделение специальных оснований для сложения полномочий при оказании бесплатных юридических услуг. В противном случае нарушается конституционно закрепленный принцип функционального равенства.

Рассматривая вопросы отзыва судебного представителя/консультанта, стоит обратить внимание на принцип независимости судебной защиты. Любое вмешательство государства или негосударственного администратора системы требует оправдания. Дозволительными являются вмешательства для защиты интересов гражданина (доказанные факты мошенничества, неверной консультации, разглашения профессиональной тайны). Законодатель и правоприменитель должны толковать подобные случаи крайне рестриктивно. Бремя доказывания обстоятельств дела должно быть возложено на администратора системы; законодательно должны быть предусмотрены механизмы судебной защиты для подобного рода дел.

5. Анализ нормативного регулирования в РК

Проведенный анализ изложенных в законопроектах предложений позволяет выделить положительные и отрицательные стороны избранного нормативного подхода.

а. Положительные стороны

Особенного внимания заслуживает вопрос круга предоставляемых бесплатных юридических услуг. Законопроект предусматривает достаточно широкий круг потенциальных видов помощи. Подобные положения укрепляют на нормативном уровне принцип функционального равенства и обеспечивают эффективную защиту гражданином своих прав и свобод. Кроме того, закрепление возможности получения бесплатной

юридической консультации (а не только представительство в суде) предоставляет гражданину всестороннюю поддержку.

Не до конца внятным является положение относительно предоставления бесплатной информации органами государственной власти. С одной стороны, в правовом и демократическом государстве, в котором единоличным носителем власти является суверенный народ, представители всех ветвей власти так или иначе обязаны соблюдать максимальную прозрачность процедур и распределения информации; исключения допустимы лишь в отношении государственной тайны, а также в интересах соблюдения законных прав других граждан. Еще большее удивление вызывает тот факт, что услуги должны быть предоставлены бесплатно. Взимание платы/пошлины с гражданина за получение информации или консультации от органов государственной власти является с позиций конституционного права крайне сомнительным. Принцип налогового государства допускает возложение на гражданина налогового бремени. Государству, однако, запрещено изымать средства в виде различных пошлин, не имея на это разумной причины или оправдания. В рассматриваемом казусе подобные причины отсутствуют.

Тем самым, предоставление органами государственной власти бесплатной информации не является новшеством. Нормативное регулирование этого вопроса само по себе декларативно и оформляет на законодательном уровне положения Конституции.

Рассматриваемая система предоставляет широкому кругу лиц право оказания бесплатных юридических услуг. Статья 7 относит к этому кругу лиц:

- государственные органы;
- адвокатов и нотариусов;
- частные судебные исполнители;
- высшие учебные заведения и неправительственные организации.

Определенные вопросы вызовет выбор ВУЗов, которые по своей природе являются юридическими лицами. Бесспорно, бесплатные юридические услуги могут быть оказаны и юридическими лицами путем привлечения своих сотрудников. Принимая, впрочем, во внимание цель закона (предоставление качественных юридических услуг) положение стоит толковать таким образом, что консультации должны быть оказаны преподавательским составом. Помимо этого, не до конца понятен процесс обеспечения конфиденциальности в подобных случаях, т.к. на сегодняшний момент закон формулирует соблюдение тайны исключительно на уровне принципа. Стоит обратить внимание на этот законодательный пробел, чтобы избежать недопонимания и разглашения «квази адвокатской» тайны.

К позитивным сторонам законопроекта следует отнести подробную кодификацию принципов оказания бесплатной юридической помощи. Особого внимания заслуживает включение принципа конфиденциальности вопроса, по которому оказывается гарантированная государством юридическая помощь. Следует, однако, отметить, что в законе отсутствуют нормативные гарантии обеспечения этого принципа; в подобном случае разумным было бы использование норм об адвокатской тайне (ст. 18 Закона Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.06.2012 г.).

б. Негативные стороны/Дефициты

В рассматриваемом законопроекте предлагается закрепить принцип эффективного государственного контроля за процессом оказания гарантированной государством юридической помощи. Не до конца понятной остается функция подобного положения.

С одной стороны, положение может быть истолковано как своего рода обеспечительная мера. Ввиду того, что нормы конституционного права обязывают государство обеспечить функциональное равенство граждан при получении юридической помощи и судебной

защиты, органы государственной власти должны принять адекватные меры для обеспечения эффективности системы оказания бесплатной юридической помощи.

С другой стороны, широкое толкование принципа эффективного государственного контроля может привести к доминированию органов государственной и при этом прежде всего исполнительной власти внутри системы оказания бесплатной юридической помощи.

Не стоит упускать из виду интересы задействованных сторон. В контексте оказания бесплатной юридической помощи органы государственной власти играют двойственную роль. Мотивируя граждан на законодательном уровне обращаться в суд, исполнительная и судебная ветви на практике не заинтересованы в увеличении количества жалоб. В то время как суды опасаются «лавины» новых дел, органы исполнительной власти боятся отмены нарушающих права гражданина индивидуальных актов, штрафов и т.п. Ссылаясь на необходимость осуществления контрольно-надзорных функций, чиновники на самом деле будут бороться с неудобными им адвокатами или отказывать в бесплатной юридической помощи «проблемным» гражданам. Следует подчеркнуть, что подобная политизация системы оказания бесплатной юридической помощи не только дисфункциональна, но и недопустима с позиций конституционного права. Говоря абстрактно, идентичность контрольного органа и ответчика в суде оказывает отрицательное влияние на эффективность осуществления контрольных функций.

Определенные конституционно-правовые сомнения вызывают нововведения в Уголовно-процессуальный кодекс РК. Так, ч.3 ст. 71 обязывает орган, ведущий уголовный процесс, обеспечить участие защитника на соответствующей стадии процесса, о чем им выносится постановление. В контексте судебного процесса передача права на выбор суду соответствует международным стандартам оказания бесплатной юридической помощи. Конституционное право исходит из презумпции независимости и беспристрастности суда; соответственно при выборе защитника суд занимает нейтральную позицию.

Иной подход необходим на стадии расследования дела при наличии подозреваемого. Органы следствия заинтересованы в скорейшем раскрытии преступления. Достижение этой самой по себе крайне достойной цели усложняется в тех случаях, когда «против» следствия действует опытный и мотивированный защитник. Иными словами, органы следствия напрямую заинтересованы в привлечении «пассивного» защитника. Опасность возникновения подобного конфликта интересов недопустима. Законопроект требует в этом пункте изменений. В противном случае государство нарушает принцип функционального равенства.

Законопроектом предусмотрены в ст. 14 причины, на основании которых субъект оказания бесплатной юридической помощи может отказать гражданину.

Так, в оказании гарантированной государством юридической помощи в виде правового информирования отказывается, если обращение заявителя не имеет правового характера (п.1 ст. 14). Авторы законопроекта, впрочем, не дает ответа на вопрос, кто определяет критерии, на основании которых запросу может быть придан правовой характер. Несмотря на достаточно разветвленную систему оспаривания подобных отрицательных решений (вышестоящий орган власти, прокуратура, суд) и обязанность мотивировать отказ в оказании помощи, положения ст. 14 не до конца удовлетворяют требования конституционного права. Рассматриваемое положение крайне обтекаемо, в результате чего возникает возможность злоупотреблений правом на отказ в оказании юридической помощи и, опять же, политизации процесса оказания подобных услуг. К тому же, подобное положение дел негативно сказывается на общем состоянии дел в области государственного управления, лишает ее необходимой прозрачности и прогнозируемости принимаемых решений и ухудшает отношение граждан к государству.

Не до конца ясным остается порядок рассмотрения/оспаривания жалоб на отказ в предоставлении бесплатной юридической помощи. Законопроект предусматривает, что

подобные решения должны быть обжалованы в вышестоящем органе, прокуратуре либо суде. На первый взгляд подобное разнообразие соответствует конституционно-правовым требованиям эффективности «судебной защиты». Сразу три различные институции рассматривают правомерность или даже целесообразность отказа, предоставляя гражданину действенные инструменты борьбы со злоупотреблениями. Тем не менее, отсутствие четко выстроенного распределения контрольных компетенций может привести к «неразберихе» при рассмотрении жалоб, отсутствию правового единообразия и, в конечном итоге, к неэффективности всей контрольной системы. Кроме того, определенные сомнения вызывает готовность упомянутых органов контролировать процесс оказания бесплатных юридических услуг. Так, органы прокурорского надзора давно исполняют роль «защитника обездоленных граждан». Появление конкурентов на этом рынке может нанести удар по статическим показателям и общему облику прокуратуры. Тем самым, передача функций надзора над «конкурентами» может привести к политизации, а также дисфункциональности контрольных процедур.

Законопроект передает органам государственной власти право единолично определять уполномоченный орган, который в соответствии со ст. 11 является администратором бюджетных программ по всем видам гарантированной государством юридической помощи и является администратором бюджетных программ по всем видам гарантированной государством юридической помощи. Иными словами, наделенный важнейшими компетенциями системный актор определяется государством. Одновременно государство осуществляет контроль за его деятельностью. При этом, законопроект достаточно расплывчато определяет критерии подобного контроля. Уполномоченный орган фактически должен постоянно действовать с оглядкой на контролирующий орган, что, в свою очередь негативно сказывается на его (уполномоченного органа) работоспособности. Тем самым, законопроект ставит под угрозу независимость этого органа и эффективность системы оказания бесплатной юридической помощи.

В то же время, законодатель наделил уполномоченный орган достаточно широким кругом компетенций. Помимо уже описанных (финансовый администратор, системный координатор) к ведению уполномоченного органа отнесены следующие полномочия:

- Реализация государственной политики в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи;
- международное сотрудничество в области оказания гарантированной государством юридической помощи;
- разработка проектов нормативных правовых актов по вопросам оказания гарантированной государством юридической помощи;
- мониторинг законодательства об оказании гарантированной государством юридической помощи;
- правовое просвещение и правовое информирование населения об оказании гарантированной государством юридической помощи;
- обеспечение методологической и практической помощи высшим учебным заведениям и неправительственным организациям;
- обеспечения опубликования информации о состоянии системы гарантированной государством юридической помощи.

На основе анализа предложенного нормативного комплекса предоставляется возможным сделать определенные выводы.

Во-первых: рассматриваемый законопроект передает основные функции управления системой оказания бесплатной юридической помощи органам государственной власти. Основные регулятивные рычаги (контроль, финансы, мониторинг, общее управление) сосредоточены в руках органов государственной власти. При этом, распределение полномочий происходит на основе единоличного решения Правительства РК, которое не только контролирует систему, но и, не имея четких критериев принятия решения, определяет уполномоченный орган, который, в свою очередь, доминирует в системе оказания бесплатной юридической помощи.

Подобный нормативный подход вызывает определенные сомнения конституционно-правового и регулятивно-рационального толка.

Во-вторых: авторы законопроекта зачастую используют расплывчатые определения; подобные неточности создают пространство для злоупотреблений и негативно сказываются на работоспособности системы. Более того, отсутствие ясности в отношении объема компетенций органа государственной власти делает систему оказания бесплатной юридической помощи непрозрачной. Подобное положение дел отпугнет граждан от обращения за услугами; принцип функционального равенства и запрет дискриминации на основе имущественного положения будут нарушены.

В-третьих: присутствуют определенные дефициты в обеспечении независимости оказания бесплатной юридической помощи, что нарушает принцип эффективности судебной защиты и функционального равенства. Законопроект предоставляет обвинителям право выбирать защитников, органы государственной власти определяют правовой характер информационного запроса.

Анализ показал, что в предоставленном законопроекте присутствуют дефициты. Подобное положение дел противоречит конституционно-правовым детерминантам и нарушает право граждан на получение эффективной юридической помощи.

6. Рекомендации

Выявленные дефициты рассматриваемого законопроекта могут быть компенсированы посредством организационно-правовых и материально-правовых изменений.

В первую очередь следует рассмотреть организационно-правовые коррективы.

Условием создания адекватной организационно-правовой модели является адекватная передача конституционных детерминант в институциональное окружение. Иными словами, та или иная организационная модель может быть успешна лишь тогда, когда она избрана с учетом фундаментальных целей регулируемой среды.

Тем самым, в рамках строительства организационной среды системы оказания бесплатной юридической помощи должны быть учтены требования функционального равенства, независимости и конфиденциальности оказания бесплатной юридической помощи, а также доступности и эффективности инструментов защиты прав и свобод гражданина. Любые институциональные или правовые преграды должны быть сведены до минимума и требуют оправдания с позиций публичного блага или интересов других граждан.

Проведенный анализ показал, что выбранный в РК путь объединения функций управления системой и распределения финансовых потоков под эгидой одного органа не является оптимальным. Вследствие подобной функциональной концентрации, система потеряла эффективность и независимость, принципы функционального равенства и эффективности юридической помощи оказались под угрозой. Следовательно, нормативные положения требуют доработки.

Основные направления таких изменений:

- **Привлечение субъектов и получателей оказания бесплатной юридической помощи к управлению системой**

Руководствуясь необходимостью доступности бесплатной юридической помощи, государство должно сделать оказание подобных услуг привлекательным для юридического сообщества. Кроме того, необходим баланс интересов внутри юридического сообщества,

т.е. между конкурирующими на рынке юридическими компаниями, адвокатами, ВУЗами, органами прокурорского надзора¹⁹⁴.

Создание смешанной по своей юридической природе организации, которая станет центром управления системой оказания бесплатной юридической помощи и одновременно площадкой для обмена мнениями и путей оптимизации системы, позволит сделать саму систему оказания бесплатной юридической помощи привлекательной для всех участников процесса. Чувство сопричастности, возможность активно влиять на принятие важных решений (тарифы, распределение дел, объем отчетности по проведенным делам) являются крайне эффективными мотиваторами. Создание организационно-правовых условий позволит, таким образом, привлечь чрезвычайно широкий круг специалистов, что позитивно отразится на доступности и качестве оказываемых населению услуг.

Рассматривая внутреннее устройство подобной организации, резонно заимствовать институциональные модели органов местного самоуправления. Следует выделить уровень оперативного управления и наделить его соответствующими полномочиями. К предметам ведения такой организационной единицы должен быть отнесен контроль отчетности, заключение договоров с отдельными субъектами оказания юридических услуг, а также консультирование граждан по вопросам получения бесплатной юридической помощи.

Отдельно от оперативного уровня должна быть создана структура, ответственная за принятие основных абстрактных решений (размеры тарифов, стандарты отчетности и т.п.). Распределение мест в ней должно основываться на паритетных началах. Все потенциально заинтересованные акторы (субъекты юридической помощи, потребители услуг, органы государственной власти) должны быть равноправными членами подобного органа. При этом ни одна из групп не должна обладать правомочием навязывать другим группам. Использование командных механизмов недопустимо. Подобное отчетливое функциональное деление обеспечит независимость отдельных структурных подразделений, а также поможет осуществлять на практике опирающуюся на широкую поддержку субъектов и потребителей бесплатных юридических услуг политику.

• **Организационно-правовое разделение функций как мера обеспечения независимости участников системы оказания бесплатной юридической помощи**

Достижение сформулированных целей требует четкого разделения управленческих функций. Концентрация полномочий в одном месте коррумпирует систему, создавая предпосылки для злоупотреблений.

Помимо уже описанного разделения функций оперативного управления и разработкой стратегии оказания бесплатных юридических услуг, представляется приемлимым разделение полномочий внутреннего и внешнего контроля. Усиление внешнего государственного наблюдения за деятельностью системного оператора может негативно сказаться на его работоспособности. Постоянные «оглядки» на государство при принятии оперативных решений лишат органы управления необходимой независимости.

Оценка качественных и финансовых операций должна стать предметом и прерогативой внутреннего контроля. Государству же должны быть переданы функции репрессивного/вторичного контроля *законности* оказания услуг. Иными словами, вмешательство органов государственной власти допустимо лишь только в тех случаях, когда органы внутреннего контроля не справляются со своими обязанностями или умышленно «покраивают» нецелевое использование бюджетных средств.

Таким образом, госконтроль должен ограничиваться распределением и освоением бюджетных средств, а также надзором за соблюдением законности/

¹⁹⁴ В отношении органов прокурорского надзора и действенности осуществляемого ими контроля см. С. 11.

7. Резюме

На основе проведенного исследования можно сделать следующие выводы:

- Регулирование обеспечения бесплатной юридической помощи продиктовано требованиями конституционного права.
- Конституционно-правовыми детерминантами системы оказания бесплатной юридической помощи являются:
 - независимость субъектов оказания помощи от органов государственной власти
 - функциональное равенство граждан, максимальное широкое толкование круга лиц, имеющего доступ к рынку оказания бесплатной юридической помощи.
 - доступность юридической помощи на всех стадиях (до-)судебного разбирательства и во всех видах подсудности
 - запрет прямого или косвенного диспропорционального государственного вмешательства в систему оказания бесплатной юридической помощи.
- Анализ законопроекта выявил серьезные концептуальные и регулятивные недостатки.
- Недопустимым представляется передача права выбора защитника органам предварительного следствия.
- Некоторые формулировки закона требуют доработки; существующие положения расплывчаты и создают предпосылки для злоупотреблений.
- Сомнительной представляется концепция государственного доминирования системы оказания юридической помощи. Соединение функций финансового администратора и оператора системы с функциями контроля за качеством оказания помощи негативно скажется на привлекательности инструментов юридической помощи.

Предпочтительным является использование гибридных организационных форм, предоставляющих адекватные возможности влияния для органов государственной власти, субъектов и потребителей юридических услуг.

Декабрь 2012 г.

*КИПНИС Н.М.,
Член Адвокатской палаты г. Москвы,
член Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы,
член Научно-консультативного совета Федеральной палаты
адвокатов Российской Федерации,
к.ю.н., доцент*

**НАУЧНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ¹⁹⁵
на проект Закона Республики Казахстан
«О гарантированной государством юридической помощи»¹⁹⁶
и проект Закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты
Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы
предоставления гарантированной государством юридической помощи»¹⁹⁷**

Право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе в предусмотренных законом случаях бесплатно, в настоящее время является общепризнанным.

Данному праву, естественно, корреспондирует обязанность государства урегулировать вопросы оказания бесплатной (иной используемый термин-синоним – «субсидируемой») юридической помощи.

В современном мире известны различные модели оказания бесплатной юридической помощи, предусматривающие как создание специальных государственных структур, так и финансирование государством частноправовых организаций (например, адвокатура), а также работа юристов и иных волонтеров pro bono (данная деятельность государством не столько регулируется, сколько не запрещается и признается).

В законодательстве стран на постсоветском пространстве в целом сохранились заложенные еще в советский период принципы оказания бесплатной юридической помощи, которые исходя из логики развития современного общества (концепция социального государства), должны предполагать постепенное расширение объема юридической помощи, оказываемой бесплатно целевым категориям населения.

Однако для большинства государств остается проблемным вопрос, как наиболее эффективно обеспечить оказание бесплатной юридической помощи наибольшему количеству лиц, входящих в целевую группу. Серьезным препятствием является традиционная ограниченность бюджетных средств.

«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».¹⁹⁸

¹⁹⁵ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Фонда СОРОС Казахстан.

¹⁹⁶ Внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2012 года № 1113.

¹⁹⁷ Внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2012 года № 1114.

¹⁹⁸ Часть 1 ст. 1 Конституции Республики Казахстан, принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года. Вступила в силу 5 сентября 1995 года в день опубликования результатов республиканского референдума. Внесены изменения и дополнения Законом Республики Казахстан

В Республике Казахстан «Каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно».¹⁹⁹

На сегодняшний день нормы, предусматривающие возможность получения бесплатной юридической помощи, в законодательстве Республики Казахстан не консолидированы, содержатся в разных законах: *ст. 6 Закона РК «Об адвокатской деятельности», ст. 71 Уголовно-процессуального кодекса РК, ст. ст. 114 и 304 Гражданского процессуального кодекса РК, статья 590 Кодекса об административных правонарушениях*²⁰⁰.

В *Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года*²⁰¹, являющейся «основой для разработки соответствующих программ в области правовой политики государства, перспективных и ежегодных планов законопроектных работ Правительства Республики Казахстан, проектов нормативных правовых актов Республики» указано, что «Строительство в Казахстане правового государства требует дальнейшего совершенствования специализированных институтов, связанных с защитой прав и свобод граждан»²⁰². Концепция предполагает, что «Реализация гражданами конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи является условием и гарантией доступа к правосудию. Механизмы реализации этого права нуждаются в совершенствовании. ...Совершенствования требует и сама система предоставления юридической помощи. Прежде всего, необходимо улучшать систему оказания правовой помощи лицам с низким уровнем доходов. Следует последовательно решать проблему неравномерности обеспечения адвокатскими услугами в городской и сельской местности. Требуется также коррекции система администрирования оплаты труда адвокатов, предоставляющих бесплатную юридическую помощь. Эту систему необходимо сделать консолидированной и прозрачной, что позволит более эффективно использовать бюджетные средства. ...Национальная модель нотариата должна обеспечивать доступность нотариальной помощи на всей территории страны».

8 октября 2012 года в Мажилисе Парламента Республики Казахстан состоялось заседание рабочей группы по проектам двух *Законов «О гарантированной государством юридической помощи» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи»*.

Выступая на заседании рабочей группы, вице-министр юстиции Республики Казахстан Д. Куставлетов в развитие положений *Концепции правовой политики*, в том числе, отметил, что: «Следует обратить внимание и на то, что необходимость в юридической помощи, в том числе и бесплатной, возникает как и вне рамок судопроизводства, так и в ходе повседневного взаимодействия населения с государственными органами и организациями. Таким образом, задача создания эффективной системы предоставления гарантированной государством юридической помощи является весьма актуальной. Для решения задачи наиболее полного обеспечения реализации конституционного права на получение юридической помощи в Казахстане в первую очередь требуется создать законодательную основу для функционирования полноценной системы предоставления юридической помощи, направленной на обеспечение бесплатной юридической помощью социально

от 7 октября 1998 года, Законом Республики Казахстан от 21 мая 2007 года, Законом Республики Казахстан от 2 февраля 2011 года (Далее – Конституция РК).

¹⁹⁹ Часть 3 ст. 13 Конституции РК.

²⁰⁰ См.: Разработан законопроект «О гарантированной государством юридической помощи»//Информационная служба ZAKON.KZ (<http://www.zakon.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

²⁰¹ Указ Президента Республики Казахстан 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года»//ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>. Далее (Концепция правовой политики).

²⁰² Пункт 3.3. Концепции правовой политики.

уязвимых слоев; установления обязанности всех государственных органов оказывать любому обратившемуся лицу бесплатную юридическую помощь в виде правового информирования в пределах своей компетенции; эффективного использования бюджетных средств, выделяемых на предоставление бесплатной юридической помощи. Необходимо обеспечить реализацию права получения бесплатной юридической помощи для всего населения страны, в том числе сельского. В целях полного охвата бесплатной юридической помощью лиц с низким уровнем доходов следует предусмотреть право на нее всех категорий граждан, отнесенных действующим законодательством к социально уязвимым слоям населения. Население должно иметь полное представление о своих правах и возможностях, для чего целесообразно систематизировать правовые нормы, регламентирующие вопросы оказания бесплатной юридической помощи, в одном законодательном акте. Это позволит также унифицировать подходы к решению проблемы обеспечения населения юридической помощью. ...Поэтому основной целью данной законодательной инициативы является принятие специального Закона, который призван привести деятельность по оказанию гарантированной государством юридической помощи в определенную систему»²⁰³.

Кроме того, вице-министр юстиции Республики Казахстан Д. Куставлетов обратил внимание на то, что: «Исключительное значение для защиты прав граждан, имеют новые подходы бюджетного администрирования бесплатной юридической помощи. В настоящее время оплата труда адвокатов по оказанию бесплатной юридической помощи за счет средств республиканского бюджета помимо Министерства юстиции осуществляется и другими государственными органами (*Министерством внутренних дел, Генеральной прокуратурой, Финансовой полицией, Комитетом национальной безопасности*) в пределах своей компетенции. Таким образом, органы уголовного преследования одновременно администрируют бюджетную программу и выносят постановления о назначении защитника. Данные обстоятельства негативно сказываются на качестве оказываемой адвокатами бесплатной юридической помощи и ставят их в зависимость от органов уголовного преследования. В этой связи определение Министерства юстиции, как структуры в качестве единого администратора бюджетной программы (программа 005 «Оказание юридической помощи адвокатами») создаст возможность осуществления четкого анализа, прогнозирования и дифференциации финансовых потребностей определенной государственной структуры, рационального распределения и освоения этих средств»²⁰⁴.

Выступивший 8 октября 2012 года на презентации законопроекта Глава республиканской коллегии адвокатов А. Тугел возражал против предусмотренной в *п. 3 ст. 5 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»*²⁰⁵, заверив депутатов Мажилиса в том, что в селах нет проблемы с получением бесплатной адвокатской помощи. Проблема была 5-6 лет назад, когда несколько сельских районов оставались без адвокатской помощи, однако в настоящее время молодым адвокатам, снизив членские взносы, дали мотивацию пойти работать в сельские населенные пункты.

Также А. Тугел отметил, что основной проблемой адвокатуры Казахстана является, то, что в 70% уголовных дел в республике помощь адвоката оказывается за счет средств республиканского бюджета. Поэтому адвокаты находятся в подчинении органов уголовного преследования: «Они (адвокаты) от них (органов уголовного преследования) не независимы, потому что орган уголовного преследования составляет основной документ о финансировании адвоката». Основной проблемой является то, что величина оплаты

²⁰³ Выступление вице-министра юстиции Дулата Куставлетова в Мажилисе Парламента на рабочей группе по проектам Законов «О гарантированной государством юридической помощи» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи» (8 октября 2012 года) // ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

²⁰⁴ Там же.

²⁰⁵ «В Республике может быть введена государственная адвокатура, основы, порядок и условия деятельности которой устанавливаются Законом».

адвокатских услуг зависит от следователя и прокурора: «Если вдруг он (адвокат) начинает более активно демонстрировать свою принципиальность, следователь не напишет даже половину того, что сделано. Вот это основная проблема».

Поддержав в целом мысль вице-министра юстиции Д. Куставлетова о том, что то обстоятельство, что органы уголовного преследования одновременно администрируют бюджетную программу и выносят постановления о назначении защитника, негативно сказывается на качестве оказываемой адвокатами бесплатной юридической помощи и ставит их в зависимость от органов уголовного преследования, Глава республиканской коллегии адвокатов А. Тугел, вместе с тем, отметил, что, по его мнению, в сопутствующих законодательных актах не отражено решение обозначенной проблемы: «Оплата, которая из республиканского бюджета, она приходит постоянно на полгода с задержкой. Потому что пока обрабатывают эти документы, которые предоставляются органами уголовного преследования, проходит 2-3 месяца. ...если будет единый администратор, и у него не будет дополнительных бухгалтеров, дополнительных штатных единиц... Вот эта задержка еще будет хуже...»²⁰⁶.

Приведенная дискуссия отражает понимание представителями государства и адвокатуры необходимости совершенствования механизмов оказания гарантированной государством юридической помощи в Республике Казахстан, но, с другой стороны, показывает, что адвокаты как профессиональные и наиболее частые участники правоотношений по оказанию такой помощи, не считают предложенные в рассматриваемых законопроектах механизмы безупречными.

В Российской Федерации как социальном государстве, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека²⁰⁷, «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»²⁰⁸. «Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения»²⁰⁹.

Базовым нормативным актом, регламентирующим институт адвокатуры в Российской Федерации является *Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»*.²¹⁰

Оптимизация процесса доступа граждан Российской Федерации к бесплатной (субсидируемой, гарантированной государством) юридической помощи, а равно порядка ее оказания и выплаты компенсации из бюджета лицам, оказывающим такую помощь, находится в поле зрения и российского законодателя. Данные механизмы также совершенствуются по мере выявления проблем и пробелов в правовой регламентации.

²⁰⁶ Глава республиканской коллегии адвокатов выступил на презентации законопроекта «О гарантированной государством юридической помощи»/Казахское телеграфное агентство «КазТАГ» (<http://www.kaztag.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

Так же см.: Кенже А. «Разорвать» зависимость адвокатов от органов следствия призывает законодателей руководство РКА // Информационная служба ZAKON.KZ (<http://www.zakon.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>; *Концепция совершенствования системы предоставления юридической помощи гражданам* (проект)//ИС ПАРАГРАФ-WWW <http://online.prg.kz>.

²⁰⁷ Часть 1 ст. 7 Конституции Российской Федерации (Далее – Конституция РФ).

²⁰⁸ Статья 2 Конституции РФ.

²⁰⁹ Статья 48 Конституции РФ.

²¹⁰ Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ (с послед. изм. и доп.).

С 15 января 2012 года вступил в силу *Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»²¹¹ от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ*, который в ч. 1 ст. 1 установил основные гарантии реализации права граждан Российской Федерации на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации, организационно-правовые основы формирования государственной и негосударственной систем бесплатной юридической помощи и организационно-правовые основы деятельности по правовому информированию и правовому просвещению населения.

Закон распространяется на отношения, связанные с оказанием бесплатной юридической помощи в сфере гражданских, семейных, жилищных и трудовых правоотношений.²¹²

Отношения, связанные с оказанием бесплатной юридической помощи в уголовном судопроизводстве, регулируются уголовно-процессуальным законодательством.²¹³

Федеральными законами могут быть установлены случаи и порядок оказания бесплатной юридической помощи в административном судопроизводстве, а также в иных случаях.²¹⁴

Например, «Адвокаты оказывают юридическую помощь военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным федеральными законами, в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации»²¹⁵.

На сегодняшний день еще рано давать оценку успешности применения *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*, поскольку его механизм предусматривает разработку и принятие ряда нормативных актов субъектами Российской Федерации.

В то же время, сравнение *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»* с проектом *Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* показывает, что в российском законе правовому институту дается более подробная регламентация, в то время как законопроект Республики Казахстан является рамочным и, скорее, в целом констатирующим общую приверженность Республики Казахстан современным принципам отношения к человеку и его правам, в том числе и праву на получение квалифицированной юридической помощи.

С принятием *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»* российский законодатель отказался от регламентации в *Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»* случаев оказания адвокатами гражданам Российской Федерации юридической помощи бесплатно, детально урегулировав этот вопрос в *Федеральном законе «О бесплатной юридической*

²¹¹ Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ.

²¹² Пункт 1 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

²¹³ Часть 2 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

²¹⁴ Часть 3 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

²¹⁵ Абз. 4 п. 3 ст. 22 Федерального закона от 27 мая 1998 года № 76-ФЗ (с послед. изм. и доп.) «О статусе военнослужащих»; Постановление Правительства РФ от 23 июля 2005 года № 445 (с послед. изм. и доп.) «О порядке оказания адвокатами юридической помощи военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным Федеральными законами».

²¹⁶ **«Статья 20. Категории граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, и случаи оказания такой помощи**

1. Право на получение всех видов бесплатной юридической помощи, предусмотренных статьей настоящего Федерального закона, в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи имеют следующие категории граждан:

1) граждане, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо одиноко проживающие граждане, доходы которых ниже величины прожиточного минимума (далее - малоимущие граждане);

2) инвалиды I и II группы;

3) ветераны Великой Отечественной войны, Герои Российской Федерации, Герои Советского Союза, Герои Социалистического Труда;

4) дети-инвалиды, дети-сироты, дети, оставшиеся без попечения родителей, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких детей;

5) граждане, имеющие право на бесплатную юридическую помощь в соответствии с Федеральным законом от 2 августа 1995 года № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов»;

6) несовершеннолетние, содержащиеся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, и несовершеннолетние, отбывающие наказание в местах лишения свободы, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких несовершеннолетних (за исключением вопросов, связанных с оказанием юридической помощи в уголовном судопроизводстве);

7) граждане, имеющие право на бесплатную юридическую помощь в соответствии с Законом Российской Федерации от 2 июля 1992 года № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»;

8) граждане, признанные судом недееспособными, а также их законные представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких граждан;

9) граждане, которым право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи предоставлено в соответствии с иными федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

2. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, осуществляют правовое консультирование в устной и письменной форме граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, и составляют для них заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера в следующих случаях:

1) заключение, изменение, расторжение, признание недействительными сделок с недвижимым имуществом, государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) признание права на жилое помещение, предоставление жилого помещения по договору социального найма, расторжение и прекращение договора социального найма жилого помещения, выселение из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

3) признание и сохранение права собственности на земельный участок, права постоянного (бессрочного) пользования, а также права пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

4) защита прав потребителей (в части предоставления коммунальных услуг);

5) отказ работодателя в заключении трудового договора, нарушающий гарантии, установленные Трудовым кодексом Российской Федерации, восстановление на работе, взыскание заработка, в том числе за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда, причиненного неправомерными действиями (бездействием) работодателя;

6) признание гражданина безработным и установление пособия по безработице;

7) возмещение вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

8) предоставление мер социальной поддержки, оказание малоимущим гражданам государственной социальной помощи, предоставление субсидий на оплату жилого помещения и коммунальных услуг;

9) назначение, перерасчет и взыскание трудовых пенсий по старости, пенсий по инвалидности и по случаю потери кормильца, пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам, безработице, в связи с трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, единовременного пособия при рождении ребенка, ежемесячного пособия по уходу за ребенком, социального пособия на погребение;

10) установление и оспаривание отцовства (материнства), взыскание алиментов;

11) реабилитация граждан, пострадавших от политических репрессий;

12) ограничение дееспособности;

13) обжалование нарушений прав и свобод граждан при оказании психиатрической помощи;

14) медико-социальная экспертиза и реабилитация инвалидов;

15) обжалование во внесудебном порядке актов органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц.

3. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, представляют в судах, государственных и муниципальных органах, организациях интересы граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, если они являются:

1) истцами и ответчиками при рассмотрении судами дел о:

а) расторжении, признании недействительными сделок с недвижимым имуществом, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и об отказе в государственной регистрации таких прав (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

б) признании права на жилое помещение, предоставлении жилого помещения по договору социального найма, расторжении и прекращении договора социального найма жилого помещения, выселении из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

в) признании и сохранении права собственности на земельный участок, права постоянного бессрочного пользования, а также пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) истцами (заявителями) при рассмотрении судами дел о:

а) взыскании алиментов;

б) возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

3) гражданами, в отношении которых судом рассматривается заявление о признании их недееспособными;

4) гражданами, пострадавшими от политических репрессий, - по вопросам, связанным с реабилитацией;

5) гражданами, в отношении которых судами рассматриваются дела о принудительной госпитализации в психиатрический стационар или продлении срока принудительной госпитализации в психиатрическом стационаре.

Статья 21. Оказание бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи

1. В случаях, предусмотренных частью 2 статьи 20 настоящего Федерального закона, бесплатная юридическая помощь в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи оказывается гражданину, обратившемуся за такой помощью:

1) по вопросу, имеющему правовой характер;

2) по вопросу, который не получил ранее разрешения вступившим в законную силу судебным постановлением, принятым по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям:

а) решением (приговором) суда;

б) определением суда о прекращении производства по делу в связи с принятием отказа истца от иска;

в) определением суда о прекращении производства по делу в связи с утверждением мирового соглашения;

3) по вопросу, по которому не имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, ставшее обязательным для сторон, за исключением случаев, если суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

2. Государственное юридическое бюро или адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, при принятии решения об оказании бесплатной юридической помощи гражданину, имеющему право на получение такой помощи, должны

Депутат Балиева З.Я. в комментарии к п. 2 ст. 8 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»²¹⁷ обоснованно отмечает, что «Поскольку в Законопроекте отмечается адресный характер норм, центральным вопросом является необходимость выделения категории лиц, имеющих право на получение гарантированной юридической помощи. Между тем, в Законопроекте отсутствует подобная категория лиц, использован отсылочный способ законодательной техники, что противоречит Концепции правовой политики Республики Казахстан на 2010-2020 годы. В соответствии с абзацем одиннадцатым пункта 1 Концепции правовой политики на 2010-2020 годы ... предусматривается, что «в целях повышения эффективности нормотворческой деятельности необходимо продолжить работу по систематизации действующего законодательства, дальнейшей консолидации в разрезе отраслей законодательства; освобождению его от устаревших и дублирующих норм, восполнению пробелов в правовом регулировании, устранению внутренних противоречий в действующем праве; **минимизации** отсылочных норм в законах и **расширению практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов, по которым в соответствии с Конституцией могут приниматься законодательные акты**».

В Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» есть и иные удачные решения. Например:

– Закреплена развернутая система принципов оказания бесплатной юридической помощи:

Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»	Проект Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»
<p>Статья 5. Основные принципы оказания бесплатной юридической помощи Оказание бесплатной юридической помощи основывается на следующих</p>	<p>Статья 4. Основные принципы оказания гарантированной государством юридической помощи Оказание гарантированной</p>

учитывать, что бесплатная юридическая помощь в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи не оказывается в случаях, если гражданин:

1) обратился за бесплатной юридической помощью по вопросу, не имеющему правового характера;
2) просит составить заявление, жалобу, ходатайство или другой документ правового характера и (или) представлять его интересы в суде, государственном или муниципальном органе, организации при отсутствии правовых оснований для предъявления соответствующих требований;

3) просит составить заявление в суд и (или) представлять его интересы в суде, государственном или муниципальном органе, организации при наличии установленных законодательством Российской Федерации препятствий к обращению в суд, государственный или муниципальный орган, организацию.

3. Если государственное юридическое бюро или адвокат, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, принимают решение о невозможности оказания бесплатной юридической помощи гражданину, имеющему право на получение такой помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, ему выдается соответствующее заключение в случаях, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

4. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, не оказывают бесплатную юридическую помощь гражданину, если прокурор в соответствии с федеральным законом обратился в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов этого гражданина.»

²¹⁷ «2. Гарантированная государством юридическая помощь, предусмотренная подпунктами 2) и 3) статьи 6 настоящего Закона [правовое консультирование; защита и представительство интересов физических лиц в судах, органах уголовного преследования, иных государственных органах и негосударственных организациях в случаях и порядке, установленных настоящим Законом и иными законодательными актами Республики Казахстан – Н.К.], предоставляется лицам, имеющим право на получение бесплатной гарантированной государством юридической помощи в случаях и порядке, установленных процессуальным законодательством Республики Казахстан и Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

<p>принципах:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) обеспечение реализации и защиты прав, свобод и законных интересов граждан; 2) социальная справедливость и социальная ориентированность при оказании бесплатной юридической помощи; 3) доступность бесплатной юридической помощи для граждан в установленных законодательством Российской Федерации случаях; 4) контроль за соблюдением лицами, оказывающими бесплатную юридическую помощь, норм профессиональной этики и требований к качеству оказания бесплатной юридической помощи; 5) установление требований к профессиональной квалификации лиц, оказывающих бесплатную юридическую помощь; 6) свободный выбор гражданином государственной или негосударственной системы бесплатной юридической помощи; 7) объективность, беспристрастность при оказании бесплатной юридической помощи и ее своевременность; 8) равенство доступа граждан к получению бесплатной юридической помощи и недопущение дискриминации граждан при ее оказании; 9) обеспечение конфиденциальности при оказании бесплатной юридической помощи. 	<p>государством юридической помощи основывается на принципах:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) законности; 2) приоритета прав, свобод и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, нуждающихся в бесплатной гарантированной государством юридической помощи; 3) доступности и качества гарантированной государством юридической помощи; 4) обеспечения конфиденциальности вопроса, по которому оказывается гарантированная государством юридическая помощь; 5) эффективного государственного контроля за процессом оказания гарантированной государством юридической помощи.
---	--

– Выделяются две системы оказания бесплатной юридической помощи – государственная и негосударственная (ст. 7).

«1. Участниками государственной системы бесплатной юридической помощи являются:

- 1) федеральные органы исполнительной власти и подведомственные им учреждения;
- 2) органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и подведомственные им учреждения;
- 3) органы управления государственных внебюджетных фондов;
- 4) государственные юридические бюро.

2. Адвокаты, нотариусы и другие субъекты, оказывающие бесплатную юридическую помощь, могут наделяться правом участвовать в государственной системе бесплатной юридической помощи в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации»²¹⁸.

«1. Негосударственная система бесплатной юридической помощи формируется на добровольных началах.

2. Участниками негосударственной системы бесплатной юридической помощи являются юридические клиники (студенческие консультативные бюро, студенческие юридические бюро и другие) и негосударственные центры бесплатной юридической помощи»²¹⁹.

– Компетенция каждого участника обеих систем бесплатной юридической помощи достаточно четко регламентирована в специальных статьях Закона.²²⁰

²¹⁸ Статья 15 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

²¹⁹ Статья 22 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

Согласно п. 5 ст. 7 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи», «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается ... высшими учебными заведениями и неправительственными организациями».

В Предложениях Республиканской коллегии адвокатов по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» указано: «Как известно, в стране насчитывается множество высших учебных заведений различных профилей, в том числе медицинских, технических, сельскохозяйственных и т.д. Законопроект предоставляет право на оказание юридической помощи всем вузам вне зависимости от их профиля. Такое решение не будет отвечать целям реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи». В этой связи Республиканская коллегия адвокатов, не отвергая в целом предложение авторов законопроекта отнести высшие учебные заведения в число субъектов оказания гарантированной государством юридической помощи, обоснованно предлагает уточнить рассматриваемую норму следующим образом: «5) высшими **юридическими** учебными заведениями, **прошедшими институциональную и специализированную аккредитацию в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан**».

В замечаниях Отдела законодательства и депутата Балиевой З.Я., включенных в Сравнительную таблицу по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» (Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012), также отмечается, что для высших учебных заведений в проекте не предусмотрен порядок оказания юридической помощи.

В Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» статус юридических клиник (студенческих консультативных бюро, студенческих юридических бюро и др.) как участников негосударственной системы бесплатной юридической помощи урегулирован следующим образом:

«Статья 23. Оказание бесплатной юридической помощи юридическими клиниками

1. Образовательные учреждения высшего профессионального образования для реализации целей, указанных в части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона²²¹, правового просвещения населения и формирования у обучающихся по юридической специальности навыков оказания юридической помощи могут создавать юридические клиники.

2. Юридическая клиника создается в качестве юридического лица, если такое право предоставлено образовательному учреждению высшего профессионального образования его учредителем, или структурного подразделения образовательного учреждения высшего профессионального образования.

3. Порядок создания образовательными учреждениями высшего профессионального образования юридических клиник и порядок их деятельности в рамках негосударственной

²²⁰ Статьи 16-19, 23-27 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

²²¹ Целями настоящего Федерального закона являются:

- 1) создание условий для реализации установленного Конституцией Российской Федерации права граждан на получение квалифицированной юридической помощи, оказываемой бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации (далее – бесплатная юридическая помощь);
- 2) формирование и развитие государственной системы бесплатной юридической помощи, а также содействие развитию негосударственной системы бесплатной юридической помощи и ее поддержка со стороны государства;
- 3) создание условий для осуществления прав и свобод граждан, защиты их законных интересов, повышения уровня социальной защищенности, а также обеспечение их доступа к правосудию.

системы оказания бесплатной юридической помощи определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования.

4. Юридические клиники могут оказывать бесплатную юридическую помощь в виде правового консультирования в устной и письменной форме, составления заявлений, жалоб, ходатайств и других документов правового характера.

5. В оказании бесплатной юридической помощи юридическими клиниками участвуют лица, обучающиеся по юридической специальности в образовательных учреждениях высшего профессионального образования, под контролем лиц, имеющих высшее юридическое образование, ответственных за обучение указанных лиц и деятельность юридической клиники в образовательном учреждении высшего профессионального образования».

Также п. 3 ст. 7 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» предусматривает, что «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается ... нотариусами в случаях и порядке, установленных Законом Республики Казахстан «О нотариате».

Заслуживает внимания замечание Отдела законодательства²²² о том, что «нотариат – это самостоятельный правовой институт по оказанию квалифицированной юридической помощи, обеспечивающий защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц путем совершения нотариальных действий (ст. 1 ЗРК «О нотариате»). Проектом же устанавливается три вида юридической помощи: информирование, консультирование и защита и представительство. Совершение нотариальных действий не вписывается в эту систему. Статьями 30 и 30-1 ЗРК «О нотариате» порядок не предусмотрен, а установлено право на освобождение от оплаты».

В Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» объем оказания нотариусами бесплатной юридической помощи определен следующим образом: **«Статья 19. Оказание бесплатной юридической помощи нотариусами.** Нотариусы в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи оказывают бесплатную юридическую помощь гражданам, обратившимся за совершением нотариальных действий, исходя из своих полномочий путем консультирования по вопросам совершения нотариальных действий в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о нотариате».

Льготы при обращении за совершением нотариальных действий в виде перечня случаев освобождения от уплаты государственной пошлины за их совершение перечислены в ст. 333.38 Налогового кодекса Российской Федерации.

Большая часть предложений, сделанных Республиканской коллегией адвокатов по тексту проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи», является совершенно обоснованной. В силу специфики своей работы адвокаты лучше знают, с какими сложностями они и их доверители столкнутся, если складывающиеся правоотношения урегулированы ненадлежащим образом.

Особой поддержки заслуживает критика п. 3 ст. 5 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи», предполагающего возможность введения в республике государственной адвокатуры. Адвокатура традиционно является структурой, функционально неизбежно и необходимо связанной с осуществлением государством его функций, но при этом сохраняющей полную автономию от государства структурой, действующей на принципах корпоративности, самоуправления

²²² См. Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи». Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012.

и полной профессиональной независимости адвокатов. Соблюдение этих принципов и приверженность им являются не привилегией адвокатов, а необходимой предпосылкой активного отстаивания ими интересов доверителей, в первую очередь, в государственных органах.

Понятно, что данное предложение было сформулировано с учетом имевших место перебоев с оказанием адвокатами юридической помощи в сельских районах. Однако, как указывает Республиканская коллегия адвокатов в *Предложениях по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, «Вопрос о введении государственной адвокатуры представляется не обоснованным на реальном положении. Последние новеллы Закона «Об адвокатской деятельности» позволили коллегиям адвокатов существенно увеличить численность адвокатов и обеспечить организацию адвокатской деятельности во всех сельских районах, в том числе и бывших сельских районах, которые подверглись в 90-х годах оптимизации в связи с объединением областей и районов».

Представляется спорным определение в проекте Закона сферы его действия как распространяющейся не только на граждан Республики Казахстан, но и на иностранных граждан и лиц без гражданства, а также на юридических лиц (*ст. 3*).

Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (ст. 2) следующим образом решает этот вопрос:

1. Граждане имеют право на получение бесплатной юридической помощи в случаях и в порядке, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.
2. Бесплатная юридическая помощь иностранным гражданам и лицам без гражданства оказывается в случаях и в порядке, которые предусмотрены федеральными законами и международными договорами Российской Федерации».

Такое решение представляется более логичным, потому что, по общему правилу, государство несет социальные обязательства (речь не идет о праве на жизнь, о праве на свободу) перед своими гражданами. Что касается уголовного судопроизводства, то его специфика, безусловно, предполагает обеспечение равных гарантий права пользоваться бесплатной квалифицированной юридической помощью всем подозреваемым, обвиняемым и подсудимым – как гражданам данного государства, так и гражданам иностранных государств либо лицам без гражданства. Применительно к гражданскому судопроизводству этот вопрос должен решаться дифференцированно – чем более в гражданском деле выражен не частно-правовой, а публичный элемент, тем очевиднее потребность обеспечить лицу, участвующему в деле право пользоваться бесплатной квалифицированной юридической помощью (например, дела о принудительной госпитализации в психиатрический стационар).

В то же время Республиканская коллегия адвокатов в *Предложениях по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, указывает, что ч. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан не предполагает право юридических лиц на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи. В этой связи регулирование вопросов оказания юридическим лицам бесплатной юридической помощи законопроектом, имеющим специальное назначение, представляется необоснованным.

Если авторы законопроекта имели в виду, что юридические лица вправе получить гарантированную государством юридическую помощь в виде правового информирования, которое «будет оказываться различными государственными органами и организациями» (см. предложения депутатов Логутова Н.Н., Ким Р.У., Маковского А.П., Тойбаева А.А. к п. 1 ст. 1 проекта Закона в *Сравнительной таблице по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* (Заседание

Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012)), то следовало четко определить в законопроекте порядок правового информирования.

В *Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*, который, правда, не относит юридических лиц к числу имеющих право на получение бесплатной юридической помощи, предложена следующая формулировка:

«Статья 28. Правовое информирование и правовое просвещение населения

1. В целях правового информирования и правового просвещения населения федеральные органы исполнительной власти и подведомственные им учреждения, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и подведомственные им учреждения, органы управления государственных внебюджетных фондов, органы местного самоуправления и должностные лица обязаны размещать в местах, доступных для граждан, в средствах массовой информации, в сети «Интернет» либо доводить до граждан иным способом следующую информацию:

- 1) порядок и случаи оказания бесплатной юридической помощи;
- 2) содержание, пределы осуществления, способы реализации и защиты гарантированных законодательством Российской Федерации прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов юридических лиц, содержание обязанностей граждан и юридических лиц и пределы исполнения таких обязанностей;
- 3) компетенция и порядок деятельности федеральных органов исполнительной власти и подведомственных им учреждений, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и подведомственных им учреждений, органов управления государственных внебюджетных фондов, органов местного самоуправления, полномочия их должностных лиц;
- 4) правила оказания государственных и муниципальных услуг;
- 5) основания, условия и порядок обжалования решений и действий государственных органов, органов управления государственных внебюджетных фондов, органов местного самоуправления, подведомственных им учреждений и их должностных лиц;
- 6) порядок совершения гражданами юридически значимых действий и типичные юридические ошибки при совершении таких действий.

2. Обязанности по правовому информированию и правовому просвещению населения, в том числе по правовому информированию граждан, имеющих право на бесплатную юридическую помощь, в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации и нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации могут также возлагаться на государственные юридические бюро, адвокатов и нотариусов.

3. Органы местного самоуправления могут осуществлять правовое информирование и правовое просвещение населения в соответствии с муниципальными правовыми актами.

4. Правовое информирование и правовое просвещение населения может осуществляться юридическими клиниками образовательных учреждений высшего профессионального образования и негосударственными центрами бесплатной юридической помощи».

Неубедительными представляются следующие предложения Республиканской коллегии адвокатов:

1. Исключить из *пункта 5 статьи 7 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»²²³* слова «и неправительственными организациями». Обосновывается это, главным образом, тем, что большинство неправительственных организаций финансируется за счет иностранного капитала, а «Как известно, каждая иностранная компания занимается инвестицией лишь постольку, поскольку это будет отвечать их собственным интересам, а не интересам того государства, куда вкладывается капитал».

²²³ «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается: ... 5) высшими учебными заведениями и неправительственными организациями».

Неправительственные организации во многих развитых государствах – это традиционные участники системы оказания бесплатной юридической помощи, в том числе гарантированной государством, причем, отнюдь не все они финансируются за счет иностранного капитала. Только опасением потерять часть рынка бесплатной юридической помощи можно объяснить то обстоятельство, что Республиканская коллегия адвокатов, более чем государство, обеспокоена фактом получения некоторыми неправительственными организациями грантового финансирования из-за рубежа.

Отдел законодательства и депутат Балиева З.Я. обоснованно отмечают отсутствие законодательного регулирования оказания гарантированной государством юридической помощи неправительственными организациями (*Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*; Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012. Вопрос о включении неправительственных организаций в перечень организаций, оказывающих гарантированную государством юридическую помощь по определенным категориям дел, может быть решен при выборе соответствующей модели организации правовой помощи.

2. Исключить пункт 3 из статьи 8 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»²²⁴. Совершенно непонятно, почему право лица на получение гарантированной государством юридической помощи на территории Республики Казахстан независимо от места жительства оценено Республиканской коллегией адвокатов как труднореализуемое. Смысл рассматриваемой нормы состоит в том, что если потребность в получении бесплатной юридической помощи возникнет у гражданина в период его нахождения на территории Республики Казахстан, но за пределами места своего постоянного жительства, то такое право за гражданином все равно признается. Обычно, конечно, потребность в получении бесплатной юридической помощи не по месту жительства возникает у подозреваемых и обвиняемых. Однако ничто в рассматриваемом пункте не дает оснований утверждать, что гражданин вправе будет потребовать назначения ему для оказания юридической помощи конкретного адвоката, да еще проживающего в другой области. Поэтому непонятно, почему автор замечания говорит о якобы возникающей, в случае принятия закона, потребности обеспечить лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления в одной области, адвокатом из другой области или города.

Анализ проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» не позволяет уяснить, что конкретно изменится после его принятия в праве граждан Республики Казахстан на получение бесплатной юридической помощи, поскольку и в действующей редакции ст. 6 Закона РК «Об адвокатской деятельности» содержится перечень лиц, имеющих право на получение юридической помощи бесплатно. Из предлагаемых изменений в ст. 72 УПК РК не следует, что какая-то категория обвиняемых будет лишена права на получение юридической помощи защитника бесплатно в зависимости от имущественного ценза. Предлагаемое же в проекте Закона изменение ст. 80 УПК РФ об обязательном наделении адвокатом-представителем потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенными возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, во-первых, не требует принятия еще и закона о бесплатной помощи, а во-вторых, само по себе является концептуально весьма проблематичным. Понятно, что такого рода представительство, с одной стороны, может быть полезно потерпевшим, а с другой стороны, обеспечит адвокатам дополнительный источник дохода, однако в публичном уголовном процессе интересы потерпевших как часть общественных интересов обязан защищать прокурор, работа которого оплачивается за счет средств

²²⁴ «Лица, указанные в пунктах 1 и 2 настоящей статьи [имеющие право на получение гарантированной государством юридической помощи – Н.К.], вправе получить гарантированную государством юридическую помощь на всей территории Республики Казахстан независимо от местожительства».

государственного бюджета. Иное решение будет, по сути, свидетельствовать о недоверии самого государства к такому важному органу как прокуратура.

Что касается интересов адвокатского сообщества Республики Казахстан, то, насколько можно судить из замечаний к законопроекту, а также из публикаций, размещенных на портале Информационная служба ZAKON.KZ²²⁵, ИС Параграф²²⁶ WWW для этого сообщества важное значение имеет редакция *ст. 13 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»* о порядке оказания такой помощи адвокатами, а также новая редакция *ч. 3 ст. 71, ст. 72 и ч. 2 ст. 172 УПК РК, ст. 114 ГПК РК, ч. 2 ст. 589 КоАП РК*, в совокупности с определением Министерства юстиции РФ как единого администратора бюджетной программы (программа 005 «Оказание юридической помощи адвокатами»).

Кстати, указанный вопрос является актуальным и для адвокатского сообщества Российской Федерации, поскольку в России также решение о размере оплаты работы адвоката по назначению органов дознания, органов предварительного следствия и суда принимает тот орган, в производстве которого в данный момент (во время осуществления защиты) находится уголовное дело²²⁷.

Однако для оптимизации вопросов оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет средств республиканского бюджета²²⁸ достаточно оперативно внести изменения в бюджетное законодательство (определив иного администратора соответствующих бюджетных средств), в соответствующие статьи процессуальных кодексов и в Правила оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами.

Очевидно, что законодатель Республики Казахстан фактом разработки и вынесения на обсуждение *проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* имел в виду существенно качественно усовершенствовать всю систему бесплатной (субсидируемой, гарантированной государством) юридической помощи.

Достижению данной цели, вряд ли будет быстрым с учетом недостатков предложенной редакции проекта закона, нуждающегося, по мнению эксперта, в более детальной проработке конкретных вопросов. Как ориентир, безусловно, с учетом особенностей государственного устройства Республики Казахстан и с уважением к ее суверенитету, можно было бы использовать *Федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*.

При этом можно рекомендовать провести рабочие встречи со всеми предполагаемыми субъектами оказания гарантированной государством юридической помощи (включая, частных судебных исполнителей²²⁹), предварительно предложив им в письменной форме сформулировать видение каждый из них объема своего возможного участия в системе гарантированной государством юридической помощи. Также следует учитывать обширные

²²⁵ <http://www.zakon.kz>

²²⁶ <http://online.zakon.kz>

²²⁷ См. Постановление Правительства РФ от 04 июля 2003 года № 400 (с послед. изм. и доп.) «О размере вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда».

²²⁸ Действующие Правила оплаты были утверждены Правительством Республики Казахстан от 26 августа 1999 года № 1247 с послед. изм. и доп.

²²⁹ Закон Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» не содержит норм, регламентирующих оказание бесплатной квалифицированной юридической помощи, и соответствующие дополнения в него анализируемыми законопроектами также вносить не предлагается.

научные обобщения, проведенные в Республике Казахстан по вопросу об оказании бесплатной (субсидированной, гарантированной государством) юридической помощи²³⁰.

Все высказанные в настоящем заключении суждения отражают личное мнение эксперта и, исходя из суверенного права народа Республики Казахстан осуществлять свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и иными законными способами, не имеют и не могут иметь обязательного значения.

Декабрь 2012 г.

²³⁰ Заключение Фонда Сорос-Казахстан по вопросу организации и оказания бесплатной юридической помощи в Казахстане (30.01.2011)// URL: <<https://r.mail.yandex.net/url/BMvgpD5N2t2tVeXAwMtGFw,1355435248/www.zakon.kz%2F197331-zakljuchenie-fonda-soros-kazakhstan-po.html>>; Система гарантированной государством юридической помощи в Казахстане: пути реформирования (аналитическая записка подготовлена в рамках программы «Правовая реформа» Фонда Сорос-Казахстан)//ИС ПАРАГРАФ-WWW <http://online.prg.kz>.

Экспертный обзор
По исполнению государственными органами Республики Казахстан
Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012гг.²³¹

Раздел: Право на жизнь

На Всемирной конференции по правам человека, проходившей в Вене в 1993 году были приняты Венская декларация и Программа действий, которые ознаменовали собой результат длительного процесса обзора и обсуждения состояния правозащитных механизмов по правам человека во всем мире²³². Представляя текст Венской декларации на завершающем пленарном заседании, генеральный секретарь Конференции г-н Ибрагим Фалд заявил, что Венская декларация стала для международного сообщества новыми «рамками планирования, диалога и сотрудничества», которые откроют возможность применения целостного подхода к поощрению прав человека и подключения к этому процессу участников на всех уровнях - международном, национальном и местном.

Именно на Всемирной конференции по правам человека возникла идея разработки национальных планов действий в области прав человека. В частности, в пункте 47 и 100 Венской декларации от 25 июня 1993 года Всемирная конференция по правам человека настоятельно рекомендовала всем странам в пределах всех имеющихся у них ресурсов и при поддержке международного сотрудничества принять меры для достижения целей Плана действий Всемирной встречи на высшем уровне. Конференция призвала государства учесть положения Конвенции о правах ребенка в своих национальных планах действий, указывая, что в рамках таких национальных планов действий и международных усилий особое внимание следует уделять снижению уровня младенческой и материнской смертности, снижению степени недоедания и уровня неграмотности, а также обеспечению доступа к безопасной питьевой воде и начальному образованию. Конференция подчеркнула, что особое внимание следует уделять оценке прогресса на пути достижения цели универсальной ратификации международных договоров и протоколов о правах человека, принятых в рамках системы Организации Объединенных Наций.

Республика Казахстан является единственной страной в Центральной Азии, изъявившей желание разработать и принять Национальный план по правам человека с указанием конкретных сроков исполнения и органов, ответственных за исполнение обозначенных в Национальном плане рекомендаций²³³.

Национальный план действий в области прав человека на 2009-2012г.г. был одобрен резолюцией Президента Республики Казахстан №32-36.125 - 5 мая 2009 года.²³⁴

²³¹ Обзор выполнен в рамках партнерского проекта Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности (КМБПЧИСЗ), Международного центра журналистики MediaNet и Центра исследований правовой политики LPRC «Мониторинг исполнения РК Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 гг.», реализуемого при финансовой поддержке Европейского Союза. Содержание данного обзора является предметом ответственности исполнителей проекта и не отражает точку зрения Европейского Союза.

²³² 25 июня 1993 года представители 171 государства приняли путем голосования Венскую декларацию и Программу действий Всемирной Конференции по правам человека.

²³³ Выступление Экс-председателя Высшего Административного Суда Финляндии – Пекка Халлберг на пресс-конференции в Астане 16 октября 2012 г. URL: www.rus.24.kz/novosti/glavnye-novosti/item/v-kazahstane-razrabatyvaetsya.

²³⁴ Далее – Национальный план.

Изначально предполагалось, что реализация положений Национального плана позволит системно и скоординировано организовать работу в сфере защиты и поощрения прав человека. Кроме того, в Национальном плане были сформулированы основные направления внутренней и внешней политики Республики Казахстан в сфере прав человека и конкретные предложения по совершенствованию механизма и процедур их защиты.

Целью Национального плана являлось информирование Главы государства, Парламента и Правительства Республики Казахстан о ситуации с правами человека в Казахстане, выявление пробелов в национальном законодательстве и правоприменительной практике, уровня правовой защищенности человека и его информированности о своих правах, узловых проблем в сфере защиты прав человека, а также совершенствование деятельности национальных правозащитных институтов и конкретные шаги по их решению.

В первую очередь, следует отметить о положительных моментах реализации второй из двух рекомендаций, указанных в Национальном плане в главе, посвященной праву на жизнь и касающейся проведения «круглых столов», семинаров, конференций по вопросу отмены смертной казни в период времени с 2009 по 2010 г.г.

За указанный период времени как государственными органами, так и неправительственными организациями было проведено множество круглых столов, семинаров, конференций, инициированных для обсуждения вопроса отмены смертной казни и/или ратификации Второго Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах.

К сожалению, представить четкие сведения о количестве проведенных мероприятий по данной теме не представилось возможным в связи с отсутствием необходимой информации на сайтах государственных органов, указанных в качестве исполнителей в Национальном плане по правам человека.²³⁵

На официальных сайтах Верховного суда, Генеральной прокуратуры и Комиссии по правам человека очень мало информации о проведенных мероприятиях. На официальном сайте Министерства иностранных дел в большей степени приводятся доклады министров, и их заместителей. На официальном сайте Министерства Юстиции в основном приводится информация о семинарах и конференциях по работе с молодежью, по ознакомлению с программой 2030, по курсам повышения квалификации и т.д.

В качестве исполнителей (по согласованию) в Национальном плане были также определены правозащитные НПО, Программа Развития ООН и Центр ОБСЕ в Астане, которые о количестве проведенных семинаров, конференций и круглых столов по обозначенной теме могут представить сведения отдельно друг от друга.

В отношении основной рекомендации²³⁶, озвученной в Национальном плане со сроком исполнения в 2011г. - в главе «Право на жизнь»: данная рекомендация до сих пор не исполнена. Оценивая вносимые изменения в действующее законодательство Республики Казахстан, негативные последствия применения уголовно-правовой политики и способы ее реализации, можно с определенной уверенностью утверждать, что с каждым годом мы

²³⁵ Министерство юстиции, Генеральная прокуратура, Верховный Суд, Министерство иностранных дел и Комиссия по правам человека Республики Казахстан.

²³⁶ Основная рекомендация Национального плана действий по правам человека на 2009-2012гг. Раздел «Право на жизнь»: «В целях совершенствования национальных механизмов защиты прав человека и гражданина в Республике Казахстан, усиления международных механизмов защиты прав человека и для полной отмены смертной казни – ратифицировать второй Факультативный протокол Международного пакта о гражданских и политических правах от 15 декабря 1989 года, направленный на отмену смертной казни (резолюция генеральной Ассамблеи ООН 44/128 от 15 декабря 1989 года)».

отдаляемся от выполнения данной рекомендации. И если не предпринять конкретные действия по выполнению основной рекомендации, касающейся права на жизнь, то ратификация Республикой Казахстан Второго Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах от 15 декабря 1989 года, направленного на отмену смертной казни станет невозможной.

В качестве исполнителей основной рекомендации, касающейся права на жизнь в Национальном плане были определены Министерство юстиции и Министерство иностранных дел с участием Генеральной прокуратуры, Верховного Суда и Комиссии по правам человека Республики Казахстан.

Из сообщений Tengrinews.kz и информационного агентства Новости - Казахстан следует, что: «26 апреля 2012 года в Астане прошла международная конференция «От моратория к полной отмене смертной казни в Центральной Азии: вызовы транзитного периода», организованная представительством Международной тюремной реформы в Центральной Азии, совместно с МИД РК, посольством Нидерландов в Казахстане и Управлением Верховного комиссара ООН.

Законопроекты, направленные на улучшение условий содержания заключенных, приговоренных к пожизненному лишению свободы, разрабатываются в Казахстане, - все идет к тому, чтобы полностью отменить смертную казнь в Республике, однако для этого нужно выполнить еще ряд рекомендаций, сообщила директор Департамента международного права и защиты имущественных прав государства Министерства юстиции Казахстана Эльвира Азимова.

На состоявшемся недавно 11-ом заседании межведомственной комиссии по международному гуманитарному праву и международным договорам по правам человека²³⁷ были приняты рекомендации государственным органам о повторном согласовании вопроса о возможном подписании второго факультативного протокола с ратификацией его в более поздние сроки», - пояснила Мадина Джарбусынова²³⁸.

Другие какие-либо сведения о действиях исполнителей основной рекомендации, направленных на ратификацию Второго Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах отсутствуют в средствах массовой информации, на сайтах государственных органов и в базе «Юрист».

Также нет достаточной информации²³⁹ «О проекте Указа Президента Республики Казахстан «О Концепции совершенствования уголовно-исполнительной политики в Республике Казахстан на 2007-2015 годы», внесенном на рассмотрение Президента Республики Казахстан в соответствии с постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 сентября 2006 года №906 в котором указано, что введен мораторий на исполнение смертной казни и решается вопрос о полной ее отмене.

²³⁷ Постановление Правительства Республики Казахстан от 9 декабря 2003 года N 1251 САПП Республики Казахстан, 2003 год., N 46, ст.516 «О создании Межведомственной комиссии по международному гуманитарному праву и международным договорам по правам человека». Межведомственная комиссия по международному гуманитарному праву и международным договорам по правам человека была создана в целях реализации международных правовых обязательств, принятых в рамках международных договоров в области международного гуманитарного права и международных договоров по правам человека, участницей которых является Республика Казахстан.

²³⁸ Полная отмена смертной казни в Казахстане зависит от выполнения 21 рекомендации.
<http://today.kz/ru/news/kazakhstan/2011-04-26/43177>

²³⁹ URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30070591

К сожалению, нельзя утверждать и о постепенном сужении сферы применения смертной казни, определенном в качестве приоритетного направления в первой Концепции правовой политики и в Концепции правовой политики на 2010 – 2020гг.²⁴⁰

В Уголовном кодексе Казахской ССР от 22 июля 1959 года, действовавшем до 1 января 1998 года было предусмотрено 25 составов преступлений, предусматривающих наказание в виде смертной казни.²⁴¹ Следует отметить, что назначение смертной казни в большинстве случаев допускалось за совершение военных преступлений.

Начиная с 1994 года, придерживаясь общепризнанного международного курса на постепенную отмену смертной казни, на первом этапе правовой реформы в Уголовном кодексе Республики Казахстан от 16 июля 1997 года количество статей, предусматривающих наказание в виде смертной казни было сокращено почти вдвое²⁴².

²⁴⁰ Концепция правовой политики Республики Казахстан. Одобрена Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года №949, 3 раздел: «Реализация уголовной политики Республики Казахстан должна развиваться в соответствии с указанными принципами и включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на: продолжение курса на постепенное сужение сферы применения смертной казни, а также рассмотрение возможности объявления моратория на смертную казнь». Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года N 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года», раздел 2.8: «Таким образом, уголовная политика должна быть направлена на ... продолжение курса на постепенное сужение сферы применения смертной казни».

²⁴¹ Статьей 50 УК Каз ССР «Измена Родине»; статьей 51 «Шпионаж»; статьей 52 «Террористический акт - Убийство государственного или общественного деятеля или представителя власти, совершенное в связи с его государственной или общественной деятельностью с целью подрыва или ослабления Советской власти»; статьей 53 «Террористический акт против представителя иностранного государства»; статьей 54 «Диверсия», совершенная особо опасным рецидивистом, а также лицом, осужденным за тяжкие преступления, совершившее действия, предусмотренные частью первой статьи 63-1 «Действия, дезорганизирующие работу исправительно-трудовых учреждений»; статьей 67 «Уклонение от призыва по мобилизации», в военное время; частью 1 статьи 88 «Убийство с квалифицирующими признаками»; ст. 173-1. «Посагательство на жизнь работника органов внутренних дел, народного дружинника, лица, производящего дознание, следователя, прокурора, судьи или народных заседателей» при отягчающих обстоятельствах; пунктом в) статьи 225 «Неповиновение, совершенное в военное время или в боевой обстановке»; пунктом в) статьи 227 «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей», если они совершены группой лиц, или с применением оружия, или повлекшие тяжкие последствия и сопряжены с умышленным убийством начальника или иного лица, исполняющего обязанности по военной службе, либо были совершены в военное время или в боевой обстановке; пунктом б) статьи 229 «Насильственные действия в отношении начальника», если они совершены в военное время или в боевой обстановке и повлекли тяжкие последствия; пунктом б) статьи 234 «Дезертирство», если оно совершено в военное время; пунктом г) статьи 234 если дезертирство совершено в военное время лицом офицерского состава, прапорщиком, мичманом или военнослужащим сверхсрочной службы; статьей 235 «Самовольное оставление части в боевой обстановке»; пунктом б) статьи 236 «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом», если оно совершено в военное время или в боевой обстановке; пунктом в) статьи 238 «Умышленное уничтожение или повреждение военного имущества», если оно совершено в боевой обстановке или в военное время; пунктами а) и е) статьи 242 «Нарушение уставных правил караульной службы», если оно совершено в боевой обстановке или в военное время; пунктами а), в) и г) статьи 244. «Нарушение правил несения боевого дежурства, если деяние совершено в военное время»; пунктами а), б) и в) статьи 247. «Злоупотребление властью, превышение или бездействие власти», если деяние совершено в военное время; статьей 248 «Сдача или оставление противнику средств ведения войны»; пунктом б) статьи 249 «Оставление погибающего корабля», если оно совершено в военное время или в боевой обстановке; статьей 253 «Мародерство»; статьей 254 «Насилие над населением в районе военных действий».

²⁴² Замечания членов Комиссии по изучению вопроса об отмене смертной казни в Республике Казахстан при Правительстве Республики Казахстан, директора Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности Е.Жовтиса и исполнительного директора общественного фонда «Хартия за права человека» Ж.Турмагамбетовой к проекту Закона «О

Нормами Уголовного кодекса Республики Казахстан было запрещено назначение смертной казни женщинам, лицам, совершившим преступление в возрасте до 18 лет, а также лицам, достигнувшим к моменту вынесения приговора 65-летнего возраста.

Смертная казнь как вид наказания была исключена за хищения, фальшивомонетничество, нарушения правил о валютных операциях, бандитизм, действия, дезорганизующие работу исправительных учреждений, изнасилование и получение взятки²⁴³.

Указом Президента от 17 декабря 2003 года за № 1251 «О введении в Республике Казахстан моратория на смертную казнь», введенным в действие с 1 января 2004 года был объявлен бессрочный мораторий на исполнение смертной казни до решения вопроса о ее полной отмене.

С 1 января 2004 года в Казахстане введено пожизненное лишение свободы в качестве альтернативы смертной казни.

В рамках выбранного подхода к постепенному решению вопроса отмены смертной казни Казахстан присоединился к Заявлению Европейского Союза об отмене смертной казни, сделанному 19 декабря 2006 года.

На 61 сессии Генеральной Ассамблеи ООН, Казахстан также поддержал Резолюцию 62-ой сессии Генеральной Ассамблеи ООН «Мораторий на высшую меру наказания с дальнейшим рассмотрением возможности отмены смертной казни», одобренную 18 декабря 2007 года²⁴⁴.

Начиная с 2002 года наблюдается постепенное расширение возможности вынесения смертных приговоров и другой формы вынесения смертного приговора (приговор о пожизненном лишении свободы) в Республике Казахстан.

Так, законом Республики Казахстан от 19 февраля 2002 года N 295-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с терроризмом» изменена редакция статьи 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан. Статья 233 УК РК «Терроризм» дополнена частью 4, предусматривающей наказание в виде смертной казни за посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности.

21 мая 2007 года были внесены изменения в Конституцию Республики Казахстан от 30 августа 1995 года. До внесения изменений в Конституцию Республики Казахстан смертная казнь признавалась исключительной мерой наказания за особо тяжкие преступления. После внесения изменений в Конституцию Республики Казахстан смертная казнь согласно нормам Конституции Республики Казахстан может быть назначена за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время.

Как обоснованно отмечено известным казахстанским правозащитником Евгением Жовтисом²⁴⁵: «эта норма не позволяет Казахстану ратифицировать Второй

внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни».

²⁴³ Комментарий государственно-правового отдела Администрации Президента Республики Казахстан к Указу «О введении в Республике Казахстан моратория на смертную казнь».

²⁴⁴ В резолюции № 2857 (XXVI), принятой 20 декабря 1971 года, Генеральная Ассамблея ООН закрепила необходимость запрета смертной казни всеми государствами. Это стремление было вновь подчеркнуто в резолюции Генеральной Ассамблеи № 32/61 от 8 декабря 1977 года, а также в недавней резолюции № 62/149 от 18 декабря 2007 года, призывающей ввести всеобщий мораторий на исполнение смертных приговоров.

²⁴⁵ Казахстан - ОБСЕ 2010: Прогресс или регресс? К завершению Председательства Казахстана в ОБСЕ - 23.02.2011. URL: <http://www.humanrights.kz/orgreprus.php?id=4261>

Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах, направленный на отмену смертной казни (принят резолюцией 44/128 Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1989 года), поскольку пункт 1 статьи 2 Протокола в качестве допустимой оговорки при подписании содержит единственный случай возможного применения смертной казни: «в военное время, после признания вины в совершении наиболее тяжких преступлений военного характера, совершенных в военное время».

Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях по вопросам усиления ответственности в сфере незаконного оборота наркотиков» от 27 июня 2008 года №50-IV введено наказание в виде пожизненного лишения свободы в санкцию части 4 статьи 250 УК РК «Контрабанда изъятых из обращения предметов или предметов, обращение которых ограничено»; в санкцию части 4 статьи 259 УК РК «Незаконное изготовление, переработка, приобретение, хранение, перевозка, пересылка либо сбыт наркотических средств или психотропных веществ»; в санкцию части 4 статьи 260 УК РК «Хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ»; в санкцию части 4 статьи 261 УК РК «Склонение к потреблению наркотических средств или психотропных веществ».

10 июля 2009 года № 175-IV Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни» наказание в виде смертной казни исключено из части 2 статьи 96 УК РК «Умышленное убийство с отягчающими обстоятельствами»; из абзаца второго статьи 160 УК РК; из абзаца второго статьи 165 УК РК; из абзаца второго статьи 340 УК РК; из абзаца второго статьи 367 УК РК; из абзаца второго статьи 368 УК РК; из абзаца второго статьи 369 УК РК; абзаца второго статьи 373 УК РК; из абзаца второго статьи 374; из абзаца второго статьи 380 УК РК.

Этим же Законом статьи 160 «Геноцид»; 165 «Государственная измена» УК РК дополнены частью второй, предусматривающей наказание в виде смертной казни; статья 367 УК РК «Неповиновение или иное неисполнение приказа» (в боевой обстановке или в военное время) дополнена частью 3-1, также предусматривающей наказание в виде смертной казни; статья 368 УК РК «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей» (в военное время), статья 369 УК РК «Насильственные действия в отношении начальника» (в военное время), статья 373 УК РК «Дезертирство» (в военное время), статья 374 УК РК «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом» (в военное время) и статья 380 УК РК «Злоупотребление властью, превышение или бездействие власти» (в военное время) дополнены частью 4, также предусматривающими наказание в виде смертной казни.

Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 177-IV введено наказание в виде смертной казни в санкцию части 3 и части 3-1 статьи 367 УК РК «Неповиновение или иное неисполнение приказа» (в боевой обстановке или в военное время); в санкцию части 4 статьи 368 УК РК «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей».

Законом РК от 10 декабря 2009 года № 228-IV введено пожизненное лишение свободы в санкцию части 4 статьи 361 УК РК «Угроза применения насилия в отношении сотрудника учреждения, обеспечивающего изоляцию от общества, либо его близких, а также осужденного или посягательство на их здоровье или жизнь».

Законом Республики Казахстан от 14 июня 2010 года № 290-IV Уголовный кодекс РК дополнен статьей 166-1, предусматривающей наказание в виде смертной казни за «Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации».

Пунктом 20 Закона Республики Казахстан от 29 ноября 2011 года № 502-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики» Уголовный кодекс Республики Казахстан дополнен статьей 235-1 «Создание и руководство преступным сообществом (преступной организацией), а равно участие в нем» с частью 5 следующего содержания: «Деяния, предусмотренные частями первой, второй или третьей настоящей статьи, совершенные лицом, занимающим лидирующее положение среди руководителей организованных групп, – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.

Таким образом, согласно процитированным изменениям, внесенным в уголовное законодательство Республики Казахстан назначить наказание в виде смертной казни стало возможным не только за преступления, сопряженные с гибелью людей и за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, но и за другие преступления, не подпадающие под формулировку, определенную в статье 15 Конституции Республики Казахстан.

Следует отметить, что в настоящее время смертный приговор может быть вынесен за совершение одного из 18 преступлений Уголовного кодекса Республики Казахстан²⁴⁶.

Заслуживают особого внимания и инициативы Генеральной прокуратуры, Комитета Национальной безопасности и Министерства внутренних дел Республики Казахстан, содержащиеся в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан, который планируется ввести в действие с 1 января 2014 года.

Так, в проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан смертная казнь определена как наказание в санкциях 21 преступления²⁴⁷, а пожизненное лишение свободы указано в санкциях 38 составов преступлений (в действующем Уголовном кодексе Республики Казахстан предусмотрено 33 состава преступлений, в санкциях которых пожизненное лишение свободы указано в качестве наказания).

Данные сведения также не свидетельствуют в пользу сокращения сферы применения смертной казни. Как видно из приложения к обзору в качестве обоснования государственными органами очень часто имеют место ссылки на Концепцию проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) и целесообразность пересмотреть главу «Преступления против мира и безопасности человечества», с учетом международных обязательств страны, признавая особую опасность преступлений, посягающих на основы существования человечества и оправданность усилить наказание за их совершение.

²⁴⁶ Статьей 156 «Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны»; частью 2 статьи 159 «Применение запрещенных средств и методов ведения войны»; частью 2 статьи 160 «Геноцид в военное время»; частью 4 статьи 162 «Наемничество»; частью 2 статьи 165 «Государственная измена», если она совершена в военное время; статьей 166-1 «Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации»; статьей 167 «Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан»; статьей 171 «Диверсия»; частью 4 статьи 233 «Терроризм»; пунктом 3-1 статьи 367 «Неповиновение или иное неисполнение приказа», если совершено в военное время; частью 4 статьи 368 «Сопrotивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей», если совершено в военное время; частью 4 статьи 369 «Насильственные действия в отношении начальника», если совершено в военное время; частью 4 статьи 373 «Дезертирство», если совершено в военное время; частью 4 статьи 374 «Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом», если совершено в военное время; частью 3 статьи 375 «Нарушение правил несения боевого дежурства», если совершено в военное время; частью 4 статьи 380 «Злоупотребление властью», если совершено в военное время; частью 4, статьи 380-1 «Превышение власти или служебных полномочий», если совершено в военное время; статьей 383 «Сдача или оставление противнику средств ведения войны».

²⁴⁷ Смотрите приложение к обзору.

Из чего следует, что концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан состоит в противоречии с Концепциями правовой политики Республики Казахстан, имеющими приоритетное значение, в которых в качестве основного направления выбрано сужение сферы применения смертной казни.

Если говорить о преступлениях против человечества, то к примеру, Римский Статут Международного Уголовного Суда не предусматривает смертные приговоры даже за преступления против человечества²⁴⁸. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный трибунал по Руанде также не допускает смертную казнь.

Положения Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан не направлены на приведение законодательства Республики Казахстан в соответствии с международными стандартами по правам человека и не свидетельствуют о выполнении Республикой Казахстан добровольно принятых на себя ряда юридических обязательств по защите прав и норм, предусмотренных в первую очередь в Международном пакте о гражданских и политических правах²⁴⁹.

Кроме того, Комитетом Организации Объединенных наций были сформулированы замечания общего порядка, которые делаются в форме толкования охвата и смысла тех или иных положений Международного пакта о гражданских и политических правах и призваны помочь государствам-участникам в претворении в жизнь положений данного международного документа.

Так в первом пункте Замечаний общего порядка 6 (далее Замечания) к статье 6 Международного пакта о гражданских и политических правах²⁵⁰ провозглашено следующее: «Вопрос о праве на жизнь, провозглашенном в статье 6 МПГПП, рассматривается в докладах всех государств. Это - основополагающее право, от которого не допускается никаких отступлений даже во время чрезвычайного положения в государстве, при котором существование нации находится под угрозой (статья 4)».

В 6 пункте Замечаний указано, что «хотя из положений статьи 6 2)-б) следует, что государства-участники не обязаны полностью отменять смертную казнь, тем не менее, они обязаны ограничивать применение этого наказания и, в частности, отменять его во всех случаях за исключением «самых тяжких преступлений»... В статье, в общем говорится также об отмене смертной казни в выражениях, которые явно подразумевают (пункты 22) и б)), что такая отмена является желательной. Комитет приходит к выводу, что все меры, направленные на отмену смертной казни, должны рассматриваться как прогресс в осуществлении права на жизнь по смыслу статьи 40 и о них следует докладывать Комитету. Комитет отмечает, что в ряде государств смертная казнь уже отменена или вынесение смертных приговоров временно приостановлено. Тем не менее, из докладов государств явствует, что прогресс в направлении отмены или ограничения вынесения смертных приговоров весьма незначителен».

Фактически, Комитет ООН по правам человека не включает в понятие «особо тяжких преступлений», следующее: экономические преступления; хищения, совершенные должностными лицами; преступления по политическим мотивам; грабежи; похищение

²⁴⁸ URL: <http://index.org.ru/othproj/crimcrt/iccqa.html> и Краткий анализ законодательства Казахстана с точки зрения совместимости с Римским Статутом Международного Уголовного Суда. Е.А. Жовтис

²⁴⁹ 28 ноября 2005 года Республикой Казахстан ратифицирован Международный пакт о гражданских и политических правах (принят Резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года). (Далее – МПГПП). Казахстаном в связи с ратификацией Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах с 30 сентября 2009 года была также признана компетенция Комитета Организации Объединенных Наций по правам человека, получать и рассматривать индивидуальные сообщения граждан Республики Казахстан и граждан, находящихся под юрисдикцией Казахстана.

²⁵⁰ Шестнадцатая Сессия ООН, 1982 год.

человека, не повлекшее смерть; вероотступничество и преступления, связанные с наркотиками²⁵¹.

В 7 пункте Замечаний помимо определения самых тяжких преступлений обозначено, что смертный приговор может быть вынесен только в соответствии с действующим в момент совершения данного преступления законом, который не противоречит положениям Пакта. Предусмотренные в нём гарантии процедурного характера должны соблюдаться, включая право на справедливое судебное разбирательство независимым судом, презумпцию невиновности, минимальные гарантии защиты и права на пересмотр судом высшей инстанции. Эти права должны осуществляться в дополнении к конкретному праву просить о помиловании или о смягчении приговора.

Более того, пункт 3 Замечаний к статье 6 МПГПП запрещает произвольно лишать жизни, которая прямо устанавливается в третьем предложении статьи 6 1) МПГПП и имеет чрезвычайно важное значение. Комитет ООН по правам человека считает, что государства-участники должны принять меры не только по предупреждению и наказанию уголовных действий, ведущих к лишению жизни, но также и по предотвращению произвольных убийств, совершаемых их собственными силами безопасности. Лишение людей жизни государственными властями является вопросом чрезвычайной сложности. Поэтому законом должны строго регулироваться и ограничиваться те обстоятельства, при которых человек может быть лишён жизни такими органами властями²⁵².

Также особо следует отметить и содержание пункта 4 Замечаний, согласно которому Государства-участники должны также принять конкретные и эффективные меры по предотвращению случаев исчезновения отдельных лиц, которые, к сожалению, стали слишком распространёнными и слишком часто приводят к произвольному лишению жизни. Кроме того, государства должны разработать эффективные средства и процедуры тщательного расследования дел об исчезнувших и пропавших без вести лицах при обстоятельствах, которые могут быть связаны с нарушением права на жизнь. Поскольку одновременно с введением новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан планируется и введение новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. Данное замечание является очень важным из-за отсутствия в проекте Уголовно-процессуального кодекса эффективных мер по розыску пропавших лиц, основные розыскные мероприятия должны осуществляться незамедлительно с момента, когда стало известно об исчезновении лица, а не через трое суток.

Если говорить непосредственно о проекте новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан, то в нём, по-прежнему допускается назначение смертной казни как за совершение террористических преступлений, сопряженных с гибелью людей, и за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время, так и за преступления ненасильственного характера, либо за посягательство на жизнь (например, ч.2 ст.187 «Государственная измена»; ч.1 ст.190 «Посягательство на жизнь Президента»; ст.467 «Дезертирство»; ст.468 «Уклонение от воинской службы путем членовредительства в военное время»).

В части возможности назначения смертного приговора за посягательство – нормы проекта Уголовного кодекса состоят в противоречии с частью 4 статьи 56 действующего Уголовного

²⁵¹ С.19 Смертная казнь. Информационный пакет. Penal Reform International 2011.

²⁵² Определение угрозы жизни, здоровью, либо возможность иных тяжких последствий для физического лица или самого сотрудника, не является конкретным и бесспорным основанием для применения оружия. Существование всего одной статьи в Законе Республики Казахстан «Об органах внутренних дел» от 21 декабря 2011 года и идентичной статьи в Законе Республики Казахстан «О правоохранительной службе» от 6 января 2011 года о порядке применения огнестрельного оружия свидетельствует о несоответствии норм национального законодательства основным принципам применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа – 7 сентября 1990г.).

кодекса Республики Казахстан, где указано, что смертная казнь и пожизненное лишение свободы за приготовление к преступлению и покушение на преступление не назначаются²⁵³.

Необходимо отметить, что пожизненное лишение свободы, наконец, предусмотрено как вид наказания в статье 41 проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан.

Положительно и наличие в санкциях 16 из 21 статей проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан альтернатив смертной казни - лица, которым грозит смертная казнь могут получить помимо наказания в виде пожизненного лишения свободы лишение свободы сроком от 10 до 20 лет.

В то же время в проекте УК РК в некоторых случаях исключено наказание в виде лишения свободы, и единственной альтернативой смертной казни является пожизненное лишение свободы.

В нескольких из санкций 21 рассматриваемых статей по сравнению с нормами действующего Уголовного кодекса Республики Казахстан увеличен нижний предел возможного наказания.

Так в действующем УК РК в санкции статьи части 2 статьи 156 УК РК «Развязывание или ведение агрессивной войны» предусмотрено отсутствующее в проекте УК РК (ч.2 ст.172 УК РК) наказание в виде лишения свободы сроком от 10 до 20 лет; в части 2 статьи 175 проекта УК РК отсутствует возможное наказание в виде лишения свободы на срок от 10 до 20; в настоящее время в УК РК в качестве альтернативы смертной казни и пожизненного лишения свободы предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от 15 до 20 лет за «Геноцид» в военное время; ужесточена в проекте УК РК уголовная ответственность и за наемничество (ч.4 ст.182) нижний предел наказания увеличен на 5 лет (от 15 до 20 лет лишения свободы).

Кроме того, в проекте Уголовного кодекса увеличено количество статей, предусматривающих наказание в виде смертной казни проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан, а именно добавлено 3 статьи²⁵⁴, в связи с чем по проекту Уголовного кодекса Республики Казахстан предусмотрена возможность вынесения смертной приговора за совершение одного из 21 преступлений. По действующему Уголовному кодексу смертный приговор возможен при совершении одного из 18 преступлений. При этом, не рассмотрена возможность объединения раздробленных статей по смысловому значению предлагаемых изменений.

Похожая ситуация в проекте Уголовного кодекса произошла и при рассмотрении вопроса назначения пожизненного лишения свободы. Пожизненное лишение свободы в качестве наказания предусмотрено в 38 составов преступлений проекта Уголовного кодекса, в действующем Уголовном кодексе Республики Казахстан законодателем определено 33 преступления за совершение одного из которых, может быть назначено пожизненное лишение свободы.

В проекте Уголовного кодекса Республики Казахстан вводится наказание в виде пожизненного лишения свободы за изнасилование потерпевшей, заведомо не достигшей четырнадцатилетнего возраста (ч.4 ст.123 проекта УК РК) и за насильственные действия сексуального характера (ч.4 ст.124 проекта УК РК).

²⁵³ Часть 4 статьи 59 проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан: «За приготовление к особо тяжкому преступлению и покушение на его совершение смертная казнь и пожизненное лишение свободы не назначаются».

²⁵⁴ статья 176 «Нарушение законов и обычаев войны», статья 177 «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов», статья 184 «Международный терроризм».

Безусловно, в проекте УК РК, помимо перечисленных, имеются и нормы, улучшающие положение лиц, приговоренных к пожизненному лишению свободы.

Так, например, согласно части 5 статьи 76 проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан: «Лицо, отбывающее назначенное судом пожизненное лишение свободы, а также лицо, которому наказание в виде смертной казни заменено пожизненным лишением свободы в порядке помилования, может быть освобождено условно-досрочно, если судом будет признано, что оно не нуждается в дальнейшем отбывании этого наказания и фактически отбыло не менее двадцати пяти лет лишения свободы либо достигло шестидесятипятилетнего возраста при отсутствии у осужденного злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания в течение предшествующих трех лет». Однако при реализации данной нормы на практике могут возникнуть противоречия, ведь преступление можно совершить в любом возрасте, в связи с чем, не у всех приговоренных к пожизненному лишению свободы в итоге наказание будет соответствовать принципам справедливости и соразмерности.

В настоящее время, в соответствии со ст.70 УК РК и внутренними инструкциями данная категория лиц имеет право на условно-досрочное освобождение при фактическом отбытии не менее 25 лет при отсутствии у осужденного злостных нарушений в течение предшествующих 5 лет.

Однако лица, приговоренные к смертной казни фактически правом на условно-досрочное освобождение по-прежнему не обладают, и согласно проекта Уголовного кодекса положение их не меняется - они обречены на смерть в местах лишения свободы.

Применение пожизненного заключения без возможности досрочного освобождения вызывает те же возражения, что и применение смертной казни: «оно угрожает неотъемлемому праву на жизнь. Запереть заключенного и отнять у него надежду на освобождение означает прибегнуть к другой форме смертного приговора»²⁵⁵.

Для сравнения, в Польше и Германии, пожизненное лишение свободы может быть назначено за 5 преступлений, в Бельгии и России - за 6, Дании - 9, Грузии - 11, Швеции - 13, Беларуси - 14, Японии, Объединенных Арабских Эмиратах и Азербайджане - 16, Корею - 17, Франции - 18, Голландии -19, Молдове -24, Бахрейне - 26, Узбекистане - 2²⁵⁶.

Во многих странах пожизненный приговор не означает, что человек, имеющий такой приговор будет лишен свободы на всю жизнь. В Австрии средний срок отбывания заключения – 22 года. В Хорватии от 20 до 40 лет. В Дании – максимально 20 лет. В Эстонии – минимально 30 лет. В Финляндии – в среднем отбывают от 10 до 15 лет, а освобождаются только по постановлению Президента. В Венгрии имеется специальная альтернатива, по которой обычно отбывают от 15 до 30 лет пожизненного заключения. В Латвии имеется обязательное пожизненное заключение, и минимальный период отбывания составляет не менее 6 месяцев, а максимальный – 50 лет. Для очень тяжелых преступлений обычно период составляет 20 лет. Германия является одной из тех стран, где имеется пожизненное заключение. Фактически максимальный срок отбывания наказания 15 лет до того, как дело будет пересматриваться. В Люксембурге имеется срок пожизненного заключения 15 лет до того, как будет рассматриваться вопрос об освобождении. В Польше минимальный срок, который необходимо отбыть, составляет 20 лет до пересмотра дела²⁵⁷.

²⁵⁵ Аргументы против смертной казни: Движение против смертной казни в Америке в 1972 – 1994 годах. Haines, H., Oxford University Press: 1996.

²⁵⁶ «Пожизненное лишение свободы как мера уголовного наказания». Слепцов И.В. Международный научный журнал академии Комитета Уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан 3 (18) 2008 год, С. 9.

²⁵⁷ «Пожизненное лишение свободы как альтернатива смертной казни». Питер Ходкинсон, эксперт Международной Тюремной реформы (Великобритания). Информационно-справочный материал

Смертная казнь, например, в Российской Федерации по действующей Конституции 1993 года «носила временный характер и была рассчитана лишь на некоторый переходный период» и больше не может применяться с 16 апреля 1997 года, то есть наказание в виде смертной казни не должно ни назначаться, ни исполняться. Вопрос о её применении окончательно был разъяснён Конституционным судом в 2009 году на основании конституции и международных договоров, но норма о смертной казни осталась в национальном законодательстве, обладающим меньшей правовой силой, чем конституция и международные договоры.

С одной стороны, согласно Конституции Российской Федерации, она установлена уголовным кодексом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей. Однако, так же Конституция говорит: «Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора», а такие международные документы, запрещающие смертную казнь действуют в России — Протокол № 6 и условия-рекомендации ПАСЕ. Однако, также Конституция говорит, что смертная казнь может устанавливаться «впредь до её отмены», что де факто уже случилось — в 2009 году сообщалось, что смертная казнь запрещена навсегда, хотя ещё до этого Уполномоченный по правам человека сообщал, что «смертная казнь в России уже была отменена, в том числе и юридически»²⁵⁸.

В этой связи, в особенности для Республики Казахстан вполне оправданно отметить заключение Европейского Комитета Экспертов²⁵⁹, в котором обозначено, что применяемая уголовная политика и то, как она реализуется, будет иметь долгосрочные последствия в отношении числа и доли заключенных, приговоренных к пожизненному лишению свободы, в общем количестве тюремного населения и в отношении того, каким образом с ними будут обращаться.

Пожизненное лишение свободы введено в Республике Казахстан с 1 января 2004 года. В период времени с января 2004 года по апрель 2011 года – 28 человек, приговоренных к исключительной мере наказания получили пожизненное лишение свободы²⁶⁰.

В Казахстане до декабря 2007 года в учреждениях УК-161/12 содержались 31 осужденный к смертной казни. Указом Главы Государства от 6 декабря 2007 года мера наказания в отношении вышеуказанных осужденных заменена на пожизненное лишение свободы²⁶¹. За 2009-2011 годы согласно статистическим сведениям, имеющимся на сайте Центра правовой статистики и информации при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан осужденных к смертной казни нет.

По состоянию на 31 декабря 2011 года в исправительных учреждениях Республики Казахстан содержится 53 тысячи 338 человек, из которых 95 человек отбывают наказание пожизненно²⁶².

конференции «Институт пожизненного лишения свободы в Казахстане: возможности реформирования». 19 ноября 2010 года, г. Астана.

²⁵⁸ URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%BC%D0%B5%D1%80%D1%82%D0%BD%D0%B0%D1%8F_%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D1%8C_%D0%B2_%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%81%D0%B8%D0%B8

²⁵⁹ Совет Европы, 2003г., С. 15.

²⁶⁰ URL: <http://today.kz/ru/news/kazakhstan/2011-04-26/43177>

²⁶¹ Часть III Доклада о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах. Утвержден постановлением Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892.

²⁶² «Тюремное население Казахстана за годы независимости сократилось, но, несмотря на это, до сих пор остается высоким», – сообщил накануне член комиссии по правам человека при президенте РК Еркин Онгарбаев, пишет «Известия Казахстан». URL: <http://www.k1.kz/news/society/10100/>

В исследовании «Численность «тюремного населения» Казахстана за последние 10 лет: динамика и причины ее колебаний» кандидат юридических наук, доцент Е.Саламатов²⁶³, отметил: «Вместе с тем¹, несмотря на определенное уменьшение численности заключенных в стране на текущий момент, общая картина представляется нам все еще негативной. Для наглядности отметим, что, по данным Международного центра тюремных исследований, тюремный индекс²⁶⁴ Казахстана к концу 2011 года составлял 316 заключенных».

Как видно, Казахстан даже среди постсоветских стран имеет высокий индекс «тюремного населения», а лишение свободы все еще остается доминирующим видом наказания.

Подводя итог можно сказать, что динамика численности «тюремного населения» в Казахстане зависит от направленности вектора уголовной политики государства в тот или иной период его развития, что, в общем-то, является естественным. Однако в обществе и государстве все еще не произошло осознания и переосмысления всей отрицательной природы уголовного наказания в виде лишения свободы.

Между тем в странах Европы, куда мы ориентированы, тюремный индекс значительно ниже, например: в Исландии – 47, в Финляндии – 59, в Швеции – 70, в Норвегии – 73, в Германии – 83, в Нидерландах – 87, в Бельгии – 100, во Франции – 101, в Австрии – 104, в Италии – 109, в Греции – 111, в Португалии – 126, в Великобритании – 154 и т.д.

В странах постсоветского же пространства тюремный индекс составляет: в Таджикистане – 130, в Армении – 146, в Узбекистане – 152, в Кыргызстане – 181, в Молдове – 182, в Туркменистане – 224, в Эстонии – 252, в Латвии – 304, в Литве – 314, в Украине – 336, в Азербайджане – 407, в Беларуси – 438, в России – 511 и в Грузии – 524²⁶⁵.

Следует подчеркнуть, что бессменным лидером по индексу «тюремного населения», как известно, являются США – 730 заключенных на 100 тыс. населения, но при этом в США доля отбывающих тюремное заключение в общей структуре осужденных составляет 30%. В европейских же странах доля отбывающих тюремное заключение в среднем не превышает 10%. А в Казахстане на 1 июля 2012 года этот показатель в общей структуре отбывающих уголовные наказания составлял 78,1%».

С момента появления идеи отмены смертной казни прошло около трех столетий, а смертная казнь, как следует из Доклада генерального секретаря на заседании ЭКОСОС ООН от 18 декабря 2009 года, продолжает сохраняться в 47 из 198 государств и территорий. Заслуживает особого внимания криминальная статистика в европейских странах, реально отображающая, что смертные приговоры еще в конце 18 века в большинстве случаев не приводились в исполнение: так в Италии за 6 лет (сведения приведены по состоянию на 1885 год) в окружных судах было присуждено к смертной казни 586 человек, около 98 в год. В действительности, однако, почти все приговоренные были помилованы королевской властью, смертная казнь была заменена пожизненной каторгой. Число присужденных к бессрочной каторге (вместе с помилованными осужденными на казнь) достигало до 40 человек в год, тогда как в России, при одинаковом абсолютном числе осужденных за убийство, к вечной каторге присуждалось не более 20-25 человек в год (итальянские присяжные строже относились к преступлениям против личности, сравнительно даже с французскими судами)¹; во Франции число смертных приговоров в 1881 – 1885 годах увеличилось в связи с ростом преступлений против жизни, за 5 указанных лет к смерти было приговорено 148 человек (в предыдущие 5 лет - 127), из приговоренных к смерти было действительно казнено только 27.

²⁶³ URL : <http://www.penalreform.org/publications/pri-project-reform-criminal-legislation-kazakhstan>

²⁶⁴ Количество заключенных на 100 тыс. населения в отдельно взятой стране.

²⁶⁵ Данные Международного центра тюремных исследований по итогам 2011 года.

Таким образом, сохраняют актуальность рекомендации, касающиеся права на жизнь, данные ранее Е.Жовтисом и Ж.Турмагамбетовой – экспертами по вопросу отмены смертной казни в Республике Казахстан и рекомендации, сформулированные на международной конференции «От моратория к полной отмене смертной казни в Центральной Азии: вызовы транзитного периода», организованной представительством Международной тюремной реформы в Центральной Азии, совместно с МИД РК, посольством Нидерландов в Казахстане и Управлением Верховного комиссара ООН:

1. Ускорить присоединение и ратификацию Республикой Казахстан Второго Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах.
2. Внести поправку в Конституцию Республики Казахстан, исключающую применение смертной казни.
3. Заменить мораторий на исполнение наказания в виде смертной казни мораторием на вынесение приговоров к смертной казни путем приостановления в установленном порядке (с принятием соответствующего правового акта Парламентом РК) действия соответствующих положений тех статей Уголовного кодекса РК, которые предусматривают назначение смертной казни как высшей меры наказания.
4. Следуя общепризнанному международному курсу о поэтапной отмене смертной казни, не вносить изменения и дополнения в действующее законодательство Республики Казахстан расширяющие возможность назначения наказания в виде смертной казни.
5. Рассмотреть возможность ратификации Римского Статута Международного Уголовного Суда.
6. Закрепить в уголовно-исполнительном законодательстве Республики Казахстан положение о правовом статусе лиц, приговоренных к смертной казни и находящихся под действием моратория на исполнение таких приговоров.
7. Исключить из законодательства Республики Казахстан нормы, запрещающие условно-досрочное освобождение лиц, которым наказание в виде смертной казни было заменено на пожизненное лишение свободы.
8. При реализации положений этой статьи МПГПП подходить к толкованию права на жизнь как можно шире, в том числе, в соответствии с Общим замечанием №6 Комитета по правам человека, учитывать вопросы снижения детской смертности и увеличения продолжительности жизни, борьбы с бедностью и болезнями и т.д. и отражать эти вопросы в докладах Комитету.
9. Обеспечить доступ к информации о пенитенциарной системе: численности и характеристиках осужденных, приговорах и т.д. Рассекретить инструкции и приказы, касающиеся прав лиц, приговоренных к смертной казни и пожизненному лишению свободы.
10. Тюремная жизнь лиц, приговоренных к смертной казни и пожизненному лишению свободы, должна быть максимально приближена к реалиям жизни в обществе: возможность обучения, общения, лечения, особенно для лиц, страдающих туберкулезом.
11. Ввести систему поступательного движения через пенитенциарную систему: перемещение по видам режимов.

12. Разработать и реализовать комплекс мер по психологической поддержке и реабилитации осужденных к смертной казни и пожизненному лишению свободы, их перевоспитанию.

Декабрь, 2012 г.

ПРИЛОЖЕНИЕ

К экспертному обзору По исполнению государственными органами Республики Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012гг.

Статьи действующего УК РК, предусматривающие наказание в виде смертной казни:	Статьи проекта УК РК, предусматривающие наказание в виде смертной казни:	Обоснование:
<p>Статья 156. Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны 1. Планирование, <u>подготовка</u> или <u>развязывание</u> агрессивной войны – наказываются лишением свободы на срок от семи до <u>двенадцати лет</u>. 2. Ведение агрессивной войны – наказывается <u>лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо</u> смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 172. Планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны 1. Планирование или подготовка агрессивной войны – наказываются лишением свободы на срок от семи до <u>пятнадцати лет</u>. 2. <u>Развязывание</u> или ведение агрессивной войны – наказывается смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Комитет национальной безопасности Развязывание агрессивной войны, как представляющее большую общественную опасность по сравнению с подготовительными действиями, предлагается перенести в часть вторую статьи. Аналогичный подход закреплен в Модельном Уголовном кодексе, принятом в 1996 году Межпарламентской Ассамблеи государств - участников СНГ, а также УК Беларуси и Узбекистана. Кроме того увеличен максимальный срок наказания, т.к. Модельный УК относит данное деяние к особо тяжким преступлениям.- Генеральная прокуратура Часть 2: Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция), целесообразно пересмотреть главу «Преступления против мира и безопасности человечества», с учетом международных обязательств страны. Признавая особую опасность преступлений, посягающих на основы существования человечества, оправдано усилить наказание за их совершение.</p>
<p>Статья 159. Применение запрещенных средств и методов ведения войны 2. Применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан, – наказывается <u>лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо</u> смертной казнью или пожизненным</p>	<p>Статья 175. Применение запрещенных средств и методов ведения войны 2. Применение оружия массового поражения, запрещенного международным договором Республики Казахстан, – наказывается смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Комитет национальной безопасности Предлагается сохранить в действующей редакции как отсылочную норму к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам. Полное воспроизведение в Кодексе их положений, включая толкования терминов, а также описание условий применения</p>

лишением свободы.		той или иной нормы затруднительно ввиду значительного объема. Кроме того увеличен максимальный срок наказания, т.к. Модельный УК относит данное деяние к особо тяжким преступлениям.
Отсутствует.	Статья 176. Нарушение законов и обычаев войны 3. Умышленное убийство лиц, перечисленных в части первой настоящей статьи, – наказывается смертной казнью или пожизненным лишением свободы.	Генеральная прокуратура Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса необходимо ввести новые составы преступлений, посягающих на международное гуманитарное право. Аналогичная статья закреплена в УК Беларуси в главе «Военные преступления и другие нарушения законов и обычаев ведения войны». Признавая особую опасность преступлений, посягающих на основы существования человечества, оправдано усилить наказание за их совершение.
Отсутствует.	Статья 177. Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов. <u>Нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженного конфликта, выразившиеся в: применении средств и методов ведения войны, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие; умышленном причинении обширного, долговременного и серьезного ущерба природной среде; нападении на обладающих с защитной целью отличительными эмблемами Красного Креста, Красного Полумесяца, Красного Кристалла персонал, строения, оборудование, транспортные формирования и транспортные средства; использовании голода среди гражданского населения в качестве метода ведения военных действий; вербовке лиц, не достигших пятнадцатилетнего возраста, в вооруженные силы либо разрешении им принимать</u>	Генеральная прокуратура Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса необходимо ввести новые составы преступлений, посягающие на международное гуманитарное право. Аналогичная статья закреплена в УК Беларуси в главе «Военные преступления и другие нарушения законов и обычаев ведения войны». Признавая особую опасность преступлений, посягающих на основы существования человечества, оправдано усилить наказание за их совершение.

участие в военных действиях; вербовке лиц, не достигших восемнадцатилетнего возраста, в вооруженные группы, отличные от вооруженных сил государства, или использовании их в военных действиях в составе этих вооруженных групп;
произвольном и производимом в большом масштабе разрушении или присвоении имущества, не вызываемые военной необходимостью;
превращении необороняемых местностей и демилитаризованных зон в объект нападения;
превращении в объект нападения либо уничтожении культурных ценностей, находящихся под защитой, при отсутствии военной необходимости, а равно хищении таких ценностей в крупных масштабах или совершении в отношении их актов вандализма;
использовании культурных ценностей, находящихся под усиленной защитой, либо непосредственно прилегающих к ним мест для поддержания военных действий, а равно превращении этих ценностей либо непосредственно прилегающих к ним мест в объект нападения;
нарушении соглашений о перемирии, приостановлении военных действий или местных соглашений, заключенных с целью вывоза, обмена или перевозки раненых и умерших, оставленных на поле сражения;
совершении нападения на гражданское население или на отдельных гражданских лиц;
совершении нападения неизбирательного характера, затрагивающего гражданское население или гражданские объекты, когда заведомо известно, что такое нападение повлечет чрезмерные потери среди гражданских лиц либо причинит чрезмерный ущерб гражданским объектам;
совершении нападения на установки или сооружения, содержащие опасные силы, когда заведомо известно, что такое нападение повлечет

	<p><u>чрезмерные потери среди гражданских лиц либо причинит чрезмерный ущерб гражданским объектам;</u> <u>совершении нападения на лицо, заведомо для виновного прекратившее принимать непосредственное участие в военных действиях;</u> <u>перемещении части собственного гражданского населения на оккупируемую территорию;</u> <u>неоправданной задержке репатриации военнопленных и гражданских лиц;</u> <u>применении в вооруженном конфликте иных средств и методов ведения войны, запрещенных международным договором Республики Казахстан, –</u> <u>наказывается лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</u></p>	
<p>Статья 160. Геноцид 1. Геноцид, то есть умышленные деяния, направленные на полное или частичное уничтожение национальной, этнической, расовой или религиозной группы путем убийства членов этой группы, причинения тяжкого вреда их здоровью, насильственного воспрепятствования деторождению, принудительной передачи детей, насильственного переселения либо создания иных жизненных условий, рассчитанных на физическое уничтожение членов этой группы, – наказывается <u>лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо</u> пожизненным лишением свободы. 2. Те же деяния, совершенные в военное время, – наказываются <u>лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</u></p>	<p>Статья 180. Геноцид 1. Геноцид, то есть умышленные деяния, направленные на полное или частичное уничтожение национальной, этнической, расовой или религиозной группы путем убийства членов этой группы, причинения тяжкого вреда их здоровью, насильственного воспрепятствования деторождению, принудительной передачи детей, насильственного переселения либо создания иных жизненных условий, рассчитанных на физическое уничтожение членов этой группы, – наказывается <u>пожизненным лишением свободы.</u> 2. Те же деяния, совершенные в военное время, – наказываются <u>смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</u></p>	<p>Комитет национальной безопасности Без изменений. - Генеральная прокуратура Часть 1 и 2: Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция), целесообразно пересмотреть главу «Преступления против мира и безопасности человечества», с учетом международных обязательств страны. Признавая особую опасность преступлений, посягающих на основы существования человечества, оправдано усилить наказание за их совершение, установив в качестве наказания только пожизненное лишение свободы и смертную казнь.</p>
<p>Статья 162. Наемничество 1. Вербовка, обучение, финансирование или иное материальное обеспечение наемника, а равно его использование в вооруженном</p>	<p>Статья 182. Наемничество 1. Вербовка, обучение, финансирование или иное материальное обеспечение наемника, а равно его использование в вооруженном</p>	<p>Комитет национальной безопасности В целях изложения понятия «наемник» в соответствии с положениями статьи 1 Международной конвенции о</p>

<p>конфликте или военных действиях – наказываются лишением свободы на срок от четырех до восьми лет.</p> <p>4. Действие, предусмотренное частью третьей настоящей статьи, повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет с конфискацией имущества либо смертной казнью с конфискацией имущества или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.</p> <p>Примечание. Наемником признается лицо, <u>действующее в целях получения материального вознаграждения или иной личной выгоды и не являющееся гражданином стороны, участвующей в вооруженном конфликте, не проживающее постоянно на ее территории и не направленное другим государством для выполнения официальных обязанностей.</u></p>	<p>конфликте, военных действиях или иных насильственных действиях, направленных на свержение или подрыв конституционного строя либо нарушение территориальной целостности государства, – наказываются лишением свободы на срок от четырех до восьми лет с конфискацией имущества.</p> <p>4. Действие, предусмотренное частью третьей настоящей статьи, повлекшее гибель людей или иные тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок от <u>пятнадцати</u> до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.</p> <p>Примечание. Наемником признается лицо, <u>которое завербовано для участия в вооруженном конфликте, военных действиях или иных насильственных действиях, направленных на свержение или подрыв конституционного строя либо нарушение территориальной целостности государства, действует в целях получения материального вознаграждения или иной личной выгоды, не является ни гражданином стороны, участвующей в вооруженном конфликте, либо государства, против которого направлены указанные действия, ни лицом постоянно проживающим на их территории, не входит в личный состав вооруженных сил участвующей в конфликте стороны или государства, на территории которого совершаются указанные действия, и не направлено другим государством для выполнения официальных обязанностей.</u></p>	<p>борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемников, совершенной в г.Нью-Йорке 4 декабря 1989 года .</p> <p>Аналогичный подход закреплен в УК Украины и Молдовы.</p> <p>Примечание: указанная Конвенция не ратифицирована Казахстаном.</p> <p>-</p> <p>Генеральная прокуратура Части 1, 2 и 3:</p> <p>Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) требуется усилить ответственность за наемничество.</p> <p>Учитывая наличие признака «финансирование», необходимо установить конфискацию в качестве обязательного дополнительного вида наказания.</p>
<p>Отсутствует.</p>	<p>Статья 184. Международный терроризм</p> <p>1. Подготовка или совершение террористического акта на территории иностранного государства в целях провокации войны или осложнения международных отношений, – наказываются лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет.</p>	<p>Генеральная прокуратура</p> <p>Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) требуется ввести новый состав «Международный терроризм», установив более строгую ответственность за совершение террористических актов на территориях других стран в целях провокации</p>

	<p>3. Деяния, предусмотренные частью первой или второй настоящей статьи, если они:</p> <p>а) соединены с посягательством на жизнь государственного или общественного деятеля либо лиц, пользующихся международной защитой;</p> <p>б) сопряжены с нападением на здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта;</p> <p>в) повлекли по неосторожности смерть человека или иные тяжкие последствия, – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p> <p>Примечание. Лицо, участвующее в подготовке террористического акта, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом способствовало предотвращению террористического акта и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p>	<p>международных осложнений или разжигания войны, а равно против представителя иностранного государства а тех же целях.</p>
<p>Статья 165. Государственная измена</p> <p>1. Государственная измена, то есть <u>умышленное деяние, совершенное гражданином Республики Казахстан с целью подрыва или ослабления внешней безопасности и суверенитета</u> Республики Казахстан, выразившееся в переходе на сторону врага во время вооруженного конфликта, а равно в шпионаже, выдаче государственных секретов либо ином оказании помощи иностранному государству, иностранной организации или их представителям в проведении <u>враждебной деятельности</u> против Республики Казахстан, – наказывается лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой, а в боевой обстановке при</p>	<p>Статья 187. Государственная измена</p> <p>1. Государственная измена, то есть <u>совершенное гражданином Республики Казахстан умышленное причинение ущерба национальной безопасности и суверенитету</u> Республики Казахстан, выразившееся в переходе на сторону врага во время вооруженного конфликта, а равно в шпионаже, выдаче государственных секретов либо ином оказании помощи иностранному государству, иностранной организации или их представителям в проведении <u>деятельности против национальных интересов</u> Республики Казахстан, – наказывается лишением свободы на срок от десяти до пятнадцати лет с конфискацией имущества или без таковой, а в</p>	<p>Комитет национальной безопасности</p> <p>В существующей редакции статьи неудачно сформулирована объективная сторона преступления, предполагающего его совершение только с прямым умыслом и специальной целью - подрыв или ослабление внешней безопасности и суверенитета.</p> <p>Те же деяния, совершенные из корыстных или иных побуждений, несмотря на осознание виновным факта причинения ущерба интересам государства и желание наступления таких последствий или безразличное к ним отношение, не могут быть квалифицированы как государственная измена.</p> <p>В этой связи предлагается изложить статью по аналогии с</p>

<p>отягчающих обстоятельства - лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества или без таковой.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью с конфискацией имущества или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.</p> <p>Примечание. Лицо, совершившее преступления, предусмотренные настоящей статьей, а также статьями 166 и 168 настоящего Кодекса, освобождается от уголовной ответственности, если оно добровольным и своевременным сообщением государственным органам или иным образом способствовало предотвращению наступления ущерба интересам Республики Казахстан и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p>	<p>боевой обстановке при отягчающих обстоятельствах - лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества или без таковой.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью с конфискацией имущества или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества.</p> <p>Примечание. Лицо, совершившее преступления, предусмотренные настоящей статьей, а также статьями 188 (шпионаж) и 191 (насильственный захват власти или насильственное удержание власти) настоящего Кодекса, освобождается от уголовной ответственности, если оно добровольным и своевременным сообщением государственным органам или иным образом способствовало предотвращению наступления ущерба интересам Республики Казахстан и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p>	<p>нормами Модельного УК. Помимо этого требуется уточнение терминологии с учетом новой редакции Закона «О национальной безопасности», в котором исключено понятие «внешняя безопасность».</p>
<p>Статья 166-1. Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации</p> <p>Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации, совершенное в целях воспрепятствования его законной деятельности либо из мести за такую деятельность, – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 189. Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации</p> <p>Посягательство на жизнь Первого Президента Республики Казахстан - Лидера Нации, совершенное в целях воспрепятствования его законной деятельности либо из мести за такую деятельность, – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Без изменений.</p>
<p>Статья 167. Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан</p> <p>Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан, совершенное в целях прекращения его государственной деятельности либо из мести за такую деятельность, – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати</p>	<p>Статья 190. Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан</p> <p>Посягательство на жизнь Президента Республики Казахстан, совершенное в целях прекращения его государственной деятельности либо из мести за такую деятельность, – наказывается лишением свободы на срок от пятнадцати</p>	<p>Без изменений.</p>

до двадцати лет либо смертной казнью, или пожизненным лишением свободы.	до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.	
Статья 171. Диверсия Совершение с целью подрыва безопасности и обороноспособности Республики Казахстан взрыва, поджога или иных действий, направленных на массовое уничтожение людей, причинение вреда их здоровью, разрушение или повреждение предприятий, сооружений, путей и средств сообщения, средств связи, объектов жизнеобеспечения населения, а равно совершение в тех же целях массовых отравлений или распространение эпидемий и эпизоотий – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества или без таковой.	Статья 195. Диверсия Совершение с целью подрыва безопасности и обороноспособности Республики Казахстан взрыва, поджога или иных действий, направленных на массовое уничтожение людей, причинение вреда их здоровью, разрушение или повреждение предприятий, сооружений, путей и средств сообщения, средств связи, объектов жизнеобеспечения населения, а равно совершение в тех же целях массовых отравлений или распространение эпидемий и эпизоотий – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы с конфискацией имущества или без таковой.	Без изменений.
Статья 233. Терроризм 4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати	Статья 270. Терроризм 4. Посягательство на жизнь человека, совершенное в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения либо оказания воздействия на принятие решений государственными органами Республики Казахстан, иностранным государством или международной организацией, а равно посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в тех же целях, а также в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность, либо посягательство на жизнь человека, сопряженное с нападением на лиц или организации, пользующихся международной защитой, здания, сооружения, захватом заложника, зданий, сооружений, средств сообщения и связи, угоном, а равно с захватом воздушного или водного судна, железнодорожного подвижного состава либо иного общественного транспорта – наказываются лишением свободы на срок от пятнадцати	Министерство внутренних дел Без изменений.

<p>до двадцати лет либо смертной казнью, или пожизненным лишением свободы. Примечания. 1. Лицо, участвующее в подготовке акта терроризма, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом способствовало предотвращению акта терроризма и если в его действиях не содержится состава иного преступления. <u>2. Террористическими преступлениями признаются преступления, предусмотренные статьями 162, 163, 166-1, 167, 171, 233, 233-1, 233-2, 233-3, 233-4, 234, 238, 239 настоящего Кодекса.</u></p>	<p>до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы. Примечание. Лицо, участвующее в подготовке акта терроризма, освобождается от уголовной ответственности, если оно своевременным предупреждением государственных органов или иным способом способствовало предотвращению акта терроризма и если в его действиях не содержится состава иного преступления.</p>	
<p>Статья 367. Неповиновение или иное неисполнение приказа 1. Неповиновение, то есть открытый отказ от исполнения приказа начальника, а равно иное умышленное неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке, причинившее существенный вред интересам службы, – наказывается ограничением по воинской службе на срок до двух лет, либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет. 2. То же деяние, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или <u>организованной группой</u>, а равно повлекшее тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет. 3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в боевой обстановке, – наказываются лишением свободы на срок от пяти до двадцати лет, а при отягчающих обстоятельствах - пожизненным лишением свободы. 3-1. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением</p>	<p>Статья 461. Неповиновение или иное неисполнение приказа <u>1. Неповиновение, то есть открытый отказ от исполнения приказа начальника, а равно иное умышленное неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке, – наказывается штрафом в размере от пятидесяти до ста месячных расчетных показателей, либо привлечением к общественным работам на срок до ста двадцати часов, либо арестом на срок до пятнадцати суток.</u> 2. <u>То же деяние</u>, причинившее существенный вред интересам службы, – наказывается <u>штрафом в размере от одной тысячи до двух тысяч месячных расчетных показателей, либо</u> ограничением свободы на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок. 3. <u>Деяние, предусмотренное частью второй настоящей статьи</u>, совершенное группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или <u>преступной группой</u>, а равно повлекшее тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет. 5. <u>Деяния, предусмотренные частями второй или третьей</u></p>	<p>Генеральная прокуратура Статья 512-4 КоАП переносится в УК как проступок. Закон «О чрезвычайном положении»: чрезвычайное положение – временная мера, применяемая исключительно в интересах обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя Республики Казахстан и представляющая собой особый правовой режим деятельности государственных органов, организаций, допускающий установление отдельных ограничений прав и свобод граждан, иностранцев и лиц без гражданства, а также прав юридических лиц и возлагающий на них дополнительные обязанности. Закон «О военном положении»: военное положение – особый правовой режим, предусматривающий комплекс политических, экономических, административных, военных и иных мер, направленных на создание условий для предотвращения или отражения агрессии против Республики Казахстан либо непосредственной внешней угрозы ее безопасности, и вводимый Президентом Республики Казахстан на всей территории республики или в отдельных ее местностях.</p>

<p>свободы на срок от десяти до двадцати лет, а при отягчающих обстоятельствах - смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p> <p>5. Деяние, предусмотренное частью четвертой настоящей статьи, совершенное в военное время или в боевой обстановке, – наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет.</p> <p><u>Исключить из КоАП:</u> Статья 512-4. Неповиновение или иное неисполнение приказа</p> <p>Неповиновение, то есть открытый отказ от исполнения приказа начальника, а равно иное умышленное неисполнение подчиненным приказа начальника, отданного в установленном порядке, не причинившее существенный вред интересам службы, – влекут административный арест на срок до пятнадцати суток.</p>	<p><u>настоящей статьи</u>, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет, а при отягчающих обстоятельствах - смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Опасность такого преступления в условиях чрезвычайного положения возрастает.</p>
<p>Статья 368. Сопротивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей</p> <p>1. Сопротивление начальнику, а равно иному лицу, исполняющему возложенные на него обязанности воинской службы, или принуждение его к нарушению этих обязанностей, сопряженное с насилием или с угрозой его применения, – наказываются ограничением по воинской службе на срок до двух лет либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет.</p> <p>4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 462. Сопротивление начальнику или принуждение его к нарушению служебных обязанностей</p> <p>1. Сопротивление начальнику, а равно иному лицу, исполняющему возложенные на него обязанности воинской службы, или принуждение его к нарушению этих обязанностей, сопряженное с насилием или с угрозой его применения, – наказываются штрафом в размере от пятисот до одной тысячи месячных расчетных показателей либо арестом на срок до шестидесяти суток.</p> <p>4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Генеральная прокуратура Пересмотр санкций за воинские посягательства. Опасность такого преступления в условиях чрезвычайного положения возрастает.</p>
<p>Статья 369. Насильственные действия в отношении начальника</p> <p>1. Нанесение побоев, причинение легкого вреда здоровью или применение иного насилия в отношении начальника, совершенные во время исполнения им обязанностей воинской службы</p>		

<p>или в связи с исполнением этих обязанностей, - наказываются ограничением по воинской службе на срок до двух лет, либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет.</p> <p>2. Те же деяния, совершенные:</p> <p>а) <u>группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или организованной группой;</u></p> <p>б) <u>с применением оружия;</u></p> <p>в) с причинением тяжкого или средней тяжести вреда здоровью либо иных <u>тяжких последствий</u>, - наказываются лишением свободы на срок от трех до десяти лет.</p> <p>3. Деяния, предусмотренные <u>частями первой или второй</u> настоящей статьи, совершенные в боевой обстановке, - наказываются лишением свободы на срок от пяти до двадцати лет либо пожизненным лишением свободы.</p> <p>4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, - наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>		
<p>Статья 373. Дезертирство</p> <p>1. Дезертирство, то есть самовольное оставление части или места службы с целью уклонения от воинской службы, а равно неявка с той же целью на службу – наказываются лишением свободы на срок до пяти лет.</p> <p>4. То же деяние, совершенное в военное время, – наказывается лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p> <p>Примечание. Военнослужащий, совершивший дезертирство, предусмотренное частью первой настоящей статьи, может быть освобожден судом от уголовной ответственности, если дезертирство явилось следствием стечения тяжелых обстоятельств и если он добровольно явился для</p>	<p>Статья 467. Дезертирство</p> <p>1. Дезертирство, то есть самовольное оставление части или места службы с целью уклонения от воинской службы, а равно неявка с той же целью на службу, – наказываются лишением свободы на срок до пяти лет.</p> <p>4. То же деяние, совершенное в военное время, – наказывается лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p> <p>Примечание. Военнослужащий, совершивший дезертирство, предусмотренное частью первой настоящей статьи, может быть освобожден судом от уголовной ответственности, если дезертирство явилось следствием стечения тяжелых обстоятельств.</p>	<p>Генеральная прокуратура</p> <p>Опасность такого преступления в условиях чрезвычайного положения возрастает.</p>

<p>дальнейшего прохождения воинской службы.</p>		
<p>Статья 374. Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом 1. Уклонение военнослужащего от исполнения обязанностей воинской службы путем симуляции болезни или причинения себе какого-либо повреждения (членовредительство) либо иного вреда своему здоровью, или подлога документов, или иного обмана – наказывается штрафом от пятидесяти до ста месячных расчетных показателей либо ограничением по воинской службе на срок до одного года, либо содержанием на гауптвахте на срок до двух месяцев, либо лишением свободы на срок до одного года. 2. То же деяние, совершенное в целях полного освобождения от исполнения обязанностей воинской службы, – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет. 4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 468. Уклонение от воинской службы путем членовредительства или иным способом 1. Уклонение военнослужащего от исполнения обязанностей воинской службы путем симуляции болезни или причинения себе какого-либо повреждения (членовредительство) либо иного вреда своему здоровью, или подлога документов, или иного обмана – наказывается штрафом в размере от пятисот до одной тысячи месячных расчетных показателей либо арестом на срок до шестидесяти суток. 2. То же деяние, совершенное в целях полного освобождения от исполнения обязанностей воинской службы, – наказывается лишением свободы на срок до пяти лет. 4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Генеральная прокуратура Опасность такого преступления в условиях чрезвычайного положения возрастает.</p>
<p>Статья 375. Нарушение правил несения боевого дежурства 1. Нарушение правил несения боевого дежурства (боевой службы) по своевременному обнаружению и отражению внезапного нападения на Республику Казахстан либо по обеспечению ее безопасности, если это деяние повлекло или могло повлечь причинение вреда интересам безопасности государства, – наказывается ограничением по воинской службе на срок до двух лет, либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев, либо лишением свободы на срок до двух лет. 2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия, – наказывается лишением</p>	<p>Статья 469. Нарушение правил несения боевого дежурства 1. Нарушение правил несения боевого дежурства (боевой службы) по своевременному обнаружению и отражению внезапного нападения на Республику Казахстан либо по обеспечению ее безопасности, если это деяние повлекло или могло повлечь причинение вреда интересам безопасности государства, – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до двух тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок. 2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия, –</p>	<p>Генеральная прокуратура Пересмотр санкций за воинские посягательства.</p>

<p>свободы на срок от трех до десяти лет. 3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы. Примечание. Военнослужащий, впервые совершивший деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, при смягчающих обстоятельствах может быть освобожден судом от уголовной ответственности.</p>	<p>наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет. 3. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы. Примечание. Военнослужащий, впервые совершивший деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, при смягчающих обстоятельствах может быть освобожден судом от уголовной ответственности.</p>	
<p>Статья 380. Злоупотребление властью 1. Злоупотребление начальника или должностного лица властью или служебным положением вопреки интересам службы в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям, если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, – наказывается ограничением по воинской службе на срок до двух лет либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев или лишением свободы на срок до четырех лет. 2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок от четырех до семи лет. 4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 475. Злоупотребление властью 1. Злоупотребление начальника или должностного лица властью или служебным положением вопреки интересам службы в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям, если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до четырех тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до четырех лет, либо лишением свободы на тот же срок, с пожизненным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, с конфискацией имущества. 2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия, – наказывается лишением свободы на срок от четырех до семи лет, с пожизненным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, с конфискацией имущества. 4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, –</p>	<p>Генеральная прокуратура Согласно положениям Общей части за совершение коррупционных преступлений лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью состоит в пожизненном запрете занимать должности на государственной службе и в органах местного самоуправления. Согласно Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) требуется предусмотреть конфискацию имущества, добытого преступным путем.</p>

	наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы, с пожизненным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или без такового, с конфискацией имущества.	
<p>Статья 380-1. Превышение власти или служебных полномочий</p> <p>1. Превышение власти или служебных полномочий, то есть совершение начальником или должностным лицом действий, явно выходящих за пределы его прав и полномочий, повлекшее существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, – наказывается ограничением по воинской службе на срок до двух лет либо содержанием на гауптвахте на срок до трех месяцев или лишением свободы на срок от двух до пяти лет.</p> <p>2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия либо совершенное:</p> <p>а) с применением насилия или угрозы его применения; б) с применением оружия или специальных средств; в) в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям, – наказывается лишением свободы на срок от пяти до десяти лет.</p> <p>4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 476. Превышение власти</p> <p>1. Превышение власти или служебных полномочий, то есть совершение начальником или должностным лицом действий, явно выходящих за пределы его прав и полномочий, повлекшее существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до пяти тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до пяти лет, либо лишением свободы на тот же срок.</p> <p>2. То же деяние, повлекшее тяжкие последствия либо совершенное:</p> <p>а) с применением оружия; б) в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям, – наказывается лишением свободы на срок от трех до пяти лет, а в случаях, предусмотренных пунктом б), - лишением свободы на срок от трех до пяти лет с пожизненным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, с конфискацией имущества.</p> <p>4. Деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, совершенные в военное время, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Генеральная прокуратура</p> <p>В действующей редакции ст.380-1 УК, при совершении начальником в отношении подчиненного преступления, связанного с применением насилия, причинением вреда здоровью, мера наказания не зависит от тяжести причиненного вреда здоровью потерпевшего.</p> <p>Так, независимо от степени тяжести вреда здоровью потерпевшего, санкция п.«а» ч.2 ст. 380-1 УК предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок от пяти до десяти лет.</p> <p>При разделении диспозиции ст.380 УК РК (на ст.ст.380-1; 380-2 УК РК) произошло несоразмерное увеличение санкции за превышение власти или служебных полномочий в сравнении с ранее действующей редакцией.</p> <p>К примеру, при наличии такого квалифицирующего признака как: «с применением насилия или угрозой его применения», санкция статьи 380-1 ч.2 п.«а» УК РК предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок от 5 до 10 лет, в то время в ранее действующей редакции за эти же действия (причинение начальником своему подчиненному телесных повреждений легкой и средней тяжести) предусматривалось наказание до 5 лет.</p> <p>Сложившееся положение противоречит общим началам назначения наказания, предусмотренных ч.3 ст.52 УК РК, предписывающие при назначении наказания учитывать характер и степень общественной опасности преступления.</p>

		В этой связи, предлагается исключить квалифицирующие признаки п.а) ч.2 ст.380-1 УК «с применением насилия или угрозы его применения» и исключить из п.б) ч.2 ст.380-1 УК РК квалифицирующий признак «или специальных средств».
<p>Статья 383. Сдача или оставление противнику средств ведения войны Сдача противнику начальником вверенных ему военных сил, а равно не вызывавшееся боевой обстановкой оставление противнику укреплений, боевой техники и других средств ведения войны, если указанные действия совершены не в целях содействия противнику, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	<p>Статья 480. Сдача или оставление противнику средств ведения войны Сдача противнику начальником вверенных ему военных сил, а равно не вызывавшееся боевой обстановкой оставление противнику укреплений, боевой техники и других средств ведения войны, если указанные действия совершены не в целях содействия противнику, – наказываются лишением свободы на срок от десяти до двадцати лет либо смертной казнью или пожизненным лишением свободы.</p>	Без изменений.

Итоги реализации положений национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан на период 2009-2012 г.г. по стандартам справедливого суда²⁶⁶

Известно, что идея разработки национальных планов действий в области прав человека была сформулирована в ходе работы Всемирной конференции по правам человека в Вене в 1993 году. Венская декларация и Программа действий для выработки конкретных универсальных мероприятий по эффективному и долгосрочному улучшению ситуации в области прав человека, принятые в рамках данной конференции и утвержденные Генеральной Ассамблеей ООН, рекомендовали каждой стране рассмотреть возможность разработки Национального плана действий в области прав человека.

Основными причинами сложившегося положения дел являются – **отсутствие** достаточного опыта и традиций, концептуально-методической **адаптации мировой правозащитной мысли к нашей действительности**, необходимой правовой базы. Исходя из изложенного, на сегодняшний день представляется важным создание правозащитного комплекса, который способствует системной и скоординированной организации работы в сфере защиты и поощрения прав человека. Настоящий Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы является консолидированной программой, предусматривающей конкретные шаги по совершенствованию законодательства о правах человека, национальной системы защиты прав человека, а также улучшению осведомленности населения о правах человека и механизмах их защиты.

Целью Национального плана является информирование Главы государства, Парламента и Правительства Республики Казахстан о ситуации с правами человека в Казахстане, выявление пробелов в национальном законодательстве и правоприменительной практике, уровня правовой защищенности человека и его информированности о своих правах, узловых проблем в сфере защиты прав человека, а также совершенствование деятельности национальных правозащитных институтов и конкретные шаги по их решению.

Кроме того, данный Национальный план способствует:

- определению приоритетных направлений работы в сфере защиты прав человека, требующих безотлагательных, скоординированных действий всех ветвей власти и НПО при широкой и активной поддержке населения;
- привлечению внимания властных структур и общественности к неблагоприятным ситуациям и нерешенным проблемам в области прав человека;
- определению основных направлений развития законодательной и правоприменительной практики в Казахстане в области прав человека, содействующей созданию комплексной целостной системы защиты прав человека, сочетающей в себе внутринациональные и международные стандарты и нормы, государственные и общественные механизмы;

²⁶⁶ Обзор выполнен в рамках партнерского проекта Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности (КМБПЧиСЗ), Международного центра журналистики MediaNet и Центра исследований правовой политики LPRC «Мониторинг исполнения РК Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 гг.», реализуемого при финансовой поддержке Европейского Союза. Содержание данного обзора является предметом ответственности исполнителей проекта и не отражает точку зрения Европейского Союза.

- установлению тесной координации внутригосударственной (национальной) системы защиты прав человека с международно-правовыми системами;
- развитию правового просвещения населения.

Экспертиза осуществляется в соответствии с утвержденными постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 мая 2002 года № 598 «О мерах по совершенствованию нормотворческой деятельности» Правилами проведения научной экспертизы, согласно которым основными задачами научной экспертизы проектов нормативных правовых актов являются:

- 1) выявление норм, способствующих совершению коррупционных правонарушений;
- 2) выработка предложений по устранению выявленных пробелов в рассматриваемом проекте нормативного правового акта;
- 3) выработка в форме рекомендаций норм проектов нормативных правовых актов, препятствующих совершению коррупционных правонарушений;
- 4) общая оценка последствий принятия проекта нормативного правового акта в части возможности совершения коррупционных правонарушений;
- 5) определение возможной эффективности.

Выявление норм, содержащих в себе возможный коррупциогенный потенциал, осуществляется в соответствии с Методическими рекомендациями по проведению антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов (проектов), одобренными 18 октября 2010 года на 34-м заседании Межведомственной комиссии по вопросам совершенствования действующего законодательства в части противодействия коррупции.

Используемая Методика определяет порядок проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов (проектов) с целью выявления в нормативном правовом акте (проекте) норм, способствующих совершению коррупционных правонарушений.

В ходе проведения научной экспертизы Законопроект необходимо рассмотреть на предмет:

- широта дискреционных полномочий;
- завышенные требования к лицу, предъявляемые для реализации принадлежащего ему права;
- юридико-лингвистическая коррупциогенность, создающая возможности для совершения коррупционных правонарушений;
- наличие пробела в регулировании, создающего возможность для совершения коррупционных правонарушений;
- отсутствие или ненадлежащее регулирование административных процедур;
- отсутствие или ненадлежащее регулирование конкурсных (аукционных) процедур;
- ненадлежащее определение функций, обязанностей, прав и ответственности государственных служащих (должностных лиц)
- коллизии норм права, создающие возможность для совершения коррупционных правонарушений;
- «навязанная» коррупциогенность.

В целом надо отметить, что приводимые ниже нормы на предмет обеспечения права на справедливое судопроизводство, и приводимые научно-практические рекомендации, в своей основе будут подвергнуты анализу на основе данной методики. При этом хотелось бы сделать авторскую поправку, связанную с тем, что в большей мере, учитывая специфику выдвигаемых в Национальном плане требований, это будет криминологический анализ, который адекватно подходит к исследуемой проблеме.

Каковы же основные требования Национального плана до 2012 года в области соблюдения права на справедливое судопроизводство? В целях обеспечения прав человека, гарантированных Конституцией Республики Казахстан и международными правовыми актами, рекомендуем Правительству Республики Казахстан в период 2009-2012 годов реализовать на практике следующие меры:

Первое требование. Принять меры, направленные на открытость и прозрачность судебных процедур, а также деятельности органов судебной власти. Достижение этих целей возможно, прежде всего, путем внедрения таких объективных методов фиксации судебных процессов, как обязательная аудиозапись либо видеозапись происходящего на судебных заседаниях.

Законодательством об административных правонарушениях обязательное ведение протокола судебного заседания вообще не предусмотрено, а право стороны по делу на применение аудио-видеозаписи в процессе может быть реализовано лишь с согласия председательствующего по делу. Поэтому во избежание возможных нарушений хода судебного заседания следует внести в процессуальные законы подобные изменения.

Следует рассмотреть вопрос о более широком использовании электронных средств связи.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время, действующее уголовно-процессуальное законодательство в пункте 6 статьи 326 «Распорядок главного судебного разбирательства» регламентирует следующее: «Фотографирование, применение аудио-, видеозаписи и киносъемки в зале судебного заседания допускается только с разрешения председательствующего».

При этом в пункте 2 статьи 328 «Протокол главного судебного разбирательства» УПК РК указывается: «Протокол изготавливается компьютерным, электронным (включая цифровую аудио-, видеозапись), машинописным либо рукописным способом». Пункт 6 этой же статьи гласит: «Во время главного судебного разбирательства могут применяться киносъемка, видео-, аудиозапись, материалы которых прилагаются к протоколу судебного заседания, печатаются и хранятся вместе с делом. В протоколе делается отметка о применении указанных технических средств».

В пункте 7 и 8 статьи 331 «Открытие главного судебного разбирательства» УПК РК имеются «корреспондирующие» нормы в анализируемой сфере: «7. В назначенное для главного судебного разбирательства время председательствующий открывает судебное заседание и объявляет, какое уголовное дело будет рассматриваться, а также о разбирательстве дела в открытом или закрытом судебном заседании. При использовании в судебном заседании средств аудио-, видеозаписи, киносъемки председательствующий объявляет об этом. Председательствующий обязан известить стороны об изготовлении протокола главного судебного разбирательства и обеспечить им возможность ознакомиться с ним и материалами аудио-, видеозаписи. 8. Лицо, допрошенное в главном судебном разбирательстве, вправе ходатайствовать об ознакомлении с записью в протоколе и материалах аудио-, видеозаписи его показаний. Такая возможность должна быть предоставлена не позднее следующего дня после заявления ходатайства».

Необходимо отметить, что всё же основным (обязательным) процессуальным документом фиксации судебного процесса является протокол судебного заседания. Цель обязанности протокола - обеспечение правильной и единообразной практики применения норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих порядок ведения, изготовления протокола судебного заседания, реализации прав участников процесса на ознакомление с ним и принесение замечаний, рассмотрения иных вопросов, связанных с этим процессуальным документом.

Согласно Нормативному постановлению Верховного суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года № 11 «О применении норм уголовно-процессуального закона о протоколе судебного заседания»: «Протокол судебного заседания по уголовному делу - важнейший процессуальный документ, служащий основой судебного постановления, используемый апелляциями, кассационными и надзорными инстанциями при решении вопросов о соблюдении судом прав лиц, участвовавших в процессе, принципа

состязательности, равноправия сторон и других принципов уголовного судопроизводства, об объективности, полноте и всесторонности проведенного разбирательства».

Обязательность протокола подчёркивается не (конкретно) прямо, а путём обратной связи. Так в пункте 3 нормативного постановления Верховного суда от 23 декабря 2005 года № 11 указано: «Протоколы соответствующих процессуальных действий должны именоваться с учетом их содержания и того, какая стадия судопроизводства в них зафиксирована. В Протоколе судебным заседанием именуется любое заседание суда по конкретному уголовному делу, проводимое с участием хотя бы одного из представителей сторон (обвинение, защита), гражданского истца, ответчика, их представителей, свидетеля, а также заседание, в котором принимаются процессуальные решения (вынесение приговора, постановления о прекращении, передаче дела по подсудности, приостановлении его производством, об отложении судебного разбирательства и т.п.). Предварительным слушанием в Протоколе именуется заседание, проводимое судом в порядке статьи 301 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан». Пункт 5 этого же нормативного постановления: «Кроме случаев, предусмотренных статьей 301 УПК, Главами 41-45 УПК, **ведение Протокола также обязательно** при:

- рассмотрении жалоб на действия (бездействие) и решения прокурора, органов следствия и дознания в порядке статьи 109 УПК;
- проверке в порядке статей 110, 111 УПК законности и обоснованности санкции суда на применение к подозреваемому, обвиняемому в качестве меры пресечения ареста и продление срока ареста подозреваемого, обвиняемого, а также санкции прокурора на принудительное помещение подозреваемого, обвиняемого в медицинское учреждение для производства судебно-медицинской экспертизы;
- рассмотрении дела в апелляционной инстанции в случаях, предусмотренных частью седьмой статьи 409 УПК;
- разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора, в порядке статей 452-457 УПК;
- рассмотрении дел особого производства в порядке, предусмотренном Главами [54-56](#) УПК (применение принудительных мер медицинского характера; исполнение поручения суда иностранного государства о производстве процессуальных действий; разрешение вопросов, связанных с исполнением приговора суда иностранного государства);
- санкционировании судьей меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста обвиняемого, подозреваемого».

В соответствии с пунктом 16 и 17 анализируемого нормативного постановления Верховного суда: «16. О применении судом во время главного судебного разбирательства (главного судебного заседания) стенографирования, кино-, фотосъемки, видео-, звукозаписи, в Протоколе делается отметка с приложением к нему зафиксированных таким способом материалов и приведением технических характеристик использованных средств. 17. За правильность и своевременность составления Протокола несут ответственность как судья, председательствовавший при рассмотрении дела, так и секретарь судебного заседания».

Согласно статье 4 Конституции Республики Казахстан настоящее нормативное постановление включается в состав действующего права.

Как вывод, в действующем уголовно-процессуальном законодательстве Республики Казахстан нет регламентации обязательного требования аудиозаписи либо видеозаписи происходящего на судебных заседаниях.

В подавляющем большинстве областных и районах судах Республики имеются залы, в которых наличествует необходимая аудио и видео аппаратура для фиксации судебного процесса. Вместе с тем, тут проблема стоит в русле системы «разрешительного либо уведомительного» характера. Специфика реализации уголовного правосудия подразумевает уклон на «разрешительную» процедуру аудио либо видео фиксации судебного процесса.

Касаемо административного законодательства – вопрос ведения протокола судебного заседания, изменения в процессуальное законодательство (системно) возможно с принятием нового административно-процессуального кодекса. В настоящее время этот вопрос остаётся открытым.

В качестве рекомендаций:

- Изложить пункт 6 статьи 328 УПК РК в следующей редакции: «Во время главного судебного разбирательства (по требованию одной из сторон) обязательно применение киносъёмки, видео-, аудиозапись, материалы которых прилагаются к протоколу судебного заседания, печатаются и хранятся вместе с делом».
- Необходимо разработать правовой механизм «дублирования» либо отсылки положений нормативных постановлений Верховного суда Республики Казахстан в уголовно-процессуальное законодательство, с учётом их положительной апробации на практике.

Все правовые предпосылки для реализации данных рекомендаций имеются. Классически место каждого подзаконного акта в иерархии нормативных правовых актов зависит от органа его издавшего, полномочий и компетенции этого органа. Нормативные постановления Верховного Суда по юридической силе приравниваются к тем нормативным правовым актам, положения которых стали предметом интерпретации (толкования) в конкретном нормативном постановлении. В частности, в постановлении Конституционного Совета от 13 декабря 2001 года отмечено: «из права давать официальное толкование норм Конституции следует юридическая сила решений Конституционного Совета, равная юридической силе тех норм, которые стали предметом его толкования». По аналогии с этим положением и компетенцией пленарного заседания Верховного Суда принимать нормативные постановления, можно утверждать, что юридическая сила нормативного постановления определяется юридической силой нормативного правового акта, нормы которой интерпретируются. Последние должны применяться в единстве с положениями соответствующего нормативного постановления в силу его общеобязательного характера.

Второе требование. Достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится также в урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью.

Надо сделать прозрачной информацию о движении дел в суде, гарантировать доступность судебных актов. Граждане и организации должны свободно получать сведения о деятельности судов, подборе кандидатов в судьи и другое.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В соответствии с пунктом 3 статьи 18 Конституции Республики Казахстан государственные органы, общественные объединения, должностные лица и средства массовой информации обязаны обеспечить каждому гражданину возможность ознакомиться с затрагивающими его права и интересы документами, решениями и источниками информации. Конституционные нормы корреспондируют с нормативными требованиями следующих законодательных актов Республики Казахстан: «О средствах массовой информации», «Об информатизации», «О государственных секретах».

В целом, в настоящее время проблем процедурного характера взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью не возникает. Аналогично этому, нет запретов свободно получать сведения о деятельности судов, подборе кандидатов в судьи. Всё достаточно демократично освещено на электронном сайте Верховного суда, и сайтах местных судов. Правовой основой деятельности судов, подборе кандидатов в судьи выступает Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» и принятые «во исполнении» последнего

нормативные акты. В частности, возможно выделить (в качестве перспективы совершенствования) Стратегический план Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011 – 2015 годы, где описаны формы и способы межведомственного взаимодействия.

Вместе с тем, на законодательном уровне не отработан механизм прозрачности информации о движении дел в суде, гарантированности доступности судебных актов.

В качестве рекомендации:

- Необходимо на законодательном уровне детально описать механизм прозрачности движения дела в суде и гарантированности доступности судебных актов на основе статьи 9 «Значение принципов уголовного процесса» УПК РК, в которой постулируется следующее нормативное положение: «Значение принципов уголовного процесса состоит в том, что их нарушение, в зависимости от его характера и существенности, влечет признание состоявшегося производства по делу недействительным, отмену вынесенных в ходе такого производства решений либо признание собранных при этом материалов не имеющими силы доказательств».

Третье требование. Качество отправления правосудия, в первую очередь, зависит от профессионализма и грамотности того или иного судьи, наличие же проблем с качеством судейского корпуса очевидно. Поэтому необходим более прозрачный порядок назначения судей. В целях решения этой проблемы, необходимо, чтобы списки лиц, представленных Председателем Верховного Суда на назначение на вакантные должности судей и руководителей судов и судебных инстанций всех уровней предварительно публиковались в СМИ либо в Интернете для оповещения широкого круга общественности.

При обсуждении кандидатуры на должность судей необходимо проводить консультации с гражданским обществом, включая профессиональные ассоциации, имеющие отношение к деятельности судов.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Правовой основой назначения судей выступает Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

На электронном сайте Верховного суда имеется графа «Судебная система». Войдя в неё есть графа «Список судей, зачисленных в кадровый резерв на 2012 год», то есть «там» достаточно прозрачно, в табличном варианте, высвечены списки лиц, представленных Председателем Верховного Суда на назначение на вакантные должности судей и руководителей судов и судебных инстанций всех уровней.

Вместе с тем, вторая часть Требования касательно «При обсуждении кандидатуры на должность судей необходимо проводить консультации с гражданским обществом, включая профессиональные ассоциации, имеющие отношение к деятельности судов» детально не регламентирована.

Инновации в этой сфере. В судебной системе Казахстана наметились коренные перемены, где, на наш взгляд, пришло время следовать **деонтологическому подходу**. **Это будет та инновация**, тот бренд, который позволит существенно улучшить правовую материю (нити) «нового» Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

Данному деонтологическому стержню (подходу) в изменении мышления и формирования системы подготовки и отбора, подбора профессиональных кадров для отправления правосудия имеется предпосылка:

Верховный суд Республики Казахстан объявил о вхождении в Международную ассоциацию судей.

Важнейшим показателем развития любого государства, стремящегося к достижению общепринятых международных стандартов, является независимость судей, основные принципы которой приняты седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Милан, 1985 год), и одобрены резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 года и 40/146 от 13 декабря 1985 года, а также Европейской хартией о законе, о статусе судей (Лиссабон, 1998 год).

Соблюдение государствами данных принципов используется в качестве критерия при расчете Глобального индекса конкурентоспособности стран. В целях его улучшения Верховный Суд проводит активную работу по обеспечению использования в расчетах индекса независимости судебной системы объективных показателей. Так в Казахстане опубликован Стратегический план Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011 – 2015 годы. По итогам выполнения данной работы планируется улучшить и (или) не допустить снижение рейтинга Казахстана по показателю «Судебная независимость» в 2010 году – 109 место, в 2011 году – 107 место, в 2012 году – 105 место, в 2013 году – 103 место, в 2014 году – 101 место, в 2015 году – 99.

Известно, что международное сообщество юристов разработало международные стандарты профессиональной деятельности юриста, которые содержатся в следующих документах: «Стандарты независимости юридической профессии Международной ассоциации юристов» (1990), «Деонтологический кодекс/Кодекс правил осуществления адвокатской деятельности адвокатов Европейского сообщества/» (1988), «Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка» (1979), «Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов» (1985) «Декларация основных принципов правосудия для жертв преступления и злоупотребления властью» (1985), «Минимальные стандартные правила Организации Объединенных наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних» /«Пекинские правила»/ (1985), и другие.

Международные стандарты профессиональной деятельности юриста - это общие деонтологические требования (нормы и принципы), которые предъявляются к юристу - судье, адвокату и другим специалистам в области права независимо от государственных границ их профессиональной деятельности в целях гуманизации общественных отношений, утверждения законности и правопорядка в каждой стране мира.

Деонтологические нормы и принципы, признанные в качестве международных стандартов, гарантируют надлежащее выполнение юристами их функций, что создает необходимые условия для жизнедеятельности общества. В частности, 45% основателей Конституции США 1787 года были юристами. Сегодня в Сенате США юристы составляют около двух третей, а в Палате представителей около половины. В США юридическая профессия традиционно является одной из престижных и высоко оплачиваемых.

Учитывая, что каждая страна имеет свои традиции и специфику в области деятельности работников юридического труда, обусловленные национальным судоустройством, структурой государственной власти и управления, законодательством, вхождение в Международную ассоциацию судей потребует гармонизации «нового» Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» согласно указанным выше международным деонтологическим документам.

Четвёртое требование. Рассмотреть вопрос о государственной поддержке стажеров-кандидатов в судьи, а также введении института референтов (помощников) судей.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Государственная поддержка стажёров-кандидатов в судьи реализуется на основе распоряжения Председателя Верховного Суда

Республики Казахстан от 23 августа 2001 года № 299, которым утверждена «Типовая программа прохождения стажировки кандидатов в судьи». Типовая программа разработана в соответствии с Конституционным законом Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», Положением о прохождении стажировки кандидатами в судьи и направлена на изучение стажером-кандидатом специфики работы в районном и приравненном к нему суде, приобретение необходимых практических и организаторских навыков для работы в должности судьи.

Проблема здесь в том, что распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан согласно статье 3 «Основные и производные виды нормативных правовых актов» и статье 4 «Иерархия нормативных правовых актов» Закона Республики Казахстан от 24 марта 1998 года №213-І «О нормативных правовых актах» не является нормативным правовым актом и не входит в иерархию последних. Согласно пункту 10 статьи 1 Закона, правовая норма – это общеобязательное правило поведения, сформулированное в нормативном правовом акте, рассчитанное на многократное применение и распространяющееся на всех лиц в рамках нормативно-регламентированной ситуации. В пункте 11 статьи 1 вышеназванного Закона устанавливается понятие нормативного правового акта: «Нормативный правовой акт – письменный официальный документ установленной формы, принятый на референдуме либо уполномоченным органом или должностным лицом государства, устанавливающий правовые нормы, изменяющий, прекращающий или приостанавливающий их действие».

В соответствии с пунктом 6 статьи 3 Закона Республики Казахстан от 24 марта 1998 года № 213-І «О нормативных правовых актах»: «Принимаемые государственными органами и должностными лицами правовые акты индивидуального применения не являются нормативными правовыми актами».

Следовательно, за подобного рода «распоряжениями» не имеется принудительная сила государства, а значит, они имеют оценочный (субъективный) характер, что подразумевает искусственную широту дискреционных полномочий со стороны руководителя стажировки и пленарного заседания областного суда.

Верховным судом ещё в 2008 году было опубликовано исследование «Введение института помощников судей», в котором убедительно на основе достаточно репрезентативных данных был апробирован анализируемый Институт. Однако никаких правовых предпосылок в настоящее время к введению института референтов (помощников) судей в Казахстане нет.

Пятое требование. Принять меры по углублению специализации судов и судей: развивать ювенальные суды в регионах Казахстана; изучить обоснованность создания налоговых, трудовых и других судов.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время в Казахстане постепенно (а в городах Астана и Алматы в ускоренном режиме) происходит **специализация в профессиональной деятельности судьи**. В настоящем мы наблюдаем картину специализации судов Республики на: военные, административные, экономические, по делам несовершеннолетних. С 13 ноября 2006 года начал отсчет своей деятельности финансовый суд города Алматы, создание и становление которого призвано способствовать реализации одного из приоритетов, озвученных Президентом в Послании народу Казахстана «Стратегия вхождения Казахстана в число пятидесяти наиболее конкурентоспособных стран мира», путем развития города Алматы как крупного регионального центра финансовой и деловой активности не только в Казахстане, но и во всей Центральной Азии.

Альтернативы специализации судов, судей нет. В среднем суды Республики, уже сегодня, ежегодно рассматривают около 1 млн. дел и заявлений. Это говорит о том, что

вопрос о правовой неграмотности, нигилизме граждан Казахстана бьётся простым количественным показателем.

На законодательном уровне этому положению вторят тренды Концепции правовой политики Республики Казахстан. Одним из основных направлений развития судебно-правовой системы, обозначенных в Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Главы государства от 24 августа 2009 года (далее – Концепция) является принятие мер по дальнейшей специализации судов, в том числе возможность образования налогового суда.

Инновации в этой сфере. Деонтологический кодекс устанавливает следующие деонтологические требования к работе судьи, выполнение которых обеспечит право на справедливое судопроизводство в Казахстане, обеспечит равенство сторон в процессе, а оборотной стороной выступит результативная (не эффективная) защита прав стороной «противной» стороне обвинения:

И так, одним из важнейших деонтологических требований (норм, принципов) деятельности юриста, ставшим международным стандартом, является **независимость профессии судьи** как гарантия для осуществления защиты прав человека и оказания компетентной правовой помощи.

Независимость профессии судьи означает отсутствие любого давления: как результата собственных интересов, так и внешних влияний. Независимость необходима для обеспечения доверия со стороны юристов смежных профессий, а также со стороны клиентов.

Независимость профессии судьи обеспечивается: ее гарантированием государством и закреплением этих гарантий в конституции или законах; справедливой системой организации юстиции, исключающей какие-либо необоснованные ограничения или вмешательства; беспристрастным решением судебных органов, то есть решением на основе фактов и в соответствии с законом, без каких-либо ограничений, неправомерного влияния, побуждения, давления, угроз или вмешательства, прямого или косвенного, с чьей бы то ни было стороны и по каким бы то ни было причинам; созданием условий для получения гражданами правовой помощи со стороны избранного или независимого адвоката для защиты их прав; поддержанием профессиональными юридическими организациями профессиональных стандартов и этических норм; взаимодействием с правительственными и другими институтами для достижения целей правосудия в процессе разработки национального законодательства и практики его применения; наличием независимых самоуправляемых ассоциаций юристов, признанных действующим законодательством и способных обеспечить независимость профессии судьи и иное.

Второй принципиальной международной деонтологической нормой деятельности судьи при выполнении им профессиональных функций является служебная несовместимость как условие обеспечения независимости.

Служебная несовместимость означает неучастие судьи в коммерческой или иной деятельности, отличающейся от его профессии, и обязывает придерживаться норм о служебной несовместимости, которые приняты судьями Республики. Это в полной мере касается и требований отраженных в Кодексе Судейской этики.

По всему Кодексу правовыми узловыми требованиями выступают такие деонтологические категории, как: высокие требования к нравственности и морально-этическому облику судьи; добровольное наложение на себя ограничений, связанных с соблюдением этических правил поведения; общепринятые нормы морали; в соответствии с законом и совестью; судья должен быть терпимым, тактичным и уважительным; выполнять полномочия добросовестно и компетентно; не допускать грубости и бестактности; чтобы не было оснований для сомнений в его порядочности и честности.

Третье деонтологическое требование к судье, являющееся международным стандартом, - **гласность**, но только там и тогда, когда это не запрещено. Судья обязан сохранять профессиональную тайну в отношении своей работы и конфиденциальную информацию, полученную в ходе выполнения ими своих обязанностей. Согласно «Пекинских правил» при отправлении правосудия в отношении несовершеннолетнего должны уважаться его права на конфиденциальность на всех этапах, чтобы избежать причинения вреда из-за ненужной гласности или из-за ущерба репутации.

Четвертое требование выражается в **защите** судьёй насколько возможно, **законных интересов граждан** так же, как своих собственных интересов, интересов коллеги или профессии в целом.

Можно продолжить перечисление деонтологических требований, имеющих международный характер, однако все они имеют истоки в главном принципе - **соблюдение основных прав человека** - определенных возможностей, которые необходимы для его существования и развития в конкретно-исторических условиях.

Международные стандарты в области профессиональной юридической деятельности, составленные в соответствии со статьёй 1 Всеобщей декларации прав человека «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах», нашли свое воплощение в Конституции и других нормативно-правовых актах Республики Казахстан. Они являются моделью для дальнейшего совершенствования профессионализма судей в условиях построения правового государства гражданским обществом.

Шестое требование. Требуют упорядочения и вопросы, связанные с привлечением к дисциплинарной ответственности судей.

Было бы правильным на законодательном уровне определить, за какие именно нарушения законности судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности. Есть целесообразность рассмотрения вопроса о том, чтобы решения Республиканской дисциплинарно-квалификационных коллегий и Судебного жюри могли быть обжалованы заинтересованными лицами в Высший Судебный Совет.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Законодательно статья 38 «Дисциплинарно-квалификационные коллегии судей» исключена Конституционным законом РК от 16 февраля 2012 года № 559-IV.

Правовой основой деятельности Судебного жюри является (статья 38-1) Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», а также Положение о Судебном жюри, утверждённое указом Президента Республики Казахстан от 26 июня 2001 года № 643. В частности, в последнем, в пункте 45 регламентировано: «Решение Судебного жюри обжалованию не подлежит».

В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

Седьмое требование. Требуется совершенствование положений, касающихся сроков рассмотрения гражданских дел, установления механизма возмещения ущерба, причиненного в ходе осуществления судопроизводства и исполнительного производства.

Было бы целесообразным рассмотреть вопрос о расширении участников конституционного производства и включить в него граждан, предоставив им возможность обращения в Конституционный Совет для защиты нарушенных конституционных прав.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время нет полноты правовой информации для выяснения степени реализации данного требования, в связи с отсутствием детального процессуального механизма возмещения вреда.

По второй части требования правовых предпосылок для реализации такого требования нет.

Восьмое требование. На протяжении длительного времени с учетом особенностей социально-экономических отношений большее внимание на практике, в теории и нормотворческой деятельности уделялось развитию гражданского и уголовного отраслей права. Между тем, административно-правовые отношения являются одними из самых динамичных.

Закономерным шагом в развитии административного судопроизводства должно стать принятие Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утверждённой Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858, регламентировано следующее: «Развитие системы государственного управления в Казахстане неразрывно связано с правовым обеспечением административной реформы, направленной на создание эффективного и компактного государственного аппарата, внедрение новых управленческих технологий, совершенствование административных процедур.

Важной составной частью административного права является административно-деликтное право, перспективы развития которого связаны с обновлением законодательства об административных правонарушениях, в основе которого должно лежать признание конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина непосредственно действующими, определяющими смысл, содержание и применение законов.

Законодательство об административных правонарушениях должно быть максимально направлено на восстановление нарушенных прав, предупреждение правовых конфликтов в обществе административно-правовыми мерами. При этом при формировании административно-правовых санкций должен неукоснительно соблюдаться принцип их соразмерности степени общественной опасности и характеру правонарушения.

Следует выработать четкую концепцию разграничения полномочий между судом и внесудебными инстанциями по рассмотрению дел об административных правонарушениях, то есть о соотношении судебного и внесудебного порядка рассмотрения административных дел. При этом остается актуальным тезис о возможности расширения полномочий суда по наложению административных взысканий, а также развития принципа состязательности в административном судопроизводстве.

Для административно-деликтного права являются злободневными вопросы более четкого определения круга правоотношений, охраняемых административно-деликтным законодательством и соответственно более четкого разграничения между административно-правовыми и уголовно-правовыми санкциями.

Другим важным направлением является развитие **административно-процессуального права**, вершиной которого стало бы принятие Административного процессуального кодекса. При этом следует четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. В этом контексте сохраняют актуальность вопросы законодательной регламентации порядка разрешения конкретных дел об административных правонарушениях. Также в контексте развития административно-процессуального права следует рассматривать вопрос об

административной юстиции, разрешающей споры о праве, возникающие из публично-правовых отношений между государством и гражданином (организацией). То есть подлежит рассмотрению вопрос процессуального обособления и легитимации порядка разр

Таким образом, административное судопроизводство должно стать полноправной формой осуществления правосудия, наряду с уголовным и гражданским судопроизводством».

В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования в связи с отсутствием на правовом поле Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

В качестве рекомендаций:

- В связи с разработкой и последующим принятием Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан рекомендуется:

А) Внести изменения и дополнения в Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года № 213-І «О нормативных правовых актах» с указанием в статье 3-1 новой области общественных отношений, регулируемых кодексами Республики Казахстан – «административно-процессуальных»;

Б) Законодательно закрепить разрешение публично-правовых споров (глава 27 ГПК РК) к подсудности специализированных административных судов

В) Внести изменения и дополнения в Закон РК «Об административных процедурах»;

Г) Принятие нового Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан гармонизировать с нормами принимаемого нового Уголовного кодекса в рамках института «уголовного проступка».

Девятое требование. Необходимо законодательным путем повысить статус и процессуальные возможности адвокатов, направленные на достижение процессуального равенства со стороны обвинения.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В философии давно известен закон «сообщающихся сосудов». В праве давно разработана и применяется система «сдержек и противовесов».

Для исполнения данного требования необходимо из Закона РК «О прокуратуре» убрать надзорную функцию, оставив лишь обвинительную и координационную функцию. Нивелирование надзорной функции прокуратуры приведёт к работоспособности вышеуказанного «закона и системы».

В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

Десятое требование. Необходимо исключить практику расследования уголовных дел в отношении сотрудников своего ведомства. Условием для объективного расследования таких уголовных дел должно стать исключение подследственности правоохранительных органов в отношении своих сотрудников.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В целом данное требование направлено на устранение искусственной широты дискреционных полномочий со стороны правоохранительных органов в отношении своих сотрудников. Между тем имеется коллизия правовых норм естественного характера, так как в правоохранительной системе

Казахстан органом, осуществляющим высший надзор за законностью является прокуратура.

Выполнение данного требования органически переплетено с девятым требованием.

При этом в действующем УПК РК (пункт 4 статьи 192) регламентировано следующее: «По уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 176 (частью второй, пунктом б) части третьей, частью четвертой), 177 (частями второй, третьей и четвертой), 180, 18 (частями первой и второй), 184, 184-1, 228, 309, 316, 339 (частями второй и третьей), 341, 343-357, 363-365 Уголовного кодекса Республики Казахстан, предварительное следствие производится органом внутренних дел или финансовой полиции, возбудившим уголовное дело. По уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьей 141-1, 363-1 Уголовного кодекса Республики Казахстан, предварительное следствие производится органами внутренних дел или финансовой полиции, возбудившими уголовное дело в отношении лица, не являющегося сотрудником этого органа».

Одиннадцатое требование. В целях укрепления независимости судей законодательно установить выборность председателей коллегий судов судьями соответствующих судов.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время согласно пункту 3-1) статьи 17 «Полномочия Верховного Суда» Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»: «Верховный Суд формирует кадровый резерв на должности председателей и председателей судебных коллегий местных и других судов, судей и председателей судебных коллегий Верховного Суда».

В соответствии с подпунктом 2) пункта 2 статьи 20 «Председатель Верховного Суда» Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»: «Председатель Верховного Суда представляет интересы судебной системы республики во взаимоотношениях с органами иных ветвей государственной власти республики и международными организациями, а также вносит на рассмотрение соответствующих пленарных заседаний судов на альтернативной основе кандидатуры на вакантные должности председателей и председателей судебных коллегий местных и других судов, председателей судебных коллегий и судей Верховного Суда».

Согласно пункту 5 статьи 31 «Порядок наделения судьи полномочиями» Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»: «Председатели местных и других судов назначаются на должность Президентом Республики по рекомендации Высшего Судебного Совета Республики Казахстан сроком на пять лет».

В качестве рекомендаций:

- Необходимо вносить изменения и дополнения в Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» для предоставления судьям такой правовой возможности, которая не противоречит статье 4 этого же закона, подтверждающая единство судебной системы Республики Казахстан.

Двенадцатое требование. Ввести институт мировых судей (биев), законодательно закрепив выборность этих судей населением страны.

Историческая справка. Одним из основоположников судебно-правовых уложений казахского ханства был Майкы би - крупный дипломат и общественный деятель, советник

Чингисхана. Усиление и укрепление государства связано также с именем Касым хана - сына Аз Жанибек хана. При его правлении впервые в истории была проведена систематизация правовых обычаев и норм, получившая название «Правда Касым хана». Заметный вклад в развитие правовой системы казахского общества внёс Есим хан. Он значительно усилил воинские законы, повысив ответственность воинов, что было связано с необходимостью защиты от захватнических устремлений джунгар. В конце XVII века Аз Тауке, Толе би, Казбек би, Айтеке би создали «Жеті Жаргы», которые по сути стали непосредственной системой законов, кодексом судебной власти. Однако, поскольку этот свод правил дошел до нас в устной форме, общество не восприняло эти уставы официально как кодекс. Тем не менее, выпестованные тысячелетиями в недрах национальных традиций, общественных явлений в системе государства казахской нации, эти законы сослужили в свое время добрую службу народу.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Выполнение данного требования имеет и историко-правовые предпосылки, когда мировые судьи избирались населением конкретной территории.

В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

Тринадцатое требование. Пересмотреть действующий порядок предварительного рассмотрения надзорных жалоб, который существенно ограничивает права участников процесса, ставит их в неравноправное положение с прокурором, надзорный протест которого не нуждается в процедуре предварительного рассмотрения.

Надзорные жалобы адвокатов, осужденных, потерпевших и других участников процесса, предъявляемые в надзорную инстанцию, необходимо рассматривать как и протесты прокуроров, непосредственно в надзорной коллегии с принятием процессуальных решений.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Выполнение данного требования органически переплетено с девятым требованием.

В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

Четырнадцатое требование. Упразднить предварительное рассмотрение надзорной жалобы в составе 3-х судей, как ущемляющее права граждан на объективное рассмотрение их жалобы.

Таким образом, вся судебная структурная система будет состоять только из трех инстанций, что облегчит доступ граждан и юридических лиц к правосудию, что соответствует международным стандартам об открытости (транспарентности) судебной системы.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

В качестве рекомендаций

- Необходимо вносить изменения и дополнения в:

1. Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» для реализации на практике такого требования;
2. УПК РК (статьи 463-465).

Пятнадцатое требование. Законодательно урегулировать вопрос о праве адвоката истребовать документы, составляющие государственную, коммерческую и другую

охраняемую законом тайну. В законе необходимо отразить те случаи, когда истребованные защитником документы не могут быть ему предоставлены

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Выполнение данного требования органически переплетено с девятым требованием. В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

В качестве рекомендаций

- Необходимо вносить изменения и дополнения в:
 1. УПК РК (статьи 53, 74, 125);
 2. ЗРК «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 года № 195 (статья 14);
 3. ЗРК «О государственных секретах» от 15 марта 1999 года № 349-1 (статьи 25, 26).

Шестнадцатое требование. Необходимо законодательно закрепить вопросы о порядке проведения опроса, о фиксации полученных сведений в результате опроса, о порядке оценки и допустимости таких доказательств, создать правовую основу расширения прав адвокатов по сбору доказательств, документов и иных сведений, то есть решить в законодательном порядке вопрос о предоставлении адвокатами в судебном процессе доказательств с точки зрения признания их допустимости.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. Выполнение данного требования органически переплетено с девятым требованием. В настоящее время нет полноты правовой информации для выяснения степени реализации данного требования.

Семнадцатое требование. Отменить смертную казнь как вид уголовного наказания и ратифицировать второй Факультативный протокол Международного пакта о гражданских и политических правах.

Ситуация, имеющая место в настоящее время. В настоящее время нет правовых предпосылок для реализации такого требования.

ИТОГИ ожидаемых результатов по реализации Национального плана действий и формулируются дальнейшие перспективы по совершенствованию правозащитных механизмов в Казахстане по стандартам справедливого судопроизводства:

Из семнадцати требований не выполнено полностью шестнадцать.

Из них:

5 требование выполнено;

1, 2, 3, 10 требования выполнены частично;

4, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 требования не выполнены.

Этому есть объяснение:

Необходимо в философском смысле отметить, что Право в широком смысле, и права человека в узком смысле – это сложный комплекс и динамическая система. Оно прежде всего, регулирует определённые общественные отношения, в нашем случае обеспечения права человека на справедливое судопроизводство, но оно способно также воздействовать на эти общественные отношения. Сами общественные отношения существуют в связи с наличием определённых интересов людей в обществе, без этого и нет самого общественного отношения. Однако всему этому, приближаясь к нашей проблеме, имеется причина. А причина эта исходит из общефилософского методологического источника (Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года) – **закона единства и борьбы противоположностей**. С одной стороны, которой выступает Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы, с другой, действующее (уголовно-, гражданско-, «административно»-) процессуальное законодательство Республики Казахстан.

Дело в том, что противоречия – объективный и неотъемлемый признак любого общества. Они были, есть и будут. Они постоянно находятся в трансформации. Их нельзя полностью устранить из жизни, но можно в определённом направлении «сублимировать», сгладить их проявления. **Двудеиная роль уголовно-процессуального закона** состоит в том, что он является не только одним из важнейших средств в руках государства в борьбе с общественно опасными правонарушениями, но и орудием охраны или защиты социально ценных объектов. Это чётко отражено в статье 8. «Задачи уголовного процесса» УПК РК, где сказано:

1. Задачами уголовного процесса являются быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших, **справедливое судебное разбирательство** и правильное применение уголовного закона.

2. Установленный законом порядок производства по уголовным делам должен **обеспечивать защиту от необоснованного обвинения и осуждения, от незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина, в случае незаконного обвинения или осуждения невиновного - незамедлительную и полную его реабилитацию, а также способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению преступлений, формированию уважительного отношения к праву.**

При этом невозможно отдельно, без учёта всей системы уголовной юстиции обеспечить права, законные интересы граждан, человека.

Намечаются своего рода «весы», где на одной стороне права человека и гражданина, с другой законные интересы человека и гражданина. Так в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года отмечено, что дальнейшее развитие уголовного права будет осуществляться **с учетом двухвекторности уголовной политики**. Гуманизация должна касаться главным образом лиц, впервые совершивших преступления небольшой и средней тяжести, а также социально уязвимых групп населения – беременных и одиноких женщин, имеющих на иждивении несовершеннолетних детей, несовершеннолетних, людей преклонного возраста. Вместе с тем, необходимо и впредь проводить жесткую уголовную политику в отношении лиц, виновных в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, скрывающихся от уголовного преследования, а также при рецидиве преступлений.

Приоритетом развития уголовно-процессуального права остается дальнейшая последовательная реализация основополагающих принципов уголовного судопроизводства, направленных на защиту прав и свобод человека. Для этого требуется разработка оптимальных правовых механизмов, предусматривающих эффективное применение уголовно-процессуального законодательства и законодательства об оперативно-розыскной деятельности, в целях быстрого и полного раскрытия преступлений, изобличения и привлечения к уголовной ответственности лиц.

Важной задачей является неукоснительное соблюдение законности, прав и свобод граждан при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Важным также является приведение уголовного закона в соответствие с международными договорами, ратифицированными Казахстаном. Речь, в частности, идет не только о декриминализации, но и об обратном процессе - о криминализации определенных видов правонарушений, а также о введении уголовной ответственности юридических лиц за некоторые категории преступлений.

Наряду с этим для мест лишения свободы важным является обеспечение безопасности личности, соблюдение прав и законных интересов лиц, отбывающих данный вид наказания. В числе наиболее перспективных направлений в этой сфере необходим постепенный переход к камерному порядку содержания, при котором осужденный, имея в

дневное время возможность передвижения и межличностного общения в пределах учреждения, в ночное время был бы изолирован в отдельном помещении.

Сохранению баланса между интересами общества и государства по наказанию виновных и соблюдению их прав и законных интересов в период отбывания наказания способствуют установленные механизмы общественного контроля, развитию которых необходимо уделить внимание.

В целом систему исполнения уголовных наказаний следует и дальше приближать к общепризнанным международным стандартам.

Таким образом, естественный дуализм «обеспечение прав человека и защиты законных интересов граждан, общества и государства» имеет место в правовой системе Республики Казахстан, которая всё же ставит приоритетным трансформацию, имплементацию «дуализма» в сторону общепризнанных международных стандартов, с учётом такой категории, как время. И надеюсь, нового Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2013-2020 годы.

Использованные источники:

- Концепция правовой политики на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Главы государства от 24 августа 2009 года.
- Стратегический план Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011 – 2015 годы

Использованные НПА:

1. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан
2. Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан
3. Гражданский кодекс Республики Казахстан.
4. Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан.

Законы РК:

5. Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».
6. О Прокуратуре.
7. О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе.
8. О порядке и условиях содержания лиц в специальных учреждениях, обеспечивающих временную изоляцию от общества.
9. Об адвокатской деятельности.

Нормативные постановления Верховного суда РК:

10. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан».
11. Постановление Пленума Верховного суда Республики Казахстан от 9 июля 1999 года № 7 «О практике применения законодательства по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс»
12. Нормативное постановление Верховного Суда РК от 24 апреля 1992 года № 2 «О практике применения законодательства, регламентирующего права и обязанности лиц, потерпевших от преступлений».
13. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 20 июня 2005 года № 1 «О рассмотрении гражданского иска в уголовном процессе».
14. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 22 декабря 2008 года № 27 «О признании утратившими силу некоторых постановлений Пленума Верховного Суда Казахской ССР, постановлений Пленума Верховного Суда Республики Казахстан, нормативных постановлений Верховного Суда Республики Казахстан».

15. Нормативное постановление 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».
 16. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 26 «О практике применения уголовно-процессуального законодательства, регулирующего право на защиту».
- 

СЕССИЯ 1. ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

КАСИМОВ А.А.
*Председатель судебной надзорной коллегии
по уголовным делам Верховного Суда РК*

Вопросы дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан

Проводимый в Казахстане третий этап правовой реформы демонстрирует позитивную тенденцию развития законодательства, в том числе в сфере отправления правосудия, его гармонизацию с общепризнанными международными стандартами и принципами. При этом в центре внимания остаются вопросы усиления гарантий прав и законных интересов личности, прежде всего, пострадавших от преступлений, обеспечение неотвратимости уголовной ответственности и назначение справедливого наказания.

За годы суверенитета в Казахстане проделана большая и системная работа по законодательству, организационному и иному обеспечению судебной реформы.

Успешно действует суд с участием присяжных заседателей, внедрен и поэтапно расширяется судебный контроль за ограничением личной свободы при досудебном производстве. Центр тяжести разрешения дел по существу перенесен в суды первого уровня, как правило, к месту совершения преступления и нахождения большинства участников процесса, расширены апелляционные и кассационные полномочия местных судов, учреждена ювенальная юстиция.

УПК Казахстана сегодня можно расценить как прогрессивный кодифицированный закон, в который имплементированы основные стандарты и правила демократического уголовного правосудия. Но работа в данном направлении продолжается и это дело не одного дня или ночи. При этом мы должны учитывать национальные интересы страны, интеграционные процессы правовой системы в рамках Таможенного Союза и Единого Экономического Пространства.

В соответствии с Концепцией правовой политики и поручением Главы государства комплексно разрабатывается новая редакция четырех кодексов в области уголовной юстиции.

Проект новой редакции УПК РК содержит новеллы, обусловленные концепцией по его разработки. В частности, упраздняется стадия возбуждения уголовного дела. В стадии досудебного расследования лицо будет иметь статус только подозреваемого. Решение о форме окончания досудебного производства будет принимать, как правило, прокурор. Вводятся негласные следственные действия. Расширяется перечень следственных действий и мер процессуального принуждения, проводимых с санкции суда или прокурора. Разработаны новые главы об ускоренных и упрощенных производствах по уголовным делам.

Сформулировано и обосновано множество поправок в действующие нормы с учетом общепризнанных и ратифицированных Казахстаном международно-правовых актов,

тенденций развития уголовно-процессуального права и потребностей практики. Например, проектом устанавливаются разумные сроки производства по делу. Вводятся нормы о депонировании показаний и он-лайн допросе. Усиливаются меры по защите свидетелей обвинения и потерпевших. Время содержания под стражей и время расследования при ознакомлении обвиняемого, его защитника с делом включается в сроки досудебного производства, которые соответственно санкционируются судом.

Между тем, на наш взгляд, **проект нуждается в дополнительной проработке**. В частности, позволю обратить внимание на **некоторые его положения**.

1. С учетом международного опыта, подходов к разделению функций судьями в проекте надо четко определить процессуальное положение и полномочия следственного судьи. **Следственный судья** – это судья районного и приравненного к нему суда, осуществляющий судебный контроль за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, охраняемых законом прав и законных интересов организаций в ходе досудебного производства.

В уголовном процессе предусмотрено санкционирование в тех случаях, когда процессуальные действия и решения затрагивают фундаментальные конституционные права и свободы человека. В этой связи полагаем, что их ограничение в ходе уголовного судопроизводства должно осуществляться не прокурором, а судом. Так делается в большинстве стран.

Поэтапное (постепенное, вплоть до 2020 года) введение судебного санкционирования ничем не обусловлено, к тому же противоречит установке Главы государства о расширении судебного контроля.

Опасения в том, что суды не обеспечат принятие законных решений по вопросам санкционирования, беспочвенны. Суды сегодня рассматривают более сложные вопросы (о виновности, квалификации деяний, мере наказания, вплоть до пожизненного лишения свободы и смертной казни) и справляются. Поэтому не доверять судьям вопросы санкционирования нет оснований.

Возможно, что поводом к поэтапности судебного санкционирования является опасение в том, что снизится роль прокурора в ходе досудебного производства.

Считаем, что и для такого мнения оснований нет. Прежде, чем дело дойдет до рассмотрения указанных вопросов в суде, прокурор имеет неограниченные процессуальные возможности вмешаться в производство по делу и отменить подлежащие санкционированию действия и решения, или же, проверив их обоснованность, поддержать их перед судом.

2. О пределах расширения судебного контроля над досудебным производством. Полагаем, что в перспективе к **компетенции следственного судьи** целесообразно отнести рассмотрение следующих вопросов:

1) **Санкционирование всех мер пресечения и процессуального принуждения, ограничивающих личную (физическую) свободу человека;**

На сегодня с санкции суда применяются 5 мер принуждения: арест, домашний и экстрадиционный арест, помещение несовершеннолетнего в специальное учреждение, помещение арестованного в специализированную медицинскую организацию для судебно-психиатрической экспертизы.

По проекту новой редакции УПК перечень будет дополнен помещением лица для производства судебно-медицинской экспертизы.

2) Санкционирование мер принуждения, ограничивающих право собственности; Проектом предусмотрен судебный порядок наложения ареста на имущество. Следует подумать о залоге, в том числе определении его размера и решении его судьбы в ходе досудебного производства.

3) Санкционирование всех следственных и процессуальных действий, существенно ограничивающих права участников процесса на неприкосновенность личности, частной жизни, жилища;

Проект включает в данный круг эксгумацию трупа и объявление международного розыска. Между тем остается открытым вопрос о таких действиях как обыск, выемка секретных документов, принудительное освидетельствование и получение образцов у свидетеля и потерпевшего, арест корреспонденции.

4) Санкционирование предусмотренных проектом УПК всех негласных следственных действий как ограничивающих конституционные свободы граждан;

5) Рассмотрение вопроса о реализации вещественных доказательств и залога;

6) Депонирование доказательств – допрос и другие следственные действия, направленные на получение и проверку показаний, в судебном заседании с участием лиц, явка которых в главное судебное разбирательство по предусмотренным законом уважительным причинам будет невозможна;

7) Прекращение уголовного дела (преследования) на досудебной стадии по нереабилитирующим основаниям;

8) Рассмотрение жалоб на действия (бездействие) и решения органов уголовного преследования в порядке статьи 109 УПК РК;

9) Наложение денежного взыскания за невыполнение процессуальных обязанностей.

3. С позиции международных стандартов и принципов важно, что рассмотрение этих вопросов именно следственным судьей укрепляет правовые механизмы и гарантии охраны и защиты прав и свобод человека. Данный судья не рассматривая дела по существу, не связан с предрешением вопросов о доказанности деяния и виновности лица, мере ответственности и других, которые будет разрешены судом первой инстанции.

При этом полномочия следственного судьи должны быть ограничены. Он не праве давать указания о направлении досудебного производства и проведении следственных действий, а также выполнять действия и принимать решения вместо лиц, ведущих досудебное производство, осуществляющего надзор прокурора и суда, рассматривающего дело по существу.

Кроме того, считаем, что вопросы санкционирования подлежат рассмотрению в судах двух уровней (районного и областного) и выводить их на рассмотрение в кассацию и надзор нет необходимости. В ряде стран решение судьи первой инстанции уже является вступившим в законную силу актом и не подлежит пересмотру вышестоящим судом. У нас заложен механизм пересмотра вышестоящим судом и этого достаточно. Кстати, Конституционный Суд России в подобной ситуации признал такой двухзвенный порядок не нарушающим права человека.

Следует отметить, что Верховный Суд – это правоприменительный орган и приведенные нами позиции не преследует цели увеличения судебных полномочий ради ведомственных интересов.

4. Об упрощении судебного контроля в стадии досудебного производства в связи с введением следственного судьи.

В настоящее время применяется упрощенный порядок рассмотрения прокурором жалоб на действия и решения органов предварительного расследования. И эта позиция сохраняется в проекте УПК только для прокуроров.

Что же касается порядка рассмотрения подобных жалоб судьей, то без каких-либо оснований процедура проектом значительно усложнена за счет обязательного вызова в суд участников процесса, прокурора, лиц, на действия которых подана жалоба, и др.

Между тем в их присутствии по большинству случаев, как показало изучение судебной практики, нет необходимости. Судье достаточно сопоставить доводы жалобы с аргументами обжалованного решения или основаниями совершения действий, проверить соблюдение требований закона и принять решение. В необходимых случаях (а не во всех) судья может пригласить любое лицо и заслушать его пояснения, истребовать соответствующие материалы.

Такие же аргументы приемлемы относительно судебного порядка рассмотрения вопроса о санкционировании.

Прокурор, как известно, быстро и без участия каких-либо лиц решает вопросы о санкционировании. А когда эти вопросы разрешает судья, то механизм рассмотрения усложнен до такой степени, что суды сегодня вынуждены в результате невозможности своевременного обеспечения в заседание защитника и других участников процесса, проводить заседания не только в рабочее время. Дошло дело до того, что судебные заседания проводятся и в ночное время. Этого не делается ни в одной стране.

К тому же в отведенное суду время (8 часов) судья вынужден заниматься организацией процесса (искать и находить адвоката, потерпевших, представителей и др. лиц, их надлежаще уведомить, обеспечить явку) вместо изучения представленных материалов. Полагаем, что нет необходимости усложнять подобными обстоятельствами рассмотрение в суде вопросов, отнесенных к компетенции следственного судьи, и при ревизии его решения в вышестоящем суде.

Упование сторонников полного процесса по этим вопросам необоснованно сводится к принципу состязательности. Он присущ суду первой инстанции при рассмотрении всех обстоятельств преступления для разрешения дела по существу. Следственный судья рассматривает данные вопросы для принятия промежуточного, а не окончательного решения по делу. Кроме того, он впоследствии не рассматривает это дело по существу. При санкционировании тех или иных следственных действий (например, обыск) в сравнении с мерами принуждения (подустим, арест) и вовсе отсутствует признак состязательности сторон, нет предмета спора.

На фоне тенденций к упрощению и сокращению процедуры судебного разбирательства дел по существу с принятием итогового решения, о чем предусматривается Концепцией, усложнение процедур рассмотрения промежуточных вопросы не продиктовано явной необходимостью.

5. Постановление Концепцией правовой политик задача упрощения и ускорения судопроизводства может быть успешно решена широким внедрением института **сделок в уголовном процессе.**

В действующем УПК существуют такие формы сделок как частное обвинение, медиация и прекращение дела ввиду примирения сторон.

Верховным Судом разработаны и в настоящее время обсуждаются модели трех глав, предусматривающих дополнительно такие формы сделок как согласительное производство, сокращенное производство и производство по делам об уголовных проступках.

Согласительное производство предполагает заключение процессуального или медиационного соглашения, на основании которого допускается смягчение вида, снижение размера наказания или освобождение от уголовной ответственности. Процессуальное соглашение может быть заключено с момента признания лица подозреваемым и до вступления приговора в силу, а также в стадии исполнения приговора между прокурором и совершившим преступление лицом, и подлежит утверждению судом.

Сокращенное производство будет применяться по делам, оконченным органами расследования в ускоренной форме. Оно может распространяться на оконченные в обычной форме дознания или следствия преступлений, помимо особо тяжких, по ходатайству сторон, при очевидности деяния и неоспаривании стороной защиты собранных доказательств.

Производство по делам об уголовных проступках представляет собой аналог производства по делам об административных правонарушениях, которые будут включены в УК как уголовные проступки.

6. Безусловно, международные стандарты требуют быструю реакцию органов уголовного преследования на каждое правонарушение и обеспечение доступа сторон к уголовному правосудию.

Вместе с тем вызывают беспокойство правовые последствия в связи с предполагаемым **упразднением стадии возбуждения уголовного дела**.

Размывается начальный момент досудебного расследования, являющийся неотъемлемым атрибутом каждой стадии и каждого этапа уголовного судопроизводства. Точное определение его начала сопряжено с возможностью избличения определенного лица и моментом возникновения уголовного преследования.

Кроме того, начало устанавливает момент наделения лица статусом подозреваемого еще до применения к нему тех или иных мер процессуального принуждения (задержания, мер пресечения).

По проекту УПК лицо становится подозреваемым после вынесения органом расследования соответствующего постановления об определении его статуса. Казахстанский вариант более совершенен, чем, например, украинский, в котором речь идет о направлении лицу уведомления о подозрении. Но в обоих случаях момент вынесения подобного процессуального акта не определен, а зависит от усмотрения лица, ведущего расследование, которое, в свою очередь, основывается также на субъективной категории – пределах доказывания подозрения.

В этой связи в правоприменении не исключается, что собирание доказательств, в том числе избличающих определенное лицо, может оказаться длительным и поглотит основное время расследования. По его завершению лицо обретает, наконец, статус подозреваемого, но лишается до этого момента прав на защиту от уголовного преследования. Нарушаются конституционные принципы равноправия и состязательности сторон, доступа к правосудию. Расследование фактически превращается в заочное и инквизиционное, обвинительное и одностороннее производство.

К тому ухудшается положение лиц, обладающих привилегиями от уголовного преследования, например, депутатов Парламента. Согласно проекту они фактически лишаются неприкосновенности еще до получения на это согласия соответствующей

Палаты ввиду исключения возбуждения дела и, следовательно, получения на это согласия Генерального прокурора.

Кроме того, завершающий этап досудебного расследования, формы и порядок его окончания на сегодня неплохо регламентированы УПК, успешно применяются и не ущемляют прав участников процесса. Вносимые проектом изменения – это не новеллы, а попытка без необходимости усилить и без того большие полномочия прокурора, свернуть процессуальную самостоятельность органов расследования.

**Предложения Министерства внутренних дел в рамках разработки проектов
новой редакции Уголовно-процессуального и Уголовного Кодексов
Республики Казахстан**

Уважаемые участники конференции!

В первую очередь, выражаю благодарность организаторам совещания за приглашение и возможность высказать позицию ведомства, наше мнение к проектам новых редакций УК и УПК.

Министерству внутренних дел подследственных более 90% преступлений и административных правонарушений. В связи с чем, именно сотрудники органов внутренних дел в практической деятельности будут сталкиваться с изменениями уголовного судопроизводства, недоработкой и недостатками разрабатываемых Кодексов.

Мы подняли всю переписку с государственными органами и еще раз изучили историю возникновения вопроса о необходимости реформирования УК и УПК.

Так, после введения 4 января 2010 года новой формы расследования – упрощенного досудебного производства, Администрация Президента запросила предложения о дальнейшем упрощении и ускорении процесса с целью приближения момента возбуждения уголовного дела к вынесению наказания судом. При этом необходимо создать эффективную защиту конституционных прав и свобод граждан.

В тот период, МВД предложило расширить упрощенное досудебное производство, что впоследствии было реализовано. 4 февраля 2011 года эта форма распространена на все виды преступлений, за исключением особо тяжких и установлена гарантия в Уголовном кодексе, что суд не вправе по таким делам вынести наказание больше половины предусмотренного санкцией статьи особенной части Уголовного кодекса (Закон «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и усиления гарантий законности в уголовном процессе»).

Для исключения вызова граждан из отдаленных мест мы предлагали ввести допрос в режиме видеоконференцсвязи, создание специального фонда по возмещению ущерба жертвам преступлений и многое другое (эти предложения в проекте УПК учтены).

При этом ведомство настаивало сохранить все стадии уголовного процесса, так как любое ее исключение влечет нарушение законности и коренной пересмотр всего УПК. Изучение опыта зарубежных стран, в т.ч. Германии показало отсутствие у них стадии доследственной проверки. Расследование начинаются с момента регистрации преступления.

В нашем УПК, предусмотренная возможность 2-х месячной доследственной проверки фактически дублирует сам процесс расследования.

Но, полный отказ от предварительной проверки не позволяет разграничивать преступления от гражданско-правовых отношений или административных деликтов.

К примеру, в т.г. органами внутренних дел зарегистрировано 1 млн. 630 тыс. сообщений, из них 594 тыс. или 36% впервые сутки не подтвердились и были списаны в наряд (ложный вызов и т.д.). Возбуждено административных производств - 123 тыс. (7%), отказано в возбуждении уголовных дел – 527 тыс. (32%), а возбуждено уголовных дел только – 215

тыс. (13%). При этом, сотрудники ОВД в трехдневный срок рассматривают 75% обращений, а из отказных материалов прокурорами отменено с возбуждением уголовных дел лишь 0,1% (566 дел).

В случае полного исключения стадии доследственной проверки все 1 млн. 630 тыс. обращений будут уголовными делами и минимум такое же количество лиц, будут вовлечены в орбиту уголовного процесса.

В материальном праве Германии отсутствует административное законодательство, поскольку все деяния предусмотрены в Уголовном кодексе. Их законы детально регламентируют каждый шаг полицейского, прокурора и суда. Негласные следственные действия включены в УПК, только потому, что нет отдельного закона, регламентирующего оперативно-розыскную деятельность.

Очень интересная модель, однако, на наш взгляд, такой уголовный процесс приемлем только для их культуры, менталитета со своей историей развития.

Интересный факт, что в 2004 году Турецкая Республика отказалась от германской модели судопроизводства, которая применялась ими с момента приобретения независимости.

Из нового УК Турции выделены мелкие деяния и создан новый Кодекс в виде административных правонарушений.

Сегодня полицейским Турции дана возможность составить протокол об административном правонарушении на месте, без производства расследования прокурором.

Более того, по мнению некоторых прокуроров Турции в УПК необходимо ввести фигуру следователя для подготовки материалов уголовного дела и сбора доказательств. В настоящее время расследование преступлений организывает прокурор, его поручения исполняет полиция.

Одним словом, наши предположения находят свое подтверждение. Исключение одной стадии – доследственной проверки, потребовало написания нового проекта УПК, пересмотра Уголовного кодекса, административного и уголовно-исполнительного законодательства.

Более года над разработкой проектов УК и УПК работают специально созданные рабочие группы из числа сотрудников всех заинтересованных органов.

Работа над проектами происходит в режиме «живого обсуждения» с учетом мнения каждого ведомства. Принимаются мнения и предложения неправительственных организаций, в т.ч. адвокатского сообщества.

На декабрь 2012 года сложилась следующая модель проекта, существенно отличающаяся от прошлогоднего варианта:

- МВД настояло сохранить фигуру следователя и дознавателя. Отказались от непонятных - дежурных офицеров;
- решено, что началом досудебного расследования является регистрация заявления и сообщения в Едином автоматизированном реестре, либо любое следственное действие или задержание, как в прибалтийских странах и на Украине;
- по аналогии с административным законодательством, введен институт доставления лиц в правоохранительный орган для выяснения причастности к совершенному преступлению сроком на 3 часа, после чего по требованию выдается справка о времени его нахождения в органе;
- мерой процессуального принуждения предусмотрено обязательство о явке лица, в случае нарушения которого следователь вправе через суд выписать штраф, а в отношении подозреваемого избрать более строгую меру пресечения;

- допрос лиц посредством видеоконференции, но только в пределах территории РК. Конечно, хотелось бы использовать данную возможность для допроса лиц, находящихся вне пределов РК, однако, полагаем, что это является невозможным, т.к. вызов лица в посольство (консульство, представительство) РК фактически посягает на юриспруденцию других стран;
- депонирование, т.е. допрос свидетеля или потерпевшего следственным судьёй на стадии расследования, исключающий повторный допрос при главном судебном разбирательстве;
- по инициативе МВД сохранён статус специалиста –криминалиста с правом производства сравнительных исследований. Отдельной нормой регламентирован его документ – заключение специалиста, имеющий доказательственную силу;
- по международному сотрудничеству предусмотрена возможность сношений между приграничными районами по производству следственных действий, которые не требуют санкции прокурора или суда;
- за следователем сохранена обязанность вынесения постановления о квалификации деяния;
- 9 ноября т.г. состоялось совещание с участием первых руководителей, где решен концептуальный вопрос о возможности следователем прекращения уголовных дел по реабилитирующим основаниям. Поскольку невиновное лицо, должно быть незамедлительно освобождено от уголовной ответственности;
- учтены все предложения сотрудников КУИС МВД по совершенствованию пробационного контроля и других видов наказаний, в т.ч. пробелы объявления в розыск осужденных к наказаниям не связанных с лишением свободы;
- в полном объеме решено сохранить Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» со всеми специальными мероприятиями;
- учтены предложения адвокатского сообщества, направленные на защиту конституционных прав граждан и многое другое. Так, предусмотрены обязательные для следователя: 1) удовлетворение ходатайства о допросе лица, указанного стороной защиты, 2) принятие от адвоката доказательств с составлением соответствующего протокола. Данные процедуры фактически являются первыми шагами к наделению адвоката правом «адвокатского расследования», о котором многие годы просит адвокатское сообщество.

Последние варианты проектов УПК и УК содержат все имеющиеся в мире поощрительные институты:

- примирение сторон, в т.ч. по некоторым видам тяжких преступлений;
 - примирение сторон в порядке медиации;
 - освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием;
 - упрощенное досудебное производство, с наказанием не более половины от максимально предусмотренного;
 - условно-досрочное освобождение;
 - прекращение уголовного дела под условием (испытательный срок до вынесения приговора);
 - прекращение уголовного преследования по поручительству (в случае внесения залога);
- Введена новая Глава – процессуальное сотрудничество, которое имеет два вида:
- 1) сокращенное производство – основанное на признании вины и согласии потерпевшего;
 - 2) обычное – полное расследование с оказанием следствию активного содействия в раскрытии других особо тяжких преступлений. Обе сделки утверждаются судом.
- Все эти виды имплементированы с законодательств зарубежных стран.

Какие предлагаются формы расследований:

- Дознание – до 30 суток;
- Предварительное следствие – до 2-х месяцев;
- Ускоренное производство - до 10 суток;
- Процессуальное соглашение;
- Протокольная форма расследования для уголовных проступков;

Какие предполагаются формы рассмотрения дел в суде:

- с назначением главного судебного разбирательства;
- рассмотрение дел в сокращенном порядке;
- приказное расследование;
- согласительное производство.

Все предположения направлены для ускорения процесса расследования и эффективной защиты прав граждан.

МВД принципиально не возражает введению новой Главы – негласные следственные действия, однако, возникают множество проблем и вопросов, особенно, каким образом выявлять латентные преступления, сбыт наркотиков, организованные преступные группы, если для проведения первоначальных действий нужно начать расследование, получить санкцию у прокурора, тогда как у нас только имеется ничем не подтвержденная оперативная информация.

Вопрос конфиденциальности методов и способов проведения негласных следственных действий остается непроработанным. Более того, по этой Главе возникла проблема – могут ли знакомиться защитники подозреваемого с результатами НСД при отсутствии у них допуска к работе с документами, имеющими гриф секретности.

На сегодня в городе Астане допуск имеют лишь 8 адвокатов, а по республике их насчитываются единицы. Вместе с тем, полноценное право ознакомления с материалами уголовного дела должно быть сохранено как у подозреваемого, так и у его защитника. При таком положении, на практике возникает дефицит адвокатов, имеющих допуск. Представители коллегии адвокатов предлагают разрешить всем защитникам знакомиться с делом под расписку о неразглашении, однако, это не гарантирует сохранность сведений о методах и способах проведения специальных мероприятий.

В Уголовный кодекс, по опыту Германии вводятся уголовные проступки, которые не влекут последствий и судимости.

Решено из КоАПа перевести в новый УК все административные правонарушения, рассматриваемыми судами.

Одно только вождение автомобиля в нетрезвом состоянии в год регистрируется более 48 тысяч. Бытовых и семейных скандалов более 80 тысяч. Мелкое хулиганство более 100 тысяч.

У рабочей группы по разработке УПК возник вопрос, как расследовать уголовные проступки, когда лицо неизвестно. Раз уголовное дело возбуждается с момента регистрации обращения, то уголовный проступок должен раскрываться.

Но для того, чтобы установить лиц, совершивших хотя бы мелкие хулиганства в наших подъездах, Казахстану требуется увеличить армию полиции в три раза (вместо 110 тыс. до 330 тыс. сотрудников).

В то же время, если такие уголовные проступки будут полноценно расследоваться, предполагаются, что у нас будет германский порядок и чистота. Снизится количество ДТП с участием пьяных водителей и т.д.

Однако, для того, чтобы навести такой порядок, ежегодно придется привлекать к уголовной ответственности за уголовной проступок более 2 млн. граждан или каждого восьмого жителя страны. Именно столько в среднем заполняются протоколов об административных правонарушениях.

Мы так же полагаем, что необходимо продумать минимум наказаний, но с наиболее эффективными механизмами применения.

Расширить применение наказаний в виде штрафов, как практикуется во всем мире и других альтернативных видов, не связанных с лишением свободы. Именно этот недостаток Уголовного кодекса не позволяет снизить «тюремное население» страны. К примеру, как мы видим из средств массовой информации даже голливудские звезды не могут избежать наказания за свои правонарушения. О том, что Наоми Кэмпбелл неоднократно привлекалась к уборкам в общественных местах, является только для нас шоком.

К этому Америка и западные страны шли 500 лет, надеемся, что этот путь мы пройдем быстрее.

Разрабатывая новое уголовное судопроизводство с учётом опыта различных прогрессирующих стран и в соответствии с характеристиками современного демократического, правового государства мы стремимся создать уголовно-процессуальное законодательство, направленное на безусловную защиту прав и свобод человека и неотвратимость наказания.

Спасибо за внимание!

Вопросы совершенствования процессуальных полномочий защитников в рамках проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

Уважаемые организаторы и участники конференции!

Разрешите приветствовать Вас от имени адвокатского сообщества Казахстана и поблагодарить за приглашение поделиться нашим мнением по обсуждаемой актуальной проблеме!

Обсуждаемый сегодня проект нового УПК предусматривает ряд изменений в действующую систему уголовно-процессуальных действий. В частности, согласно документу, заявитель автоматически становится потерпевшим сразу после подачи в органы заявления. А следователь в течение 24 часов с момента получения заявления должен внести данные в Единый реестр досудебных расследований и начать расследование. Таким образом, минуются все существующие на сегодняшний день стадии следствия и сбора доказательств, упраздняется стадия возбуждения уголовного дела. Все это заменяется регистрацией.

Между тем, **перед нами далеко не тот случай, когда кажущееся упрощение процессуальных норм является благом, поскольку речь идет о чрезвычайно ответственной, первоначальной их стадии. В этой связи мы убеждены, что проект нового кодекса ограничивает право человека на защиту, особенно в период его наибольшей уязвимости.** Поскольку с момента регистрации заявления и до момента признания лица подозреваемым **ведется полноценное расследование, сбор и закрепление доказательств**, данный порядок автоматического «возбуждения уголовного дела» фактически сразу же развязывает руки стороне обвинения. Защитник может вступить в процесс лишь с момента возникновения у лица статуса подозреваемого - де-юре. Но до того, как его признают таковым, сторона обвинения будет собирать доказательства, производить у него обыск, выемку, допрашивать свидетелей, проводить экспертизы. Одним словом, с момента регистрации заявления лицо, в отношении которого начато расследование, будет подозреваемым де-факто и уже (до признания его подозреваемым) будет ограничено в правах на основании **одного только выдвинутого потерпевшим подозрения.** При этом обжаловать начало расследования практически невозможно.

Таким образом, вновь решающие преимущества получает сторона следствия и прокуратуры, и вся эффективность нововведения, как это уже не раз бывало, снова начинает зависеть от ее человеческой совести и порядочности. Как показывает наша реальность, упования эти весьма рискованны. Соответствует ли такой подход ожиданиям общества и принципам правового государства?

Более того, в новом Уголовно-процессуальном кодексе есть немало «половинчатых» норм и статей, которые не полностью разъясняют процедуры уголовно-процессуальных действий.

К примеру, как и в действующем УПК, в новом закреплены положения об обеспечении принципа равноправия и состязательности сторон. Сторона защиты, как и по нынешнему УПК, может предоставлять доказательства наравне с обвинением. При этом, если действия следователя по сбору доказательств четко отрегулированы, то сторона защиты не имеет соответствующих юридических механизмов реализации предоставленного права.

О каком принципе равноправия может идти речь в такой ситуации? О какой состязательности мы говорим, если защитники, кроме сбора сведений – характеристик и справок, больше ни на что не имеют права?

Да, в УПК предусмотрено право защитника инициировать производство экспертизы на договорной основе, но ни один центр экспертизы не проведет её без постановления следователя и суда. А ходатайство о производстве экспертизы на договорной основе орган, ведущий уголовный процесс, рассматривает единолично и принимает решение по своему усмотрению, которое далеко не всегда совпадает с позицией стороны защиты. Такая же ситуация со специалистом.

Нельзя не сказать и о том, что новый УПК содержит более жесткие правила реагирования полиции на мелкие правонарушения - которые теперь в гораздо большем числе случаев могут быть квалифицированы в качестве уголовного проступка. Так, согласно новому УПК полиция вправе доставить в участок любое не приглянувшееся лицо, с соответствующими уголовными или коррупционными последствиями. Если в последние годы некоторые статьи кодекса были декриминализованы и перенесены в КОАП, то теперь наоборот, большая часть административных правонарушений перейдет в разряд уголовного правонарушения. Полагаю, что такая новелла также вряд ли направлена на улучшение прав граждан и обеспечение должного правового поля для их защиты.

Кроме того, новый УПК вводит понятие сделки с прокурором: взамен признания вины - смягчение наказания или даже освобождение от него. Правомочность такой сделки должен подтвердить суд, при этом в целом ряде случаев согласие потерпевшего на заключение сделки не требуется. Возникает закономерный вопрос - отвечает ли такое новшество интересам лиц, пострадавшим от преступления?

Иными словами, новый процессуальный кодекс серьезно расширяет возможности государства вмешиваться, без преувеличения, во все сферы жизнедеятельности общества. При том, что и само государство, и общество располагают слишком малыми возможностями, чтобы ограничивать или контролировать это вмешательство.

Вынужден констатировать – соответствующие международные стандарты, к которым стремились разработчики проекта, основаны на устойчивой правовой системе и развитой правовой культуре европейских стран. В наших же условиях названные мной нормы могут иметь обратный эффект и привести к осложнению жизни наших граждан – поскольку, как уже говорилось, на чудесный рост самосознания наших исполнителей разного уровня рассчитывать не приходится.

При этом нельзя сказать и того, что цель оправдывает средства – поскольку нового качества системы следствия, нового качества судебной системы предлагаемый проект УПК нам также не дает.

Отдельно мне бы хотелось отметить те нормы проекта, которые в документе лишь обозначены – и для того, чтобы они сыграли свою позитивную роль, требуется их реальное качественное развитие.

Например, следует приветствовать предлагаемую должность следственного судьи. На наш взгляд, это могло бы стать некоей гарантией судебного контроля как института, способного эффективно обеспечить соблюдение принципов справедливого уголовного процесса.

Тем не менее, при детальном изучении положений нового УПК становится очевидно, что и эта должность не несет существенных новшеств и пока является лишь декорацией. Например, следственный судья наделяется полномочиями, которые по действующему законодательству и так находятся в компетенции судьи. Прибавление же к ним санкционирования редких и не имеющих особо важного значения процессуальных

действий - как, например, эксгумация или объявление международного розыска – лишь нивелирует саму концепцию института следственного судьи.

Не возникает и принципиально новых механизмов судебного контроля. Следственный судья санкционирует ничтожные и несущественные процессуальные действия, что со стороны разработчиков выглядит как одолжение судебной системе. Мы всегда настаивали на том, что только в суде, в условиях реальной состязательности и равноправия сторон, профессиональная защита способна осуществлять свои процессуальные полномочия. Поэтому адвокатура в рамках разработки нового УПК намерена, наравне с отстаиванием своих процессуальных полномочий, добиваться реального расширения судебного контроля в уголовном процессе.

Поэтому мы вновь говорим о том, чтобы к компетенции суда было отнесено санкционирование всех следственных действий, направленных на ограничение конституционных прав граждан. В этой связи предлагается внести в статьи 53 и 54 проекта УПК, регламентирующих полномочия суда и следственного судьи дополнительные подпункты, **касающиеся санкционирования судом обыска, выемки из жилища, помимо воли проживающего в нем лица, осмотра жилища, прослушивания переговоров, перехвата сообщений и иных действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, тайны переписки и сообщений, неприкосновенности личности и собственности.**

В случае же, если перечисленные процессуальные действия не будут отнесены к компетенции следственного судьи, тогда введение такого института не имеет никакого смысла и говорить о какой-либо кардинальной правовой реформе не приходится.

Мы убеждены, что только суд может объективно и беспристрастно оценить, насколько правомерно и обоснованно намерение правоохранительных органов провести то или иное следственное действие, связанное с нарушением права собственности, неприкосновенности жилища, тайны переговоров и пр. Только судебное санкционирование мер принудительного характера в уголовном процессе может быть надлежащей гарантией соблюдения прав человека. Поэтому мы настаиваем на включении в проект ряда норм, направленных **на совершенствование института судебного контроля. С этой целью необходимо:**

1) ввести полноценный судебный контроль над соблюдением законности и прав человека при производстве по уголовным делам;

2) передать полномочия по санкционированию процессуальных действий, ограничивающих фундаментальные права и свободы личности, из компетенции прокуратуры специализированным судам, уполномоченным осуществлять контроль над соблюдением прав граждан и законности на предварительном следствии. Такие суды должны быть организационно и процедурно отделены от судов, рассматривающих дела по существу. К компетенции этих же судов должно относиться санкционирование ареста и рассмотрение жалоб участников процесса;

3) привести в соответствие с международными стандартами процессуальный порядок задержания и ареста, а именно, сократить до 48 часов срок задержания лица в качестве подозреваемого и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного.

Как известно, главной проблемой профессиональной защиты в уголовном процессе является отсутствие достаточных полномочий адвокатов наравне со следователем собирать и представлять доказательства невиновности своего подзащитного. **Норма о том, что в суд стороны должны прийти равноправными, каждый с набором своих доказательств, наконец, должна быть реализована в рамках нового УПК!**

Разработчики, предлагая в статье 241 проекта нового УПК процедуру депонирования показаний, на первый взгляд, попытались частично решить эту проблему. Однако, на самом деле редакция предлагаемой **статьи противоречит ее названию и в целом самой идее предоставления каких-либо прав адвокату на сбор и фиксацию доказательств.** Так название статьи звучит следующим образом «*Особенности допроса следственным судьей потерпевшего, свидетеля по ходатайству подозреваемого или его защитника (депонирования показаний)*». Далее в самой статье речь идет о том, как **лицо, осуществляющее досудебное расследование вправе инициировать перед прокурором вопрос о направлении следственному судье ходатайства о депонировании показаний**, при этом лицо обязано приложить к ходатайству материалы уголовного дела, подтверждающие обоснованность депонирования показаний свидетеля. И только после изучения представленных материалов суд решает вопрос об отказе либо удовлетворении ходатайства.

При этом процедура подачи ходатайства защитником детально не регламентирована. В этой связи возникают вопросы: какие материалы должен представить защитник суду, чтобы суд принял решение о производстве допроса либо об отказе в нем? Кроме того, исходя из смысла данной статьи защитник **лишь вправе** ходатайствовать о допросе, при этом нет гарантий, что это право судом будет реализовано – поскольку решение о депонировании доказательств принимает суд, а не сторона защиты. Как видим, в целях приведения редакции статьи о депонировании доказательств в соответствие с ее названием и предоставления адвокатам эффективных полномочий по сбору доказательств требуется ее серьезная доработка.

Таким образом, в рамках нового УПК необходимо:

- 1) подробно регламентировать в законе процедуру собирания доказательств стороной защиты, в частности, порядок получения и процессуального оформления (депонирования) показаний участников процесса, назначения экспертиз, приобщения документов и иных материалов к делу, а также - проведения иных действий по сбору фактических данных;
- 2) усилить институт ходатайств защитников, предусмотрев обязанность объективного их рассмотрения и ответственности как органов уголовного преследования, так и судов **за необоснованный и немотивированный отказ в их удовлетворении;**
- 3) усилить гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности посредством установления запрета на производство в отношении адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью следующих действий:
 - прослушивания и записи телефонных переговоров адвоката;
 - любого вторжения в служебные и жилые помещения адвокатов;
 - гласных и негласных осмотров, обысков, выемок, перлюстрации адвокатской переписки и иных подобных следственных и оперативных мероприятий;
 - запретить привлечение адвоката к негласному сотрудничеству на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность;
- 4) регламентировать в рамках УПК допуск адвокатов к участию по делам, связанным с государственными секретами, без истребования носящего антиконституционный характер «специального допуска» от органов национальной безопасности;
- 5) обеспечить адвокатам при осуществлении ими профессиональных обязанностей свободный доступ в помещения правоохранительных органов и судов, отменив противозаконные дискриминационные ведомственные ограничения.

Подводя итоги, хочу сказать – при всех благих намерениях и искренних поисках со стороны авторов нового проекта УПК в нем, к сожалению, преобладают нормы, ухудшающие права человека. В этом смысле он уступает даже действующему кодексу. Тем не менее,

предложенный проект актуализировал имеющиеся проблемы и способы их решения – доказательством чему служит и наша сегодняшняя встреча.

Развитие и усложнение казахстанского общества, вовлечение нашей страны в мировые правовые процессы делают принятие нового УПК лишь вопросом времени. Но к тому моменту этот важнейший документ необходимо улучшить, сделать по-настоящему эффективным, отражающим как существующую реальность, так и стратегическое направление правового развития страны. Надеюсь, сегодня мы сообща сделаем новый шаг на этом пути!

Спасибо за внимание!

ГАБДУАЛИЕВ М. Т.
ведущий научный сотрудник отдела
конституционного, административного
законодательства и государственного
управления Института законодательства
Республики Казахстан, кандидат
юридических наук,

Международные стандарты в области прав человека в решениях Конституционного Совета Республики Казахстан в контексте реформирования уголовного и уголовно-процессуального законодательства

Введение

Согласно подпункту 4) пункта 1 статьи 72 Конституции Республики Казахстан, Конституционный Совет дает «официальное толкование норм Конституции». Официальное толкование норм Конституции заключается в установлении и разъяснении Конституционным Советом содержания и смысла конституционных норм.

Оно вызывается характерной для некоторых из них абстрактностью и специальной терминологией, а также неясностью восприятия субъектами обращения отдельных положений Конституции и противоречиями в практике их применения. Из права давать официальное толкование норм Конституции следует **юридическая сила решений Конституционного Совета, равная юридической силе тех норм, которые стали предметом его толкования.**

Постановления Конституционного Совета об официальном толковании норм Конституции обязательны на всей территории Республики Казахстан для всех органов государственной власти, местного самоуправления, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений²⁶⁷.

В ряде нормативных постановлений Конституционного Совета нашли свое отражение как статус международных договоров, ратифицированных Республикой Казахстан, так и стандарты прав человека, содержащиеся в этих международных договорах.

Постановления Конституционного Совета о международных договорах, ратифицированных Республикой Казахстан

В соответствии с пунктом 3 статьи 4 Конституции, «международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона».

Данная конституционная норма нашла толкование в Постановлении Конституционного Совета от 11 октября 2000 года № 18/2 «Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан»²⁶⁸, в Нормативном постановлении Конституционного

²⁶⁷ См. подр.: Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 13 декабря 2001 года № 19 «Об официальном толковании пунктов 1 и 5 статьи 52, подпункта 4) пункта 1 статьи 72 и пункта 3 статьи 74 Конституции Республики Казахстан» // «Казахстанская правда», от 22 декабря 2001 года № 294-295.

²⁶⁸ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 года № 18/2 «Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан» // «Казахстанская правда», от 28 октября 2000 года № 274-275.

Совета от 5 ноября 2009 года № 6 «Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов»²⁶⁹.

Из смысла приведенной нормы Конституции вытекает, что приоритет перед законами Республики могут иметь только ратифицированные Казахстаном международные договоры.

При этом, Конституционный Совет указывает в своем Постановлении, что непосредственное применение таких международных договоров, имеющих приоритет перед законами Республики, **не означает отмену ими норм действующих законов**. Приоритет перед законами и непосредственное применение ратифицированных международных договоров на территории Республики предполагают **ситуативное превосходство** норм таких договоров в случаях коллизий с нормами законов. Иначе говоря, такое преимущество возможно, когда возникают условия, подпадающие под действие ратифицированных международных договоров, если из самих договоров не следуют требования издать законы для их применения.

В Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан»²⁷⁰ указано, что ратифицированные международные договоры, имеющие непосредственное действие и не требующие издания законов для их применения, **используются в качестве норм материального** (за исключением сфер уголовно-правовых и административно-правовых отношений) или **процессуального права** при разрешении дел. Среди таких дел названы, в том числе:

- рассмотрение уголовных дел, если международными договорами Республики Казахстан установлены иные правила судопроизводства, чем уголовно-процессуальным законом Республики Казахстан;
- рассмотрение уголовных дел, если международными договорами Республики Казахстан регулируются отношения, в том числе с участием иностранных лиц (например, при рассмотрении жалоб на решения о выдаче лиц, обвиняемых в совершении преступлений или осужденных судом иностранного государства в соответствии с главой 56 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее - УПК).

Нормы уголовного и уголовно-процессуального законодательства в контексте международных стандартов прав человека в решениях Конституционного Совета Республики Казахстан

Важной гарантией прав человека в Казахстане является конституционная норма о том, что «суды не вправе применять законы и иные нормативные правовые акты, ущемляющие закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина. Если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению ущемляет, закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным» (ст. 78).

²⁶⁹ Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 года № 6 «Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов» //«Казахстанская правда», от 03.12.2009 г., № 283 (26027).

²⁷⁰ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» //«Казахстанская правда», от 9 августа 2008 года, № 175 (25622).

Конституционно-правовой практике Республики Казахстан известны случаи, когда обращение суда в Конституционный Совет позволило довольно эффективно решить проблемы отмены статей законов, которые ущемляли права человека.

Пример № 1. Конституционный Совет 27 февраля 2008 года принял Нормативное постановление № 2 «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области», в соответствии с которым часть первая и часть четвертая (относительно квалифицирующих признаков части первой) статьи 361 Уголовного кодекса (в редакции Закона от 26 марта 2007 года № 240—111 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы»)²⁷¹ были признаны неконституционными.

В данном постановлении сформулирован ряд правовых позиций концептуального характера, имеющих важное значение для правового развития нашей страны. В основу признания неконституционной уголовно-правовой нормы, содержащей ответственность за совершение акта членовредительства, были положены следующие обстоятельства.

Во-первых, Конституционный Совет, ссылаясь на пункт 1 статьи 1 Конституции и ранее сформулированные в предыдущих решениях правовые позиции, пришел к выводу, что «признание Основным Законом человека, его прав и свобод высшей ценностью является фундаментальным принципом конституционного строя, образующим основу конституционно организованного общества и предоставляющим каждому юридически признанную и защищаемую государством возможность избирать в рамках закона варианты собственного поведения».

В постановлении **определены критерии правомерности членовредительства** - «каждый вправе свободно распоряжаться собственными жизнью и здоровьем (в том числе и в такой крайней форме, как причинение вреда самому себе), если это не связано с уклонением от исполнения конституционных и иных, установленных законом обязанностей, не нарушает прав и свобод других лиц и не посягает на конституционный строй и общественную нравственность (пункт 5 статьи 12, пункт 1 статьи 34, статья 36 Конституции)». Например, уголовно-правовая норма, предусматривающая ответственность в случае уклонения от военной службы путем членовредительства (ст. 374 УК), является соответствующей Конституции.

Во-вторых, Конституционный совет подтвердил признанные в странах - участницах ОБСЕ, практике Комитета по правам человека ООН и других органов, обеспечивающих выполнение международных правовых актов о защите основных прав и свобод человека, **рассмотрение в широком смысле слова (включая протестное поведение) форм выражения человеком своего мнения**, «если оно в существенной мере нацелено на выражение его мнения». Конституционный совет пришел к выводу, что «совершение актов членовредительства может являться формой выражения мнения (протеста) и рассматриваться как способ защиты своих прав лицами, лишенными свободы. В таких случаях привлечение к ответственности за членовредительство следует расценивать **как ограничение права на свободу выражения мнения**, которое является составляющей свободы слова, гарантированного статьей 20 Основного Закона».

В-третьих, признанная неконституционной уголовно-правовая норма ограничивает конституционные права и свободы человека, поскольку **не соответствует требованиям**

²⁷¹ Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2 «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области» // «Казахстанская правда», от 5 марта 2008 года № 49 (25496).

юридической точности и предсказуемости последствий, а также позволяет произвольно интерпретировать положения уголовного закона.

Следует также обратить внимание на мнение Конституционного Совета, что изложенные недостатки стали возможными «вследствие недостаточной проработки законопроекта при прохождении его в Парламенте страны». Однако, Конституционный совет в силу того, что не вправе выходить за пределы предмета обращения субъекта обращения, ограничился указанием на «возможное нарушение установленной Конституцией и законодательными актами процедуры прохождения законопроекта в Парламенте».

В-четвертых, редакция части первой статьи 361 Уголовного Кодекса, допуская неоправданно широкую интерпретацию ее содержания, **не отвечает критериям законного ограничения конституционных прав и свобод человека и гражданина,** не соответствует требованиям пункта 1 статьи 39 Конституции и не обусловлено изложенными в нем конституционными целями.

Пример № 2. Постановлением Уральского городского суда от 2 ноября 2006 года была оставлена без удовлетворения жалоба гражданина Т. об отмене постановления старшего следователя Департамента от 9 октября 2006 года о возбуждении уголовного дела. Основанием для его принятия явилось то, что постановление органа о возбуждении уголовного дела, по мнению Уральского городского суда, судебному обжалованию в порядке статьи 109 УПК не подлежит.

На момент рассмотрения дела часть первая статьи 109 УПК находилась в прежней редакции: «лицо вправе обратиться с жалобой в суд на отказ в приеме заявления о преступлении или на нарушения закона при отказе в возбуждении уголовного дела, производстве процессуальных действий, затрагивающих права и законные интересы граждан и организаций, приостановлении или прекращении уголовного дела непосредственно или после оставления без удовлетворения его аналогичной жалобы соответствующим прокурором».

Западно-Казахстанский областной суд обратился с представлением в Конституционный Совет в части ограничения права лиц на обжалование в судебном порядке постановлений органов дознания, следствия, прокурора о возбуждении уголовного дела.

Постановлением от 24 января 2007 года «О проверке конституционности части первой статьи 109 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан по обращению Западно-Казахстанского областного суда»²⁷² Конституционный Совет признал эту норму соответствующей Конституции Республики Казахстан.

В обоснование своих выводов Конституционный Совет сослался на важные международные документы по правам человека: Всеобщую декларацию прав человека (статью 8), Международный пакт о гражданских и политических правах (пункт 3 статьи 2), а также Конституцию Республики Казахстан.

В названном Постановлении Конституционного Совета **не содержалась норма, запрещающая лицу обжаловать в судебном порядке постановления органов дознания, следствия, прокурора о возбуждении уголовного дела.** В Постановлении от 24 января 2007 года сформулировано очень важное положение о том, что **«часть первая статьи 109 УПК РК не содержит и нормы, в прямой форме запрещающей обжалование постановления о возбуждении уголовного дела в суде и тем самым**

²⁷² Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 24 января 2007 года № 1 «О проверке конституционности части первой статьи 109 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан по обращению Западно-Казахстанского областного суда» // «Казахстанская правда», от 1 февраля 2007 года № 17 (25262).

ограничивающей конституционное право человека и гражданина на судебную защиту».

Из такой формулировки в Постановлении Конституционного Совета вытекает следующее.

Согласно пункта 2 статьи 13 Конституции, «каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод». Тем самым, Конституция адресует это право «каждому», кто считает, что его право нарушено. Это право находится не только под защитой государства, но и международного сообщества, поскольку представляет собой общесоциальную категорию.

Суд был не вправе оставлять без удовлетворения жалобу субъекта на постановление о возбуждении уголовного дела по той формальной причине, что такая норма отсутствовала в текущем уголовно-процессуальном законодательстве. Как известно, в пункте 2 статьи 4 Конституции закреплено, что «Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики», т.е. речь идет о верховенстве Основного закона страны в системе нормативных правовых актов.

Более того, норма пункта 1 статьи 77 Конституции о том, что «судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону», позволяет суду применить норму пункта 2 статьи 13 Конституции напрямую. Аналогичные прецеденты прямого применения норм Основного закона существуют во многих странах (в том числе в соседней Российской Федерации). Действующая редакция части 1 статьи 2 УПК содержит норму, что «Конституция Республики Казахстан имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики Казахстан. В случае противоречия между правилами настоящего Кодекса и Конституцией Республики Казахстан действуют положения Конституции».

Необходимо иметь в виду, что судебная защита прав и свобод человека и гражданина – это институт, представляющий собой юридический механизм, с помощью которого государство обязано обеспечить соблюдение прав и свобод человека и гражданина, закрепленных прежде всего в Конституции, а также в общепризнанных принципах и нормах международного права.

Таким образом, право на судебную защиту сохраняет свое значение как критерий правоустановительной и правоохранительной деятельности государства, его органов и должностных лиц, а право на обжалование постановления о возбуждении уголовного дела является разновидностью этого права.

Пример № 3. Конституционным советом Республики Казахстан 13 апреля 2012 года № 2 было принято Нормативное постановление «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков»²⁷³.

В данном Нормативном постановлении Конституционного Совета сформулирована важная правовая позиция, что *«под «задержанием» в конституционно-правовом значении следует понимать меру принуждения, выражающуюся в кратковременном, не более семидесяти двух часов, ограничении личной свободы человека в целях пресечения правонарушения или обеспечения производства по уголовным, гражданским и административным делам, а также применения иных мер принудительного характера, и осуществляемую уполномоченными государственными органами, должностными и иными лицами на основании и в порядке, предусмотренными законом».*

Конституционное положение «без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов» означает, что не позднее указанного времени в

²⁷³ Нормативное постановление Конституционного совета Республики Казахстан от 13 апреля 2012 года № 2 «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков» // «Казахстанская правда», 2012 г., № 108-109 (26927-26928).

отношении задержанного должно быть принято решение суда о применении ареста и содержания под стражей, а также иных мер, предусмотренных законом, либо задержанный подлежит освобождению. При этом Конституционный Совет отмечает, что законодателем могут быть установлены и меньшие, в пределах семидесяти двух часов, сроки для принятия соответствующего решения.

Началом срока задержания является тот час с точностью до минуты, когда ограничение свободы задержанного лица, включая свободу передвижения – принудительное удержание в определенном месте, принудительное доставление в органы дознания и следствия (захват, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т.д.), а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие личную свободу человека, стало реальным, независимо от придания задержанному какого-либо процессуального статуса или выполнения иных формальных процедур. **Моментом окончания этого срока является истечение семидесяти двух часов, исчисляемых непрерывно со времени фактического задержания.**

Конституционный Совет еще раз подтвердил признанное международным сообществом понимание «задержания лица». В статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (принят Резолюцией 2200А (XXI) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 16 декабря 1966 года и ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III) констатируется, что «каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей».

В Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утвержден Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1988 года) «под «задержанным лицом» понимается любое лицо, лишённое личной свободы не в результате осуждения за совершение правонарушения».

Указанные выше примеры свидетельствуют о колоссальном потенциале института обращения суда в Конституционный Совет в системе защиты прав человека. К сожалению, на практике суды не совсем активно применяют конституционную норму об обращении в Конституционный Совет, поскольку само обращение связано с «усмотрением суда» (ст. 78 Конституции РК), т.е. в «усмотрении» кроется субъективная составляющая понимания того, что есть «ущемление закрепленных Конституцией прав и свобод человека и гражданина».

Что должен сделать защитник, чтобы убедить судью о необходимости обращения в Конституционный Совет? Более того, само обращение подписывается председателем суда. Следовательно судья, который рассматриваем конкретный спор, должен обосновать и убедить председателя суда о необходимости обращения в Конституционный Совет.

Проблема реализации института обращения суда в Конституционный Совет усугубляется тем, что существуют факты ненадлежащего оформления таких обращений судами либо недостаточно точного формулирования вопросов перед Конституционным Советом.

Конституционный Совет РК в своем Послании «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» в 2007 году отметил, что «за период, прошедший со времени оглашения предыдущего послания, в Конституционный Совет от физических и юридических лиц, которые согласно Основному закону не вправе выступать в качестве субъекта обращения в Конституционный Совет, поступило более 200 писем, содержащих информацию о нарушении конституционных прав и свобод. Это свидетельствует о необходимости усиления правозащитных функций судов, органов прокуратуры, Уполномоченного по правам

человека и других компетентных государственных органов республики в целях полной и эффективной защиты конституционных прав и свобод личности»²⁷⁴.

К вопросу о некоторых проблемах исполнения решений Конституционного Совета Республики Казахстан

Новая редакция конституционного закона «О Конституционном Совете Республики Казахстан»²⁷⁵ устанавливает, что «**в случае, если решение Конституционного совета требует увеличения государственных расходов или сокращения государственных доходов, то Конституционный совет определяет сроки исполнения принятых им решений по согласованию с Правительством Республики Казахстан**» (п.1 ст. 40 конституционного закона).

Учитывая, что решения Конституционного совета касаются сферы конституционных отношений, то следовало бы хотя бы определить в конституционном законе максимальные сроки, в течение которых решение должно быть исполнено. В противном случае отсутствие финансового обеспечения исполнения решений Конституционного совета может затянуть исполнение решений органа конституционного контроля и создать прецедент «торможения» исполнения решений Конституционного совета «согласованием» с Правительством. Как известно, исполнение многих международных договоров, участником которых является Республика Казахстан, требует увеличения государственных расходов.

Считаю, что новая редакция конституционного закона (п.1 ст. 40 конституционного закона), ставящая исполнение решения Конституционного Совета (требующего увеличения государственных расходов или сокращения государственных доходов) в зависимость от «согласования» с Правительством, - ограничивает механизм реализации Конституции в жизнь.

Такая зависимость органа, стоящего на охране Основного закона страны, от исполнительной ветви власти, является серьезной преградой в обеспечении прямого действия Конституции. Более того, такая норма закона имеет потенциальную опасность формального невыполнения государством требований человека и гражданина по обеспечению его прав, включенных в текст Конституции.

Выводы:

1) пункт 3 статьи 4 Конституции в соответствии с постановлением Конституционного Совета означает, что «непосредственное применение таких международных договоров, имеющих приоритет перед законами Республики, не означает отмену ими норм действующих законов. Приоритет перед законами и непосредственное применение ратифицированных международных договоров на территории Республики предполагают ситуативное превосходство норм таких договоров в случаях коллизий с нормами законов».

2) на практике суды не совсем активно применяют конституционную норму об обращении в Конституционный Совет, поскольку само обращение связано с «усмотрением суда» (ст. 78 Конституции РК), т.е. в «усмотрении» кроется субъективная составляющая понимания того, что есть «ущемление закрепленных Конституцией прав и свобод человека и гражданина». Проблема реализации института обращения суда в Конституционный Совет усугубляется

²⁷⁴ Послание Конституционного Совета Республики Казахстан «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» //Казахстанская правда, 2007. 7 июня.

²⁷⁵ Конституционный закон Республики Казахстан от 29 декабря 1995 г. № 2737 «О Конституционном Совете Республики Казахстан» // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1995 г., N 24, ст. 173; Конституционный закон Республики Казахстан от 17 июня 2008г. №41-IV «О внесении изменений и дополнений в Конституционный Закон Республики Казахстан «О Конституционном Совете Республики Казахстан» // Ведомости Парламента РК, 2008 г., N 10-11 (2516), ст. 34.

тем, что существуют факты ненадлежащего оформления таких обращений судами либо недостаточно точного формулирования вопросов перед Конституционным Советом.

3) новая редакция конституционного закона (п.1 ст. 40 конституционного закона), ставящая исполнение решения Конституционного Совета (требующего увеличения государственных расходов или сокращения государственных доходов) в зависимость от «согласования» с Правительством, - ограничивает механизм реализации Конституции в жизнь.

СЕССИЯ 2. СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РАМКАХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

ИБРАЕВА А.
*Директор филиала Казахстанского
международного бюро по правам человека и
соблюдению законности в г. Астана*

Исключение показаний, полученных в результате пыток или других видов принуждения

Тема моего выступления включает одновременно вывод о важности предоставления доступа к эффективным средствам правовой защиты на национальном уровне. Исходя из международных стандартов, здесь внимание приковано не столько к органам уголовного преследования, сколько к суду в частности. Что должен предпринять суд в случае наличия в материалах уголовного дела заявления о пытках? Ответ на этот вопрос не дается в предлагаемой разработчиками редакции УПК. Очевиден вывод о *необходимости регламентации действий судьи*.

Исключаются ли показания, полученные в результате пыток или других видов принуждения в Казахстане?

Ответ на этот вопрос следует рассмотреть в 2-х плоскостях: в теории и на практике. В теории ответить можно, если имеются ответы на 2 вопроса:

- 1) доказан ли факт пыток и
- 2) какие процедуры, гарантирующие такое исключение закреплены в уголовно-процессуальном законе.

Практика же показывает, что доказать пытки трудно в связи с латентным характером этого преступления. Поэтому важно обратить внимание на нюансы международной практики и выработанных за долгие годы стандартов. Главным представляется вопрос о бремени доказывания пыток.

Виновные обычно являются единственными свидетелями и поэтому имеют возможность сокрытия своих преступных деяний, что затрудняет установление правдивости обвинений, даже если властям приходится проводить по ним расследование. В большинстве случаев у жертвы возникают трудности с подтверждением жалобы «прямыми» доказательствами. В этом контексте уникальность представляют правила относительно бремени доказывания.

Международное законодательство и практика

1. Обязательства государства

а) воздерживаться от пыток;

б) принять меры по защите от пыток со стороны представителей государства и частных лиц (*Costello-Roberts v. the United Kingdom, Soering v. the United Kingdom, Ahmed v. Austria, M.C. v. Bulgaria, Hascu and others v. Moldova and Ruassia, E. And others v. the United Kingdom*);

в) проводить эффективное расследование по жалобам (*Assenov and others v. Vulgaria*);

«Без надлежащего расследования запрет в праве от пыток будет неэффективным и в отдельных случаях должностные лица могут злоупотреблять правами тех, кто находится у них под контролем и при этом избегает наказания» - ЕСПЧ.

Выработаны и стандарты эффективного расследования. Оно должно быть:

- эффективным (нужно не добиться результатов, а применить средства, дело Khashiyev в ЕСПЧ – важна тщательность);
- независимым (это означает не только отсутствие иерархической или институциональной связи, но и практическую независимость; должно быть установлено: действительно ли расследование не зависит от профессиональных связей с теми, по чьему делу они проводят расследование);
- своевременным и быстрым (немедленные действия, чтобы получить доказательства, которые могут быть использованы в поддержку жалобы о пытках или против нее);
- открытым и доступным для публичного исследования (в обеспечение ответственности, как на практике, так и в теории).

г) обеспечить эффективную систему защиты прав потерпевших от пыток.

2. Бремя доказывания.

2.1. Заявитель обязан доказать, что имели место пытки («вне разумных сомнений»), быть последовательным (не противоречить себе при изложении событий произошедшего²⁷⁶). Для переноса бремени доказывания на Правительство, заявитель обязан обосновать свою жалобу.

2.2. Как только заявитель предоставил доказательства в подтверждение выдвинутых им обвинений в пытках, бремя по опровержению утверждений заявителя может перейти к Правительству государства-ответчика при 2-х обстоятельствах (практика ЕСПЧ):

2.2.1. Факт пыток в случае пребывания человека под стражей презюмируется (дело ЕСПЧ Anguelova v. Bulgaria, Tomasi v. France, Selmouni v. France). Для этого заявитель должен представить **подтверждение получения повреждений во время пребывания под контролем государства** (1 - в условиях ограничения его личной свободы – когда лицо помещено в специальное место содержания под стражей²⁷⁷, 2 – в сферах, находящихся под исключительным контролем властей государства²⁷⁸).

Примерами являются дела Ribitsch v. Austria (медицинской справки достаточно), Selmouni v. France (доставлен в полицию здоровым, но во время освобождения имел повреждения), Salman v. Turkey.

2.2.2. Обязательство Правительства начинается с момента задержания лица, независимо от того, было ли данное лицо впоследствии помещено в место содержания под стражей.

Дело Yasin Ates v. Turkey (если лицо скончалось, то власти обязаны предоставить объяснения об обращении с лицом во время нахождения под стражей особо строго). *Смерть лица в заключении ничем не может быть оправдана, если этому способствовали плохие условия содержания, включая отсутствие доступа к медицинской помощи/ недостаточную медицинскую помощь. В этой связи необходимо сразу же возбуждать уголовное дело по каждому такому факту – рекомендация.*

2.2.3. Здесь Правительство должно представить объяснения 3-м вопросам: 1) о том, когда возникает обязательство по объяснению произошедшего, 2) период времени,

²⁷⁶ Как, например, в деле Togcu v. Turkey.

²⁷⁷ См. H.L. v. the United Kingdom, no 45508/99, 5 October 2004, § 91.

²⁷⁸ См. Akkum and other v. Turkey, no. 21894/93, § 211, 24 March 2005.

в течение которого обязательство находится в силе, 3) значение термина «приемлемое объяснение».

Правительство должно предоставить удовлетворительные и убедительные объяснения повреждениям и смертям, произошедшим во время содержания под стражей.

2.2.3.1. Обязательство Правительства по предоставлению отчета о судьбе задержанного продолжается до его освобождения. Правительство должно доказать, что лицо было освобождено (например, непосредственно передать «из рук в руки родным, близким, адвокату»). Дело *Suheyra Aydin v. Turkey* (муж заявительницы был арестован и находился под стражей в полицейском участке, его доставили в здание суда, а судья распорядился его освободить, но он так и не вышел из здания суда, а его тело нашли в поле). В таком случае необходимо также **доказать отсутствие нарушений Декларации о защите всех лиц от насильственных исчезновений.**

2.2.3.2. Для Правительства недостаточно указать на другие возможные причины повреждений, Правительство обязано предоставить доказательства, подвергающие сомнению утверждения жертвы и представленные ею медицинские свидетельства.

Дело *Ribitsch v. Austria* («доказательства не подтверждают утверждения Правительства о том, что повреждения могли быть получены во время ареста, или то, что перелом грудины мог произойти во время массажа сердца»). *Все без исключения случаи получения повреждений в учреждениях закрытого типа должны быстро и беспристрастно расследоваться* – рекомендация.

Дело *Salman v. Turkey*, § 102 (Суд принял во внимание заключения международных судебно-медицинских экспертов – профессоров Паундера и Корднера, опровергнувших заключения патологоанатомов о том, что гематомы на груди появились до ареста, и что задержанный умер от сердечного приступа, вызванного стрессом содержания под стражей и после продолжительного периода одышки). *Обеспечить независимость института судебно-медицинской экспертизы и обязательный доступ экспертов по требованию заключенного* - рекомендация.

Дело *Kismir v. Turkey*, §85, 91-98 (Правительство не доказало, что у умершего были проблемы со здоровьем, не уделило особого внимания причине возникновения отека легких, ставшего причиной смерти). *Все имеющиеся проблемы со здоровьем должны описываться очень тщательно и должна быть обеспечена полная институциональная независимость медицинской службы во всех учреждениях закрытого типа* – рекомендация.

Дело *Akkum and others v. Turkey*, §212-232 (значимого расследования на местном уровне не проведено, т.к. не установлены действительные фактические обстоятельства убийств и обезображивания одного из тел, и не установлены и наказаны виновные; Правительство не смогло объяснить убийств и обезображивания одного из тел родственников заявителя).

Дело *Abdulsamet Yaman v. Turkey*, §45-48 (если Правительство не проводит медицинский осмотр лица перед помещением его под стражу и не обеспечивает доступ к выбранному врачу во время заключения, оно, до определенной степени, лишается возможности утверждать о том, что повреждения, обнаруженные после освобождения, были получены еще до ареста. После перевода из полиции в тюрьму заявитель прошел 2 медицинских осмотра, заключения которых отражают наличие на различных частях тела заявителя коростов, синяков и ссадин). *Осмотр врачом перед помещением лица под стражу должен проводиться независимым судебно-медицинским экспертом по выбору заключаемого лица. Доступ к необходимому врачу узкой специализации должен быть у каждого заключенного.* – рекомендация.

2.3. Правительство имеет исключительную информацию, способную подтвердить или опровергнуть утверждения заявителя. Поэтому не предоставление Правительством имеющейся у него информации или несвоевременное ее предоставление, без удовлетворительных объяснений, могут не только создать основания для выводов об обоснованности утверждений заявителя, но и могут также негативно отразиться на уровне соблюдения государством своих обязательств.

Пример дела *Timurtas*, когда **Государство, сославшись на секретность, не предоставило оригинал документы**, и тогда Суд нашел установленным факт задержания сына заявителя солдатами и его смерти в условиях нахождения под стражей у военных. *Необходимо решить вопрос о равенстве доступа сторон к секретным документам - рекомендация.*

Более того, по делу *Akkum and others v. Turkey* заявители сослались на постановление Межамериканского суда по правам человека²⁷⁹ по делу *Godinez Cruz v. Honduras*, в котором суд установил следующее: «во время процедуры по определению нарушений прав человека, **государство не может ссылаться в свою защиту на то, что заявитель не предоставил доказательств, если таковые не могут быть получены без сотрудничества с государством**»²⁸⁰. *У адвоката должен быть одинаковый с обвинителем доступ ко всем материалам дела - рекомендация.*

Комитет по правам человека использовал аналогичный подход по делу *Barbato v. Uruguay*²⁸¹: «... бремя доказывания не может полностью накладываться на заявителя, принимая во внимание то, что **заявитель и государство не всегда имеют равный доступ к доказательствам, и что зачастую только государство имеет доступ к необходимой информации**».

Отвечая на второй вопрос о закрепленных в УПК процедурах, гарантирующих исключение показаний, полученных в результате пыток, во-первых, отмечу, что предлагаемая редакция УПК содержит 3 статьи (94²⁸², 101²⁸³, 597²⁸⁴ (УК включает 5 статей с упоминанием о пытках - 75, 81, 82, 113, 148).

Рекомендации по реформированию УПК в части темы моего выступления

1. Озвучу предложение Е. Жовтиса (октябрь 2011 г.) о редакции п. 5 ст.14 УПК (предложенная им редакция): «Никто из участвующих в уголовном процессе лиц не может подвергаться пыткам, жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению» (т.е. «насилию» предлагается заменить «пыткам»).

2. Ч. 3 ст. 94 предложенной редакции УПК РК предлагается дополнить после слов «либо об отказе в удовлетворении жалобы» следующим: «о признании недопустимыми в качестве доказательств данных, полученных с применением пытки и иного плохого обращения».

²⁷⁹ В соответствии со ст. 39 Регламента Межамериканской комиссии по правам человека, «изложенные в жалобе факты, соответствующие части которой были переданы государству, должны считаться соответствующими действительности, если государство не предоставило ответной информации в течение установленного Комиссией максимального срока, предусмотренного положениями Статьи 38 данного Регламента, и если другой вывод не вытекает из иных доказательств».

²⁸⁰ Judgment of 20 January 1989, Inter-Am. Ct. H.R. Ser C. No 5, § 141.

²⁸¹ Human Rights Committee Communication No. 84, 1981, § 9.6

²⁸² Порядок рассмотрения жалоб на действия и решения лиц, осуществляющих досудебное расследование, прокурора.

²⁸³ Фактические данные, не допустимые в качестве доказательств.

²⁸⁴ Рассмотрение судом уголовного дела расследование, по которому завершено путем заключения процессуального соглашения.

3. Ч. 2 ст. 101 предложенной редакции УПК РК дополнить после слов «или по ходатайству стороны» следующим: «без промедления (неоправданных задержек)».

4. Ч. 3 ст. 597 предложенной редакции УПК РК дополнить после слов «уменьшающие достоинство лица» следующим: «При наличии заявления о пытках (устного или письменного) суд возлагает на прокурора обязанность провести независимую, тщательную, беспристрастную проверку в обеспечение эффективного расследования заявления о пытках, сбора и закрепления доказательств. По результатам проверки судом принимается решение о возбуждении уголовного дела или об отказе в этом. В случае возбуждения уголовного дела по заявлению о пытках, оно выделяется (в соответствии со ст. 38 УПК РК) в отдельное производство. Главное судебное разбирательство приостанавливается до вынесения судом окончательного решения по заявлению о пытках».

Эта же норма должна иметь место и в главах 40-43 предложенной редакции УПК РК

5. В Главу 4 предложенной редакции УПК РК необходимо включить норму о реабилитации потерпевшего в результате пыток.

6. В Главу 12 предложенной редакции УПК РК внести дополнения об обязательном обеспечении безопасности лица, заявившего о пытках.

7. В ст. 126, ст. 344 предложенной редакции УПК РК в перечне «обстоятельств, учитываемых при избрании меры пресечения и установлении дополнительных ограничений» предусмотреть запрет санкционирования ареста при наличии телесных повреждений, полученных в период, после задержания.

8. В Главе 20 «Гражданский иск в уголовном процессе» предложенной редакции УПК РК предусмотреть норму об обязательном рассмотрении гражданского иска в рамках уголовного дела о пытках

9. В ст. 169 «Явка с повинной» предложенной редакции УПК РК предусмотреть положение о необходимости проведения обязательной проверки прокурором при наличии заявления о пытках.

10. Исключить из ч. 2 ст. 178 предложенной редакции УПК РК статью 148 «Пытки» УК РК (если принять во внимание редакцию предлагаемого УК РК), либо из ч. 4 ст. 178 УПК РК – ст. 141-1 УК РК.

11. Если рассматривать норму о пытках в рамках действующей редакции УК – ст. 141-1, то дополнить ст. 178 УПК РК требованием о проведении предварительного следствия специальными прокурорами по уголовным делам о преступлениях, предусмотренными ст. 148 нового УК/ ст. 141-1 действующего УК РК.

12. Предусмотреть четкие положения с регламентацией действий, которые должны быть предприняты незамедлительно специальными прокурорами по проверке/расследованию заявлений о пытках:

а) получить подробное и тщательное изложение версии событий от предполагаемой жертвы пыток (сведения о жертве; обстоятельства задержания; обстоятельства, приведшие к пыткам; по датам, местам, сроку содержания под стражей, частоте и продолжительности пыток, описанию предполагаемых виновных в совершении пыток; если пытки были неоднократные, то уточнить о каждом способе жестокого обращения отдельно; места и условия содержания под стражей);

б) обеспечить безопасность предполагаемой жертвы пыток;

в) в обязательном порядке назначить проведение экспертиз (судебно-медицинской, психолого-психиатрической, почерковедческой – при наличии явки с повинной, генетической, биологической и проч.)

г) опросить возможных свидетелей (в том числе названных предполагаемой жертвой пыток);

д) обеспечить доступ к независимому (выбранному жертвой) врачу;

е) отстранить предполагаемых виновных от должности (в случае, если они являются представителями власти, должностными лицами), обеспечить направление материалов о санкционировании их ареста в суд;

ж) информировать предполагаемую жертву о ходе разбирательства.

Ответом на вопрос о том, как рассматриваются дела о пытках в судах достаточно сложно, поскольку они, во-первых, единичные, а во-вторых - заявления о пытках не расследуются так, как это предусмотрено Конвенцией против пыток. При этом главными не разрешенными проблемами являются:

- не обеспечение независимости органа, проводящего расследование;
- отсутствие быстрого, тщательного и беспристрастного расследования;
- отсутствие доступа к эффективной защите жертвы пыток;
- отсутствие доступа к реабилитации жертвы пыток.

Использованная литература:

1. Кевин Бойл «Пытки, бесчеловечное и унижающее достоинство обращение».
2. Евгений Жовтис «Правовое регулирование запрета и предупреждения жестокого, бесчеловечного, унижающего достоинство обращения и наказания в международном праве и национальном законодательстве Республики Казахстан: проблемы и рекомендации».

СЕССИЯ 3. ИМПЛЕМЕНТАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ В УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

МИНДАГУЛОВ А. Х.
*Профессор Казахского Национального Университета
имени Аль Фараби, д.ю.н.*

Спорные положения Концепции и законопроекта нового УК РК

Чем вызвана необходимость подготовки новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан? Надо полагать, что это обусловлено неудовлетворенностью общества состоянием уголовного правоприменения после обретения страной независимости. Дело в том, что кризис как явление неустойчивости время от времени поражает не только экономику, но и другие сферы социальной жизни. Не является исключением и право, правовые институты. Состояние неудовлетворенности, как нам представляется, порождается нарастанием кризиса всей правовой системы.

Основная идея разработки новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан заключается в пересмотре уголовной политики на основе Концепции правовой политики Республики на период до 2020 года. В частности речь идет о либерализации и гуманизации уголовного законодательства, о пересмотре системы уголовных наказаний в целях более широкого применения видов наказаний, альтернативных лишению свободы и много других вопросов. Действительно, вера во всеисилие кары является не только наивной, но и вредной, ибо противоречит доводам разума, человеческому опыту. Отказ от концепции жесткого наказания в Европе произошел в 19 веке, а наша страна только приступает к его решению. Стало очевидным, что применение наказания в виде лишения свободы обусловлено в большей степени политическими соображениями, нежели поиском его эффективности.

Нет необходимости останавливаться на всех идеях и замыслах, нашедших отражение в Концепции, претворенной в новой редакции УК, большинство из них своевременны и заслуживают реального воплощения в новом УК. В целом соглашаясь с выводами и рекомендациями авторов Концепции и законопроекта, нельзя не отметить, что некоторые сохранившиеся нормы действующего УК и вновь выдвигаемые положения требуют внимательного изучения и критической оценки. Предметом особого внимания и более глубокого освещения, на наш взгляд, являются следующие вопросы.

Общественная опасность как основной критерий определения преступности деяния. Общественная опасность – фундаментальное понятие не только уголовного права, но и всей юридической науки. Его высокий абстрактно-теоретический уровень не всегда позволяет решать конкретные практические задачи. Попытка классификации преступлений, как и прежде, по критерию степени их общественной опасности нам представляется крайне неудачной. Каковы же на самом деле критерии их классификации и основания привлечения к уголовной ответственности? Обратимся к содержанию ст.11 УК РК, в котором выделяются категории преступлений в зависимости от характера и степени их общественной опасности. Характер и степень общественной опасности деяния, в свою очередь, определяются через тяжесть совершенного преступления – небольшой и средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие. Другими словами, самая высокая степень общественной опасности деяния соответствует особо тяжким и тяжким преступлениям, а средняя и небольшая степень общественной опасности соответствует преступлениям средней и небольшой тяжести. Получается такая метаморфоза: чтобы определить характер и степень общественной опасности, мы должны установить, какова тяжесть совершенного преступления. А тяжесть преступления определяется в

зависимости от степени общественной опасности деяния. Одно определяется другим и наоборот. Дальше - больше. Оказывается, тяжесть преступления зависит не только от степени общественной опасности, но и от меры наказания. Во второй части этой же статьи читаем: «Преступлениями небольшой тяжести признаются умышленные деяния, за совершение которых максимальное наказание, предусмотренное настоящим Кодексом, не превышает двух лет лишения свободы, а также неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание, предусмотренное настоящим Кодексом, не превышает пяти лет лишения свободы». А преступления будут характеризоваться как средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие, если максимальное наказание не будет превышать соответственно пяти, двенадцати лет или свыше двенадцати лет лишения свободы. Отдельный счет идет для преступлений, совершаемых по неосторожности, но все равно признание их тяжкими или не очень устанавливается по срокам лишения свободы. Иногда преступления, совершенные по неосторожности, признаются не только преступлениями небольшой тяжести, но и средней тяжести, и тогда срок лишения свободы несколько ниже, нежели за умышленные преступления. Логика подсказывает, что определить тяжесть преступления можно только после вынесения приговора и определения срока лишения свободы, и не иначе. Все, как говорится, поставлено с ног на голову. Сначала выносится приговор с определением срока лишения свободы (альтернативы нет). Срок лишения свободы позволяет определить тяжесть совершенного преступления. А по тяжести преступления мы определяем степень общественной опасности деяния.

Итак, в одной и той же ст.11 нового УК РК сначала говорится, что деяния, предусмотренные настоящим Кодексом, в зависимости от характера и степени общественной опасности подразделяются на преступления небольшой и средней тяжести, тяжкие и особо тяжкие (ч.1). А далее эти же категории преступлений признаются таковыми в зависимости от установленных сроков наказания (ч. 2-5). Спрашивается, какой же критерий является определяющим при установлении категорий преступлений – степень общественной опасности деяния, тяжесть преступления или срок наказания?

Разумеется, опасность любого уголовно наказуемого деяния определяется тяжестью преступления. Однако оба этих критерия останутся научными абстракциями до тех пор, пока не будут опираться на конкретные основания, позволяющие считать совершенное деяние опасным и тяжким. Таким критерием следует признать характер и размер причиненного объекту уголовно-правовой охраны вреда. Именно причиненный вред позволяет судить о тяжести преступления. Следующий шаг – это определение меры наказания, которая должна соответствовать тяжести преступления. Из сказанного со всей очевидностью вытекает прямая зависимость между характером и размером причиненного вреда и тяжестью преступления.

Что касается понятия «степень общественной опасности деяния», то она исполняет роль оценочной категории: опасно - неопасно, высока или низка степень опасности. Опасно все, что наносит обществу и личности лишения и вред со стороны человеческого поведения. Наши представления об общественной опасности тех или иных человеческих поступков временами меняются, и происходит это по разным причинам, но прежде всего в связи с изменениями социально-политических, экономических, нравственных устоев в обществе, развития науки о природе и обществе. Научно-техническое развитие, экологическая ситуация, масштабные природные разрушения, так или иначе, влекут пересмотр наших взглядов к некоторым видам человеческого поведения, что должно со временем найти отражение в уголовном законе. Подобный процесс происходит постоянно. Понятно, что этот процесс рождается не сразу и не вдруг. Общественно опасное деяние только тогда становится противоправным и уголовно наказуемым, когда каждый такой случай (эксцесс) начинает повторяться и обретает характер закономерности. Так происходило с угоном самолетов, захватом заложников, террористическими актами и т.д. Другие виды человеческого поведения, в свое время признанные преступными, со временем теряют свою общественную опасность, поэтому должны быть исключены из уголовного закона. Криминализация и декриминализация уголовно наказуемых деяний и есть непрерывающийся процесс обновления уголовного кодекса по критерию признания

человеческого поведения общественно опасным либо непризнания его таковым. Поэтому не стоит во всех случаях негативно оценивать частые внесения изменений и дополнений в уголовный кодекс, этот процесс объективный и отражает те изменения в сознании, которые связаны с нашими представлениями об опасности тех или иных видов человеческого поведения. В свою очередь, с изменением закона меняется и преступность, ее абсолютные и относительные показатели, структура и динамика. Постоянным же фактором остается оценка со стороны общества тех или иных деяний (своего рода мониторинг) как общественно опасных с точки зрения нанесенного вреда, что и приводит к необходимости их отнесения к числу уголовно наказуемых.

О преступлении и уголовном правонарушении. Раздел 2 УК (ст.ст. 10-39) теперь будет называться: Уголовные правонарушения. В старой редакции этот раздел (ст.ст.9-37) назывался: Преступление. Всегда подразумевалось, что УК это и есть совокупность преступлений. Теперь получается, что уголовный кодекс есть совокупность уголовных правонарушений. Но при этом не дается определение самого понятия уголовных правонарушений. Сразу же говорится, что уголовные правонарушения в зависимости от степени общественной опасности подразделяются на преступления и проступки.

В новой редакции преступлением предлагается считать совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), физического лица (новое понятие, привнесенное в УК для того, чтобы разграничивать его от юридического лица), запрещенное настоящим Кодексом под угрозой лишения свободы. Что это может означать? Только одно: за любое преступление следует единственный вид наказания – лишение свободы. Других видов наказания не будет. Все другие деяния, не связанные с лишением свободы, отныне не будут считаться преступлениями, а только проступками. Хотя проступки не представляют большой общественной опасности, но их все равно следует признать как виновно противоправные деяния физического лица, а потому они должны быть запрещены уголовным Кодексом под угрозой любого вида наказания, кроме лишения свободы. В таком случае, что это за деяния, которые, не будучи преступлениями, тем не менее запрещаются уголовным кодексом под угрозой наказания?

А далее утверждается (ч.5 ст. 10), что не является **уголовным правонарушением** действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного Особенной частью настоящего Кодекса, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности, то есть не причинившее вреда и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству. Эта норма полностью воспроизводит часть 2 статьи 9 ныне действующего УК, только слово **преступление** заменено понятием **уголовное правонарушение**. Что произошло в итоге, не поддается осмыслению. Дело в том, что уголовные правонарушения – понятие собирательное, включающее как преступления, так и проступки. Об этом говорят сами авторы законопроекта. К тому же преступления и проступки – деяния совершенно не сопоставимые по степени общественной опасности и своим последствиям: за преступление следует ответственность исключительно в виде лишения свободы, а за проступки – все иные виды наказания. Каким же образом преступление может оказаться малозначительным и не представляющим общественной опасности? Можно во всем этом разобраться? Вряд ли.

Итак, по всему тексту проекта нового УК применяется другая терминология: **уголовные правонарушения и проступки**. В то же время Генеральная же прокуратура (автор этих нововведений) в пояснении к статьям 6-8 и ряду других говорит, что вводится новая категория противоправных деяний «**уголовных проступков**». Сразу же возникает вопрос, какие же опасные для личности, общества и государства деяния являются уголовными правонарушениями, какие уголовными проступками, а какие просто проступками?

С точки зрения семантики (смыслового значения слов) нет совершенно никакого различия в понятиях «преступление», «уголовное правонарушение» и «уголовный проступок». Под словом «уголовный» (уголовное дело, уголовный суд, уголовный закон, уголовный кодекс)

подразумевается именно преступление. Не случайно в справочной юридической литературе (словарях, энциклопедиях) нет понятий «уголовное правонарушение» и «уголовный проступок». Так что и уголовное правонарушение, и уголовный проступок – тоже преступления. Правда последнее представляет малозначительное деяние, в силу чего оно не признается преступлением (ст.9, ч.2 УК РК). Поэтому нет необходимости вводить это новое понятие в УК.

Попытка внедрения в уголовный кодекс этих новых понятий внесет много путаницы. Согласно общей теории права преступления и проступки объединяют общим понятием «правонарушения»²⁸⁵. Правонарушения по характеру общественной вредности (опасности) подразделяются на преступления и проступки (административные деликты, дисциплинарные проступки, гражданские правонарушения и др.)²⁸⁶. Преступление признается наиболее опасным для общества деянием, все иные правонарушения признаются непроступными и их принято классифицировать по отраслям права: административные правонарушения, гражданские правонарушения, трудовые правонарушения, процессуальные правонарушения, международные правонарушения²⁸⁷.

О разъяснении некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе.

Предлагается включить в УК новую статью 9 с таким названием. Генеральная прокуратура объясняет, что это необходимо в целях (внимание!) определения терминов. И это все! Очень кратко и неясно. Как хотите, так и понимайте, что имеется в виду под определением терминов. Может, поэтому никакого разъяснения не дается. Идет перечень статей (частей, пунктов) УК, совершение которых следует рассматривать как:

- а) коррупционные преступления;
- б) террористические преступления;
- в) экстремистские преступления и проступки.

А затем, словно спохватившись, делается попытка дать определение ряда понятий: воинские преступления; террористический акт; организованная группа и др., всего 13. Но и здесь не все понятно. Дело в том, что этим видам преступлений посвящены самостоятельные статьи, и по логике вещей там и надо бы рассмотреть основные признаки этих деяний.

Известно, что сегодня многие преступления совершаются в группе: не только террористические акты и экстремистские выступления, но и преступления экономического характера, корыстной направленности с применением насилия, мошенничества, в сфере экологии и т.д. и т.п. Совершая преступления в группе, больше шансов достичь преступных замыслов и уйти от ответственности в случае разоблачения, переложив ее на других, в т.ч. путем пресловутой сделки о признании вины, а по существу сделки с правосудием. Вот разработчики и решили внести свою лепту в понимание различных преступных сообществ. Предлагается разграничивать понятия: 1.организованная группа; 2.преступная организация; 3.преступное сообщество; 4.преступная группа и 5.банда. Однако остается загадкой, по каким признакам (основаниям, критериям) это должно делаться, Оказывается, преступная организация – это то же самое, что и организованная группа, но только структурно оформленная. Получается, что преступная организация структурно не оформлена, хотя, как сказано, представляет собой устойчивую группу из двух или более лиц. А что такое преступная группа? Вряд ли кто догадается. Ничтоже сумняшеся, авторы законопроекта решили просто-напросто дать перечень уже названных преступных группировок, присовокупив к ним еще пять преступных сообществ: 1.транснациональная организованная группа; 2.транснациональная преступная организация; 3.транснациональное преступное сообщество; 4.террористическая группа;

²⁸⁵ См.: Явич Л.С. Общая теория права. Ленинград., 1976, с.259.

²⁸⁶ Алексеев С.С. Общая теория права. Том 2, Москва, 1982, с.173. См. также: Юридический энциклопедический словарь, Москва, 1984, с.305.

²⁸⁷ Общая теория права и государства. Москва, 1996, с.238-240.

5.экстремистская группа. Вот такая хитроумная головоломка предлагается вместо правовой нормы.

О рецидиве преступлений (ст.14 УК). Не понятно, почему эта статья названа одним словом «Рецидив» (рецидив чего – правонарушений или только преступлений), но нам представляется, что речь идет о рецидиве преступлений, поскольку по всему тексту этой статьи речь идет исключительно об этом. То же относится к ст.62, где речь идет о назначении наказания при рецидиве именно преступлений. Таким образом, все другие виды преступлений, не связанные с лишением свободы, которые авторы законопроекта предлагают называть проступками, теперь не будут считаться рецидивом, даже при неоднократном совершении аналогичных преступлений и наличии за них судимостей.

Рецидивом преступлений теперь решено признавать не совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее совершенное преступление, как это предусмотрено в действующем УК, а совершение **тяжкого** преступления, **если ранее это лицо осуждалось с применением наказания в виде лишения свободы за совершение другого тяжкого преступления.** Этим самым авторы реализовали свою идею о признании рецидивом только повторное совершение тяжкого преступления. По мысли разработчиков законопроекта, такое решение позволит избежать излишнего ужесточения ответственности за преступления небольшой и средней тяжести.

Однако остаются сомнения в возможности реализации таких решений. Во-первых, согласно п. а) ч.1 ст.57 законопроекта УК рецидив преступлений, несмотря на предлагаемые изменения, все-таки остается отягчающим обстоятельством, а эта норма пока сохраняется. Точно так же не планируется исключать из УК неоднократность преступлений (в законопроекте это ст.12). Надо будет объяснить, почему рецидив преступлений должен быть подвергнут пересмотру с точки зрения смягчения наказаний, а неоднократность нет. Строго говоря, неоднократность преступлений – это тоже рецидив.

Во-вторых, все предлагаемые решения отнюдь не будут способствовать сокращению тюремного населения и нагрузке на бюджет, поскольку и опасный рецидив, и особо опасный рецидив – это тяжкие преступления, за которые предусмотрены сроки лишения свободы не менее 12 лет.

По новому УК предполагается, что рецидив преступлений признается опасным при совершении лицом тяжкого преступления, если ранее это лицо дважды приговаривалось к лишению свободы за совершение тяжкого преступления. Выходит, что если ранее это лицо уже осуждалось за тяжкое преступление и вновь совершило тяжкое преступление, то в такой личности еще нет опасного рецидива. Что касается особо опасного рецидива, то такового законодатель вообще не допускает, вероятно, руководствуясь гуманными соображениями.

Теперь по поводу назначения наказания при рецидиве преступлений (ст.62 УК РК). В части 2 этой статьи говорится, что срок и размер наказания при рецидиве не должен быть (в тексте законопроекта « не могут быть», что нам представляется неверным) ниже двух третей максимального срока и размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление. А при опасном рецидиве преступлений - не менее трех четвертей максимального срока и размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление.

С этой нормой можно было бы согласиться, учитывая опасность рецидива преступлений, если не одно «но». Дело в том, что это правило будет проигнорировано, если, к примеру, в процессе судебного разбирательства защита представит доказательства (надо полагать, это не вызовет для нее больших трудностей), что имеются исключительные обстоятельства, связанные с целями и мотивами деяния, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления. Защита представит и другие обстоятельства, существенно уменьшающие степень общественной опасности деяния, в

том числе приложит максимум усилий для заключения так называемого процессуального соглашения со стороной обвинения (или «сделки о признании вины» по американской терминологии), что будет расцениваться как активное содействие участника группового преступления раскрытию совершенных группой деяний. Именно об этом говорит ч.3 этой же статьи.

Когда речь идет о совершении вновь и вновь тяжких преступлений (новое определение рецидива), допустимо ли говорить об обстоятельствах, смягчающих его участь? Не перечеркивает ли это все усилия законодателя по борьбе с рецидивной преступностью? Думается, что в подобных случаях достаточно опираться на нормы ст. 56, где речь идет об обстоятельствах, смягчающих уголовную ответственность и наказание, в частности на п.п. л) и м) части 1 этой статьи.

Помимо уже сказанного, приходится еще раз обратить внимание на следующие обстоятельства. Принципиально невозможно исключить из уголовного кодекса общее определение понятия рецидива преступлений, это важнейший институт уголовного права. Что касается мер наказания, то они существенно не изменятся, поскольку речь идет о совершении тяжких и особо тяжких преступлений. В принципиальном же плане вряд ли оправдано говорить о гуманизации наказаний в отношении опасных и особо опасных рецидивистов.

Об головной ответственности физических лиц. В статье 15 новой редакции УК говорится, что уголовной ответственности подлежит вменяемое физическое лицо, достигшее **ко времени совершения уголовного правонарушения шестнадцатилетнего возраста**. Прежняя статья 14 УК называлась: Лица, подлежащие уголовной ответственности. Сделано это для того, чтобы разграничить понятия «юридическое лицо» и «физическое лицо». Эта искусственная конструкция вряд ли приживется. Авторам так и не удалось по всему тексту законопроекта поменять слово «лица» на выражение «физические лица», так же, впрочем, заменить понятие преступление на понятие уголовное правонарушение.

Об уголовной ответственности юридических лиц (ст.16). В первой же части этой статьи говорится, что уголовной ответственности подлежит только негосударственное юридическое лицо. Почему, неизвестно. Разумеется, государственные органы, наделенные статусом юридического лица, при наличии оснований будут нести ответственность, в том числе уголовную, вместе с его руководителями. Вероятно, механизм привлечения до конца не продуман, и потому законодатель решил этот вопрос оставить открытым, а пока ограничиться попыткой решения этого вопроса применительно к негосударственным юридическим лицам. Не случайно к Концепции к новому УК отмечается, что привлечению юридических лиц к уголовной ответственности должна предшествовать оценка возможных негативных последствий такого решения. К ним недопустимы наказания, которые могут усугубить ситуацию и которые по своей тяжести превосходят общественную опасность деяния и его вредные последствия.

Поскольку есть проблема привлечения к уголовной ответственности юридических лиц, и такой опыт имеется в зарубежных странах, значит, и мы должны следовать этому примеру. На Западе при решении вопроса о привлечении к уголовной ответственности юридических лиц, благополучно обходятся без очередного внесения изменений и дополнений в действующие законы, прежде всего, кодексы. Там принимается специальный закон с целевым назначением, и он работает. Мы же, всякий раз при возникновении новой проблемы, пытаемся ее решить в рамках действующих законов и кодексов. Но какова должна быть исходная позиция для привлечения юридических лиц к уголовной ответственности, нами до конца не продумана. В итоге все сводится к тому, чтобы во всех преступных деяниях имущественного характера, если они совершались с использованием возможностей хозяйственных организаций, фирм, корпораций, т.е. юридических лиц, ставить вопрос и об уголовной ответственности последних. Юридическое лицо якобы тоже способно совершать преступления.

Актуальность проблемы привлечения юридических лиц к уголовной ответственности действительно существует и она обусловлена тем обстоятельством, что большинство преступлений экономической и экологической направленности совершаются с использованием возможностей организаций, наделенных статусом юридических лиц. У них всегда находятся огромные материальные и финансовые средства для того, чтобы, минуя правовые запреты, приумножать свои прибыли в ущерб интересам общества, государства, отдельной личности. А между тем становится все очевиднее, что уже сегодня, а в ближайшем будущем еще в большей степени именно преступления в сфере экономики и экологии будут представлять наибольшую угрозу для общества и государства. Разумеется, юридическое лицо является субъектом правовых отношений, но при этом не следует забывать, что оно не более чем фикция, т.е. условность, за которым угадываются действия людей. Юридическое лицо всего лишь олицетворяет человека, придает отвлеченным предметам свойства человека, если угодно, «одушевляет» вещи.

Если юридическое лицо способно совершить преступление, то такой взгляд заставляет полностью пересмотреть наши представления о том, что такое уголовное право и что такое преступление. И такие попытки продолжают предприниматься, но, к сожалению (а может быть, к счастью), все они оказываются неудачными. Мы не должны допускать смешения двух разных вещей: совершение преступления и ответственность за совершенное преступление. Совершает преступление человек, материальную же ответственность за это может нести вместе с ним и те структуры, которые он создает для достижения своих преступных замыслов. Это могут быть не только преступные сообщества (организованные преступные группы), но и юридические лица. Они, являясь субъектами гражданско-правовых отношений и находясь под надежной правовой защитой государства, концентрируют материальные ценности и финансовые ресурсы (движимое и недвижимое имущество) людей, их создавших. Нет необходимости доказывать, что материальные ресурсы (финансы) юридических лиц могут использоваться не только во благо, но и во вред человека. И если действия юридических лиц представляют общественную опасность для общества (загрязнение окружающей среды, нанесение имущественного вреда субъектам уголовно-правовых отношений), естественно, возникает вопрос об уголовной ответственности и их наряду с физическим лицом, совершившим преступление. Уголовная ответственность юридического лица носит опосредованный характер. Понятно, что его (юридическое лицо) нельзя допросить, предъявить ему обвинение, арестовать и т.д. и т.п. Другими словами, к юридическому лицу неприменимо понятие субъективного вменения и личной вины. Но юридические лица в лице своих руководителей и отдельных сотрудников, вступая в правовые отношения, могут совершать действия, оцениваемые как общественно опасные. Это могут быть уголовно-правовые запреты в области финансов, налоговых сборов, таможенного дела, экологии и т.д. Естественно, прежде всего, встает вопрос об уголовной ответственности руководителей (собственников) юридических лиц, и лишь во вторую очередь – юридического лица, если возникает необходимость возмещения материального ущерба, ареста на имущество, запрета на определенный вид деятельности. В гражданском праве юридическое лицо – весьма удачный ход для построения имущественных отношений. В уголовном праве юридическое лицо может служить инструментом для совершения преступлений. Поэтому нельзя проводить параллели между юридическим лицом как субъектом гражданско-правовых отношений и юридическим лицом как субъектом уголовного права.

Возникает вопрос, действия юридических лиц чем-то отличаются от преступлений, совершаемых людьми, т.е. физическими лицами? Конечно же, совершает преступление физическое лицо, ответственность (имущественную, разумеется) при определенных условиях вместе с ним может нести и юридическое лицо. Субъектом любого преступления, связанного с действиями юридического лица, является, как правило, его собственник (руководитель, учредитель). В таком случае сразу возникает вопрос, как развести подозреваемого (обвиняемого), т.е. физическое лицо, от представителя юридического лица.

В принципиальном плане ставить и решать вопрос о привлечении к уголовной ответственности юридических лиц не подвергается сомнению. Все дело в том, каков должен быть подход к решению этой действительно важной проблемы. Попытка привлечения к уголовной ответственности юридических лиц путем внесения изменений и дополнений в действующие законы и кодексы (прежде всего, гражданский, уголовный и уголовно-процессуальный), следует признать неудачной из-за необходимости коренного пересмотра многих фундаментальных положений Общей и Особенной частей этих кодексов. Л.В. Головкин, отмечая особенности западного подхода к проблеме привлечения к уголовной ответственности юридических лиц, пишет: «Наличие специального законодательства и специальной терминологии в отношении применяемых к юридическим лицам уголовно-правовых санкций **может исключать** полностью или частично действие в их отношении норм **общей части уголовного права**, но **не может исключать** действие в их отношении фундаментальных уголовно-правовых и уголовно-процессуальных **принципов**»²⁸⁸.

Правильнее было бы принять самостоятельный Закон «Об уголовной ответственности юридических лиц». Но этому препятствует запрет принимать любой закон об уголовной ответственности вне рамок уголовного и уголовно-процессуального кодексов (ст. 1 УК РК и ст.1 УПК РК). Выход только один, надо отказаться от этого ошибочного положения и такой запрет снять. Это позволило бы в дальнейшем избежать проблем систематического обновления УК и других кодексов и законов, технико-юридических трудностей из-за постоянного изменения нумерации глав и статей и т.д.

Об уголовном правонарушении, совершенном по неосторожности (ст. 22 УК). Уголовным правонарушением, совершенным по неосторожности, признается деяние, совершенное по самонадеянности или небрежности. Уголовное правонарушение признается совершенным по самонадеянности, если лицо предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своих действий (бездействия), но без достаточных к тому оснований легкомысленно рассчитывало на предотвращение этих последствий.

На мой взгляд, пора в корне пересмотреть позицию законодателя, согласно которой преступная самонадеянность представляет собой форму неосторожного преступления. Какая же эта неосторожность, если человек предвидит, к каким тяжелым последствиям могут привести его действия? Да, он порой проявляет чудеса ловкости, силы, изворотливости, благодаря чему удается избежать худшего. Однако когда речь идет об охране интересов общества, государства, личности, самонадеянность надо рассматривать не как смягчающее, а как отягчающее обстоятельство. Большинство автодорожных происшествий со смертельным исходом происходят исключительно из-за преступной самонадеянности водителей. Лесные пожары, взрывы складов с оружием, авиакатастрофы, разрушение зданий с человеческими жертвами – все это и есть следствие преступной самонадеянности.

Полагаю, что надо сохранить только одну форму преступной неосторожности – небрежность, при которой человек из-за невнимательности, отсутствия предусмотрительности допускает своими действиями наступление общественно опасных последствий своих действий (бездействия).

Осуществление оперативно-розыскных мероприятий (статья 36). Законодатель считает, что не является **уголовным правонарушением** причинение вреда охраняемым настоящим Кодексом интересам, совершенное при выполнении в соответствии с законом оперативно-розыскных мероприятий сотрудником уполномоченного государственного органа либо по поручению такого органа иным лицом, сотрудничающим с этим органом. То же относится к деяниям, направленным на предотвращение, выявление, раскрытие или

²⁸⁸ Головкин Л.В. Аналитическая записка об уголовной ответственности юридических лиц.// Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010, с.179.

расследование **уголовных правонарушений, совершенных группой лиц, группой лиц по предварительному сговору или преступной группой**, а также если причиненный вред охраняемым интересам менее значителен, чем вред, причиняемый указанными **уголовными правонарушениями**, и если их предотвращение, раскрытие или расследование, а равно изобличение виновных в совершении **уголовных правонарушений** лиц не могли быть осуществлены иным способом.

На мой взгляд, эта статья совершенно лишняя. Закон об оперативно-розыскной деятельности для того и был принят, чтобы в нем были определены рамки и пределы такой деятельности, в том числе весь набор диспозиций, перечисленных в анализируемой статье. При превышении субъектом преступления этих пределов и ограничений, он должен нести ответственность, если не будет доказано, что действовал в пределах необходимой обороны или крайней необходимости, а также обоснованного риска. Вот и все.

Вопросы имплементации норм международных конвенций в уголовное законодательство Казахстана

Известно, что в настоящее время разрабатывается проект новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - проект новой редакции УК). В связи с этим представляется возможность избавиться от недостатков, в том числе пробелов, существующих в действующем уголовном законодательстве Республики Казахстан. В проекте новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - УК) нашли отражение нормы многих международных документов, касающихся борьбы с преступностью. В частности, в действующем УК и в проекте новой редакции УК достаточно полно учтены нормы Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года с поправками, внесенными в нее в соответствии с Протоколом 1972 года о поправках к Единой конвенции о наркотических средствах 1961 года (Нью-Йорк, 30 марта 1961 года) (Республика Казахстан присоединилась к Конвенции Законом РК от 1 июля 1998 г. № 257-1), Конвенции о физической защите ядерного материала и ядерных установок (Вена, Нью-Йорк, 3 марта 1980 г.) (Республика Казахстан присоединилась к настоящей Конвенции Законом РК от 22 декабря 2004 года № 17-II), Протокола о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющего Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (Ратифицирован Законом РК от 4 июня 2008 года № 37-IV), Конвенции о борьбе с торговлей людьми и с эксплуатацией проституции третьими лицами (г. Нью-Йорк, 21 марта 1950 года) (Ратифицированной Законом РК от 14 декабря 2005 года № 100-III), Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (принятой Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 39/46 от 10 декабря 1984 г.) (Республика Казахстан присоединилась к Конвенции в соответствии с Законом РК от 29.06.98 г. N 247-1), Конвенции о правах ребенка, принятой резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 года и других международных документов.

К наиболее опасным видам преступлений следует отнести коррупционные преступления. Наша страна присоединилась к целому ряду международных конвенции, направленных на повышение эффективности борьбы с коррупцией. В частности, Конвенцию Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности (ноябрь 2000 года) Казахстан ратифицировал 4 июня 2008 года; Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции (октябрь 2003 года) - 4 мая 2008 года Конвенцию Совета Европы об отмыывании, выявлении, изъятии и конфискации доходов от преступной деятельности (Страсбург, 8 ноября 1990 г.) - 2 мая 2011 года.

Конвенция ООН против коррупции рекомендует странам-участникам Конвенции предусмотреть в национальном законодательстве своих стран в качестве коррупционных преступлений 11 составов:

1. Подкуп национальных публичных должностных лиц;
2. Подкуп иностранных публичных должностных лиц и должностных лиц публичных международных организаций;
3. Хищение, неправомерное присвоение или иное нецелевое использование имущества публичным должностным лицом;
4. Злоупотребление влиянием в корыстных целях;
5. Злоупотребление служебным положением;
6. Незаконное обогащение;

7. Подкуп в частном секторе;
8. Хищение имущества в частном секторе;
9. Соккрытие;
10. Воспрепятствование осуществлению правосудия;
11. Отмывание доходов от преступлений.

Кроме того, ряд указанных выше конвенции рекомендует предусмотреть уголовную ответственность юридических лиц. Это необходимо, для повышения эффективности борьбы не только с коррупционной преступностью, но и с организованной преступностью, с преступлениями в сфере экономической деятельности, которые в свою очередь тесно взаимосвязаны.

Из числа указанных составов в уголовном законодательстве нашей страны не предусмотрена ответственность юридических лиц, отсутствуют нормы об ответственности за нецелевое использование бюджетных средств, незаконное обогащение. Ряд норм УК об ответственности за коррупционные преступления не соответствуют международным нормам.

В связи с этим, а также для повышения эффективности мер противодействия коррупции следует, на наш взгляд, произвести имплементацию международных норм в законодательство нашей страны. Для этого следует:

1. Расширить трактовку должностного лица, поскольку в настоящее время применяется более узкое понятие субъекта коррупционного преступления по сравнению с международными актами. В отличие от ст. 2 Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции примечание 3 к ст. 307 УК нашей страны не признает должностными лицами руководителей государственных организации. Также по уголовному законодательству нашей страны не признаются должностными лицами руководители негосударственных учреждений, иностранных предприятий и организаций. Это сильно сужает сферу применения норм УК об ответственности за коррупционные преступления, что не способствует повышению эффективности борьбы с ними. Необходимо сформулировать понятие должностного лица таким образом, чтобы оно охватило не только руководителей государственных органов, но и учреждений и предприятий независимо от форм собственности. В новой редакции Уголовного кодекса нашей страны предлагаем следующую редакцию понятия должностного лица: «Должностными лицами признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, учреждениях и предприятиях независимо от форм собственности, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан.

2. В ст. 15 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется рассматривать в качестве предмета взяточничества выгоды как имущественного, так и неимущественного характера. Выгоды неимущественного характера являются предметом некоторых коррупционных преступлений. Например, в статьях 307, 314, 315 УК. Предмет взяточничества по УК нашей страны определяется более узко, чем в Конвенции, как передача лицу взятки в виде денег, ценных бумаг, иного имущества, права на имущество или выгод имущественного характера. Выгоды неимущественного характера в статьях УК, предусматривающих ответственность за взяточничество, не рассматриваются как предмет преступления. Между тем совершение должностным лицом определенных действий или воздержание от них за предоставление выгод неимущественного характера становится в нашей стране распространенным явлением. При этом к выгодам неимущественного характера можно отнести предоставление высокооплачиваемой должности, продвижение по карьерной лестнице и т.п. Это нередко имеет место между чиновниками, когда, например, один чиновник устраивает на хорошую должность человека по просьбе другого чиновника,

который ему ранее оказал подобную услугу. К выгодам неимущественного характера следует относить и оказание сексуальных услуг.

В связи с изложенным полагаем, что в ст.311 УК перечень предметов взяточничества следует расширить, включив туда выгоды неимущественного характера. Это позволит более полно вести уголовно-правовую борьбу со взяточничеством.

3. Статья 15 указанной выше Конвенции ООН предлагает странам-участницам криминализовать в своем национальном законодательстве обещание, предложение или предоставление публичному должностному лицу лично или через посредников, какого-либо неправомерного преимущества для самого должностного лица или иного физического или юридического лица с тем, чтобы это должностное лицо совершило какое-либо действие или бездействие при выполнении своих должностных обязанностей. В уголовном законодательстве Республики Казахстан не предусмотрена ответственность за перечисленные действия. Целесообразно предусмотреть уголовную ответственность за обещание дать взятку, предложение взять взятку, обращенное к публичному должностному лицу. Криминализация указанных деяний сыграло бы определенную положительную роль в профилактике взяточничества.

4. В УК Республики Казахстан не предусмотрена уголовная ответственность юридических лиц. В целом ряде международных конвенции рекомендуется установление такой ответственности в отношении юридических лиц. В частности, в ст. 10 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности, в ст. 26 Конвенции ООН против коррупции. Необходимость включения в УК норм об ответственности юридических лиц вызвана все более частыми фактами их участия в коррупционных действиях, использования юридических лиц как орудия совершения хищений бюджетных средств, разного рода махинации, от которых причиняется огромный ущерб экономике нашей страны, интересам общества или отдельных физических и юридических лиц. Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросу введения уголовной ответственности юридических лиц», пройдя первое чтение в Парламенте нашей страны, был отозван, не дойдя до второго чтения.

Высказывая сомнение в целесообразности введения уголовной ответственности юридических лиц, отдельные авторы указывают, что введение такой ответственности будет противоречить правовым принципам нашего государства. На такие высказывания следует ответить, что речь идет о принципах личной и виновной ответственности в уголовном праве. Но эти принципы уголовного права следует подкорректировать с учетом изменений социально-экономического характера, происшедших в нашей стране. В случае введения уголовной ответственности юридических лиц они будут сохранены применительно к уголовной ответственности физических лиц. Уголовная ответственность юридических лиц – это новый институт уголовного права и в случае ее введения применительно к этому институту будут сформулированы несколько иные принципы уголовного права и не будут включены туда указанные два принципа.

Высказывания о том, что введение уголовной ответственности юридических лиц может отрицательно повлиять на развитие предпринимательства, абсолютно несостоятельны. Опасаться такой ответственности могут только недобросовестные предприниматели.

5. В ст.17 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется криминализовать «нецелевое использование публичным должностным лицом в целях извлечения выгоды для себя самого или другого физического или юридического лица какого-либо имущества, публичных или частных средств, или ценных бумаг, или любого другого ценного предмета, находящегося в ведении этого публичного должностного лица в силу его служебного положения». В Казахстане участились факты нецелевого использования бюджетных средств, в результате чего ежегодно государству причиняется огромный ущерб. Поэтому следовало бы предусмотреть уголовную ответственность за это деяние. В УК Российской Федерации за подобные действия предусмотрена

ответственность по двум статьям: по ст. 285.1 (Нецелевое расходование бюджетных средств) и ст.285.2 (Нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов).

6. В ст.20 Конвенции ООН против коррупции рекомендуется предусмотреть уголовную ответственность за «незаконное обогащение, т.е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать». В Уголовном кодексе нашей страны норм об ответственности за незаконное обогащение нет. Дополнение его такой нормой позволило бы повысить эффективность уголовно-правовых мер борьбы с коррупцией, выявлять и привлекать к уголовной ответственности наиболее опасных коррупционеров, которые добыли незаконным, в основном преступным путем денежные средства и иное имущество на огромные суммы, выявлять и привлекать к ответственности наиболее крупных и опасных коррупционеров. Следует предусмотреть уголовную ответственность за данное деяние в отношении государственных служащих.

Указанной выше рекомендации последовали ряд стран. В частности, ст.268/2 Уголовного кодекса Аргентины предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок от двух до шести лет каторжных работ или тюремного заключения, штрафом в размере от пятидесяти до ста процентов суммы обогащения и пожизненным абсолютным поражением в правах за непредставление в ответ на законное требование оправдания происхождению своего значительного по размерам имущественного обогащения или обогащения использовавшегося им в целях прикрытия подставного лица, осуществленных во время пребывания на государственном посту или должности и в период до двух лет после ухода с указанного поста или должности.

Конечно, дополнение Уголовного кодекса такой нормой встретит мощное противодействие прежде всего тех, кто имеет непомерно большие активы. В обоснование своей позиции они будут ссылаться на то, что криминализация незаконного обогащения будет противоречить презумпции невиновности. В ответ на это следует отметить, что бремя доказывания факта незаконного обогащения будет ложиться не на подозреваемого в незаконном обогащении, а на органы правосудия. А лицо, привлекаемое к уголовной ответственности за это деяние, защищая свои права, будет доказывать законность нахождения у него чрезмерно больших активов. Таким образом он будет опровергать обвинение в незаконном обогащении. Поэтому о нарушении принципа презумпции невиновности не может быть и речи.

Полагаем, что незаконным можно было признать обогащение в случаях, если разница между официальным имущественным положением незаконно обогатившегося, а также обнаруженным у него скрытым имуществом и законными доходами составляет 10 и более раз. Обогащение следует признать незаконным, если государственный служащий не может разумным образом обосновать законность его происхождения. Причем здесь бремя доказывания виновности государственного служащего не перекладывается на него. Он, обосновывая законность происхождения нажитого на непомерно большую сумму имущества, будет защищать себя от необоснованного обвинения в незаконном обогащении. Если правоохранительным органам и суду удалось обнаружить у государственного служащего имущество на сумму, составляющую разницу между официальным имущественным положением незаконно обогатившегося, а также обнаруженным у него скрытым имуществом и законными доходами менее 10 раз, то за такое незаконное обогащение может быть предусмотрена административная и дисциплинарная ответственность.

Статья УК об ответственности за незаконное обогащение в случае ее принятия должна быть расположена в гл.13 УК после ст.313 (Посредничество во взяточничестве), так как взяточничество из числа коррупционных преступлений приводит к наибольшему незаконному обогащению, а ст.313 УК завершает тройку статей об ответственности за взяточничество. Конечно же, предлагаемая статья УК под номером 313-1 должна попасть в число коррупционных преступлений.

В связи с этим предлагаем следующую редакцию статьи УК об ответственности за незаконное обогащение:

«Статья 313-1. Незаконное обогащение.

1. Превышение должностным лицом своих активов, а равно активов близких родственников над законными доходами в значительном размере - наказывается...

2. То же деяние, совершенное в крупном размере,- наказывается...

3. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное в особо крупном размере,- ...

Примечание. Значительным размером превышения активов над законными доходами признается сумма, превышающая 10 и более раз, крупным размером – пятьдесят и более раз, а особо крупным размером – сто и более раз».

Завершая вопрос о необходимости предусмотрения уголовной ответственности за незаконное обогащение, необходимо отметить, что государство, наделяя своих должностных лиц определенными властными полномочиями, имеет право учинить спрос, требовать объяснений с тех из них, кто, занимая определенную должность, чрезмерно усердствовал, приобретая на непомерно большие суммы имущество и не может объяснить, как добыл денежные средства на приобретение этого имущества. Без сомнения, норма о незаконном обогащении (в случае ее принятия) послужила бы мощным ударом по наиболее изворотливым коррупционерам.

САЛАМАТОВ Е. А.
экс-Заместитель Председателя
Комитета Уголовно-исполнительной системы
Республики Казахстан, доцент, к.ю.н.

Имплементация отдельных международных положений по вопросам пенитенциарной системы в уголовное законодательство Казахстана

По данным Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, озвученным 19 ноября 2012 года на заседании коллегии Генеральной прокуратуры, в 2011 году из общей суммы причиненного преступлением ущерба, составляющей 284 млрд. тенге, возмещено менее 33 млрд. В 2012 году из 137 млрд. тенге остается не возмещенным ущерб на сумму 109 млрд.²⁸⁹

Эти цифры отчетливо показывают уровень реституции в отечественной правоприменительной практике и еще раз подтверждают отсутствие должного внимания правоохранительной и судебной системы к правам потерпевших от преступления. Данная проблема носит хронический характер и одна из ее причин кроется в несовершенстве действующего законодательства.

Как известно, после раскрытия преступления внимание правоохранительных органов сосредотачивается на преступнике, поскольку основными критериями оценки их деятельности являются розыск и задержание преступника, расследование обстоятельств совершенного преступления, придание преступника суду. Иными словами, органы уголовного преследования, прибегая к помощи потерпевших и используя их в качестве инструмента в раскрытии преступлений, решают сугубо свои служебные задачи.

В тоже время, жертвы преступлений которым причинен вред постепенно, по мере расследования преступления, отходят на второй план и перестают интересоваться правоохранительные органы. Нередко они остаются наедине со своим несчастьем, переживают чувство страха, незащитности и обиды, начинают заниматься самобичеванием и ищут причины трагедии внутри себя. Больше всего этому подвержены жертвы насильственных преступлений: изнасилований, похищений человека, разбойных нападений и др. А в случаях с корыстными преступлениями, когда материальный ущерб не возмещен, не смотря даже на прямое указание на это в приговоре суда, сознание потерпевших заполняет чувство несправедливости, разочарования и недоверия к существующему устройству правосудия. Все это иногда приводит к дополнительной трагедии.

По мнению многих специалистов, жертвы преступлений дважды несут ущерб: во-первых, от самого преступления и, во-вторых, от карательного способа организации правосудия, не позволяющего комплексно решать проблемы жертв. Карательная направленность уголовного правосудия обусловлена трактовкой события преступления как нарушения законов государства, а не причинения вреда конкретным людям и отношениям, а также нацеленностью уголовного процесса на доказательство виновности и определение наказания виновному²⁹⁰.

Данные проблемы характерны не только для казахстанской правоохранительной системы и правосудия. В той или иной мере с ними столкнулись многие государства, и осознание

²⁸⁹ <http://prokuror.kz/rus/novosti/press-releasy/press-reliz-gastana-19-noyabrya-2012-goda>

²⁹⁰ Максудов Р.Р. Восстановительное правосудие: концепция, понятия, типы программ // Программы восстановительного правосудия. Пособие для ведущих/Под редакцией Л.М. Карнозовой и Р.Р. Максудова. М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа».

этих проблем привело к зарождению в конце 70-х годов 20-го столетия такого направления в юриспруденции как восстановительное правосудие.

Так, 29 ноября 1985 года Генеральной Ассамблеей ООН принята «Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью», в которой сформулированы основные направления поддержки и содействия жертвам преступлений, в частности, внедрение международных стандартов доступа потерпевших к системе правосудия, правовые механизмы реституции, компенсация потерпевшим, в том числе из государственных фондов, оказание необходимой материальной, медицинской, психологической и социальной помощи потерпевшим, как по правительственным, так и иным каналам.

Позже, 24 июля 2002 года Экономический и Социальный Совет ООН принял Декларацию «Основные принципы использования программ восстановительного правосудия в уголовных делах», в которой нашли закрепление цели и методы осуществления восстановительного процесса. Есть и другие международные документы, направленные на восстановление прав потерпевших, в том числе и применительно к конкретным видам преступлений, перечисление которых не входит в задачу данной статьи.

Если вкратце, то суть восстановительного правосудия заключается в построении законодательства и правоприменительной практики таким образом, когда акцент от уголовного преследования правонарушителя смещается на возмещение материального и морального вреда потерпевшему, тем самым снижается уровень конфликтности сторон. Восстановительное правосудие не заменяет собой современную систему уголовного правосудия, хотя может менять ее реакцию на преступление в сторону смягчения, и реализуются как дополнительный метод реабилитационной работы с преступниками и жертвами.

В настоящее время восстановительное правосудие практикуется во многих регионах мира: в Европе, в Северной Америке, в Австралии, в Новой Зеландии, в Южной Африке. При этом, важным и обязательным элементом программ восстановительного правосудия во многих странах является личная встреча жертвы и преступника на добровольной основе. Жертвам такие встречи помогают восстановить чувство безопасности, дают возможность выплеснуть свои эмоции, задать волнующие вопросы и получить на них ответы, лучше узнать своего обидчика, получить компенсацию за причиненный материальный ущерб и т.п. Для преступников встречи создают условия для личного раскаяния перед жертвой, что бывает очень важным для тех, кто совершил преступление по неосторожности либо совершил его впервые и ранее не отличался маргинальным поведением. Также во время этих встреч правонарушитель совместно с жертвой определяет форму и размер возмещения ущерба, тем самым он принимает на себя ответственность и в определенной мере может влиять на свою дальнейшую судьбу.

В Казахстане весомым шагом в направлении восстановительного правосудия является принятие Закона РК «О медиации» от 28 января 2011 года. Медиация является одной из форм восстановительного правосудия и в соответствии с данным законом, под ней понимается процедура урегулирования по добровольному согласию сторон спора (конфликта) между сторонами при содействии медиатора (медиаторов) в целях достижения ими взаимоприемлемого решения. В рамках уголовного судопроизводства применение медиации, повлекшее заглаживание преступником причиненного вреда и примирение с потерпевшим, в одних случаях влечет освобождение его от уголовной ответственности (ч.1 ст.67 УК РК), в других случаях дает ему на это право (ч.2 ст.67 УК РК). Однако, несмотря на актуальность и своевременность внедрения института медиации в казахстанское законодательство, не следует именно в ракурсе уголовного судопроизводства преувеличивать ожидаемый эффект от ее реализации. Во-первых, согласно закону медиация не распространяется на тяжкие и особо тяжкие преступления, при совершении которых, потерпевшим наносится более существенный ущерб. Во-вторых, медиация допускается только на стадиях досудебного и судебного производства, в рамках

которых не всегда преступник приходит к пониманию целесообразности урегулирования конфликта. Решение о возмещении ущерба и примирения с потерпевшим он может принять позже, когда медиация уже не применима. В-третьих, под урегулированием спора (конфликта) в Законе РК «О медиации» понимается собственно не возмещение причиненного ущерба, а только письменное соглашение сторон об этом, достигнутое в результате медиации. Данное положение соответствует Декларации Экономического и Социального Совета ООН от 24 июля 2002 года об «Основных принципах использования программ восстановительного правосудия в уголовных делах», однако, в наших условиях означает перемещение проблемы возмещения ущерба на последующие стадии уголовного процесса, в частности, на стадию исполнения уголовного наказания.

А здесь существуют свои проблемы. Если до провозглашения приговора правонарушитель еще как-то старается загладить причиненный вред, хотя бы частично, и в соответствии с уголовным законом избежать наказания или смягчить его, то после вступления приговора в законную силу его заинтересованность в сотрудничестве с потерпевшим резко снижается. При поступлении в места лишения свободы его сознание заполняют совсем другие приоритеты, связанные с адаптацией к жизни в новых условиях, установлением межличностных отношений с другими осужденными и интеграцией в тюремную субкультуру. Со временем он все меньше задумывается о моральной стороне своего преступления, перестает осознавать зло, причиненное другому человеку, и все больше начинает считать себя жертвой обстоятельств и уголовного правосудия. Пенитенциарные учреждения создают идеальные условия для дальнейшего отчуждения правонарушителей от потерпевших, и в целом, от законопослушного общества.

С учетом изложенного, возникает важный вопрос - возможно ли внедрить восстановительное правосудие на стадии исполнения уголовного наказания?

Для начала определимся с внутренним соотношением словосочетания «восстановительное правосудие на стадии исполнения уголовного наказания». Дело в том, что, говоря о правосудии, мы, как правило, подразумеваем деятельность суда. Этому способствует и наша Конституция, в статье 75 которой говорится, что правосудие в Республике Казахстан осуществляется только судом. Однако, в теории права правосудие нередко трактуется шире и подразумевает всю сферу **юстиции**, включая процессуальную и исполнительную деятельность. И если восстановительное правосудие в форме медиации, в соответствии со статьей 24 Закона РК «О медиации», реализуется не только на стадии судебного, но и досудебного производства, то, следовательно, оно (восстановительное правосудие) вполне может быть и на постсудебной стадии, в данном случае на стадии исполнения судебных решений.

Таким образом, с правовой точки зрения, как нам представляется, нет никаких препятствий для распространения восстановительного правосудия на стадию исполнения уголовного наказания. Организация же соответствующих процедур восстановительного правосудия на этой стадии не представляет больших сложностей. Здесь уже не идет речь о медиации и составлении письменного соглашения о возмещении ущерба. Главное на этом этапе иметь в законодательстве эффективные рычаги для стимулирования осужденных лиц к возмещению вреда нанесенного преступлением. В морально-психологическом аспекте немаловажна и организация на добровольной основе личных встреч преступника и жертвы, о значимости которых уже отмечалось выше. Такие встречи широко практикуются в странах применяющих программы восстановительного правосудия, организация их возлагается в том числе и на службы пробации, что вполне возможно и в наших условиях. Однако, для достижения эффективности восстановительного правосудия в условиях пенитенциарной системы существует серьезное препятствие. Таковым является отсутствие в настоящее время у подавляющего большинства осужденных, прежде всего к лишению свободы, действенного стимула к возмещению нанесенного ущерба потерпевшим.

Внесенные за последние годы в Уголовный и Уголовно-исполнительный кодексы Казахстана изменения и дополнения существенно девальвировали правовые механизмы стимулирования осужденных не только к заглаживанию перед потерпевшими вреда, но и в целом, к правопослушному поведению в период отбывания лишения свободы.

К примеру, Законом РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 26 марта 2007 года в статью 70 Уголовного кодекса РК был внесен запрет на условно-досрочное освобождение лиц, ранее уже условно-досрочно освобождавшихся. Эти изменения не учли случаи, когда ранее уже условно-досрочно освобождавшееся лицо совершало новое преступление по неосторожности, например связанное с дорожно-транспортным происшествием, по которым почти всегда есть материальные иски к виновным. Но, так как у них нет права на УДО, соответственно нет и стимула возмещать ущерб.

В проекте нового Уголовного кодекса РК данная проблема частично решается, в тоже время предлагается расширить круг лиц, которым УДО не будет применяться. Хотя современные международные стандарты исходят из необходимости предусматривать данный вид освобождения даже для лиц, отбывающих пожизненное тюремное заключение. Также указанным законом в статью 455 Уголовно-процессуального кодекса РК был введен обязательный учет мнения потерпевшего либо его представителя при рассмотрении вопросов об условно-досрочном освобождении. На первый взгляд с точки зрения восстановительного правосудия верное решение. Однако из-за имевшихся противоречий в законодательстве данное положение не получило широкого распространения. Например, в 2009 году из 33442 рассмотренных администрациями исправительных учреждений материалов об УДО только 10040 либо 30% в последующем поступили в суды²⁹¹. Если учесть, что мнение потерпевшего от преступления относительно УДО учитывается лишь при рассмотрении материала в суде, то из приведенной цифры видно, сколько из них реально имели такую возможность.

Отдельного внимания заслуживает вопрос об амнистии заключенных. Реализация Закона РК «Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан» от 28 декабря 2011 года выявила ряд недостатков, которые, в определенной мере, дискредитировали саму идею амнистии. Благодаря средствам массовой информации общественный резонанс получили случаи, когда виновные в дорожно-транспортных происшествиях с причинением смерти пешеходам освобождались от уголовной ответственности на основании амнистии, при этом родственникам жертв трагедии не приносились даже элементарные извинения, не говоря уже о возмещении материального ущерба. Такой подход полностью противоречит смыслу восстановительного правосудия, поэтому в будущем Уголовном кодексе целесообразно закрепить обязательный учет мнения потерпевшего либо его представителя при рассмотрении вопроса об амнистии виновного лица.

В проекте нового Уголовного кодекса предлагается сохранить запрет распространения амнистии на лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, который был введен в Уголовный кодекс РК Законом РК от 8 января 2007 года. Данный запрет существенно сужает поле для восстановительного правосудия. Например, на январь 2013 года структура осужденных в исправительных учреждениях республики на 94,1% состоит именно из лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, большинство из которых имеют непогашенные иски перед потерпевшими от преступлений, и как показывает анализ, особо не стремятся их погасить. Действие последнего закона об амнистии коснулось всего 2600 лиц отбывающих лишение свободы, из которых 2100 были освобождены от наказания, остальным 500 осужденным сокращены сроки наказания. Но,

²⁹¹ Саламатов Е.А. Численность «тюремного населения» Казахстана за последние 10 лет: динамика и причины ее колебаний / Информационно-аналитический журнал «Правовая реформа в Казахстане». - № 3 (59) - 2012. – С.72-76

как отмечалось выше, мнение потерпевших от преступлений и их представителей при этом не учитывалось. Поэтому целесообразно расширить диапазон амнистии, распространив право на нее и на лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, но применять ее к ним путем частичного снижения срока наказания (например, на 1/3 по тяжким и на 1/4 по особо тяжким преступлениям), при обязательном условии погашения иска потерпевшим (хотя бы частично) и отсутствия у них нарушений режима отбывания наказания.

Также, в духе вышеприведенных репрессивных подходов Законом РК от 9 ноября 2011 года в статье 73 Уголовно-исполнительного кодекса РК установлен полный запрет на перевод из закрытых учреждений в колонию-поселение осужденных, отбывающих лишение свободы за совершение особо тяжких преступлений.

Конечно, среди отбывающих лишение свободы есть немало закоренелых преступников, не заслуживающих ни условно-досрочного освобождения, ни амнистии, ни перевода в колонию-поселение, ни других поощрений. Прежде всего, это неоднократно совершившие тяжкие и особо тяжкие преступления, когда их действия признаны опасным или особо опасным рецидивом. Но, исходя из принципа индивидуализации наказания, рано ставить с ними в один ряд тех, кто совершил тяжкое или особо тяжкое преступление впервые.

В целом же, действующее уголовное и уголовно-исполнительное законодательство через призму восстановительного правосудия характеризуется внутренней парадоксальностью, так как с одной стороны, уголовное наказание преследует цель восстановить социальную справедливость, но с другой стороны лишает преступника мотивации к этому. Роль поощрительных норм, являющихся правовой основой для развития восстановительного правосудия, существенно снижена. И как следствие, осужденные не стремятся ни к исправлению, что тоже является целью наказания, ни к возмещению нанесенного вреда, не говоря уже о встрече с потерпевшими и принесении им личного извинения, что широко практикуется в других странах.

С позиции же интересов пенитенциарной системы отсутствие или неэффективность стимулирующих и поощрительных механизмов в законодательстве напрямую способствует повышенному нарушению осужденными правил внутреннего распорядка исправительного учреждения и слабой управляемости ими. Так, если в 2010 году по статье 360 Уголовного кодекса РК за злостное неповиновение законным требованиям администрации уголовно-исполнительного учреждения было привлечено 40 осужденных, отбывающих лишение свободы, то в 2011 году – 63, а в 2012 году уже 107. И это при общем уменьшении их численности за три указанных года на 15 тыс. человек²⁹².

Конечно, указанный рост возбужденных уголовных дел можно обосновать передачей пенитенциарной системы из гражданского ведомства (Минюст) в силовое (МВД) и «наведением порядка», но это не снимает проблему сбалансированного сочетания «кнута и пряника». Последнее, в свою очередь, является общепринятой методикой управления заключенными во всех пенитенциарных системах мира.

Следует также отметить, что перспективы восстановительного правосудия на стадии исполнения уголовного наказания зависят от правильного выстраивания системы стимулирующих и поощрительных механизмов в законодательстве. Например, в деятельности уголовно-исполнительной системы недостаточно иницируется, а в судебной практике недостаточно применяется статья 71 Уголовного кодекса РК «Замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания». Так, в 2012 году данная норма была применена в отношении 936 отбывавших лишение свободы, в то же время из исправительных учреждений условно-досрочно освобождено 5393 человек. При этом, как показывает анализ, после условно-досрочного освобождения, большинство осужденных, несмотря на возложение на них в соответствии со статьей 178-2 Уголовно-исполнительного кодекса РК судом обязанности принимать меры по возмещению ущерба,

²⁹² Статистические данные Комитета УИС МВД РК.

уклоняются от выполнения данной обязанности, а в законодательстве нет эффективных механизмов принудить их к этому.

Поэтому, с позиции интересов восстановительного правосудия в отношении лиц, отбывающих лишение свободы и имеющих непогашенный ущерб, целесообразно в начале применять статью 71 Уголовного кодекса РК, например, заменять неотбытую часть лишения свободы на ограничение свободы. А в последующем, возможность условно-досрочного освобождения от ограничения свободы ставить в зависимость от возмещения ущерба, благо на свободе у них для этого больше возможностей.

Таким образом, на начальном этапе в интересах потерпевших от преступлений следует придать разрабатываемому новому Уголовному кодексу более гибкий и компромиссный характер. В дальнейшем, при разработке нового Уголовно-исполнительного кодекса заложить основы и механизмы для реализации программ восстановительного правосудия.

Имплементация международно-правовых норм в казахстанском уголовном и уголовно-процессуальном законодательстве

Уголовное и уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан нуждается в совершенствовании, в приведении его в соответствие с новыми реалиями нашей страны. Президент страны Н.Назарбаев этой проблеме в своем Послании народу Казахстана «Стратегия «Казахстан-2050» новый политический курс состоявшегося государства» (Казахстанская правда. – 2012. – 15 декабря. – Стр. 1-8) уделил немалое внимание: он призвал «начать реформу уголовного и уголовно-процессуального законодательства», при этом подчеркнул, что «акцент необходимо сделать на дальнейшей гуманизации, в том числе декриминализации экономических правонарушений». Он поручил Правительству «подготовить и внести в Парламент проекты 4 новых кодексов: Уголовно-процессуального, Уголовного, Уголовно-исполнительного и Кодекса об административных правонарушениях». При этом Глава государства пояснил, что «принятие этих ключевых законодательных актов концептуально модернизирует систему уголовного судопроизводства и выведет наше право на уровень, позволяющий адекватно реагировать на современные вызовы».

Нам, юристам, в свете данного Послания предстоит решать серьезные задачи по реформированию прежде всего уголовного и уголовно-процессуального законодательства республики. Чтобы такие задачи реализовать на должном уровне, можно и нужно использовать ряд способов и средств, с помощью которых можно достичь поставленной цели. К таким способам можно отнести: обобщение и анализ практики осуществления норм статей Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан за весь период их функционирования, обращение к отечественным историческим истокам уголовно-правового характера, творческое использование опыта применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства стран СНГ и государств дальнего зарубежья, исследование и применение международно-правовых стандартов уголовно-правового направления в совершенствовании норм статей Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. Приведенный в этом списке способ исследования и применения международно-правовых стандартов уголовно-правового направления в совершенствовании норм статей Уголовного кодекса и Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан и станет предметом нашего пристального внимания, и мы постараемся сделать все возможное, чтобы опыт международно-правового анализа, опыт формулирования международных уголовно-правовых стандартов был перенесен в статьи уголовного и уголовно-процессуального законодательства нашего государства.

Международные стандарты могут быть восприняты уголовным законодательством Казахстана путем включения текста нормы международного права в положение, статью, раздел (главу) закона или кодекса уголовно-правового характера в целях реализации международного договора, посредством включения идеи нормы международного права в текст уголовного закона и кодекса, при котором не преследуется цель жесткого внедрения ее предписания во внутригосударственное право Казахстана, а также путем внесения изменений и дополнений в уже существующие нормы уголовного закона в целях осуществления норм международного договора.

Способ воздействия международного права на внутригосударственное уголовное право Казахстана приобретает форму «отсылки», то есть указания на действие в уголовно-правовом поле республики нормы международного права, имеющей уголовно-правовую направленность. Говоря другими словами, здесь речь идет о непосредственном применении нормы международного права в национальном уголовном праве Казахстана. Другой способ воздействия носит название «рецепции», при котором акт международного

права полностью включается без изменений в соответствующий уголовный закон или кодекс. «Имплементация» в узком смысле понимается как введение новой уголовно-правовой нормы в законодательство во исполнение норм международного договора. Кроме того, имплементация понимается как исполнение норм международного договора в уголовно-правовой системе Республики Казахстан. В широком смысле имплементация вбирает в себя и рецепцию. Мы здесь предпримем попытку рассмотрения *имплементации* в широком смысле этого термина.

Желательно в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан образовать отдельный раздел по вопросам международного уголовного права и процесса, к которым Республика Казахстан имеет непосредственное отношение. Кто-то может возразить, что международно-правовые нормы в Уголовном кодексе и Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан формулируются по ходу изложения и закрепления казахстанских норм во взаимосвязанном виде. В ряде случаев это так и происходит. Более того, считаю, соединение казахстанских уголовно-правовых норм с аналогичными международно-правовыми нормами, с иностранным элементом в соответствующих разделах Кодекса вполне уместным и необходимым. Это наглядно видно на примере статьи 206 Уголовного кодекса Республики Казахстан «Изготовление или сбыт поддельных денег или ценных бумаг»: «Изготовление или хранение с целью сбыта ... иностранной валюты или ценных бумаг в иностранной валюте» наказывается по нарастающей от части 1 по часть 3 данной статьи лишением свободы до пятнадцати лет. Другим аналогичным примером может служить статья 209 Уголовного кодекса республики «Экономическая контрабанда», состав преступления которой образуется только при условии либо попытки пересечения таможенной (государственной) границы, либо случившегося факта такого пересечения. Такое случается тогда, когда определенные категории преступлений из внутригосударственных могут плавно перейти в разряд международных преступлений: и статьи 206 и 209 Уголовного кодекса Казахстана реальное тому подтверждение. Но есть преступления, которые по своей природе являются международными, но совершаются на территории Казахстана или на территории любой другой страны. В этом случае казахстанский законодатель поступил правильно, выделив такие категории преступлений в отдельные разделы.

В данном случае речь идет об отдельном разделе (главе) 4 Уголовного кодекса Республики Казахстан под названием «Преступления против мира и безопасности человечества». То, что разработчики новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан решили включить в раздел (главу) «Преступления против мира и безопасности человечества» дополнительные статьи: статью 177 «Преступные нарушения норм международного гуманитарного права во время вооруженных конфликтов», статью 178 «Бездействие либо отдание преступного приказа во время вооруженного конфликта», статью 179 «Незаконное пользование знаками, охраняемыми международными договорами», статью 184 «Международный терроризм», заслуживает одобрения. Мне думается, что название статьи 178 нужно редакционно подправить: вместо «отдания преступного приказа» нужно сформулировать несколько иначе: «издание и исполнение преступного приказа». Во время военных действий часто страдают более слабые, невооруженные женщины из состава гражданского населения: в международном обиходе даже появился термин «феминицид» (массовое насилие над женщинами, их уничтожение). Может быть, есть смысл в статье 180 наряду с «геноцидом» поместить «феминицид» или данный состав преступления выделить в отдельную статью новой редакции Уголовного кодекса республики.

В пункте 4 статьи 81 новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан записано: «К лицам, осужденным за совершение преступлений против мира и безопасности человечества, террористические преступления, экстремистские преступления, пытки, против половой неприкосновенности несовершеннолетних, не достигших четырнадцатилетнего возраста, а также особо тяжкие преступления против личности, основ конституционного строя и безопасности государства, против общественной безопасности и общественного порядка, в сфере экономической деятельности, сроки

давности не применяются». Не совсем понятно: ведь согласно данной статье лица за совершение всех перечисленных в данной статье видов уголовных правонарушений уже осуждены, поэтому причем здесь приведенное в завершение статьи понятие «неприменение срока давности». Хотелось бы, чтобы составители новой редакции Кодекса отнеслись к изложению содержания статьи 81 более внимательно. Неприменение срока давности происходит тогда, когда лица, совершившие перечисленные уголовные правонарушения, скрываются от следствия и суда: в этой связи ставится задача привлечения их к уголовной ответственности независимо от истечения времени. Если это так, тогда не совсем понятно, почему в круг этих уголовных правонарушений попали преступления сферы экономической деятельности, поскольку мы говорим о гуманизации уголовного законодательства и в первую очередь в экономической, предпринимательской сфере. Но ситуация меняется, если в данной статье будет указано, что речь идет об экономических преступлениях, наносящих *крупный и особо крупный* ущерб.

Как видим, там, где внутриказахстанские и международные уголовные нормы практически неразделимы, они должны находиться в рамках соответствующих статей Кодекса. Там, где возможно международные уголовные нормы отделить от внутригосударственных, законодатель так и сделал, выделив их в отдельную главу о преступлениях против мира и безопасности человечества. Но есть еще один вариант, когда в пределах одной статьи присутствуют как нормы казахстанского уголовно-правового регулирования, так и нормы международного уголовно-правового регулирования, которые вполне могут существовать отдельно друг от друга. И вот такие нормы международного уголовно-правового регулирования можно собрать в отдельный раздел Уголовного кодекса Республики Казахстан под условным названием «Взаимодействие норм уголовного и международного права». К примеру, нормы пункта 3 статьи 6 Уголовного кодекса республики: «Лицо, совершившее преступление на судне, приписанном к порту Республики Казахстан и находящемся в открытом водном или воздушном пространстве вне пределов Республики Казахстан, подлежит уголовной ответственности по настоящему Кодексу, если иное не предусмотрено международным договором Республики Казахстан» могли бы найти прописку в предлагаемом отдельном разделе рассматриваемого казахстанского кодекса. А пункт 4 этой же статьи Кодекса «Вопрос об уголовной ответственности дипломатических представителей иностранных государств и иных граждан, которые пользуются иммунитетом, в случае совершения этими лицами преступления на территории Республики Казахстан разрешается в соответствии с нормами международного права» мог бы составить основу предлагаемого отдельного раздела Кодекса. Данный раздел мог бы претендовать на перевод под его начало пункта 4 статьи 7 Кодекса, в котором говорится о том, что «иностранцы, совершившие преступление за пределами Республики Казахстан, подлежат уголовной ответственности по настоящему Кодексу в случаях, предусмотренных международным договором Республики Казахстан, если они не осуждены в другом государстве и привлекаются к уголовной ответственности на территории Республики Казахстан».

А статья 8 новой редакции Кодекса «Выдача лиц, совершивших преступление» могла бы целиком и полностью стать нужной и неотъемлемой составляющей частью анализируемого отдельного раздела Уголовного кодекса Республики Казахстан. Номер статьи в таком случае изменится, но ее суть останется неизменной. Кроме того, я считаю, что присутствия двух норм экстрадиции, заложенных в этой статье, для полноты раздела все же не хватает. Думается, что поднятые здесь вопросы в сжатом виде могут разместиться в отдельном разделе Уголовного кодекса Республики Казахстан. Более широко эти и другие вопросы можно разместить в отдельных разделах Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. В данной статье (статье 8) закреплено, что совершивший преступление казахстанский гражданин не может быть выдан другому государству, если иное не предусмотрено международным договором Республики Казахстан, иностранцы и лица без гражданства, «совершившие преступление за пределами Республики Казахстан и находящиеся на территории Республики Казахстан, могут быть выданы иностранному государству для привлечения к уголовной ответственности или отбывания наказания в соответствии с международным договором

Республики Казахстан». Между тем, в этой статье было бы целесообразно указать основания, по которым гражданин Республики Казахстан может быть выдан иностранному государству. Казахстанскому гражданину было бы интересно знать, при каких обстоятельствах и на каких основаниях он может быть выдан международному уголовному правосудию, к примеру, Международному уголовному суду, функционирующему на основании Римского статута. Иностранцы и лица без гражданства вправе знать, могут ли они быть выданы иностранному государству, если они совершили преступление на территории Республики Казахстан. К тому же они и их близкие хотели бы знать, будут ли они экстрадированы (выданы) иностранному государству, где смертная казнь не отменена и не приостановлена. Было бы целесообразно расписать все основания, по которым иностранцы и апатриды (лица без гражданства) могут быть выданы другому государству.

Все эти предложения могли бы обрести юридические формулировки и обосноваться в отдельном разделе Уголовного кодекса Республики Казахстан. Хотя в международном праве нет универсальной конвенции об экстрадиции, есть региональная Европейская конвенция о выдаче, довольно обширная сеть двусторонних договоров государств о выдаче (Казахстан, к примеру, таких двусторонних договоров подписал более десяти, на международной арене, по нашим ориентировочным подсчетам, таких договоров подписано около 1 тысячи, но этого мало: было бы желательно подписание в масштабе всей планеты не менее 30 тысяч таких договоров). Нормы приведенной Европейской конвенции о выдаче, практически унифицированного текста двусторонних договоров о выдаче уже создают соответствующие международные стандарты по экстрадиции, которые нужно включать в отдельный раздел о нормах международного уголовно-процессуального характера Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан по вопросам экстрадиции. Тем более 9 статей в новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан есть. Это: статья 568 «Пределы уголовной ответственности выданного лица», статья 569 «Исполнение требования о выдаче гражданина иностранного государства», статья 570 «Обжалование решения о выдаче лица», статья 571 «Отказ в выдаче», статья 572 «Исчисление сроков содержания под стражей», статья 573 «Продолжение уголовного преследования в отношении лиц без гражданства, граждан третьей страны и их выдача», статья 574 «Задержание лица для обеспечения его возможной выдачи», статья 575 «Временное заключение лица под стражу», статья 576 «Экстрадиционный арест с целью выдачи».

Недостаточно урегулирован вопрос о процессуальных действиях правоохранительных органов Республики Казахстан, направленных на обеспечение экстрадиции иностранными государствами казахстанских граждан, совершивших преступления на территории Казахстана и сбежавшими за границу. В практике Казахстана немало лиц, совершивших хищения в особо крупных размерах в стране и скрывшихся в зарубежных странах. Поэтому в этом же разделе нужно отвести особый подраздел, посвященный тщательному урегулированию вопросов возвращения капиталов и таких лиц для привлечения к уголовной ответственности согласно предписаниям данного Кодекса. Если таких лиц вернуть не удастся, необходимо в этом подразделе Кодекса и в договорной практике страны подробно расписать действия и ответственность правоохранительных органов республики с тем, чтобы они добивались возбуждения уголовного дела и уголовного преследования таких граждан Казахстана в стране убежища, в настойчивой манере представляли все необходимые документы и доказательства вины таких лиц на безукоризненном языке страны убежища, подготовленными в строгом соответствии с уголовно-процессуальными нормами этой страны. В подразделе этого Кодекса следовало бы закрепить в качестве обязательной норму о найме лучших адвокатов-профессионалов страны убежища с отправкой к ним отечественных адвокатов в качестве консультантов.

Есть смысл из новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан убрать статью 139, посвященную вопросам разглашения тайны усыновления (удочерения), которая предлагает наказывать должностных лиц за такое разглашение в уголовно-правовом порядке. В цивилизованном мире не приветствуется практика тайны усыновления (удочерения), поскольку не хотят возводить обман (сокрытие) в ранг государственной

законодательной политики. Поэтому с этой статьей мы в глазах этого мира вряд ли будем выглядеть солидно. Предлагаю статью 139 Кодекса аннулировать.

Согласен с тем, что разработчики новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан ввели в отдельную главу под номером 56 вопросы передачи лица, осужденного к лишению свободы, для отбывания наказания в государстве, гражданином которого оно является.

Статья 530 «Лица, обладающие дипломатическим иммунитетом от уголовного преследования», статья 531 «Задержание и содержание под стражей лиц, пользующихся дипломатическим иммунитетом», статья 532 «Дипломатический иммунитет от дачи показаний», статья 533 «Дипломатический иммунитет помещений и документов» в своей совокупности могли бы образовать отдельную главу новой редакции Уголовно-процессуального кодекса под наименованием «Соотношение дипломатического иммунитета и уголовного процесса».

Глава с названием «Процессуальные действия по обеспечению правовой помощи по уголовным делам» могла бы объединить под своим началом следующие статьи новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан: статья 551 «Юридическая сила доказательств, полученных на территории иностранного государства», статья 552 «Порядок сношений по вопросам оказания правовой помощи», статья 553 «Содержание поручения о производстве процессуальных действий», статья 554 «Порядок исполнения поручения о производстве процессуальных действий», статья 555 «Вызов и допрос свидетеля, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей, эксперта», статья 556 «Направление материалов уголовного дела (или досудебного производства) для продолжения уголовного преследования».

Кроме того, я убежден в том, что вопросы экстрадиции лиц, отбывающих наказание, должны быть сформулированы в отдельном разделе Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан.

Президент страны выразил убеждение, что «государство и общество должны единым фронтом выступить против коррупции». При этом он сказал, что «коррупция – не просто правонарушение», она опасна тем, что « подрывает веру в эффективность государства и является прямой угрозой национальной безопасности». В этой связи он подчеркнул, что настоятельно необходимо «резко усилить борьбу с коррупцией, в том числе посредством совершенствования антикоррупционного законодательства, с тем чтобы достичь нашей конечной цели – искоренить коррупцию как явление». И в этом нам помогут стандарты, закрепленные в Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции от 31 октября 2003 года, который представляет собой главный многосторонний и универсальный международно-правовой документ, направленный на борьбу с коррупцией в планетарном масштабе. Республика Казахстан, присоединившаяся к данной Конвенции 4 мая 2008 года, стала одной стран-участниц Конвенции. 14 декабря 2004 года решением Организации экономического содействия и развития (ОЭСР) Республика Казахстан включилась в Стамбульский план действий по борьбе с коррупцией. Казахстан считает необходимым присоединиться к европейской Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 года).

В этих специализированных международных документах есть нормы, идеи которых содержатся нормы, заключившие в себе добротные идеи и мысли, которые могли бы стать основой антикоррупционных статей уголовного законодательства Республики Казахстан. Было бы неплохо в порядке рецепции идеи, заложенной в этих международных актах, сформулировать в главе «Преступления против интересов государственной службы» Уголовного кодекса Республики Казахстан отдельную статью под названием «Злоупотребление влиянием в корыстных целях». Хотелось бы обратить внимание на статью 20 Конвенции ООН против коррупции, которая говорит о «незаконном обогащении». Законодательство Дании, Нидерландов и Бельгии направлено против незаконного

обогащения. К примеру, Уголовный кодекс Королевства Нидерландов содержит механизм, который предусматривает возможность конфискации доходов, даже просто при наличии подозрения о том, что источники получения этих доходов были незаконными. Казахстан ратифицировал эту Конвенция без оговорок, следовательно, страна должна озаботиться реализацией приведенной выше статьи 20 Конвенции. Можно для начала закрепить норму о незаконном обогащении в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях. Если мы придем к выводу о том, что данный Кодекс с поставленной задачей не справляется, можно эту норму перевести в Уголовный кодекс Республики Казахстан. Разумеется, данная норма реально начнет функционировать при введении поголовного декларирования доходов и расходов взрослого населения страны.

Сами взяточники - высокие должностные лица, как правило, взяток не берут: в силу отсутствия должного «профессионализма» в решении этого вопроса, в связи с нежеланием иметь репутацию взяточника в общественном мнении и из боязни быть схваченным с поличным. Поэтому обработка «клиентов» и получение соответствующей суммы переключаются на плечи посредников. Правоохранительные органы борются с посредниками, а главные взяточники часто остаются безнаказанными. Поэтому предлагается оставить их без посредников, помощников в этом деле. Одним из средств является ужесточение уголовного наказания посредников, уравнивание их в наказании с самими взяточниками. Статья 386 предлагает лишать посредников свободы от 2 до 6 лет: думается, этого мало, нужно перенести в эту статью санкцию статьи 384 «Получение взятки» в которой определено лишать свободы взяточника до 15 лет с пожизненным лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, с конфискацией имущества.

Статьей 387 разработчики новой редакции Уголовного кодекса республики решили ввести понятие «Провокация взяточничества», под которым они понимают «искусственное создание доказательств совершения преступления», «совершенное должностным лицом правоохранительного или специального органа либо по его поручению сотрудничающим с ним конфиденциальным помощником в целях этим лицом либо его шантажа» и предлагают наказывать за это лишением свободы до пяти лет. Не совсем понятно, что этим хотели сказать разработчики. Если должностное лицо повелось на провокацию взяточничества, значит, он уличен как корыстный человек и если его начинают шантажировать этим, то это он вполне заслужил. В свете такой статьи не понятно, каким образом наши правоохранительные органы должны уличать взяточников, брать их с поличным без подобного рода провокаций. При наличии такой статьи в Уголовном кодексе нужно будет привлекать к уголовной ответственности всех сотрудников правоохранительных органов, которые предприняли попытки взять взяточника с поличным посредством передачи заранее оговоренных с «взяткодателем» и полицейскими соответствующей суммы денег. К тому же, похожей статьи в Конвенции ООН против коррупции нет. Поэтому статью 387 нужно изложить более убедительно и мотивированно, чтобы была видна общественная значимость и полезность такой статьи о провокации, либо убрать ее вовсе из текста новой редакции Кодекса.

Республика Казахстан присоединилась ко всем 13 международным универсальным конвенция по борьбе с терроризмом. В частности, она присоединилась 4 июля 2002 года к Международной конвенции о борьбе с бомбовым терроризмом, 14 мая 2008 года к Международной конвенции о борьбе с актами ядерного терроризма. В этой связи новую редакцию Уголовного кодекса страны можно дополнить, к примеру, такими отдельными статьями, как: статья 274-а «Бомбовый терроризм», статья 289-а «Технологический (ядерный) терроризм» (в стране есть объекты мирного использования ядерной энергии, захват которых может быть использован для приготовления портативного ядерного оружия), статья 274-б «Организация, подстрекательство, исполнение актов террористической деятельности».

Целесообразно принять отдельный закон Республики Казахстан «О противодействии попыткам» на основе тех международных стандартов, которые сформулированы в Конвенции

ООН против пыток от 10 декабря 1984 года. Такой закон необходим потому, что потенциальные правонарушители должны знать об этом составе преступления, его отличия от других должностных преступлений и правонарушений. Надо дать более точную формулировку статьи в Уголовном кодексе Республики Казахстан, посвященного борьбе с пытками. Возможно, есть смысл зафиксировать в Кодексе отдельные положения, дать более развернутые положения о соучастии в совершении пыток, о недонесении преступления пыток. Имеющаяся статья в Уголовном Кодексе о недонесении практически не работает, да и трудно требовать от обычных, небооруженных граждан, чтобы они сообщали о преступлениях, о преступниках, особенно в тех случаях, когда это может угрожать их жизни и здоровью. Но в правоохранительном, пенитенциарном учреждении сотрудник обязан делать донесение о преступлениях, прежде всего о пытках, потому что бороться с преступностью во всех его проявлениях и видах, в том числе в той организации, в которой он работает – его профессиональная обязанность. В статье 364 ныне действующего Уголовного кодекса республики и в статье 458 новой редакции этого же Кодекса говорится о том, что «недонесение о достоверно известном готовящемся или совершенном особо тяжком преступлении либо достоверно известном готовящемся террористическом акте – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до двух тысяч месячных расчетных показателей, либо ограничением свободы на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок». Думается, есть смысл, отредактировать и дополнить статью 458 следующим образом: «Недонесение о достоверно известном готовящемся или совершенном тяжком преступлении, *в том числе о совершении пыток, о коррупционном преступлении*, достоверно известном готовящемся террористическом акте, – наказывается штрафом в размере от одной тысячи до *пяти* тысяч месячных расчетных показателей, либо *лишением свободы на срок до пяти лет*».

В заключение хочу подчеркнуть, что вопросы имплементации международно-правовых норм в новой редакции Уголовного кодекса и новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан перед направлением в Парламент страны необходимо подвергнуть тщательной экспертной проработке.
