



ЦЕНТР ОБСЕ В АСТАНЕ



ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ



ФОНД СОРОС КАЗАХСТАН

РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ЮСТИЦИИ В ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Материалы экспертно-практической конференции

г. Астана, 29 ноября 2012 г.



Материалы экспертно-практической конференции «РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ЮСТИЦИИ В ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА» - Алматы, 2012



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

Содержание

Программа конференции	4
Список участников	8
Экспертные заключения Центра исследования правовой политики ...	12
Аналитическая записка «Административное деликтное законодательство демократического государства: основные признаки», <i>Хавронюк Н. И.</i>	12
Аналитическая записка «Стратегические вопросы развития административной юстиции в Казахстане», <i>Подопригора Р. А.</i>	38
Экспертное заключение «Реализация прав человека в ходе совершенствования законодательства в области свободы вероисповедания в свете реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях», <i>Подопригора Р. А.</i>	57
Соблюдение прав человека в области свободы мирных собраний в ходе реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях, <i>Тюленева В.А.</i>	73
Экспертное заключение «Права человека в области свободы выражения мнения в свете реформирования административного и уголовного законодательства Республики Казахстан», <i>Лоскутов И.Ю.</i>	90
Свобода передвижения в административном праве Республики Казахстан, <i>Шорманбаева А.С.</i>	112
Доклады участников	121
Приветственное выступление, <i>Сарпеков Р.К.</i>	121
Правовое регулирование статуса специализированных административных судов в Республике Казахстан: некоторые вопросы теории и практики, <i>Габдуалиев М.Т.</i>	125
Проблемы судебного контроля за нормативными правовыми актами публичных органов и должностных лиц (на примере судебного обжалования результатов налогового контроля), <i>Шатов В.Ю.</i>	131

ЭКСПЕРТНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
«РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ЮСТИЦИИ
В ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА»

г. Астана, 29 ноября, 2012 г., гостиница «Думан»

ПРОГРАММА

09.30 – 10.00	Регистрация участников
10.00 – 10.15	Открытие конференции и приветственные выступления <i>САРПЕКОВ Рамазан Кумарбекович, Член Комитета по законодательству и судебной-правовой реформе Мажилиса Парламента РК</i> <i>ЗАРУДНА Наталья Николаевна, Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане</i> <i>МЕДЕВ Бахытжан, Координатор программы «Правовая реформа» Фонда СОРОС Казахстан</i> <i>ЗИНОВИЧ Татьяна, Заместитель директора Центра исследования правовой политики</i>
СЕССИЯ 1.	СОВРЕМЕННОЕ АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ЮСТИЦИЯ: СТАНДАРТЫ, МОДЕЛИ И ПОДХОДЫ К РЕФОРМИРОВАНИЮ
Модератор:	<i>ЗИНОВИЧ Татьяна, Заместитель директора Центра исследования правовой политики</i>
10.15 – 10.30	Европейские стандарты административной юстиции <i>ЛЕВИН Илья, Научный сотрудник кафедры публичного права, русского права и сравнительного правоведения, Университет Гумбольта (Берлин, ФРГ)</i>
10.30 – 10.45	Система административной юстиции: применение различных моделей <i>КУЙБИДА Роман Алексеевич, Заместитель председателя правления Центра политико-правовых реформ, доцент кафедры правосудия Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, член Научно-консультативного совета при Высшем административном суде Украины, к.ю.н.</i>
10.45 – 10.55	Роль административного права и юстиции в защите прав человека: с точки зрения Финляндии <i>МИККО Киннунен, Чрезвычайный и Полномочный Посол Республики Финляндия в Республике Казахстан</i>

10.55 - 11.10	<p>Административная юстиция в Казахстане: состояние и перспективы развития</p> <p><i>ПОДОПРИГОРА Роман Анатольевич, Профессор Каспийского общественного университета, Член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РК, Арбитр международного третейского суда «IUS», д.ю.н.</i></p>
11.10 – 11.40	<p>Кофе брейк</p>
11.40 – 11.55	<p>Институт административной юстиции в РК: необходимость или тенденция?</p> <p><i>ШИШИМБАЕВА Сауле Сериккановна, Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан</i></p>
11.55 – 12.25	<p>Обсуждение</p>
<p>СЕССИЯ 2. АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ АДМИНИСТРАТИВНО-ДЕЛИКТНОГО ПРАВА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН</p>	
<p>Модератор: <i>БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович, Директор Департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы Министерства юстиции Республики Казахстан, д.ю.н.</i></p>	
12.25 – 12.40	<p>Административное наказание как центральная проблема института административной ответственности</p> <p><i>МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич, Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК</i></p>
12.40 – 12.55	<p>Административное деликтное законодательство демократического государства: основные признаки</p> <p><i>ХАВРОНЮК Николай Иванович, Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ, заслуженный юрист Украины, профессор кафедры уголовного права и криминологии Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, д.ю.н.</i></p>
12.55 – 13.30	<p>Обсуждение</p>
13.30 – 14.30	<p>Обед</p>
<p>СЕССИЯ 3. АДМИНИСТРАТИВНАЯ И НОРМОТВОРЧЕСКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ И РАЗВИТИЕ СУДЕБНЫХ И ИНЫХ СРЕДСТВ ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ</p>	
<p>Модератор: <i>БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна, Адвокат, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, Член Президиума Союза адвокатов Казахстана</i></p>	

- 14.30 – 14.45 **Роль уполномоченного по правам человека в защите прав человека от незаконных действий органов исполнительной власти и их должностных лиц**
КАЛЮЖНЫЙ Вячеслав Афанасьевич, Руководитель Национального центра по правам человека
- 14.45 – 14.55 **Правовое регулирование статуса специализированных административных судов РК некоторые вопросы: теории и практики**
ГАБДУАЛИЕВ Мереке Тлекович, Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан, к.ю.н.
- 14.55 – 15.05 **Обзор судебной практики по делам об оспаривании решений и действий (бездействий) органов государственной власти, местного самоуправления, должностных лиц и государственных служащих**
БАЛТАБЕКОВ Артур, Начальник отдела научно-исследовательских работ НИИ финансового и налогового права, магистр права
- 15.05 – 15.20 **Проблемы судебного контроля за нормативными правовыми актами публичных органов и должностных лиц (на примере судебного обжалования результатов налогового контроля)**
ШАТОВ Валерий Юрьевич, Заместитель директора НИИ финансового и налогового права
- 15.20 – 15.35 **Соотношение административной юстиции России в части оспаривания нормативных актов с положениями Европейской Конвенции о защите прав человека**
БУРКОВ Антон Леонидович, Заведующий кафедрой Европейского права и сравнительного правоведения Гуманитарного Университета (г. Екатеринбург), директор программы «Я в праве», д.ю.н. (Кембридж), магистр международного права (Эссекс), к.ю.н. (ТюмГУ)
- 15.35 – 15.45 **Возмещение ущерба, причиненного незаконными действиями (бездействием) федеральных органов государственной власти и должностных лиц в России**
ТРОШЕВ Алексей Михайлович, Ассоциированный профессор Школы гуманитарных и социальных наук Назарбаев Университета, доктор политических наук (Торонто), редактор журнала "Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and Its Successor States"
- 15.45 – 16.00 **Судебный пересмотр административных решений в качестве эффективного средства правовой защиты: принципы и практика**
ЧОРМАНОВ Айдос Турсынжанович, Начальник отдела по надзору за законностью административного производства Департамента по представительству интересов государства в судах Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан

16.00 – 16.30	Обсуждение
16.30 – 17.00	Кофе брейк
СЕССИЯ 4.	РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ЮСТИЦИИ В ОБЕСПЕЧЕНИИ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА
Модератор:	<i>МЕКТЕПБАЕВА Сауле, Исполнительный директор Международной тюремной реформы (PRI) в Центральной Азии</i>
17.00 – 17.10	<p>Реализация прав человека в ходе совершенствования законодательства в области свободы вероисповедания в свете реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях</p> <p><i>ПОДОПРИГОРА Роман Анатольевич, Член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РК, Арбитр международного третейского суда «IUS», д.ю.н.</i></p>
17.10 – 17.20	<p>Регулирование права человека на свободу передвижения в административном законодательстве Республики Казахстан</p> <p><i>ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна, Президент ОФ «Международная Правовая Инициатива»</i></p>
17.20 – 17.30	<p>Права человека в области свободы выражения мнения в свете реформирования административного и уголовного законодательства Республики Казахстан</p> <p><i>ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич, Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»</i></p>
17.30 – 17.40	<p>Вопросы соответствия регулирования свободы ассоциаций в законодательстве Республики Казахстан об административных правонарушениях международным стандартам в области защиты прав человека</p> <p><i>АЙТХОЖИНА Дамеля, Независимый эксперт, Магистр права по правам человека (Университет Эссекса)</i></p>
17.40 – 17.50	<p>Соблюдение прав человека в области свободы мирных собраний в ходе реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях</p> <p><i>ТЮЛЕНЕВА Виктория Андреевна, юрист Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности</i></p>
17.50 – 18.20	Обсуждение, Подведение итогов, закрытие конференции

ЭКСПЕРТНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ
«РОЛЬ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА И ЮСТИЦИИ
В ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА»

г. Астана, 29 ноября, 2012 г., гостиница «Думан»

СПИСОК УЧАСТНИКОВ

АДМИНИСТРАЦИЯ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
1.	МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич	Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК
КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
2.	БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич	Член Конституционного Совета РК
МАЖИЛИС ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
3.	САРПЕКОВ Рамазан Кумарбекович	Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК
4.	КАДЫРБАЕВА Алма Нуралиновна	Помощник депутата Баймахановой Г.А. Мажилиса Парламента РК
ВЕРХОВНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
5.	БОРИСОВ Владимир Михайлович	Судья Верховного Суда Республики Казахстан, Председатель Союза судей РК
6.	НОЗДРИН Валерий Владимирович	Судья Верховного Суда РК
7.	ЖУМАГУЛОВ Марат Имангалиевич	Руководитель Аппарата Верховного Суда РК
ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
8.	ЧОРМАНОВ Айдос Турсынжанович	Начальник отдела по надзору за законностью административного производства Департамента по представительству интересов государства в судах Генеральной Прокуратуры РК
МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
9.	БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович	Директор департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы
10.	САГДАТ Саида Сагдатовна	Заместитель Председателя Комитета по исполнению судебных актов Министерства юстиции РК

11.	МУКАНОВА Алма Кайратовна	Эксперт Департамента законодательства Министерства юстиции.
МИНИСТЕРСТВА ТРАНСПОРТА И КОММУНИКАЦИЙ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
12.	ТЛЕУБАЕВ Арманбек Кенесович	Начальник управления методологического и нормативного обеспечения деятельности центров обслуживания населения;
13.	НУРТАЕВ Сунгат Мухамбетжанович	Главный эксперт управления методологического и нормативного обеспечения деятельности центров обслуживания населения
КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПРИ ПРЕЗИДЕНТЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
14.	АБИШЕВ Тастемир Даутович	Заведующий Секретариатом Комиссия по правам человека при Президенте РК
УПОЛНОМОЧЕННЫЙ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН		
15.	КАЛЮЖНЫЙ Вячеслав Афанасьевич	Руководитель Национального центра по правам человека РК
ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
16.	ГАБДУАЛИЕВ Мереке Тлекович	Ведущий научный сотрудник Института законодательства РК
17.	ШИШИМБАЕВА Сауле Сериккановна	Ведущий научный сотрудник Института законодательства Республики Казахстан
УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ		
18.	ПОРОХОВ Евгений Викторович	Директору НИИ финансового и налогового права, Профессору каспийского общественного университета, д.ю.н.
19.	ШАТОВ Валерий Юрьевич	Заместитель директора Научно- исследовательского института финансового и налогово права
20.	ПОДОПРИГОРА Роман Анатольевич	Профессор кафедры публично-правовых дисциплин Каспийского Общественного Университета, д.ю.н.
21.	БАЛТАБЕКОВ Артур	Начальник отдела научно исследовательских работ Научно-исследовательского института финансового и налогового права
22.	КОГАМОВ Марат Чекишевич	Ректор, Казахского гуманитарно- юридического университета, профессор, доктор юридических наук
23.	ЖУСУПОВ Асылбек Таукелевич	к.ю.н., Профессор КазГЮУ
24.	ЖУСУПОВ Алмат	к.ю.н., Доцент кафедры "Юриспруденции" АФ НОУ ВПО СПБГУП

ЭКСПЕРТЫ		
25.	КУЙБИДА Роман Алексеевич	Заместитель председателя правления Центра политико-правовых реформ, доцент кафедры правосудия Киевского национального университета имени Тараса Шевченко Член Научно-консультативного совета при Высшем административном суде Украины, к.ю.н.
26.	ХАВРОНИУК Николай Иванович	Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ, профессор, заслуженный юрист Украины, д.ю.н.
27.	БУРКОВ Антон Леонидович	Заведующий кафедрой Европейского права и сравнительного правоведения Гуманитарного Университета г.Екатеринбург Директор программы «Я в праве», д.ю.н. (Кембридж), магистр международного права (Эссекс), к.ю.н. (ТюмГУ)
28.	ТРОШЕВ Алексей Михайлович	Ассоциированный профессор Школы гуманитарных и социальных наук Назарбаев Университета, доктор политических наук (Торонто), Редактор журнала "Statutes & Decisions: The Laws of the USSR and Its Successor States"
29.	ЛЕВИН Илья	Научный сотрудник кафедры публичного права, русского права и сравнительного правоведения, Университет Гумбольта (Берлин, ФРГ)
30.	АЙТХОЖИНА Дамеля	Магистр права по правам человека, Университет Эссекса
АДВОКАТУРА		
31.	ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич	Президент Союза адвокатов Казахстана
32.	БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна	Адвокат член Президиума Союза адвокатов РК
33.	БАТКАЛОВА Шолпан Бейсенбаевна	Адвокат, член Президиума Алматинской коллегии адвокатов
34.	УТКИН Сергей Геннадьевич	Юрист, независимый эксперт
35.	НАМ Геннадий Мартынович	Адвокат, член Алматинской коллегии адвокатов
ПОСОЛЬСТВА		
36.	МИККО Киннунен	Чрезвычайный и Полномочный Посол Республики Финляндия в РК

37.	ПЮТКЕР Харри	Заместитель Посла Королевства Нидерландов в РК
38.	АМБЛЭ Анне Марте	Заместитель Посла Королевства Норвегия в Республике Казахстан
39.	ЙЫЛДЫЗ Лейла	Координатор проектов по правам человека Посольства Великобритании в Астане
40.	БУЧИНСКАЯ Ирина	Координатор по политике, правам человека и проектам Королевства Нидерландов
ЦЕНТР ОБСЕ В АСТАНЕ		
41.	ЗАРУДНА Наталия Николаевна	Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане
42.	БУХМАЙЕР Штефан	Советник по правам человека Центра ОБСЕ в Астане
43.	КОЗЫРЕВ Олег	Координатор по правовым вопросам Центра ОБСЕ в Астане
44.	ЖАКИНА Нургуль	Ассистент по вопросам человеческого измерения Центра ОБСЕ в Астане
ФОНД СОРОС – КАЗАХСТАН		
45.	МЕДЕВ Бахытжан	Координатор программ «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
46.	ЯКАБСОН Анет	Советник по политическим вопросам Представительства Европейского Союза в РК
47.	ХОФФМАН Дэвид	Директор департамента демократии и государственного управления USAID
48.	МЕКТЕПБАЕВА Сауле	Исполнительный директор Международной тюремной реформы (PRI) в Центральной Азии
49.	БАЙМЫРЗА Айнур	Руководитель Департамента UNDP
ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
50.	АКЫЛБЕКОВА Роза Максатбековна	Директор Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
51.	ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич	Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»
52.	ШОРМАНБАЕВА Айна Сергеевна	Президент ОФ «Международная Правовая Инициатива»
53.	КАМЗЕ Ляззат	Руководитель Экспертно-Аналитического Центра ОФ "Фонд развития парламентаризма в Казахстане"

54.	ТАСКЫМБАЕВ Рысбек	Юрист ОФ "Фонд развития парламентаризма в Казахстане"
55.	КЛЮШЕВ Александр	Председатель Ассоциации Религиозных Объединений Казахстана (АРОК)
56.	ТЮЛЕНЕВА Виктория Андреевна	Руководитель правозащитного центра Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
57.	ИБРАЕВА Анара	Директор филиала «Казахстанского бюро по правам человека и соблюдению законности» г. Астана
58.	КОКТАЕВ Нурдаулет	Юрист филиала «Казахстанского бюро по правам человека и соблюдению законности» г. Астана
ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ		
59.	ЗИНОВИЧ Татьяна	Заместитель директора
60.	МИРОШНИЧЕНКО Ольга	Координатор программ
61.	ИСКАЛИЕВА Дина	Ассистент проекта
ПЕРЕВОДЧИКИ		
62.	АСЫЛБЕКОВ Жалгас	Переводчик
63.	НУРКАБАЕВА Гайни	Переводчик

*ХАВРОНИУК Н. И.
Доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Украины,
директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ
(г. Киев, Украина)*

**Аналитическая записка
«Административное деликтное законодательство демократического
государства: основные признаки»¹**

1. Как известно юристам, как до их урегулирования законом, так и уже на основе закона возникают правовые отношения (правоотношения), признаками которых являются:

- 1) их волевой характер, поскольку они являются результатом волеизъявления;
- 2) их дву- или многосторонний характер;
- 3) наличие субъектов, имеющих право-, дее- и деликтоспособность;
- 4) наличие взаимных прав и обязанностей.

Соответственно, **право** предусматривает возможность:

- действовать (человек имеет право делать все, что не запрещено);
- требовать (право требовать долга или выполнить служебную обязанность);
- защищаться (право обратиться в полицию, в суд и т.д.),–

а **обязанность** предусматривает необходимость (повинность):

- совершить активное действие;
- воздержаться от действия;
- претерпеть нежелательные последствия своего неправомерного поведения (понести ответственность).

Кроме того, право не предусматривает возможности злоупотреблять им.

2. Если всю совокупность человеческой деятельности рассматривать как непрекращающееся осуществление правоотношений, то следует отметить, что они могут являться как средством обеспечения мирного существования индивидуальных и коллективных субъектов, так и источником **правовых конфликтов**. Последние происходят в силу:

- а) объективных причин, как-то: неурегулированность законом, ненадлежащая (несправедливая, недостаточная и т.д.) или чрезмерная (противоречивая, коллизийная) урегулированность (заурегулированность);

¹ Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке, не отражают точку зрения Freedom House.

б) субъективных причин: нежелание субъекта выполнять обязанность, недобросовестное отношение к ее исполнению или стремление осуществить свое право, игнорируя права других людей.

Для того, чтобы устранить причины конфликтов, необходимо обеспечить:

- равенство в правах и обязанностях, равенство всех перед законом и судом как путь к справедливости, в т.ч. в контексте политических прав, социальной защиты, владения собственностью, недопущения ограничения конкуренции и недобросовестной конкуренции;
- обоснованность льгот и привилегий для любых категорий физических и юридических лиц;
- высокое качество законодательства;
- независимый и справедливый суд;
- высокую правовую культуру и т.д.

Но несмотря на все это, причины для правовых конфликтов все равно останутся, хотя их и станет меньше или гораздо меньше.

3. Демократическое государство, в отличие от антидемократического (деспотического, тоталитарного, партийно-классового и т.д.), не является приверженцем патерналистских идей.

В демократическом государстве человек (так же, как и любой коллективный субъект – предприятие, политическая партия, общественная организация) является субъектом всевозможных правоотношений и в большинстве случаев сам способен разрешить возникший в результате их осуществления правовой конфликт, действуя в том числе и в роли потерпевшего. Главное для него – восстановить свое право в случае его нарушения, создать условия для того, чтобы это право больше не нарушалось, получить полное возмещение материальных и моральных затрат, – т.е. полную сатисфакцию (удовлетворение).

Понятно, что **в редких случаях такое удовлетворение у физического или юридического лица возникает от того, что в отношении правонарушителя реализована лишь такая цель наказания, как кара.** Как правило, это случаи совершения насильственных и некоторых других преступлений, обязательным признаком которых является потерпевший.

Таким образом, увеличивается доля не только регулятивного, но и охранительного частного права. Доля регулятивного и охранительного **публичного** права, соответственно, уменьшается и фактически охранительное публичное право начинает распространяться лишь на правоотношения, связанные с:

- 1) преступлениями против международного правопорядка;
- 2) преступлениями против интересов государства;
- 3) преступлениями против совместных интересов человека, общества и государства;
- 4) уголовными проступками против интересов государства;
- 5) уголовными проступками против совместных интересов человека, общества и государства;
- 6) административными проступками;
- 7) дисциплинарными проступками.

Лишь в этих случаях правовые конфликты непосредственно затрагивают интересы государства.

4. Государство в этих условиях сознательно отстраняется от разрешения правовых конфликтов, кроме тех случаев, когда они непосредственно затрагивают его (государства) интересы.

Вместе с тем, государство создает все возможности для того, чтобы правовой конфликт, какой бы характер он не имел, мог быть разрешен наиболее быстро и эффективно. Именно на это в демократических государствах направлены:

- создание института омбудсмана;
- ликвидация общего надзора прокуратуры; ограничение полномочия прокурора представлять интересы граждан в суде лишь исключительными случаями (например, в ФРГ – только интересы лица, признанного пропавшим без вести или умершим);
- создание системы многочисленных органов контроля за соблюдением законов;
- введение порядка возбуждения уголовного производства, как правило, лишь на основании заявления или сообщения об уголовном правонарушении (например, ст. 214 УПК Украины 2012 г., в отличие от ст. 94 УПК Украины 1960 г., по которому уголовное дело можно было возбудить также на основании явки с повинной, сообщение в прессе или сообщения органа власти), а по делам частного обвинения – исключительно по заявлению потерпевшего;
- расширение сети судов и введение их узкой специализации в разных сферах, создание мировых судов, конституционного суда, третейских судов, арбитражей и международных коммерческих судов и т.д.;
- создание системы административного правосудия, что позволяет гражданам непосредственно, а не через посредничество прокурора или другого представителя государства, защитить в суде свои права и законные интересы в случае их нарушения представителями государства;
- предоставление каждому права обратиться в международные судебные учреждения;
- обеспечение возможности знания всеми их прав и обязанностей;
- увеличение количества уголовных дел частного обвинения;
- введение института примирения обвиняемого с потерпевшим;
- укрепление института адвокатуры и расширение полномочий адвоката, в том числе и за счет административно-деликтной юрисдикции; предоставление права свидетелю и потерпевшему пользоваться услугами защитника – адвоката;
- создание системы правовой помощи, в том числе бесплатной, по уголовным и другим делам;
- усиление независимости судебных экспертов; предоставление возможности обращения к ним иных лиц, кроме представителей правоохранительных органов;
- введение в процессуальные кодексы положений о мировом соглашении;
- создание системы медиации в гражданских и уголовных делах;
- выведение ювенальной юстиции из общей системы публичного деликтного законодательства;
- предоставление каждому права любыми иными прямо не запрещенными законом средствами защитить свои права от нарушений и противоправных посягательств и т.д.

5. Очевидно, что в изложенном контексте тщательному пересмотру и кардинальным изменениям подлежат все акты законодательства, которые относятся к сфере публичного охранительного права.

Не считать устаревшими и «улучшать» законы, принятые еще в 1960–1970 годах, равносильно тому, как если бы министерство обороны в условиях существования межконтинентальных ракет и систем ПВО пыталось развивать кавалерию.

[Разумеется, речь идет не только об Уголовном кодексе и Кодексе об административных правонарушениях. Не следует забыть также о законах, которые регулируют:

- статус и деятельность правоохранительных органов, в т.ч. особенности их деятельности по борьбе с организованной преступностью, коррупцией и терроризмом, а также отмыванием доходов, полученных преступным путем;
- дисциплинарную ответственность представителей публичной власти;
- осуществление демократического гражданского контроля за правоохранительными органами;
- порядок возмещения ущерба, причиненного гражданам незаконными действиями органов досудебного расследования, прокуратуры и суда].

6. Одним из положительных примеров того, как в современной Украине государство пытается отказаться от «разрешения конфликтов» (на самом деле конфликт ранее не устранялся, а государство лишь делало вид, что он устранен), – это принятие в 2005 году Кодекса административного судопроизводства (КАС). Сегодня он действует почти в полную силу. Это позволило преодолеть социалистическую закомплексованность граждан: теперь они для решения правового конфликта, для защиты своих прав и интересов, когда ответчиком является орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо, любой иной субъект при осуществлении им властных управленческих функций, идут не к прокурору (который решал вопрос кулуарно и по своему усмотрению), а в административный суд.

Суд же разрешает конфликт на основе принципов верховенства права, законности, равенства всех участников административного процесса перед законом и судом, состязательности сторон, гласности и открытости процесса, обеспечения апелляционного и кассационного обжалования. При этом по делам о противоправности решений, действий или бездействия субъекта властных полномочий обязанность доказать правомерность своего решения, действия или бездействия возлагается на ответчика, если он возражает против административного иска; суд может собирать доказательства по собственной инициативе, – все это для того, чтобы гражданин не был беззащитным перед государственной машиной, а мог чувствовать себя равным субъектом правоотношений.

7. Вместе с тем, полная замена всех соответствующих положений Кодекса Украины об административных правонарушениях (далее – КУоАП) в пользу административного судопроизводства не состоялась, потому что у законодателя отсутствует понимание недопустимости налива молодого вина в старые мехи. Более того, несмотря на принятие КАС («молодое вино») продолжается практика попыток законодательного закрепления устаревших механизмов разрешения правовых конфликтов с помощью КУоАП («старые мехи»).

Например, в 2007 году, несмотря на уже наличие в стране КАС, КУоАП был дополнен статьями, предусматривающими ответственность за:

- нарушение установленных законом сроков государственной регистрации юридического лица или физического лица-предпринимателя, истребование не предусмотренных законом документов для государственной регистрации (ст. 166-11);
- нарушение установленных законом сроков сообщения о принятии решения о выдаче либо отказе в выдаче лицензии (ст. 166-12) и др.²

Эти нарушения предусматривают штрафы в размере примерно от 40 до 100 долларов США. Но такие штрафы, взысканные в пользу государства, несколько не помогают юридическому

² А. Банчук, И. Колиушко «Зеркало недели» №27, 14 июля 2007.

лицу или физическому лицу-предпринимателю разрешить правовой конфликт. Штраф идет в пользу государства, а они остаются при своих интересах. Виновное же лицо может продолжать свое противоправное поведение, компенсируя уплаченный штраф все большими размерами получаемых им взяток. Государство же в своих потугах с помощью КУоАП защитить права человека и обеспечить возможность преодоления правового конфликта выглядит совершенно беспомощным – как человек, пытающийся жесткую отбивную разрезать вилкой. Действительно, разные задачи требуют разных инструментов.

Подобных статей в действующем КУоАП – десятки. Они позволяют государству делать лишь одно – собирать «свежую копейку», чтобы содержать полсотни государственных органов, которые составляют админпротоколы для взыскания штрафов. Ситуация напоминает ту, что сложилась в советские годы, когда СССР продавал Западу нефть и газ, а на вырученную валюту покупал у Запада трубы и компрессорные станции, с помощью которых затем перегонял на Запад нефть и газ.

Иной, то есть правоохранительный и реституционный, эффект указанных статей КУоАП – минимальный. Действительно, ведь и сам КУоАП создавался в советские времена не с целью обеспечения прав человека, а для решения задачи обеспечить социалистическую законность. Никто не знал точно, что она собой представляет, но обеспечивать ее должны были все правоохранительные и иные государственные органы.

По нашему мнению, сегодня все подобные правовые конфликты следует разрешать **совокупностью инструментов**:

1) свои права гражданин должен защищать в административном суде, а если суд установит нарушение закона, причиной которого было злоупотребление служебным положением, превышение власти, бездействие власти или служебная халатность конкретного представителя власти;

2) сам суд или сторона истца должны поставить вопрос перед компетентным органом об уголовной и/или дисциплинарной ответственности такого представителя власти. Эта ответственность должна реализовать по крайней мере две цели – покарать виновное лицо за содеянное и предотвратить возможность совершения им и другими представителями власти подобных актов поведения в будущем.

Уголовная ответственность соответствующего представителя власти не исключает привлечение его к дисциплинарной ответственности – и наоборот. При этом увольнение с работы или отстранение от должности может быть как уголовной, так и дисциплинарной санкцией.

КоАП социалистического типа не содержит положений, которые обязывали бы суд, установив факт административного правонарушения, принять решение о восстановлении нарушенного права, создать условия для того, чтобы это право больше не нарушалось, обеспечить потерпевшему полное возмещение материального и морального вреда. В виде исключения в КУоАП есть лишь ст. 40, которая говорит о возможности одновременно с наложением взыскания за административное правонарушение решить вопрос о возмещении виновным имущественного вреда, если его сумма не превышает, как правило, двух необлагаемых минимумов доходов граждан (примерно 4 доллара США). Но эта норма имеет аксессуарный характер и на практике применяется редко.

КоАП социалистического типа и в принципе не может содержать указанных выше положений. Реально ежегодно совершаются десятки и сотни тысяч предусмотренных этим Кодексом административных правонарушений (в Украине общее количество рассмотренных

дел о таких правонарушениях ежегодно составляет более 10,5 млн.) и роль органов административной юстиции состоит лишь в том, чтобы с помощью наказаний удерживать общее количество этих правонарушений в каких-то приемлемых рамках. Кроме того, вопросы восстановления нарушенного права, возмещения материального и морального вреда – это вопросы суда, а не административных органов. Если же все дела об административном правонарушении передать в суд и возложить на суд обязанность по каждому делу, где есть потерпевший или иной ущемленный в своих законных интересах гражданин, кроме привлечения виновного к административной ответственности, решать еще и целый ряд других, указанных выше, правовых вопросов, нужно будет имеющийся штат судей (сейчас их около 9 тысяч) увеличить в несколько десятков раз. Разумеется, это нереально, да и необходимости в этом нет.

Мы уже имели плачевный опыт перегрузки судебной системы, когда суды не успевали рассматривать переданные им дела о социальных спорах или об автотранспортных правонарушениях. Конечно же, государство не имело возможности отреагировать на увеличение количества таких дел молниеносным увеличением количества судей (ведь подготовить юристов к работе судьи, избрать на должность, расширить штаты – непростой и финансово очень затратный процесс). Поэтому перегрузка влекла за собой лишь одно – значительное ухудшение качества рассмотрения дел, рост недовольства граждан работой судов, недоверие к судебной системе и к власти вообще.

8. Таким образом, в системе публичного охранительного права должен соблюдаться принцип специализации – разными должны быть субъекты, которые рассматривали бы:

- 1) дела об административных проступках;
- 2) административные дела о защите прав и законных интересов от нарушений, связанных с решениями, действиями или бездействием субъекта властных полномочий;
- 3) дела о дисциплинарных проступках;
- 4) дела об уголовных правонарушениях.

9. Ознакомление со **Справкой по результатам обобщения предложений государственных органов «О новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях»** в контексте вышеизложенного свидетельствует, в частности, о том, что в Республике Казахстан планируется осуществить следующее.

1) Разграничение норм уголовного закона и законодательства об административных правонарушениях, введение понятия «уголовный проступок». Это потребует внесения существенных изменений в систему уголовных наказаний и административных взысканий. В частности, отнесение административного ареста, ликвидации юридического лица и других мер административного взыскания, связанных с ограничением конституционных прав граждан, в сферу уголовной ответственности (п. 1).

Из КоАП в УК будут перенесены около 77 статей (приложение № 1) и, возможно, еще 69 статей (приложение №2).

Как отмечено мною выше, такая реформа должна осуществляться параллельно с созданием системы административных судов и реформой дисциплинарной ответственности представителей власти (детальнее о последней – см. ниже).

Что касается непосредственно разграничения норм уголовного закона и законодательства об административных правонарушениях, введения понятия «уголовный проступок», с

учетом украинского опыта осуществляемой ныне реформы уголовного законодательства и введения уголовного проступка, хочу обратить внимание на следующее:

- поскольку по степени общественной опасности и многим другим признакам (см. ниже) уголовные проступки отличаются от преступлений, то их перечень следовало бы поместить отдельно, разделив Особенную часть УК на две Книги: Книга 1. Преступления и Книга 2. Уголовные проступки;

- поскольку перечень уголовных проступков создается за счет, с одной стороны, сегодняшних преступлений (как правило – небольшой тяжести), путем формального уменьшения их степени тяжести, а с другой – административных проступков путем криминализации, то для смягчения этой резкой трансформации в Уголовном кодексе желательно создать две соответствующие категории уголовных проступков, установив за них разные размеры наказаний. Например, в проекте Закона Украины о внесении изменений в УК предлагается за первую из указанных категорий уголовных проступков назначать наказание в виде штрафа в размере от 10 до 20 штрафных ставок, общественных работ II степени, исправительных работ II степени, служебных ограничений II степени, ареста II степени (при повторности или наличии иных отягчающих обстоятельств – штрафа в размере от 15 до 20 штрафных ставок, общественных работ III степени, исправительных работ III степени, служебных ограничений III степени, ареста III степени), а за вторую – штрафа в размере от 5 до 10 штрафных ставок, общественных работ I степени, исправительных работ I степени, служебных ограничений I степени, ареста I степени;

- в УПК предусмотрено, что во время досудебного расследования уголовных проступков не допускается применение мер пресечения в виде домашнего ареста, залога и содержания под стражей – это минимально ограничивает права и свободы лица, которое привлекается к уголовной ответственности, и позволяет максимально безболезненно разрешить уголовно-правовой конфликт;

- досудебное расследование уголовных проступков осуществляется, согласно новому КПК Украины, по весьма упрощенной, сравнительно с расследованием преступлений, процедуре в форме дознания, а при определенных законом условиях дело рассматривается судом в упрощенном порядке без проведения судебного расследования в судебном заседании;

- уголовный проступок следует определить как предусмотренное Общей частью и Книгой 2 Особенной части УК общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом проступка, при отсутствии в этом деянии признаков преступления. Такое понятие важно для правильной квалификации при конкуренции норм о преступлении и проступке. Также оно учитывает, что Общая часть УК является кладовой, в которой хранятся как совместные для преступлений и проступков, так и их специальные признаки.

Преступление, в свою очередь, следует определить как предусмотренное Общей частью и Книгой 1 Особенной части УК общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления;

- в Общую часть УК следует внести изменения, которые вытекают из введения института уголовных проступков. В частности, в случаях, когда в тексте УК упоминалось о преступлении, термин «преступление» заменить термином «уголовное правонарушение». Впрочем, такую замену следует осуществлять не механически;

- рекомендуется указать, что незаконченный проступок (приготовление к проступку и покушение на проступок) не влечет за собой уголовной ответственности;

- рекомендуется определить, что соучастниками преступления, вместе с исполнителем, являются организатор, подстрекатель и пособник, но за соучастие в уголовном проступке уголовную ответственность несут только соисполнители;
- рекомендуется отдельно отметить, что проступок признается совершенным группой лиц, если его совместно совершили несколько человек (два или более), которые являются субъектами уголовного проступка;
- в статьях об освобождении от уголовной ответственности рекомендуется дополнительно предусмотреть, что подлежит освобождению (может быть освобождено) от уголовной ответственности лицо, которое впервые совершило проступок;
- в статьях об освобождении от уголовной ответственности и наказания вследствие истечения срока давности рекомендуется указать, что лицо освобождается, если со дня совершения им уголовного проступка и со дня вступления приговора в законную силу прошел один год;
- отдельно следует определить особенности назначения наказания по совокупности преступлений, совокупностью преступлений и проступков, а также совокупности проступков. В частности предусмотреть, что при совокупности двух или более проступков суд не может определить окончательное наказание путем поглощения;
- рекомендуется указать, что вступление в законную силу обвинительного приговора относительно проступка не влечет за собой признание осужденного лица имеющим судимость;
- поскольку в связи с реформой КУАП и введением понятия «уголовный проступок» любое нарушение общественного порядка будет рассматриваться исключительно как преступление или уголовный проступок, то из статей УК Республики Казахстан (в проекте УК это статьи 67 и 76) следует исключить упоминания о нарушении общественного порядка как основании продления пробационного контроля и отмены условно-досрочного освобождения;
- необходимо предусмотреть разные правовые последствия преступления и уголовного проступка (см. ниже).

2) Основываясь на положениях Концепции правовой политики и исходя из того, что административные взыскания не должны по жесткости превосходить наказания, возлагаемые за уголовно-правовые нарушения, пересмотреть размеры административных взысканий (п. 2).

Следует тщательно проработать возможность определения размера штрафа с точки зрения соразмерности совершенному правонарушению (п. 3).

Позволю себе не согласиться с постановкой вопроса о том, что *административные взыскания не должны по жесткости превосходить наказания, возлагаемые за уголовно-правовые нарушения*, ибо она не учитывает правовую природу и сущность административных правонарушений.

Мы слишком привыкли рассматривать административные правонарушения как деяния, имеющие меньшую степень общественной опасности по сравнению с преступлениями. Это заблуждение неминуемо в условиях существования так называемого административно-уголовного законодательства, каковым является постсоветский КоАП.

На самом деле административные проступки – это явления просто иного порядка, **их общественная опасность также может быть достаточно высокой, но в силу других причин**. Если общественная опасность преступлений определяется, как правило, специфическим объектом посягательства, часто – наличием потерпевшего, тяжестью наступивших последствий, способом совершения деяния, его средством или орудиями, а также мотивом и целью, то общественная опасность административных (управленческих) проступков – прежде всего своим собственным объектом посягательства, коим является порядок управления в государстве, иными словами – управляемость государственными процессами, их подконтрольность государственной политике, а также их частой повторяемостью (массовостью) или тем, что их совершение создает условия наступления тяжких последствий; вина, мотив и цель тут не имеют большого значения.

Например, достаточно высокой является степень опасности таких деяний, как простое нарушение правил плавания судов, нарушение авиационных правил, нарушение государственных стандартов ядерной и радиационной безопасности, нарушение требований безопасного ведения работ при обращении с отходами, нарушение правил транспортировки природного газа и т.д.

Поэтому, например, штрафы за определенные административные проступки могут быть выше, чем за уголовные проступки и даже за преступления.

Например, проектом КАП Украины предусмотрены такие размеры **штрафов за административные проступки**:

- 1) штраф первой категории: для физических лиц – от 1 до 3, для юридических лиц – от 10 до 30 штрафных ставок;
- 2) штраф второй категории: для физических лиц – от 3 до 6, для юридических лиц – от 30 до 60 штрафных ставок;
- 3) штраф третьей категории: для физических лиц – от 6 до 10, для юридических лиц – от 60 до 100 штрафных ставок;
- 4) штраф четвертой категории: для физических лиц – от 10 до 15, для юридических лиц – от 100 до 150 штрафных ставок;
- 5) штраф пятой категории: для физических лиц – от 15 до 21, для юридических лиц – от 150 до 210 штрафных ставок;
- 6) штраф шестой категории: для физических лиц – от 21 до 28, для юридических лиц – от 210 до 280 штрафных ставок;
- 7) штраф седьмой категории: для физических лиц – от 28 до 36, для юридических лиц – от 280 до 360 штрафных ставок;
- 8) штраф восьмой категории: для физических лиц – от 36 до 45, для юридических лиц – от 360 до 450 штрафных ставок или штраф с нефиксированным размером в случаях, предусмотренных статьей (частью статьи) Особенной части этого Кодекса.

Размер штрафной ставки составляет 1/30 размера минимальной заработной платы, установленного Законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год. Размер штрафной ставки выражается в полных гривнах.

Повторное в течение года совершения административного проступка, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особой части этого Кодекса, имеет следствием наложения штрафа в двойном размере штрафа, предусмотренного соответствующей статьей (частью статьи) Особой части этого Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных этим Кодексом.

Между тем, проектом закона о внесении изменений в УК относительно **штрафов за уголовные правонарушения** предусмотрено, что размер штрафа определяется судом в

зависимости от тяжести уголовного правонарушения и исходя из жизненного уровня осужденного и устанавливаются приговором суда как основное наказание в пределах:

- 1) от 5 до 20 штрафных ставок – при осуждении за проступок;
- 2) от 20 до 50 штрафных ставок – при осуждении за преступление небольшой тяжести;
- 3) от 50 до 200 штрафных ставок – при осуждении за преступление средней тяжести;
- 4) от 200 до 1000 штрафных ставок – при осуждении за тяжкое преступление;
- 5) от 1000 до 2000 штрафных ставок – при осуждении за особенно тяжкое преступление.

При этом размер штрафной ставки при определении штрафа как наказания за проступок, преступление небольшой и средней тяжести составляет 1/30 размера минимальной заработной платы, установленного Законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год.

Размер штрафной ставки выражается в полных гривнах. Размер минимальной заработной платы определяется в Законе о Государственном бюджете Украины на соответствующий год.

Размер штрафной ставки при определении штрафа как наказания за тяжкое и особо тяжкое преступление составляет:

1) для лиц, среднемесячный совокупный доход семьи которых не превышает суммы прожиточного минимума, рассчитанного и утвержденного согласно Закону о прожиточном минимуме для лиц, которые принадлежат к основным социальным и демографическим группам населения, – 1/30 размера минимальной заработной платы;

2) для всех других лиц – 1/30 размера среднемесячного дохода осужденного, но не более трех размеров минимальной заработной платы (при исчислении среднемесячного дохода суд исходит из налогооблагаемого налогом на доходы физических лиц дохода осужденного за год, который непосредственно предшествовал году совершения уголовного правонарушения, а при отсутствии данных за указанный год – за предыдущий год, путем деления дохода за год на двенадцать).

Таким образом, в абсолютных цифрах максимальный размер штрафа за совершение административного проступка может составлять для физических лиц почти 200 долларов США (при повторности – 400), для юридических лиц – в 10 и более раз больше. Размер же штрафа за совершение уголовного проступка может составлять для физических лиц всего лишь от 20 до 80 долларов США, за преступление небольшой тяжести – от 80 до 200, а средней тяжести – от 200 до 800.

3) Изменение карательной функции КоАП на поощрительную и предупредительную ставит вопрос о пересмотре мер административных взысканий с вида наказания к мерам обеспечения исполнения административного акта (п. 2).

Снова повторю: без введения в действие системы административных судов эту задачу выполнить вряд ли удастся.

4) Согласно Закону «О частном предпринимательстве» среднегодовая стоимость активов для субъектов малого предпринимательства составляет до 60 000 МРП, а для среднего предпринимательства до 325 000 МРП. У субъектов среднего предпринимательства стоимость активов более чем в пять раз больше, а штрафные санкции такие же, как для субъектов малого предпринимательства.

В этой связи требует проработки вопрос о необходимости дифференциации ответственности субъектов малого и среднего предпринимательства (п. 4).

Однако следует учитывать не только нормативно установленные показатели среднегодовой стоимости активов, но и их фактическое значение у каждого конкретного субъекта предпринимательства. Поэтому, возможно, на основании данных налогового органа следует в каждом конкретном случае определять среднегодовой доход субъекта предпринимательства – если такая необходимость усложнить процесс рассмотрения дела об административном правонарушении действительно есть.

5) Статья 28 Закона «О государственной службе» предусматривает, что за неисполнение и ненадлежащее исполнение государственным служащим возложенных на него обязанностей, совершение коррупционного правонарушения, превышение должностных полномочий, нарушение трудовой дисциплины, а равно за несоблюдение установленных Законом ограничений, связанных с пребыванием на государственной службе, на государственного служащего могут налагаться дисциплинарные взыскания. Это позволяет привлекать государственных служащих к дисциплинарной ответственности за те же правонарушения, за которые может устанавливаться административная ответственность.

Тем самым, требует глубокого изучения разграничение оснований привлечения должностных лиц к административной и дисциплинарной ответственности (п. 5).

Повторимся: действительно, вопросы реформы административных правонарушений, введения уголовных проступков и системы административных судов следует решать в комплексе с реформой дисциплинарной ответственности.

На сегодня последняя отличается от административной, в частности, по таким признакам.

- степень общественной опасности, юридическим выражением которой является противоправность правонарушения. В отличие от административных проступков противоправность дисциплинарных проступков, несмотря на широкую практику применения взысканий за них, часто не носит конкретного характера, выраженного в четко сформулированных юридических составах (впрочем, есть много исключений: прогул, появление на работе в нетрезвом состоянии, утрата служебного удостоверения...);
- объект. Объектом административного проступка являются общественные отношения в сфере государственного управления, которая не связана с производственной, служебной, учебной и другой деятельностью виновного; объект же дисциплинарного проступка, как правило, ограничивается границами внутренне-управленческих отношений;
- субъект. Круг субъектов дисциплинарной ответственности значительно уже, чем административной. При дисциплинарной ответственности существует служебная подчиненность между правонарушителем и лицом, которое применяет меры дисциплинарной ответственности, то есть субъектом дисциплинарного проступка является член определенного стойкого коллектива, а субъектом контроля и принуждения – государственный орган, собственник или уполномоченный им орган; при административной ответственности такая подчиненность отсутствует, поскольку отсутствуют стойкие организационные связи между правонарушителем и субъектом контроля и принуждения;
- выбор санкции. Административная ответственность характеризуется установлением конкретных санкций за конкретные деяния; в дисциплинарном же производстве санкцию из многих возможных выбирает лицо, которое применяет меры дисциплинарной

ответственности;

- процедура. Во время привлечения лица к административной ответственности процессуальная деятельность субъектов четко регламентирована в законодательстве; дисциплинарное же производство не во всех случаях надлежащим образом формализовано.

В отличие от производства по делам об административных проступках, в дисциплинарном производстве установление факта проступка осуществляется не на основе протоколов, достаточно объяснения виновного лица.

Выбрав такой критерий классификации, как субъекты дисциплинарной ответственности, и учитывая юридические основания ее применения, можно выделить такие виды дисциплинарной ответственности:

1) общую дисциплинарную ответственность работников. Работники несут ее согласно положениям Кодекса законов о труде (КЗоТ) и некоторых других законов, а также правилам внутреннего трудового распорядка.

Например, в Украине согласно КЗоТ работник может быть уволен за: систематическое невыполнение работником без уважительных причин обязанностей, положенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику раньше применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания; одноразовое грубое нарушение трудовых обязанностей руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, другого отделенного подразделения), главным бухгалтером, их заместителями; нечестную или недобросовестную работу; несоблюдение трудовой и технологической дисциплины, требований нормативных актов об охране труда; нарушение трудовой дисциплины, недобросовестное выполнение трудовых обязанностей и т.д;

2) специальную дисциплинарную ответственность работников. Работники несут ее согласно КЗоТ и специальным дисциплинарными уставам (положениям) или только согласно последним. Она имеет свои подвиды. Выделяется специальная дисциплинарная ответственность таких категорий работников:

- работники отдельных, преимущественно рабочих, профессий на железнодорожном транспорте, аварийно-спасательных служб, горных предприятий. В уставах (положениях) о дисциплине этих работников, которые являются подзаконными актами, определяются конкретные составы дисциплинарных проступков и процедурные вопросы;

- государственные служащие, а также приравненные к государственным служащим лица (должностные лица местного самоуправления и работники дипломатической службы);

- другие работники со специальным статусом (работники органов внутренних дел, государственной налоговой службы, государственной службы исполнения наказаний, государственной таможенной службы, государственной службы гражданской защиты, государственной службы специальной связи и защиты информации), которые несут дисциплинарную ответственность по специальным уставам, утвержденным законом;

- судьи и прокуроры, которые несут дисциплинарную ответственность по специальным положениям статусных законодательных актов;

- адвокаты, судебные эксперты как представители свободных профессий, которые предоставляют публичные услуги и несут дисциплинарную ответственность по специальным положениям статусных законов.

Специальная дисциплинарная ответственность работников отдельных профессий предусматривает, в частности, что составы дисциплинарных правонарушений тщательно выписаны в законах и подзаконных актах. Впрочем, и тут не соблюден подход, характерный для уголовного законодательства или законодательства об административных правонарушениях, по которому той или иной диспозиции, содержащей конкретный состав правонарушения, соответствует та или иная санкция.

3) дисциплинарную ответственность лиц, которые не являются работниками. Это дисциплинарная ответственность: военнослужащих; заключенных и осужденных; студентов некоторых видов учебных заведений.

Можно отметить такие основные недостатки законодательства, которые касаются регулирования вопросов дисциплинарной ответственности:

первый – не во всех случаях конкретно определены основания дисциплинарной ответственности; часто они определяются общей фразой, а именно «нарушение служебной дисциплины», «нарушение требований законодательства», «недисциплинированность»... В тех же случаях, когда применен казуальный подход, законодатель часто не проникается точностью и ясностью закона о дисциплинарной ответственности, вследствие чего появляются противоречивые и малопонятные основания дисциплинарной ответственности, а именно: «не проявление инициативы», «поступки, которые позорят работников», «грубое отношение к гражданам» и т.д. В этом контексте необходимо отметить, что точное определение основания дисциплинарной ответственности является, вместе с установленными законом сроками, надлежащей процедурой и т.п., одной из правовых гарантий ее обоснованной реализации, особенно в случаях, когда за проступок предусмотрена возможность увольнения работника с работы (со службы, с должности).

второй – основания дисциплинарной ответственности определяются не в законе, а в подзаконном акте. Это противоречит принципам верховенства права, законности, юридической определенности и др.

В законодательстве необходимо установить единые правила дисциплинарной ответственности, в частности для представителей публичной власти:

- исключительный перечень дисциплинарных взысканий (например, для государственных служащих и приравненных к ним лиц: замечание; строгий выговор; предупреждение о неполном служебном соответствии; освобождение от должности; задержка присвоения очередного ранга, специального звания, чина и т.п. или задержка назначения на высшую должность; понижение в должности; понижение в специальном звании на одну степень);

- общие правила относительно лиц, уполномоченных налагать взыскание: дисциплинарные взыскания применяет орган, которому предоставлено право принятия на работу (избрание, утверждение, назначение на должность) данного работника; на работников, которые несут дисциплинарную ответственность по уставам, положениям и другим актам законодательства о дисциплине, дисциплинарные взыскания могут налагать также вышестоящие органы; работники, которые занимают выборные должности, могут быть уволены только по решению органа, который их избрал;

- сроки применения дисциплинарного взыскания: непосредственно по выявлении проступка, но не позднее одного месяца со дня его выявления, не считая времени освобождения работника от работы в связи с временной нетрудоспособностью или пребывания его в отпуске; не позднее шести месяцев со дня совершения проступка;

- общий порядок применения дисциплинарные взыскания: при избрании вида взыскания должны быть учтены степень тяжести проступка и причиненный им вред, обстоятельства совершения, предыдущая работа;
- порядок погашения дисциплинарного взыскания и его снятия;
- порядок исключения дисциплинарной ответственности из-за отсутствия противоправности (крайняя необходимость; невыполнение работодателем соглашения относительно обеспечения необходимых условий работы; коллизия служебных обязанностей; оправданный риск; осуществление специального права и т.д.);
- обстоятельства, исключающие дисциплинарную ответственность (утрата силы законом, малозначительность дисциплинарного проступка, отсутствие события дисциплинарного проступка, отсутствие юридического состава такого проступка.

6) С учетом переноса ряда деяний из категории административных правонарушений в категорию уголовных проступков, требует комплексного пересмотра вопрос объединения в главы КоАП однородных составов правонарушений (п. 7).

В этой связи предлагаю обратить внимание на украинский опыт. Особенная часть проекта КАП имеет такую структуру:

Раздел 4. Административные проступки против порядка управления в сфере здравоохранения, труда, нравственности, культурного наследства и благоустройства
Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере здравоохранения и труда

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, иных одурманивающих веществ

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны нравственности и культурного наследства

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны благоустройства

Раздел 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения общественной безопасности, безопасности производства и строительства и безопасности транспорта

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения оружия, иных опасных предметов и веществ, а также обеспечения общественной и пожарной безопасности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности производства и строительства

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения общей безопасности движения и эксплуатации транспорта

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации воздушного транспорта

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации водного транспорта

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации автотранспорта и электротранспорта

Глава 7. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности эксплуатации железнодорожного и трубопроводного транспорта

Раздел 6. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения экологической, санитарно-эпидемиологической безопасности и охраны окружающей среды

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения экологической безопасности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологической безопасности

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения радиационной безопасности

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны атмосферного воздуха, земли, недр, вод, иных природных ресурсов

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны растительного и животного мира

Раздел 7. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны собственности и осуществления хозяйственной и финансовой деятельности

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны собственности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере осуществления предпринимательской и другой хозяйственной деятельности

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере осуществления банковской и другой деятельности на рынках финансовых услуг

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения добросовестной конкуренции

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере расчетов, осуществления бухгалтерского учета и налогообложения

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в бюджетной сфере

Глава 7. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения денег и ценных бумаг, а также ценообразования

Глава 8. Административные проступки против порядка управления в сфере социального страхования

Глава 9. Административные проступки против порядка управления в сфере валютного регулирования

Глава 10. Административные проступки против порядка управления в таможенной сфере

Глава 11. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения прав и интересов потребителей, стандартизации, метрологии и сертификации

Раздел 8. Административные проступки против порядка управления в информационной сфере, сфере обеспечения военной безопасности, безопасности государственной границы Украины, а также обеспечения деятельности публичной службы

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере информационной, статистической и рекламной деятельности, кинематографии, телевидения, радиовещания и связи

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения достоверности документов и печатей

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере топографо-геодезической, картографической и гидрометеорологической деятельности

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения военной безопасности

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности государственной границы Украины

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в сфере деятельности публичной службы

7) Необходима проработка вопроса о сохранении института административной преюдиции (п. 8).

Как известно, административная преюдиция предполагает уголовную наказуемость деяний после применения за однократное их совершение административного взыскания.

Нормы с административной преюдицией в подавляющем большинстве новых уголовных кодексов государств СНГ и Прибалтики отсутствуют. Исключение составляет УК Беларуси.

Аргументы «против» административной преюдиции:

А) повторное совершение административного (как и дисциплинарного) проступка не может превратить его в преступление. Ведь это деяния с разной правовой природой. Точно так же повторное совершение гражданско-правового деликта не превращает и не может превратить его в преступление.

Большинство статей КоАП Республики Казахстан, по которым предполагается установить административную преюдицию, предусматривают не административные, а уголовные проступки. Действительно, нельзя признать такими, что посягают на порядок управления:

- «Вовлечение несовершеннолетних в изготовление продукции эротического содержания» (ст. 115 КоАП);
- «Подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов» (ст. 151-1 КоАП);
- «Обман потребителей» (ст. 159 КоАП);
- «Стрельба из огнестрельного оружия, взрыв пиротехнических устройств в населенных пунктах» (ст. 332 КоАП);
- «Заведомо ложная информация о факте коррупционного правонарушения» (ст. 334-1 КоАП);
- «Распитие алкогольных напитков или появление в общественных местах в пьяном виде» (ст. 336 КоАП);
- «Проявление неуважения к суду» (ст. 513 КоАП).

Это – типичные, хотя и мелкие, уголовные правонарушения, которые следовало бы отнести к уголовным проступкам. Если они будут признаны уголовными проступками, то в случае их повторного совершения ответственность (санкция) может быть усилена. То есть необходимости в установлении административной преюдиции просто нет.

Иные же перечисленные в Справке деяния:

- «Составление аудитором и аудиторской организацией недостоверного аудиторского отчета» (часть 2 - заведомо недостоверного) (ст. 184 КоАП);
- «Нарушение требований утвержденных строительных норм и проектных документов при производстве строительно-монтажных и ремонтно-восстановительных работ» (ст. 232 КоАП);

- «Невыполнение условий природопользования, указанных в экологическом разрешении» (ст. 240-2 КоАП);
- «Нарушение законодательства об экологическом аудите» (ст. 306-1 КоАП);
- «Непринятие мер к пресечению сбыта и (или) немедицинского потребления наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров» (ст. 319-1 КоАП);
- «Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях» (ст. 375 КоАП);
- «Нарушение иностранцем или лицом без гражданства правил пребывания в Республике Казахстан» (ст. 394 КоАП);
- «Нарушение правил привлечения иностранной рабочей силы и незаконное осуществление иностранцем трудовой деятельности в Республике Казахстан» (ст. 396 КоАП),–

являются типичными административными проступками и нет никаких оснований для того, чтобы при их совершении во второй, третий или даже десятый раз признавать их уголовными правонарушениями;

Б) применение административной преюдиции противоречит положениям демократических конституций относительно равенства граждан перед законом, поскольку может представлять собой дискриминацию по тем или иным признакам. Ведь при этом одни лица за определенные правонарушения несут административную или дисциплинарную ответственность, а другие – за те же правонарушения – уголовную;

В) наличие административной преюдиции (например, в УК Беларуси) создает определенные проблемы правопонимания. Так, непонятно, является ли «таким же нарушением» совершение одного из предусмотренных диспозицией статьи УК альтернативного деяния, но не того, которое было совершено ранее (например, охота не в запрещенное время, а в запрещенном месте).

8) Один из основных вопросов концептуального характера касается не только содержательной части будущего проекта КоАП, но и целесообразности его разработки, который связан с введением в проект УК понятия «уголовные проступки» и правовым регулированием производства по делам по спорам, возникающим из публично-правовых отношений.

Административное право должно служить обеспечению прав человека и упорядочивать публичную администрацию (исполнительную власть и местное самоуправление) для выполнения этой миссии.

Главной целью административного законодательства является переориентация на регулирование отношений по принципу служения государства человеку и оптимизацию системы органов публичной администрации для более эффективного обеспечения прав человека (п. 12).

Это правильные слова. Мои аргументы в обоснование их правильности изложены выше (см. пункты 1–8 Аналитической записки).

10. Что касается прилагаемых к Справке Перечня статей КоАП, переводимых в разряд уголовных проступков, и Перечня статей КоАП, требующих проработки вопроса по переводу в разряд уголовных проступков, то необходимо отметить следующее.

Первый из этих Перечней в целом является удовлетворительным. Проблемными следует признать такие статьи:

Статья 86. Распространение сведений о виновности в совершении преступления

Статья 86-1. Разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия
Статья 87-3. Воспрепятствование законной деятельности представителей работников
Статья 99-1. Воспрепятствование праву вести предвыборную агитацию
Статья 100. Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях
Статья 101. Нарушение прав члена избирательной комиссии (комиссии референдума), доверенного лица и наблюдателя
Статья 102. Нарушение права граждан на ознакомление со списком избирателей
Статья 102-2. Нарушение требования о равном избирательном праве
Статья 103. Выдача гражданам избирательных бюллетеней (бюллетеней для голосования) в целях предоставления им возможности голосования за других лиц
Статья 222. Нарушение установленных норм и правил ядерной, радиационной и технической безопасности
Статья 234-1. Нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов
Статья 241. Уклонение от проведения мер по ликвидации последствий экологического загрязнения
Статья 276. Нарушение правил охраны водных ресурсов
Статья 304. Нарушение правил захоронения отходов и других материалов, а также правил консервации и демонтажа на континентальном шельфе Республики Казахстан
Статья 324-1. Незаконная медицинская деятельность и незаконная выдача либо подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических средств или психотропных веществ
Статья 343. Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды
Статья 357-6. Нарушение законодательства Республики Казахстан о национальных реестрах идентификационных номеров
Статья 386. Нарушение установленных требований по обеспечению режима секретности
Статья 394-1. Невыполнение решения о выдворении
Статья 450. Нарушение правил, обеспечивающих безопасность пассажиров на судах морского и речного транспорта, а также маломерных судах
Статья 475. Допуск к управлению транспортным средством водителя, находящегося в состоянии опьянения, либо лица, не имеющего права управления
Статья 486. Нарушение правил содержания дорог, железнодорожных переездов и других дорожных сооружений
Статья 495. Нарушение правил охраны линий связи и сооружений связи
Статья 524. Неисполнение судебных актов, постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях
Статья 529. Оскорбление должностного лица, угроза совершения насильственных действий

Если субъектом правонарушения в этих статьях является представитель публичной власти или иное лицо, обязанное обеспечивать установленный режим (порядок управления) в той или иной сфере, в том числе субъект предпринимательской деятельности, то оснований для перевода деяния в категорию уголовных проступков нет. Это будут типичные административные проступки, то есть проступки, суть которых в нарушении административного режима теми лицами, которые обязаны его соблюдать. За них также может быть предусмотрена и дисциплинарная ответственность.

Если же субъект перечисленных нарушений общий (гражданин), а правила, которые подлежат соблюдению, вытекают из обычаев поведения или обычных мер предосторожности, то проступок может расцениваться как уголовный.

Во втором из указанных Перечней проблемных (с указанной точки зрения) статей большее количество – почти все, разве что за *исключением* таких:

Статья 107. Умышленное уничтожение, повреждение агитационных материалов

Статья 327. Уклонение от лечения лиц с заболеваниями, представляющими опасность для окружающих

Статья 332. Стрельба из огнестрельного оружия, взрыв пиротехнических устройств в населенных пунктах

Статья 334-1. Заведомо ложная информация о факте коррупционного правонарушения

Статья 336. Распитие алкогольных напитков или появление в общественных местах в пьяном виде

Статья 336-2. Немедицинское потребление наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в общественных местах

Статья 338. Азартные игры

Статья 341. Надругательство над памятниками истории и культуры или природным объектом

Статья 368. Нарушение порядка приобретения, хранения, ношения, передачи или продажи физическими лицами гражданского оружия

Статья 370. Неправомерное применение газового оружия

Статья 388. Незаконное проникновение на охраняемые объекты

Статья 468. Нарушение водителями транспортных средств установленных правил обеспечения безопасности дорожного движения, повлекшее причинение вреда здоровью людей, повреждение транспортных средств или иного имущества

Статья 473. Нарушение правил движения пешеходами и иными участниками дорожного движения

Статья 533. Предоставление незаконного материального вознаграждения физическими лицами

Статья 533-1. Получение незаконного материального вознаграждения лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом

Статья 534. Предоставление незаконного материального вознаграждения юридическими лицами

Статья 535. Осуществление незаконной предпринимательской деятельности и получение незаконных доходов государственными органами и органами местного самоуправления

Статья 537. Непринятие мер руководителями государственных органов по борьбе с коррупцией

Статья 537-1. Принятие на работу лиц, ранее совершивших коррупционное преступление

Перечисленные деяния могут быть переведены в категорию уголовных проступков.

11. Осуществляя реформу уголовных и административных проступков, Украина как член Совета Европы вынуждена руководствоваться Европейской конвенцией по правам человека и рекомендациями Комитета министров Совета Европы, а также практикой Европейского суда по правам человека.

В первом из названных документов речь идет, в частности, о том, что процедура осуществления судопроизводства распространяет свое действие на порядок судебного

разбирательства дел о уголовном обвинении. Это предопределяет необходимость определения содержания понятия “дело об уголовном обвинении” и его отличия от дел об административных нарушениях. Европейский Суд много раз констатировал, что понятие “уголовное обвинение”, которое используется в статье 6 Конвенции, необходимо понимать исходя из положений Конвенции.³ Подобное предостережение означает, что выведение в национальном законодательстве стран-участниц определённых видов правонарушений из-под юрисдикции уголовных судов и отнесение их к юрисдикции других органов, что означает признание таких проступков административными, для Европейского Суда не будет иметь значения.

Определение сути правонарушения осуществляется Европейским Судом, исходя из таких критериев для идентификации того или иного дела как дела об уголовном обвинении:

- 1) отнесение правонарушения к уголовному праву в правовой системе государства;
- 2) правовая природа нарушения;
- 3) характер и степень суровости наказания, которое может понести правонарушитель⁴.

Но определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют два последних критерия – природа правонарушения и наказание за него.⁵

Именно по этой и иным причинам многие европейские государства в определенном контексте относят национальные законы, устанавливающие ответственность за деяния, по своей правовой природе сходные с преступлениями и предусматривающие относительно суровые наказания, к законам уголовно-правовой сферы.

Одно из свидетельств этого – Европейская конвенция о международной действительности уголовных приговоров (2000 г.). В ее статье 1 указано: “**правонарушение**” включает, помимо деяний, подпадающих под уголовное право, те деяния, которые подпадают под правовые положения, перечисленные в Приложении II к настоящей Конвенции при условии, что в тех случаях, когда эти положения предусматривают компетенцию административного лица, должна иметься возможность передать дело на рассмотрение суда; «санкция» означает любое наказание или любую меру, непосредственно налагаемые на какое-либо лицо в связи с правонарушением на основании решения европейского суда по уголовному делу или на основании судебного приказа по уголовному делу (*ordonnance penale*); “судебный приказ по уголовному делу” (*ordonnance penale*) означает любое из решений, вынесенное в другом Договариваемом государстве и перечисленное в приложении III к настоящей Конвенции.

³ См. § 42 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Девир против Бельгии” от 27 февраля 1980 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 308; web: <http://www.echr.ru/>

⁴ См. § 50 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Озтюрк против Германии” от 21 февраля 1984 (*§ 50 of Judgment of the European Court of Human Rights: Ozturk v. Germany, 21 February 1984, Published in A 73*); См. §69-73 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Кемпбелл и Фелл против Соединённого Королевства” от 28 июня 1984 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 443-446; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461410/2461410.htm> (*§ 69-73 of Judgment of the European Court of Human Rights: Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28 June 1984, Published in A 80*).

⁵ Банчук А. Право об административных нарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского Суда по правам человека и стандарты Совета Европы // http://www.pravo.org.ua/files/administr/covv/banchuk_pravo_adm_porush_rus.pdf

Приложение II содержит Перечень иных правонарушений, которые приравниваются к правонарушениям в соответствии с уголовным законодательством:

- во Франции: любое противоправное поведение, наказуемое как нарушение порядка пользования путями сообщения;
- в Федеративной Республике Германии: любое противоправное поведение, наказуемое в соответствии с процедурой, изложенной в законе о нарушениях предписаний от 24 мая 1968 года (BGBL 1968, I 481);
- в Италии: Любое противоправное поведение, в отношении которого применяется закон № 317 от 3 марта 1967 года.

Приложение III содержит Перечень постановлений в уголовном деле (ordonances penales):

- Австрия – Strafverfügung (статьи 460-62 Уголовно-процессуального кодекса).;
- Дания – Bodeforelaeg или Udenretlig bodevedtagelse (статья 931 Закона о взыскании правосудия);
- Франция: 1) Amende de Composition (статьи 524-528 Уголовно-процессуального кодекса, дополненные статьями R 42 - R 50); 2) Ordonnance penale применяется только в департаментах Ба-Рен, Об-Рен и Мозель;
- Федеративная Республика Германия: 1) Strafbefehl (статьи 407-412 Уголовно-процессуального кодекса); 2) Strafverfügung (статья 413 Уголовно-процессуального кодекса); 3) Bussgeldbescheid (статьи 65-66 Закона от 24 мая 1968 года - BGBL 1968 I, 481);
- Италия: 1) Decreto penale (статьи 506-510 Уголовно-процессуального кодекса); 2) Decreto penale в финансовых вопросах (Закон от 7 января 1929 года, № 4); 3) Decreto penale в навигационных вопросах (статьи 1242-43 Навигационного кодекса); 4) Решение, вынесенное согласно Закону № 317 от 3 марта 1967 года;
- Люксембург: 1) Ordonnance penale (Закон от 31 июля 1924 года об организации "ordonnances penales"); 2) Ordonnance penale (статья 16 Закона от 14 февраля 1955 года о движении на публичных автомагистралях);
- Норвегия: 1) Forelegg (статья 287-290 Закона о судебном процессе в уголовных делах); 2) Forenklet forelegg (статья 31 В Кодекса дорожного движения от 18 июня 1965 года);
- Швеция: 1) Strafforelaggande (Раздел 48 Процессуального кодекса); 2) Forelaggande av ordningsbot (Раздел 48 Процессуального кодекса);
- Швейцария: 1) Strafbefehl (Ааргау, Бале-Каунтри, Бале--аун, Шаффхаузен, Швиц, Ури, Цуг, Цюрих) Ordonnance penale (Фрибург, Вале); 2) Strafantrag (Нижний Унтервальден); 3) Strafbescheid (Сен-Гален); 4) Strafmandat (Берн, Граубюнден, Солотурн, Верхний Унтервальден); 5) Strafverfügung (Аппенцель Аутер Роден, Гларус, Шаффхаузен, Тургau); 6) Abwandlungserkenntnis (Люцерн); 7) Bussenentscheid (Аппенцель иннер Роден); 8) Ordonnance de condamnation (Вауд); 9) Mandat de repression (Нойшатель); 10) Avis de contravention (Женева, Вауд); 11) Prononce prefectoral (Вауд); 12) Prononce de contravention (Вале); 13) Decreto di accusa (Тичино);
- Турция – Ceza Kararnamesi (Статьи 386-391 Уголовно-процессуального кодекса) и все другие решения, которыми административные органы накладывают санкции.

Таким образом, из этих перечней видно, что определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют природа правонарушения и наказание за него, а не название самого правонарушения или нормативного акта, в котором оно определено.

Уголовные правонарушения, в отличие от других правонарушений, имеют *общественно-опасный характер* и, в отличие от дисциплинарных и административных правонарушений, могут быть совершены *любыми лицами*. Дисциплинарные проступки могут совершаться лишь лицами, которые выполняют те или иные специфические функции (государственные

служащие, военнослужащие и т.п.), а административные проступки – лицами, которые обязаны соблюдать установленные административные режимы (правила, порядок).

Дорожно-транспортные правонарушения по определенным выше признаками также должны признаваться уголовными правонарушениями, поскольку могут совершаться любыми лицами, а за совершение отдельных из них предполагаются довольно суровые наказания. Но Европейский Суд сделал для них исключение: признание таких нарушений административными не противоречит требованиям Конвенции, учитывая: а) их большое количество, б) характер, который не настолько опасен, чтобы накладывать на нарушителей уголовное наказание, и в) при условии, что заинтересованные лица смогут обжаловать принятое против них решение в суде, где действуют гарантии статьи 6 Конвенции”.⁶

Речь об этом шла еще в Резолюции (68) 25 Комитета Министров Совета Европы «Учреждение упрощенной процедуры относительно незначительных дорожных правонарушений» от 20 сентября 1968 г.:

«Учитывая объем дорожного движения на национальном и международном уровнях, как и проблемы, возникающие из количества совершенных дорожных правонарушений, многие из которых не могут рассматриваться в качестве серьезных; принимая во внимание, что их скорое и эффективное наказание является помощью при надлежащем отправлении правосудия и может быть обеспечено упрощенной процедурой... рекомендует:

I. Учредить упрощенную процедуру для разбирательства с незначительными дорожными правонарушениями.

В частности, правонарушения, перечисленные в приложении к настоящей Резолюции, могут рассматриваться в качестве незначительных в той степени, пока конкретные из них не потребуют обращения к обычной процедуре.

Упрощенная процедура должна состоять из требования об уплате денежной санкции либо на месте, либо в пределах короткого периода времени, устанавливаемого в качестве денежной санкции, размер которой определяется в соответствии с национальным законом.

Упрощенная процедура не должна применяться без согласия правонарушителя.

II. Предусмотреть, чтобы уплата требуемой денежной санкции устраняла обращение к обычной процедуре. Однако национальный закон может: (а) предписать другие меры, которые предпринимаются в интересах безопасности дорожного движения, такие, как приостановление или изъятие водительских прав, или (b) уполномочить соответствующий орган действовать в соответствии с обычной практикой, когда он считает, что условия для упрощенной процедуры не выполняются.

Приложение. Перечень дорожных правонарушений, разбирательство по которым в определенных обстоятельствах может проходить согласно упрощенной процедуре

1. Невыполнение указания полицейского относительно дорожного движения.

2. Невыполнение правил относящихся к:

(a) скорости транспортных средств;

(b) положению и направлению движения транспортных средств, на встречу движущимся в противоположном направлении, обгону, изменению направления или продолжению движения через переезд со шлагбаумом;

⁶ См. § 57 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Лутц против Германии” от 25 августа 1987 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – С. 544; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461415/2461415.htm> (§ 57 of Judgment of the European Court of Human Rights: Lutz v. Germany, 25 August 1987, Published in A123).

- (d) дорожным приоритетам некоторых транспортных средств, таких, как пожарные машины, скорая помощь и полицейские машины;
- (e) знакам, сигналам и дорожной разметке, в частности знакам "STOP";
- (g) доступу транспортных средств или классов транспортных средств на некоторые дороги (например, с учетом их веса или размеров);
- (h) устройствам безопасности для транспортных средств и грузов;
- (i) нанесению обозначений (*signalisation*) транспортных средств и грузов;
- (j) освещению транспортных средств и использованию ламп;
- (k) грузоподъемности и мощности транспортных средств;
- (l) регистрации транспортных средств, регистрационным номерным знакам и знакам государственной принадлежности».⁷

12. Признание тех или иных дел делами о уголовном обвинении автоматически требует соблюдения процедурных гарантий, определённых статьёй 6 Конвенции. Среди основных гарантий, которые должны быть обеспечены в процедуре уголовного обвинения, следует назвать права обвиняемого на:

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

Самый же общий перечень **принципов наложения административных взысканий** содержится в Рекомендации № R (91)1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций 1991 г.⁸

Под административной санкцией понимается административный акт, т.е. принятое именно административным органом (в т.ч. государственным или частным предприятием в пределах осуществления делегированных властных полномочий) решение о наложении на лицо в связи с его неправомерным поведением штрафа или другой меры денежного или не денежного характера. Не являются административной санкцией:

- дисциплинарные взыскания и другие меры, которые применяются административным органом относительно его сотрудников в связи с их поведением;

⁷ Также могут учитываться такие акты Комитета Министров Совета Европы: Резолюция (71) 28 «О лишении права управления транспортным средством»; Резолюция (73) 7 «О наказании за дорожные правонарушения при управлении транспортным средством под влиянием алкоголя»; Резолюция (75) 24 «О наказании за непредумышленное убийство и случайное причинение вреда здоровью на дороге»; Резолюция (77) 29 «О нарушениях, виновник которых скрылся»; Резолюция (77)31 о защите прав лица относительно актов административных органов власти от 28 сентября 1977 г.; Резолюция (78) 42 «О предупреждении несанкционированного использования транспортных средств»; Рекомендация № R (79) 15 «О применении Европейской Конвенции о наказании за дорожные правонарушения»; Рекомендация № R (80)2 «О реализации административными органами власти дискреционных полномочий» от 11 марта 1980 г.

⁸ Рекомендация № R (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций от 13 февраля 1991 г. // *Recommandation N° R (91) 1 du Comité des Ministres aux Etats Membres relative aux sanctions administratives, 13 février 1991, web: [http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R\(91\)1.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R(91)1.asp)*

- отказ выдать или продолжить разрешение, которое основывается на отсутствии правоспособности у лица со ссылкой на действующие нормы права и т.п.

Субъектами административной ответственности могут быть физические и юридические лица.

Рекомендация содержит восемь принципов применения административных взысканий:

1) *законность*, т.е. определение административных санкций и оснований их применения исключительно в законе. Этот принцип делает невозможным существование ситуации, когда административный орган одновременно устанавливает правила поведения, определяет санкции и применяет их. Комитет министров Совета Европы подчеркнул полезность, с точки зрения обеспечения прав человека, единых кодексов, которые устанавливают подведомственность, типы санкций и их максимальные размеры, принципы, по которым может осуществляться их применение, порядок проведения расследования и принятия решения, способы обжалования;

2) *необратимость действия во времени закона*, который устанавливает или усиливает административные санкции;

3) *«никто не может дважды притягиваться к ответственности одного вида за одно действие» (ne bis in idem)*. Возможным является нарушение одним деянием норм права, направленных на защиту нескольких общественных интересов, обеспечение которых находится в компетенции нескольких административных органов (идеальная совокупность). В этом случае органы обязаны учитывать примененные прежде санкции в связи с этим деянием;

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

5) *окончание производства с принятием окончательного решения*. Ведь лишь окончательное решение позволяет лицу обжаловать процедуру или само решение;

6) *обеспечение права лица на защиту*, в т.ч.:

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

В случаях, когда речь идет об относительно небольших денежных взысканиях, разрешается не придерживаться этих гарантий при условии, что лицо не возражает ни против процедуры, ни против примененной санкции (например, при осуществлении запрещенной остановки автомобиля). Однако, если лицо против применения санкции, следует обеспечивать предусмотренные гарантии;

7) *обязанность административного органа нести бремя доказывания* является составляющей презумпции невиновности;

8) *административный акт о применении санкции может быть обжалован* в независимый и непредубежденный суд, созданный на основании закона. Такой пересмотр может предусматривать проверку не только законности процедуры применения санкции, но и сути дела.

Очевидно, что в большинстве положений действующие на постсоветском пространстве КоАП соответствуют этим восьми требованиям.

Вместе с тем:

- часто законодательство об административных правонарушениях состоит не только из КоАП, а из большого количества норм различных актов, и положения этих актов, касающиеся типов санкций, их максимальных размеров, принципов их применения, порядка проведения расследования и принятия решения, способов обжалования и т.д. являются разными и противоречивыми (например, Таможенный кодекс, Налоговый кодекс, Экологический кодекс, антикоррупционные и многие другие законы содержат свою систему положений об административной ответственности);

- иногда ответственность за одно и то же деяние предусмотрена, вопреки принципу *ne bis in idem*, одновременно в КоАП и в другом законе;

- сроки применения административных взысканий в антикоррупционных и других законах бывают длиннее сроков уголовного процесса;

- право на защиту также не всегда предусмотрено и часто игнорируется, мол, это ведь не уголовный процесс;

- часто игнорируется обязанность административного органа нести бремя доказывания. Закон не опровергает традицию презумпции виновности лица, в отношении которого составлен административный протокол. Например, в случае не получения уведомления о дате рассмотрения дела и в связи с этим неявки дело рассматривается в отсутствие лица и оно, в подавляющем большинстве случаев, признается виновным.

Ноябрь 2012 г.

Аналитическая записка
«Стратегические вопросы развития административной юстиции в Казахстане»⁹

ВВЕДЕНИЕ

Вопросам административной юстиции в последнее время уделяется значительное внимание, как государственными органами, так и неправительственным сектором, учеными, международными и зарубежными организациями. Проводится большое количество конференций, семинаров, круглых столов. При этом только в последние годы стало складываться понимание предмета разговора (по крайней мере, среди юристов): речь идет о спорах между гражданином и государством. Еще десять лет назад под административной юстицией понимали производство по делам об административных правонарушениях, впрочем, административные правонарушения в первую очередь приходили на ум и при упоминании многих других административно-правовых институтов.

На самом деле административная юстиция это устоявшийся правовой институт, имеющий почти двухвековую историю, различные проявления в современных государствах. Административной юстиции посвящены многочисленные исследования, в том числе и в странах постсоветского пространства.

В Казахстане административная юстиция до сих пор не становилась темой серьезных научных исследований, что, кстати, сказывается и на законотворческом процессе в этой сфере, характеризующимся отсутствием надлежащей экспертной оценки, фундаментальной проработки проблем, невниманием к правовым принципам. До сих пор нет четкого понимания стратегических путей развития административной юстиции, ее места и важности в правовой системе.

Целью настоящей аналитической записки является краткое изложение ключевых признаков и элементов административной юстиции, истории возникновения и значения этого института, основных направлений развития административной юстиции применительно к казахстанской ситуации.

1. ПОНЯТИЕ, ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ И СОВРЕМЕННЫЕ МОДЕЛИ
АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Административная юстиция важнейший атрибут правового государства, государственного управления и административного права. Как и в случае со многими другими правовыми институтами, отсутствует единое мнение, что следует понимать под административной юстицией. Ее понимают и как систему специальных судебных (квазисудебных) органов, рассматривающих публично-правовые споры, и как вид судопроизводства или порядок

⁹ Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане и Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане и Freedom House.

обжалования незаконных административных актов, и как специализированный надзор за деятельностью органов исполнительной власти и др.

Но чаще всего административную юстицию отождествляют с судебным контролем за законностью деятельности государственной администрации (органов исполнительной власти и иных административных органов).

В историческом плане административная юстиция сравнительно молодое явление, возникшее и получившее свое развитие в конце XVIII-XIX веках. Ранее всего институты административной юстиции формируются во Франции, где после Великой французской революции стала на практике реализовываться идея разделения властей и произошло разделение юстиции и администрации (судебной и административной юрисдикций). Администрация в представлениях французских мыслителей того времени должна была быть абсолютно независима от юстиции, в том числе и в вопросах рассмотрения споров в связи с деятельностью администрации. Судебная власть в свою очередь должна заниматься рассмотрением уголовных и гражданских дел и не вмешиваться в деятельность административных органов, в противном случае баланс разделения властей будет нарушен. Такие идеи были реализованы в законодательстве, которое отделило в системе государственного управления органы, занимающиеся непосредственно управлением (чистая администрация) от органов, рассматривающих спорные вопросы управления. В результате были созданы органы (советы префектур и Государственный совет), которые являлись частью государственного аппарата, но занимались исключительно контролем за деятельностью администрации путем рассмотрения споров по определенным правилам¹⁰. Именно эти органы стали называться органами административной юстиции. Опыт Франции оказал большое влияние и на другие европейские страны – Италию, Испанию, Бельгию, Португалию, хотя позже в этих странах наблюдались свои особенности развития административной юстиции.

Французский опыт сказался и на Германии (в то время на германских государствах) - другой классической стране административного права, чья модель административной юстиции очень часто сегодня пропагандируется в постсоветских странах, включая Казахстан. В Германии институт административной юстиции появился достаточно поздно по сравнению с другими европейскими государствами (вторая половина XIX века), но его возникновение также объясняется обособлением юстиции и администрации. Причем в первое время низовые органы административной юстиции в различных германских государствах не отделялись от органов государственной администрации и уже гораздо позднее они выделились в самостоятельную ветвь, но уже всецело в рамках судебной власти.

Таким образом, в европейских государствах к концу XIX века были созданы прообразы современных органов административной юстиции. Несмотря на то, что часто главными причинами создания этого института, называются практическая реализация принципа разделения властей и их полномочий, необходимость создания независимого контроля за деятельностью администрации, есть и более глубокие причины зарождения этого института – реакция на обособление и рост могущества государственной администрации, необходимость обеспечения защиты гражданина от всевластия этой администрации.

¹⁰ См. об этом подробнее: Аншютц Г. Юстиция и администрация/Цит. по: Административная юстиция: конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. – Ч.1/Сост. и вступит. ст. Ю.Н.Старилова. – Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2004. С. 81-82.

«Административная юстиция явилась одною из тех гарантий, которые были созданы историей XIX века в обеспечение гражданину его прав и свобод»¹¹.

Конечно, далеко не все страны, включая европейские, пошли по пути создания специальных органов административной юстиции. И в истории, и в современности есть государства, в которых контроль за деятельностью государственной администрации осуществляется общими судами. Прежде всего, это страны англо-саксонской правовой семьи, хотя в позапрошлом веке в подобную группу стран входили также Голландия, Дания, Норвегия. Далеко не во всех странах этот институт получил достойное развитие: «Россия не знала разветвленной системы административной юстиции»¹², хотя в целом этот институт не был чужд российскому праву, а в 1917 году Временное правительство даже утвердило Положение «О судах по административным делам».

В современных государствах существуют разные модели организации административной юстиции. Наиболее часто выделяют три модели: французскую; германскую, англосаксонскую¹³. Эти модели различаются, главным образом, по критерию институционального построения органов, рассматривающих публично-правовые споры.

А. Французская модель

Проверка актов и действий государственной администрации проводится специальными органами (трибуналами, судами, комиссиями), которые являются частью самой государственной администрации. Органы формируются как на низовых уровнях государственного управления, так и на региональных и высших. При этом могут присутствовать как органы общей, так и специальной административной юрисдикции (бюджетные, налоговые, образовательные и т.д.).

С различными вариациями такая модель присутствует сегодня в Бельгии, Италии, Греции, Колумбии, Пакистане, Турции.

Б. Германская модель

Органы (административные суды), занимающиеся правосудием по административным делам изолированы от государственной администрации (исполнительной власти). Но, являясь частью судебной власти, они занимают обособленное место в рамках этой власти, существуя параллельно с общими судами. Суды также организованы по территориальному признаку с существованием верховной судебной административной инстанции на общенациональном уровне. Германская модель лежит в основе организации административной юстиции в Австрии, Болгарии, Таиланде, Финляндии, Чехии, Швеции. Кроме административных судов общей юрисдикции присутствуют суды специальной юрисдикции (социальные, финансовые, дисциплинарные).

¹¹ Корф С.А. Административная юстиция в России / Цит. по: Административная юстиция: конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. С. 629.

¹² Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973/Цит по: Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: Издательский дом С.-Петерб.гос.ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петерб.гос. ун-та, 2005. С. 350.

¹³ См. к примеру: Административное право зарубежных стран: учебник для студентов юридических ВУЗов / под ред. В.Я. Кикотя, Г.А.Василевича, Н.В. Румянцева. – М., ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2012. С. 46; Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Штатиной. – М.: Спарк, 2003. С. 192. Авторы последнего учебника говорят также о модели административных присутствий в общих судах.

В. Англосаксонская модель

Все споры с государственной администрацией подсудны общим судам. Никаких специальных судебных органов не создается. Вместе с тем, в странах этой модели существует большое количество административных учреждений (суды, трибуналы, советы, комиссии, бюро), создаваемые в рамках исполнительной ветви власти. Как пишут исследователи, к примеру, в Великобритании, одном из ярких представителей этой модели, начиная с 30-х гг. XX века обозначился во многом стихийный процесс создания учреждений административной юстиции. Этот процесс обосновывался практической потребностью обеспечить оптимальное и оперативное разрешение административных споров и разгрузить общие суды¹⁴. К странам данной модели относятся большинство стран англо-саксонской системы права, включая Великобританию и США, страны Латинской Америки, Малайзия, Япония. Многие страны постсоветского пространства, включая Казахстан, также близки к этой модели за тем исключением, что никакие административные трибуналы вне судебной системы для рассмотрения споров не создаются.

Три основных модели не исключают существование и других вариантов. Так некоторые исследователи говорят о смешанных моделях, когда, к примеру, первой инстанцией, рассматривающей административно-правовые споры, являются обычные суды общей юрисдикции, а следующей инстанцией выступает специализированный административный суд (Нидерланды, Чехия) или наоборот, существуют административные суды первой инстанции, решения которых могут быть обжалованы в вышестоящем суде общей юрисдикции (Австралия, Швейцария)¹⁵. Окончательный судебный надзор высшими (Верховными) судами при наличии административных судов присутствует в Индонезии, Южной Корее. В Испании в структуре общих судов выделяются специализированные отделения административной юрисдикции¹⁶. В Монголии на низшем уровне дела рассматриваются административными судами (отличными от общих судов), а окончательной инстанцией является Административная палата Верховного Суда.

Вообще выделение указанных моделей является достаточно условным и необщепризнанным. К примеру, считается в принципе спорным существование административной юстиции в рамках англо-саксонской системы. Даже французская модель подвергается сомнению с позиций классических подходов к судебному контролю за государственной администрацией.

Административная юстиция получила свое развитие и на постсоветском пространстве.

В Азербайджане созданы суды по делам об административных и экономических спорах как суды первой инстанции, а на более высоком уровне присутствуют судебные коллегии по делам об административных и экономических спорах региональных апелляционных судов и Верховного Суда. В Эстонии судами первой инстанции являются административные суды, а апелляции и кассации рассматривают общие окружные суды и Государственный суд. В

¹⁴ Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Шатиной. С. 195.

¹⁵ Марку Ж. Структура административной юстиции: опыт применения различных моделей // Международный экспертный семинар «Роль административной юстиции в защите прав человека». 14-15 декабря 2009 г. - М.: Права человека. 2010. С. 38.

¹⁶ Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Шатиной. С. 196.

Армении образован Административный суд с подразделениями в различных регионах, а его решения обжалуются в Апелляционном и Кассационном судах.

В Латвии действуют административные районные суды и административный окружной суд, а Высшей инстанцией является общий Верховный суд.

В Грузии нет административных судов, но в судах общей юрисдикции могут создаваться коллегии по административным делам, а в областных судах и в Верховном суде созданы палаты по административным делам.

В Литве созданы административные суды, окружные административные суды и Высший административный суд. Такой же подход присутствует и в Украине.

Во всех названных странах имеются процессуальные нормативные акты, посвященные административному судопроизводству¹⁷.

Таким образом, и в постсоветских государствах наблюдается существование разных моделей, в том числе и таких, которые основаны еще на советских подходах к спорам между гражданином и государством, когда вопросы публично-правовых споров решаются судами общей юрисдикции или хозяйственным (арбитражными, экономическими) судами по нормам гражданско-процессуального или арбитражного законодательства. В последнюю группу входят и страны Центральной Азии, Белоруссия, Россия.

Органы административной юстиции, а также судьи административных судов разных стран, тесно взаимодействуют в рамках международных организаций. К таким организациям относятся:

- Международная ассоциация высших органов административной юрисдикции.
- Ассоциация европейских административных судей.
- Ассоциация государственных советов и высших органов административной юрисдикции государств-членов ЕС.

Вопросы административной юстиции находятся в сфере внимания европейских интеграционных органов. Так Комитетом министров Совета Европы принят ряд резолюций и рекомендаций, касающихся разных аспектов этого института:

- Резолюция (71) 31 о защите лица относительно актов административных органов власти.
- Рекомендация №R (80) 2 о реализации административными органами власти дискреционных полномочий.
- Рекомендация №R (84) 15 о публично-правовой ответственности за причиненный вред.
- Рекомендация №R (89) 8 о временной судебной защите в административных делах.
- Рекомендация Rec (2001) 9 **об альтернативных судебным разбирательствам разрешениях споров между административными органами власти и частными лицами.**
- Рекомендация Rec (2003) 16 об исполнении административных и судебных решений в сфере административного права.
- Рекомендация Rec (2004) 20 о судебном пересмотре административных актов¹⁸.

¹⁷ См.: Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. Алматы, 2012.

¹⁸ См.: Штатина М. А. Европейские стандарты хорошей администрации и развитие российского законодательства//Международный экспертный семинар «Роль административной юстиции в защите прав человека». С. 33.

2. ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Несмотря на разные подходы в организационной составляющей административной юстиции, выделяют некоторые общие элементы, которые присущи этому институту (за отдельными исключениями в случае со странами, где доминирует модель единой юстиции):

1. Правовые споры, которые рассматриваются органами административной юстиции это публично-правовые споры. В подобных спорах одной из сторон является орган исполнительной власти или иной орган государственной администрации. Другой стороной являются граждане или их ассоциации, различные негосударственные юридические лица. Споры вытекают из публичных правоотношений, то есть таких, в которых одна сторона подчинена государственному органу в силу закона, приказа или иного акта (такие отношения часто называют отношения власти-подчинения или субординации). В зависимости от подходов, сложившихся в различных странах, публично-правовые споры допускают в качестве «публичного» субъекта государственные учреждения, государственные хозяйствующие субъекты (юридические лица публичного права). В некоторых системах, субъектами публично-правовых споров являются два государственных органа, например, в спорах о компетенции.

2. В публично-правовых спорах речь идет, прежде всего, о защите публичных прав и интересов граждан и их ассоциаций (гражданских и политических прав, общественных интересов, прав в сфере управления). Но в таких спорах защищаются и частные права и интересы, поскольку нередко последние испытывают на себе государственное посягательство. Далеко не всегда споры вытекают из собственно управленческой сферы (в рамках административной юстиции могут присутствовать, избирательные, трудовые, и даже религиозные споры).

3. Традиционно в органах административной юстиции оспариваются индивидуальные правовые акты органов государственной администрации, а также их действия (бездействия). В последнее время в административных судах оспариваются административные договоры, нормативные правовые акты, акты органов местного самоуправления.

4. Судьи или иные лица, рассматривающие публично-правовые споры обладают необходимыми знаниями и квалификацией в области государственного управления, в том числе и для того, чтобы оценивать соразмерность, обоснованность требований граждан, и при всем уважении к индивидуальным правам и свободам, не нарушать принцип «общего блага».

5. Для органов, рассматривающих споры в рамках административной юстиции, создаются гарантии независимости от влияния государственной администрации.

6. Рассмотрение споров проходит по специальным процессуальным правилам. Во многих странах приняты специальные акты (административно-процессуальные кодексы, законы об административном судопроизводстве и т.д.).

7. В специальных процессуальных актах учитываются особенности публично-правовых споров, в которых очевидно неравенство участников: с одной стороны граждан, с другой - государственный орган с его огромными материальными, информационными, кадровыми и иными ресурсами. Именно поэтому, в числе особенностей административного процесса называют возложение бремени доказывания на государственный орган, создание дополнительных процессуальных гарантий прав граждан, более активную роль суда или

иного органа административной юстиции, рассматривающего дело, невозможность встречного иска и т.д.

8. Во многих системах административной юстиции присутствует правило об обязательном предварительном обжаловании административного акта или действия (бездействия) в вышестоящий административный орган.

9. Среди судебных инстанций, пересматривающих решения нижестоящих судов, отсутствует надзорная инстанция.

10. В процессе рассмотрения публично-правовых споров чаще всего оценивается законность актов, действий (бездействий) государственных органов. Гораздо реже оценивается целесообразность, обоснованность или пропорциональность таких актов и действий.

3. ИСТОРИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В КАЗАХСТАНЕ

Вопросам административной юстиции долгое время не уделялось должного внимания ни среди ученых, ни в юридической практике Казахстана. Более того, как таковой термин «административная юстиция» то активно обсуждался, то исчезал из правового лексикона¹⁹. Вопросы, которые сегодня охватываются институтом административной юстиции, изучались не только административным правом, но и гражданским процессом, по той причине, что была выбрана модель единой юстиции, когда споры с государством рассматриваются общими судами.

Конечно, существовали и более фундаментальные причины, почему этому институту не уделялось должного внимания. В советской политико-правовой культуре считалось, что у граждан и государственных органов не может быть споров. Авторы того времени указывали: «институт административной юстиции, узаконяющий распри между трудящимися и администрацией, органически чужд советскому праву»²⁰ или «в СССР нет никакой почвы для возникновения и развития административной юстиции и административного процесса»²¹. При таком подходе не было необходимости в развитом институте административной юстиции, что подтверждалось и законодательством. Но поскольку деятельность государственной администрации и при советском строе должна была контролироваться, то, конечно, существовали формы такого контроля в виде прокурорского надзора, рассмотрения жалоб внутри ведомств, деятельности общих судов.

Вопросы оспаривания действий государственной администрации в Казахской ССР решались в рамках общих подходов, существовавших в советском законодательстве, которое стало обращать внимание на эти вопросы начиная с 60-х годов прошлого века (со всеми установками, характерными для социалистической правовой системы).

¹⁹ Как отмечал Д.М. Чечот, «если в 20-е годы в нашей литературе многие писали о необходимости административной юстиции в СССР, то с конца 20-х и до начала 60-х годов считалось, как правило, само собой разумеющимся, что в условиях социализма для административной юстиции вообще нет места». См. Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973. / *Цит. по:* Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 315-316.

²⁰ Носов Е.К. К вопросу о теории советской административной юстиции//Советское право. 1925. № 4. / *Цит. по:* Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973./Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 354.

²¹ Абрамов С.Н. В советском праве не может быть административного иска//Социалистическая законность. 1947. № 3. С.8.

Так Гражданский процессуальный кодекс Казахской ССР от 28 декабря 1963 г.²² (ГПК Казахской ССР) в статье 2 определял задачами гражданского судопроизводства в первую очередь охрану общественного строя СССР, социалистической системы хозяйства и социалистической собственности и только потом защиту социально-экономических, политических и личных прав и свобод граждан.

В ГПК Казахской ССР имелся подраздел «Производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений». Судами в рамках данного подраздела рассматривались:

- 1) дела по жалобам на неправильности в списках избирателей;
- 2) дела по жалобам на действия органов и должностных лиц в связи с наложением административных взысканий;
- 3) дела по жалобам на неправомерные действия должностных лиц, ущемляющие права граждан, отнесенные законом к компетенции судов;
- 4) дела о взыскании с граждан недоимки по налогам, самообложению сельского населения и государственному обязательному страхованию.
- 5) другие дела, возникающие из административно-правовых отношений, отнесенные законом к компетенции судов.

Круг рассматриваемых дел был ограничен, гражданин не обладал общим правом оспорить любое решение или действие должностного лица или государственного органа, нарушающего его права и интересы²³. Очень долго гражданин мог обжаловать только действия должностного лица, но не государственного органа.

Дела, возникающие из административно-правовых отношений, рассматривались судами по общим правилам судопроизводства с изъятиями, установленными соответствующими главами ГПК Казахской ССР, посвященным конкретным категориям дел. В основном эти изъятия касались более сокращенных сроков рассмотрения дел.

Жалоба могла быть подана в суд только после обжалования действий органа государственного управления или должностного лица вышестоящему в порядке подчиненности органу или должностному лицу. Эти вопросы долгое время регулировались Указом Президиума Верховного Совета СССР от 12 апреля 1968 г. «О порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан»²⁴. Указ помимо административного обжалования предоставлял возможность подавать жалобы непосредственно в суды, в случаях предусмотренных законом.

Очередным шагом в развитии института обжалования решений и действий государственных органов стало принятие во времена перестройки Закона СССР от 30 июня 1987 года «О порядке обжалования в суд неправомерных действий должностных лиц, ущемляющих

²² Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР. 1964. № 2.

²³ В литературе в качестве примеров таких дел называются жалобы на постановления о назначении пенсий, действия судебных исполнителей и нотариусов, неправильности в книгах ЗАГС, постановления по регистрации строений и транспортных средств и т.д. См.: Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973/*Цит. по:* Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 407-408.

²⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 17. Ст.44.

права граждан»²⁵ и Закона СССР от 2 ноября 1989 г. «О порядке обжалования в суд действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан»²⁶. Закон 1989 года впервые устанавливал возможность оспаривания в суде не только действий должностных лиц, но и действий государственных органов.

В постсоветском законодательстве сохранились подходы, характерные для доктрины единой юстиции. Заметим, что в первой постсоветской казахстанской Конституции от 28 января 1993 г.²⁷, помимо общего права на судебную защиту, было предусмотрено положение о том, что любые решения и действия государственных органов, общественных объединений, должностных и иных лиц, ущемляющие или ограничивающие права граждан, могут быть обжалованы в суде. В действующей Конституции от 30 августа 1995 г.²⁸, закреплено общее положение о том, что каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод без выделения специальной возможности обжалования решений и действий государственных органов.

Вопросы оспаривания действий государственной администрации в судебном порядке остались в введении гражданского процессуального законодательства и общих судов. В Гражданском процессуальном Кодексе Республики Казахстан от 13 июля 1999 г.²⁹ (ГПК РК) имеется подраздел 3 «Особое исковое производство», которое включает в себя:

- **производство по заявлениям о защите избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах (глава 25);**
- **производство по заявлениям об оспаривании решений, действий (бездействия) местных исполнительных органов, нарушающих права граждан на участие в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя (глава 25-1);**
- **производство по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях (глава 26);**
- **производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (глава 27);**
- **производство по делам об оспаривании законности нормативных правовых актов (глава 28);**
- **обращение прокурора о признании актов и действий органов и должностных лиц незаконными (глава 29).**

Вопросам оспаривания решений и действий органов государственной власти посвящено всего 5 статей в соответствующей главе (глава 27 ГПК РК).

Что касается институциональных вопросов административной юстиции, то в Казахстане еще в 2002 г.³⁰ были созданы административные суды. Однако эти суды не занимаются вопросами публично-правовых споров, а рассматривают дела об административных правонарушениях и жалобы на постановления по делам об административных

²⁵ Там же. 1987. № 26. Ст.388.

²⁶ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 22. Ст. 416.

²⁷ Советы Казахстана. 1993, 2 февраля.

²⁸ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 4. Ст. 217.

²⁹ Там же. 1999. № 18. Ст. 644.

³⁰ Указ Президента Республики Казахстан от 9 февраля 2002 г. «Об образовании специализированных межрайонных экономических и административных судов»//Собрание актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан. 2002. № 6. Ст.38.

правонарушениях, вынесенные органами государственной администрации. Если говорить непосредственно о публично-правовых спорах, то эти споры могут сегодня рассматриваться различными судами, что большей частью зависит от субъектного состава участников спора. Если спор возник между гражданином и государственным органом, то дело будет рассматриваться общим судом, если спор возник между двумя юридическими лицами, одним из которых является государственный орган, то дело будет рассматриваться специализированным межрайонным экономическим судом.

В районных и в специализированных межрайонных экономических судах рассматривается большинство публично-правовых споров, но далеко не все из них.

Специализированные межрайонные суды по делам несовершеннолетних (ювенальные суды) рассматривают публично-правовые споры, в которых затрагиваются права и интересы несовершеннолетних.

Военные суды рассматривают дела об обжаловании военнослужащими Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований, гражданами, проходящими военные сборы, действий (бездействия) должностных лиц и органов военного управления.

Кроме того, отдельные споры публично-правового характера, где одной из сторон является участник регионального финансового центра, а другой – государственный орган могут рассматриваться специализированным финансовым судом.

Как видно из изложенного, в процесс рассмотрения публично-правовых споров вовлечены различные суды, которые, тем не менее, являются частью общей судебной системы. Это подтверждается и порядком обжалования решений нижестоящих судов: апелляционные жалобы и протесты на решения, вынесенные районными и приравненными к ним судами, рассматриваются апелляционной судебной коллегией по гражданским и административным делам областного суда³¹. Кассационная жалоба или протест на вступившие в законную силу решения, постановления и определения судов первой и апелляционной инстанций рассматриваются кассационными судебными коллегиями областных судов, а последней инстанцией является надзорная судебная коллегия по гражданским и уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

Таким образом, система рассмотрения споров с государственными органами не претерпела фундаментальных изменений по сравнению с советским периодом, за исключением вовлеченности в процесс не только районных, но и специализированных судов. По-прежнему все вопросы решаются в рамках гражданского процесса, который в принципе рассчитан на равноправных участников спора. Конечно, отдельные особенности публично-правовых споров отражаются в самом ГПК РК (например, установлены более сокращенные сроки рассмотрения) и в актах Верховного Суда. Так в соответствии с Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 24 декабря 2010 года № 20 «О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан»³², участвующий в судебном заседании руководитель государственного органа или государственный служащий обязан доказать соответствие закону обжалуемого решения, совершенного действия. Но принципиально иного порядка производства по публично-правовым спорам в законодательстве не содержится.

³¹ В случае с «термином» административный, речь идет о делах об административных правонарушениях.

³² Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. 2011. № 1.

Можно было согласиться с известным консерватизмом, характерным для любого правового процесса, если бы не кардинальные изменения, которые произошли за последние десятилетия как в политической, так и в экономической и социально-культурной сферах и правовой действительности.

4. ПРИЧИНЫ ДЛЯ ПОВЫШЕННОГО ВНИМАНИЯ К ВОПРОСАМ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Современный этап политико-правового развития в Казахстане, состояния гражданского общества, ситуация с правами и свободами граждан обуславливают повышенный интерес к вопросам административной юстиции.

Говоря о причинах такого внимания, можно начать с конституционных характеристик. Пункт 1 статьи 1 Конституции Республики Казахстан 1995 г. устанавливает, что Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, *правовым* и социальным государством. В числе другого, к признакам правового государства относят ограниченность (связанность) самого государства правом, взаимную ответственность государства и граждан. То есть государство также подчиняется законам или иным предписаниям, к примеру, международным обязательствам. И государство также нарушает законы. Сегодня никто не осмелится утверждать, что государственные органы не допускают ошибок в своей деятельности или что между государством и гражданами не может быть конфликтов. Соответственно, должен существовать детальный прописанный механизм реакции на нарушения законов, совершаемых в результате неправомерных актов и действий государственных органов.

Конституция гарантирует гражданам целый ряд прав в публичной сфере. Однако, существующие возможности для защиты этих прав недостаточны. Так в Казахстане ограничена возможность граждан по участию в конституционно-правовых спорах. Административная юстиция, по-видимому, призвана решать и те вопросы, которые в других странах решаются органами конституционного контроля или правосудия.

Целый ряд причин находится в плоскости организации и деятельности государственной администрации и государственного управления. Государственный аппарат с каждым годом разрастается, создаются все новые и новые органы с солидными административными полномочиями. Уже только на республиканском уровне действует около 100 административных структур. Причем каждая из них обладает потенциально опасными контрольно-надзорными полномочиями, то есть теми, при реализации которых чаще всего возникают конфликты с государственной администрацией. Существуют проблемы с дублированием полномочий, пересечением компетенций, излишней централизацией государственного управления.

Меняется характер отношений между государством и гражданами, которые все больше переходят в электронный формат. При этом, несмотря на все достоинства такого формата, граждане лишаются возможности представлять свои объяснения, участвовать в процедурах.

Все эти и другие причины сказываются на качестве государственного управления, которое страдает из-за ненадлежащего уровня законности актов и действий органов государственной администрации. Внешний судебный контроль за государственными органами, указание на недостатки и ошибки поможет повысить качество государственного администрирования как в целом, так и в отношении различных аспектов такого администрирования.

Следует также учитывать динамичность современного казахстанского законодательства, за которым трудно успеть даже специалисту. В судебных процессах судья иногда просит предоставить нормативный правовой акт, на котором основаны требования стороны. Можно по-разному к этому относиться, но это один из маркеров, свидетельствующих о постоянных изменениях законодательства и необходимости специализации судей.

Как бы не были хорошо подготовлены судьи, понятно, что огромные потоки правовой информации, необходимость детально разбираться в нюансах различных отраслей права требует такой специализации. Судья в публично-правовом споре должен хорошо знать не только собственно законодательство, но и понимать вопросы государственного управления, знать детали управленческой практики.

Что касается, сторон спора, то гражданину в споре противостоит мощный государственный орган с солидными материальными, кадровыми, информационными ресурсами, своими интересами, корпоративной солидарностью, бюрократическим инструментарием. Стороны спора очевидно неравны, что требует создания механизма, уравнивающего положение сторон. И инструменты административной юстиции призваны обеспечить такой механизм. Тем более, что времена, когда спор с государством администрацией рассматривался как редкость прошли. Несмотря на не очень хорошую статистику в спорах с государством, граждане и организации все активнее продолжают обращаться в суды за защитой своих прав и интересов, нарушенных, по их мнению, государственными органами.

Можно называть и другие причины актуальности вопросов административной юстиции. Так в последнее время усиливаются полицейские функции в деятельности государственных органов. В связи с обострением внутренней ситуации в стране, появлением и проявлением экстремистских и террористических акций, социальной напряженности все больше усиливается полицейская составляющая государственного управления. Понятно, что эта деятельность априори предполагает нарушение прав и свобод граждан и неизбежность различных конфликтов.

В свою очередь повышенное внимание к административной юстиции может привести к развитию других институтов административного права. Так все актуальней становятся вопросы доступа к информации. Государственные органы сосредотачивают различные базы данных и пользуются ими, не создавая условий для других субъектов правоотношений ознакомиться с такими базами. При этом нередко делаются ссылки на служебный характер информации, технологические проблемы. Институт административной юстиции должен способствовать развитию доступа к информации, как с точки зрения нормативного регулирования, так и судебной практики, заставляя государственные органы обеспечить доступ к информации, затрагивающей права и свободы граждан и юридических лиц.

Административная юстиция влияет и на административные процедуры, в частности, на процедуры связанные с индивидуальными актами, которые, чаще всего, оспариваются в судах. Административная юстиция может способствовать развитию этих процедур, поскольку именно судебная практика обнаруживает многочисленные процедурные изъяны и пробелы.

Таким образом, причины повышенного внимания к институту административной юстиции лежат в разных плоскостях, но все они являются весомыми аргументами для развития этого института, учитывая его значение для человека, общества и государства.

5. ЗНАЧЕНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Основная задача административной юстиции – охрана прав и свобод граждан от незаконных действий государственной администрации. Все остальные задачи (контроль за деятельностью государственной администрации, обеспечение законности в государственном управлении) должны быть подчинены этой основной задаче.

В соответствии с уже упомянутым пунктом 1 статьи 1 Конституции Республики Казахстан высшими ценностями казахстанского государства являются человек, его жизнь, права и свободы.

Именно поэтому развитый институт административной юстиции является своего рода индикатором зрелости правовой системы, ее готовности в реальности защищать права, свободы человека. Напомним, что необходимость защиты граждан от возрастающего могущества государственной администрации в свое время послужила одной из главных причин создания и развития административной юстиции. Важность такой защиты очень востребована в современном казахстанском обществе. До сих пор права и свободы граждан их законные интересы второстепенны по сравнению с интересами государства. До сих пор живы стереотипы полицейского мышления и деятельности в регламентации различных сторон жизнедеятельности. До сих пор административные инструменты с их акцентами на императивность, принуждение, кажутся чуть ли не единственными способами решения многих социальных проблем.

Развитый институт административной юстиции важен и для бизнес-сообщества. Несмотря на процессы приватизации, разгосударствления, государство остается важным игроком в регулировании различных аспектов экономической деятельности. Можно устранять одни административные барьеры для предпринимательской деятельности, но будут появляться другие. Можно избавляться от одних контрольно-надзорных полномочий, но их место займут новые. Трудно оспаривать саму необходимость контрольно-надзорных и иных административных полномочий (конечно, все они должны быть оценены на предмет избыточности, эффективности, затратности), важно чтобы они были прозрачны, хорошо регламентированы и применяться на основании закона. И административная юстиция может сыграть неоценимую роль в защите предпринимателей от незаконной деятельности органов государственной администрации. Зачастую предприниматели требуют ясных законов. И это, безусловно, правильное требование. Но смысл любого закона может быть извращен правоприменительной практикой, толкованием закона со стороны представителей государства. Органы административной юстиции в состоянии вернуть государственные органы и к правильному пониманию закона, и к адекватной правоприменительной практике.

Институт административной юстиции играет огромное значение в вопросах инвестиционной привлекательности Казахстана. Качество отправления правосудия является одним из факторов, который оценивается иностранными инвесторами при принятии решения работать в стране. Для инвесторов предельно важным является защита своих инвестиций. И если при нарушениях по гражданско-правовым контрактам у них есть возможность защиты в международных и иностранных судах, то в случае публично-правовых споров, их возможности ограничены зачастую только национальной юрисдикцией. И некачественное правосудие по таким спорам может очень дорого стоить как для инвестора, так и для инвестиционной репутации государства.

В развитом институте административной юстиции должны быть крайне заинтересованы и представители гражданского общества. Если о давлении государства на бизнес и о необходимости его защиты говорится много (и что-то в этом плане делается), в том числе и

представителями самого государства, то гражданское общество находится в более трудном положении. Априори некоторые представители этого общества (политические партии, правозащитные организации, средства массовой информации, религиозные объединения) рассматриваются, если не как противники, то, как структуры, требующие повышенного внимания со стороны государства. Ни о каком снижении административных барьеров в отношении институтов гражданского общества не может идти речи. Наоборот, считается, что государство должно играть более активную роль в регулировании деятельности институтов гражданского общества. Эта активная роль проявляется в многочисленных проверках, привлечении к административной ответственности. Причем зачастую этим занимаются государственные органы, которые, даже исходя из своего названия, должны защищать права и интересы организаций. Поэтому суд является чуть ли не единственной инстанцией, которая способна защитить интересы гражданского сектора.

Административная юстиция может повлиять и на улучшение деятельности различных государственных органов, включая правоохранительные органы. Во-первых, судебная практика может создавать ориентиры поведения в ситуациях, когда закон недостаточно подробно регулирует тот или иной вопрос или содержит значительную степень усмотрения для государственных органов или их должностных лиц. Во-вторых, негативное реагирование судов на незаконные действия различных органов государственной администрации даже сегодня расценивается как серьезный недостаток или упущение. Поэтому каждый такой факт может способствовать устранению таких недостатков и упущений. В-третьих, сильные и независимые органы административной юстиции должны повлиять на то, что должностные лица и государственные служащие будут просчитывать последствия своих незаконных действий, если будут понимать, что эти действия могут быть оценены и оспорены в суде. Опыт постсоветских стран, где стали действовать административные суды, показывает, что решения государственных органов стали обоснованней, длинее и, в целом, качественнее.

Административная юстиция может оказать влияние и на собственно судебную систему. Беспристрастное и объективное рассмотрение публично-правовых споров с изначальным неравенством сторон повысит доверие ко всей судебной системе, развеет представление о невозможности тяжбы с государством и повлияет на правовую активность граждан. Практика свидетельствует, что в тех странах, где создаются административные суды, возрастает количество исков против государственных органов, так же как возрастает количество решений в пользу граждан. В Казахстане - по оценкам представителей государственных органов - из всех гражданских дел, дела особого искового производства (глава 27 ГПК РК) в 2010-2012 гг. составляли 5-7%.

6. ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Изложенное выше показывает, что в развитом институте административной юстиции сегодня заинтересованы самые различные субъекты правовых отношений, включая государство. И государство предпринимает определенные меры. Так в 2010 году был подготовлен проект Административно-процессуального кодекса («АПК»), который активно обсуждался, но в итоге был снят с повестки дня. Пример с АПК показал необходимость более вдумчивого подхода к подготовке процессуального акта, который окажет влияние не только на судебную, но и на всю правовую систему. В предложенном проекте были объединены две производства, несовместимые по своей природе, принципам,

предназначению: производство по делам об административных правонарушениях (которое в настоящее время регулируется Кодексом об административных правонарушениях) и производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (которое в настоящее время регулируется ГПК РК (глава 27)). При этом, предполагалось, что административные суды будут продолжать рассматривать дела об административных правонарушениях, а административные споры будут рассматриваться и разрешаться районными (городскими) и приравненными к ним судами, но при помощи нового АПК.

Неприемлемость объединения двух разных производств в одном акте, критика законопроекта со стороны экспертного сообщества, депутатского корпуса не позволили законопроекту стать законом³³.

На вдумчивый подход в анализируемых вопросах ориентирует и государственная политика. Так в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г.³⁴ говорится о необходимости *развития административно-процессуального права, вершиной которого стало бы принятие Административного процессуального кодекса. При этом следует четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. 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 разрешения конфликтов публично-правового характера. Таким образом, административное судопроизводство должно стать полноправной формой осуществления правосудия, наряду с уголовным и гражданским судопроизводством.*

О возможности существования административного судопроизводства говорит и Конституция Республики Казахстан 1995 г. В соответствии с п.2 статьи 75 Конституции, судебная власть осуществляется посредством гражданского, уголовного и *иных установленных законом форм судопроизводства*. Присутствует конституционная основа и для существования административных судов. В соответствии с п.3 этой же статьи, судами Республики являются Верховный Суд Республики, местные и *другие суды* Республики, учреждаемые законом. Таким образом, дело за принятием соответствующих законов.

Прежде чем говорить о развитии административной юстиции, необходимо определиться с моделью, которая наиболее приемлема для Казахстана.

В обсуждении вопросов административной юстиции в Казахстане активно пропагандируется немецкий опыт, который лежит в основе одной из классических моделей. Имеются сторонники, особенно среди специалистов в области гражданского процесса, сохранения текущего статуса в вопросах оспаривания действий государственной администрации. Практически незамеченным является французский опыт, лежащий в основе еще одной классической модели.

³³ Более подробно о недопустимости такого соединения см.: Производство по делам об административных правонарушениях и административная юстиция: различия в процессуальной природе. – Алматы: Центр исследования правовой политики. 2010.

³⁴ Собрание актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан. 2009. № 35. Ст.331.

Нам представляется, что для Казахстана неприемлема ни одна из моделей в чистом виде. Сохранение публично-правовых споров в структуре ГПК не отвечает современным требованиям и вызовам. Вряд ли целесообразно создавать органы административной юстиции по французскому образцу с учетом высокого уровня корпоративной солидарности административных органов, а также иных проблем, которые могут возникнуть при создании юрисдикционных органов в недрах самой государственной администрации.

Наиболее востребованным представляется немецкий опыт, но с возможным применением подходов из других моделей. Таким образом, имеет смысл говорить о популярных сегодня смешанных моделях.

Что следует сделать:

1. Создать институциональную основу административной юстиции. По большому счету почва для этого уже есть – действующие административные суды. Следует передать рассмотрение дел об административных правонарушениях в общие суды, а административным судам передать рассмотрение публично-правовых споров.

По поводу вышестоящих судов можно говорить о двух вариантах развития.

Первый предполагает более традиционный подход: на уровне областных судов следует создать отдельные апелляционные коллегии по административным делам (понимая под административными делами публично-правовые споры, а не производство по делам об административных правонарушениях). На уровне Верховного Суда следует создать надзорную коллегия по административным делам наряду с двумя другими коллегиями (по гражданским и по уголовным делам).

Данный вариант, по сути, решит только техническую задачу обособления судей по административным делам.

Другой вариант предполагает создание региональных административных судов в качестве апелляционной инстанции, организованных не в соответствии с административно-территориальным делением, что создаст дополнительные гарантии независимости судей. В качестве кассационной инстанции будет выступать Высший (Верховный) административный суд. Такой вариант будет свидетельствовать о логичности и законченности построения органов административной юстиции, а также позволит демонополизировать отправление правосудия, что может быть полезно в нынешней ситуации с качеством отправления правосудия. Конечно, наверняка будут называться и недостатки такого варианта: разрастание судейского корпуса, конкуренция юрисдикций, недовольство населения, которое заинтересовано в минимуме судебных учреждений и потребуется время для того, чтобы понять, воспринять и оценить новую систему.

При этом следует объявить мораторий на создание других специализированных, административных по своей природе, судов (налоговых, финансовых и т.д.) с тем, чтобы сначала определиться с общими административными судами. Дальнейшая специализация может быть достигнута позже внутри административных судов.

2. В плане нормативно-правового обеспечения административной юстиции требуются подготовка и принятие отдельного процессуального акта с наиболее подходящим названием - Административно-процессуальный кодекс. Этот акт должен быть посвящен исключительно вопросам рассмотрения судами споров в публично-правовой сфере. По указанным в

настоящей аналитической записке причинам, не имеет смысла изменение и доработка действующего Гражданского процессуального кодекса, поскольку речь идет о разных правовых процессах.

3. На основе богатого зарубежного опыта в Административно-процессуальном кодексе необходимо закрепить принципы и процедуры, характерные для административного судопроизводства, в частности, о бремени доказывания, более активной роли суда в рассмотрении спора, сокращенных сроках рассмотрения, обязанности государственных органов предоставлять необходимую информацию и т.д.

4. Определиться, какие категории дел и споров будут рассматриваться административными судами. В первую очередь, это те дела, которые предусмотрены сегодня главой 27 Гражданского процессуального кодекса: дела об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (конечно, общественные объединения и организации должны быть исключены из этого списка).

Будет правильным согласиться с позицией Верховного Суда Республики Казахстан о возможности оспаривания в публично-правовом судебном процессе решений государственных организаций, которые не являются государственными органами или даже организаций, которые основаны на негосударственной форме собственности. Так в п.4 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан» говорится, что решение юридического лица в организационно-правовой форме государственного предприятия, государственного учреждения, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного или потребительского кооператива, общественного объединения может быть обжаловано по основаниям, предусмотренным [главой 27](#) ГПК, если названным юридическим лицам законом делегированы полномочия государственного органа в соответствующей сфере управления.

Имеет смысл добавить, что административными судами могут рассматриваться споры, связанные с оказанием государственных услуг. В соответствии с Законом Республики Казахстан от 27 ноября 2000 г. «Об административных процедурах»³⁵, государственные услуги могут оказываться как государственными органами, так и подведомственными им организациями (п. 2-2 статьи 1).

Кроме собственно споров с государственной администрацией, в юрисдикцию административных судов целесообразно включить:

- избирательные споры;
- споры о законности нормативных правовых актов;
- обращения прокурора о признании актов и действий органов и должностных лиц незаконными;
- обращения государственных органов в связи с применением к гражданам и организациям различных правовых мер воздействия, предусмотренных законодательством (например, о ликвидации или принудительной реорганизации юридических лиц);
- споры, вытекающие из административных договоров;

³⁵ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2000. № 20. Ст. 379.

- служебные споры (возникающие в процессе государственной службы);
- споры государственных органов о компетенции.

Подобный набор споров может показаться необычным для представителей классических моделей административной юстиции, но он уместен с позиций существующей правовой действительности, правовой культуры и традиций в Казахстане.

Таким образом, основное выделение категории дел, рассматриваемых административными судами, основано на субъектном признаке: одним из участников спора в обязательном порядке является государственный или квазигосударственный орган, выполняющий различные государственные функции. Вторым основным признаком имеет предметный характер: спор должен быть публично-правовым по своей природе. В этом ракурсе не всякий спор с государственным органом обязательно будет публично-правовым. К примеру, если в основе отношений государственного органа и гражданина лежит трудовой договор, тогда и спор между ними должен рассматриваться в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством. Но в то же время большинство т.н. экономических споров с участием государственного органа должно рассматриваться административным судом.

5. Необходимо ввести в процесс институт административного иска и определить виды таких исков: об оспаривании, принуждении, признании, защите, восстановлении и т.д.

6. Следует решить вопрос об участии прокурора в рассмотрении публично-правовых споров. Гражданину в административном процессе противостоит не только административный государственный орган со своими ресурсами, но еще и прокурор. Причем прокуроры и не скрывают свою роль: они защитники интересов государства. По нашему мнению, в будущем законодательстве следует отказаться от участия прокурора в таких спорах.

7. Уделить внимание подготовке административных судей. Очевидно, что институт административной юстиции будет эффективен только в том случае, если будет высоким качество отправления правосудия, а такого качества будет невозможно достигнуть без квалифицированного судейского корпуса. Понятно, что решить в одночасье кадровый вопрос нереально. Тем не менее, следует разработать программу подготовки/переподготовки административных судей. Причем в реализации этой программы должны участвовать не только Институт правосудия Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан, но и высшие учебные заведения юридического профиля, зарубежные и международные организации с экспертным потенциалом в этой сфере.

Особый упор должен быть сделан на вопросе независимости судей. Административные судьи в гораздо большей степени будут тестироваться на независимость по сравнению с коллегами, занимающимися рассмотрением гражданских и уголовных дел. Именно им придется сталкиваться с постоянным присутствием т.н. государственных интересов, прямым или косвенным давлением на ход судебного разбирательства самой мощной ветви государственной власти. Но реальное обеспечение такой независимости благотворно скажется на всей судебной системе.

8. Обратить внимание в целом на юридическую науку, образование и их публично-правовой компонент. Не секрет, что сегодня наиболее востребованы частно-правовые дисциплины. Они гораздо лучше обеспечены кадрами, исследованиями, учебными пособиями и иной литературой. Но невнимание к вопросам публичного права уже сказывается в том числе и на традиционных сферах влияния гражданского права. Те же самые предприниматели страдают от нечетко прописанных процедур, многочисленных административных барьеров, непомерных административных взысканий и т.д. Поэтому юридическое образование должно иметь целью хорошую подготовку юристов-управленцев, которые могут быть востребованы и в позитивном государственном управлении, и в судебной деятельности в области публично-правовых споров. В этой связи можно с сожалением отметить, что с 2012/2013 учебного года административное право в Республике Казахстан стало элективной дисциплиной (т.е. дисциплиной по выбору) в рамках принятой сегодня кредитной технологии обучения. Иными словами административное право больше не является дисциплиной обязательной для изучения студентами юридических ВУЗов.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Можно долго спорить о модели административной юстиции, применимой в Казахстане, приводить многочисленные аргументы за и против. Сторонники единой юстиции будут утверждать, что только общие суды могут обеспечить контроль за законностью деятельности государственной администрации. Противники единой юстиции вспомнят, что одной из причин появления административной юстиции было недоверие к судебной системе и желание создать альтернативное правосудие в случае с оценкой деятельности государственной администрации, не говоря уже о специфике публично-правовых споров, которую невозможно учесть в рамках деятельности общих судов и гражданского процесса.

Можно долго спорить о различных элементах административной юстиции, нюансах процессуального законодательства. Даже изложенное в настоящей аналитической записке показывает, что нет универсальных подходов в создании административной юстиции. При принятии решений надо учитывать собственный опыт, правовую культуру, традиции и трезво оценивать различные предложения по развитию этого важного института.

Но по большому счету главное не это: любая модель станет красивой декорацией, если суды не освободятся от опеки государственной администрации, а административная юстиция будет инструментом для оправдания целесообразности государственных решений, а не мерилom справедливого и законного поведения, как государства, так и граждан.

Ноябрь 2012 г.

ПОДОПРИГОРА Р. А.
член Научно-консультативного совета при Верховном суде РК,
арбитр международного третейского суда «IUS», д.ю.н.,
профессор Каспийского общественного университета

Экспертное заключение
«Реализация прав человека в ходе совершенствования законодательства в
области свободы вероисповедания в свете реформирования
законодательства Республики Казахстан об административных
правонарушениях»³⁶

I. ИСТОРИЯ ВОПРОСА

В советское время вопросы деятельности религиозных объединений, как, впрочем, и остальные вопросы, связанные с религией, регулировались так называемым законодательством о религиозных культах.

Административная ответственность за нарушения законодательства о религиозных культах впервые в СССР была установлена Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 18 марта 1966 г. «Об административной ответственности за нарушение законодательства о религиозных культах».³⁷ Вслед за этим указом в остальных республиках бывшего СССР были приняты свои указы. В Казахстане таковым стал Указ Президиума Верховного Совета Казахской ССР от 3 июня 1966 г. «Об административной ответственности за нарушения законодательства о религиозных культах».³⁸ В соответствии с указанным актом, нарушением законодательства о религиозных культах признавалось:

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах власти;
- нарушение установленных законодательством правил организации и проведения религиозных собраний, шествий и других церемоний культа;
- организация и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний, а также трудовых, литературных и иных кружков и групп, не имеющих отношения к отпращиванию культа.

Совершение подобных действий влекло наложение штрафа в размере до 50 рублей, который накладывался административными комиссиями при исполнительных комитетах районных, городских Советов депутатов трудящихся.

Принятый 22 марта 1984 г. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях³⁹ в статье 206 почти дословно воспроизвел положения Указа от 3 июня 1966 г., добавив в качестве наказания предупреждение.

Статья 206 сохраняла первоначальную редакцию вплоть до утраты силы Кодекса Казахской ССР об административных правонарушениях 30 января 2001 г.⁴⁰ в связи с принятием нового

³⁶ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

³⁷ Розенбаум Ю.А. Советское государство и церковь. — М.: Наука, 1985. — С.169.

³⁸ Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР. 1966. №24.

³⁹ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. 1984. №14 (приложение).

Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Подобная ситуация выглядела очень странно, учитывая те события, которые произошли в Казахстане в 80—90 годах прошлого века: развал Советского Союза, формирование новой политико-правовой системы, создание собственного законодательства, изменение отношения государства к религии и религиозным организациям.

30 января 2001 года в Казахстане принимается новый Кодекс об административных правонарушениях⁴¹, в котором содержится статья 375 — «Нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях». В отличие от советского законодательства и КоАП Казахской ССР, в ней появился пункт о воспрепятствовании совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, осуществляемой в соответствии с законом, нарушении прав граждан в зависимости от их отношения к религии, осквернении почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорблении религиозных чувств граждан. То есть впервые предполагалась ответственность государственных органов, государственных и негосударственных организаций, граждан за создание каких-либо ограничений для религиозной деятельности, нарушение прав верующих и их ассоциаций.

Что касается непосредственно самих верующих и их объединений, то в своей первоначальной редакции статья наказывала за:

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах государственного управления;
- осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его целям и задачам, определенным его уставом (положением);
- участие в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки;
- нарушение правил проведения религиозных мероприятий вне места нахождения религиозного объединения;
- организацию и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний и групп, не имеющих отношения к отправлению культа;
- принуждение граждан к исполнению религиозных обрядов или участию в иной религиозной деятельности.

Позднее в статье появились иные нарушения:

- осуществление гражданами, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без учетной регистрации;
- нарушение религиозным объединением при осуществлении своей деятельности законодательства Республики Казахстан;
- систематическое осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его уставу (положению), а равно неустранение в установленный срок религиозным объединением нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности.
- воспрепятствование законной деятельности религиозных организаций.

Следует отметить, что редакцией статьи 375 КоАП, действовавшей до 11 октября 2011 г., были установлены достаточно серьезные санкции: штраф (до 500 месячных расчетных показателей на физическое лицо, до 300 месячных расчетных показателей — на юридическое лицо); приостановление или запрещение деятельности; административное выдворение и даже административный арест.

⁴⁰ Закон Республики Казахстан от 30 января 2001 года «О введении в действие Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №5—6. С.25.

⁴¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №5—6. С.24.

Таким образом, несмотря на либерализацию государственно-конфессиональных отношений, предоставление верующим и их ассоциациям прав и свобод, законодательство об административных правонарушениях стало даже более репрессивным по сравнению с советским периодом. При этом оно сохранило рецидивы советского законодательства, что выражалось в схожести сформулированных правонарушений.⁴² Стремление до крайних пределов усилить ответственность привело к совершенно абсурдным положениям, с точки зрения общеправовых принципов ответственности. К примеру, широта формулировки в качестве объективной стороны «нарушение законодательства при осуществлении своей деятельности» делало ненужным существование в отношении религиозных объединений всех иных составов в КоАП: какие бы нормы религиозное объединение не нарушило, оно все равно могло быть наказано, если даже конкретный состав правонарушения не сформулирован, а объективная сторона не прописана.

Дальнейшие изменения статьи 375 КоАП были связаны с принятием Закона Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. «О религиозной деятельности и религиозных объединениях»⁴³ (в дальнейшем — «Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях»). Одновременно с появлением данного закона был принят еще один акт — Закон Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам религиозной деятельности и религиозных объединений».⁴⁴ В соответствии с подпунктом 4 пункта 1 данного Закона, статья 375 была изложена в новой редакции:

Статья 375. *Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях.*

1. *Нарушение установленных законодательством Республики Казахстан требований к:*

- *проведению религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний;*
- *осуществлению благотворительной деятельности;*
- *ввозу, выпуску, изданию и (или) распространению религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения;*
- *строительству культовых зданий (сооружений), перепрофилированию (изменению функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения) — влечет штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц и руководителей религиозных объединений — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.*

2. *Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.*

3. *Осуществление гражданами Республики Казахстан, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без регистрации (перерегистрации), а равно*

⁴² См. об этом также: Подопригора Р.А. Административная ответственность за нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях // Человек и право. 2002. №2. С.65—67.

⁴³ Казахстанская правда. 2011, 15 октября.

⁴⁴ Там же.

использование миссионерами религиозной литературы, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения без положительного заключения религиоведческой экспертизы — влекут штраф на граждан Республики Казахстан в размере ста месячных расчетных показателей; на иностранцев и лиц без гражданства — в размере ста месячных расчетных показателей с административным выдворением за пределы Республики Казахстан.

4. Осуществление религиозным объединением деятельности, не предусмотренной его уставом (положением), — влечет штраф на должностных лиц и руководителей религиозных объединений в размере двухсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере трехсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.

5. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений — влекут штраф на физических лиц в размере ста месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере двухсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере трехсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.

6. Создание организационных структур религиозных объединений в государственных органах, организациях и учреждениях, организациях образования и здравоохранения — влечет штраф на должностных лиц в размере ста месячных расчетных показателей; на руководителей государственных органов, организаций и учреждений — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

7. Руководство религиозным объединением лицом, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом, а равно непринятие руководителем религиозного объединения мер к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей — влекут штраф на граждан Республики Казахстан в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на иностранцев и лиц без гражданства — в размере пятидесяти месячных расчетных показателей с административным выдворением за пределы Республики.

8. Осуществление религиозным объединением деятельности, запрещенной законодательными актами Республики Казахстан, а равно неустранение религиозным объединением в установленный срок нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности, — влекут штраф на должностных лиц и руководителей религиозных объединений в размере трехсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с запрещением их деятельности.

9. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой, второй, третьей, четвертой, пятой и седьмой настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, — влекут штраф на физических лиц в размере двухсот месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере трехсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с запрещением их деятельности.

Кроме того, в КоАП продолжает существовать статья 374-1:

Статья 374-1. Руководство, участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а также финансирование их деятельности.

1. Руководство деятельностью не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере ста месячных расчетных показателей.

2. Участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере пятидесяти месячных расчетных показателей.

3. Финансирование деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере двухсот месячных расчетных показателей.

II. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕЛИГИОЗНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И РЕЛИГИОЗНЫХ ОБЪЕДИНЕНИЯХ (СТАТЬЯ 375 КОАП)

Новая редакция статьи частично перенесла положения старой редакции, но вместе с тем, в большой степени оказалась связанной с нормами Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, как государственная реакция на нарушения запретов и ограничений, содержащихся в этом законе. Общий вывод заключается в том, что проблемы статьи 375 во многом связаны с проблемами Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, и без изменений в данном Законе трудно надеяться на изменения в КоАП.

Ниже предлагается анализ конкретных правонарушений, за которые предусмотрена административная ответственность:

1. Нарушение установленных законодательством Республики Казахстан требований к:

- проведению религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний;
- осуществлению благотворительной деятельности;
- ввозу, выпуску, изданию и (или) распространению религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения;
- строительству культовых зданий (сооружений), перепрофилированию (изменению функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения).

а) Проведение религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний.

Закон Республики Казахстан о религиозной деятельности и религиозных объединениях содержит не столько требования к проведению религиозных обрядов, церемоний, собраний, сколько места, где они могут или не могут проводиться. Так, в соответствии со статьей 7 указанного закона, богослужения, религиозные обряды, церемонии и (или) собрания беспрепятственно проводятся (совершаются):

- в культовых зданиях (сооружениях);
- на отведенной религиозным объединениям территории;
- в местах поклонения;
- в учреждениях и помещениях религиозных объединений;
- на кладбищах и в крематориях;
- жилищах, объектах общественного питания в случае необходимости при условии соблюдения прав и интересов близ проживающих лиц.

В иных случаях религиозные мероприятия осуществляются в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Не допускается проведение (совершение) богослужений, религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний, а также осуществление миссионерской деятельности на территории и в зданиях:

- государственных органов, организаций;
- вооруженных сил; других войск и воинских формирований; судебных и правоохранительных органов; других служб, связанных с обеспечением общественной безопасности, защитой жизни и здоровья физических лиц;
- организаций образования, за исключением духовных (религиозных) организаций образования.

Совершение религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний возможно в учреждениях уголовно-исполнительной системы, в организациях здравоохранения, социальных учреждениях по просьбе находящихся там лиц или их родственников. При этом обряды могут совершаться только священнослужителями зарегистрированных религиозных объединений.

Таким образом, потенциально административная ответственность может возникнуть за проведение религиозных обрядов в государственных органах или организациях, учреждениях здравоохранения и в других организациях, в которых религиозная деятельность либо запрещена, либо ограничена.

По нашему мнению, в данном случае следовало бы разграничивать проведение церемоний, собраний и совершение обрядов. Если церемонии или собрания, которые, по принципу, отличаются коллективностью или массовостью, должны быть чем-то обусловлены (если они проводятся за пределами культовых зданий, территории), то обряды могут проводиться индивидуально, непублично. К примеру, молитва как религиозный обряд может совершаться индивидуально и в государственных структурах, и в учреждениях образования. Но в свете нормы КоАП, такая индивидуальная молитва может повлечь соответствующее наказание.

Можно предвидеть и проблему конкуренции различных норм. Если религиозное объединение проводит религиозные мероприятия за пределами культовых зданий, помещений, территории, то в действие вступают нормы законодательства о порядке проведения собраний, митингов, шествий и демонстраций.⁴⁵ Ответственность за нарушения в данном случае (например, если не получено разрешение местного исполнительного органа) наступает в соответствии со статьей 373 КоАП. Но религиозное объединение может быть привлечено и по статье 375, так как формально нарушение правил проведения «открытых» религиозных церемоний является нарушением требований к проведению таких церемоний.

Общий вывод заключается в том, что смысл административного наказания имеется в том случае, если религиозные церемонии или собрания проводятся вне мест, установленных законом, при несоблюдении норм о проведении публичных мероприятий. Но подобная ответственность в КоАП уже существует.

⁴⁵ Закон Республики Казахстан от 17 марта 1995 г. «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1995. №1—2. С.19.

б) Осуществление благотворительной деятельности.

В соответствии с п.13 статьи 3 Закона, не допускается деятельность религиозных объединений, принудительно вовлекающих в свою деятельность граждан Республики Казахстан, иностранцев и лиц без гражданства, в том числе посредством благотворительной деятельности.

В соответствии с пунктом 2 статьи 10 этого же Закона, при осуществлении благотворительности не допускается использование материальной зависимости (нужды) граждан Республики Казахстан, иностранцев и лиц без гражданства в целях вовлечения в религиозную деятельность.

Благотворительная деятельность присуща большинству религиозных объединений. Ее можно рассматривать и как часть миссионерской деятельности. В этом плане благотворительность со стороны любого религиозного объединения предполагает вовлечение (опосредованное, косвенное) в религиозную деятельность. Кроме того, благотворительность как раз и направлена на помощь нуждающимся людям, и так или иначе их зависимость используется. Таким образом, многие религиозные объединения могут попасть под запрет, установленный Законом, и под соответствующую административную ответственность.

В случае с благотворительной деятельностью, правильнее говорить о недопустимости не столько вовлечения, сколько принуждения при ее осуществлении. Принуждение может выражаться в физическом или психическом воздействии и наказывается в соответствии с действующим законодательством (статьи 112, 125 Уголовного кодекса Республики Казахстан, статья 79-1 КоАП и др.).

в) Ввоз, выпуск, издание и (или) распространение религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения.

В соответствии с пунктом 2 статьи 9 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, распространение религиозной литературы, иных информационных материалов религиозного содержания, предметов религиозного назначения допускается только в культовых зданиях (сооружениях), духовных (религиозных) организациях образования, а также в специально определенных местными исполнительными органами областей, городов республиканского значения и столицы стационарных помещениях.

В соответствии с пунктом 3 этой же статьи, ввоз на территорию Республики Казахстан информационных материалов религиозного содержания, за исключением предназначенных для личного пользования, осуществляется только зарегистрированными религиозными объединениями после получения положительного заключения религиозоведческой экспертизы.

Наконец, в соответствии с пунктом 4 статьи 9, в религиозной литературе и других информационных материалах религиозного содержания, выпускаемых и (или) распространяемых религиозным объединением, должно содержаться полное наименование религиозного объединения.

Нарушение указанных выше правил может привести к наложению административного взыскания.

Однако в данном случае возникает целый ряд проблем:

- четко не определено, что считать религиозной литературой, материалами религиозного содержания, предметами религиозного назначения;
- не установлено, сколько единиц (экземпляров) охватывается понятием «личное пользование»;
- указание полного наименования религиозного объединения на материалах религиозного содержания может противоречить законодательству об авторских правах.

На практике могут возникнуть абсурдные ситуации, когда передача Корана или Библии из рук в руки можно расценить как распространение религиозной литературы. Если такая передача сделана не в специально определенном месте, она может быть признана нарушением закона. Торговая организация, завозящая труды известного религиозного философа также может быть признана виновной в совершении административного правонарушения за ввоз религиозной литературы без разрешения государственного органа.

Требование предварительной экспертизы религиозных материалов, по сути, является цензурой, запрещенной Конституцией Республики Казахстан (пункт 1 статьи 20). В соответствии с пунктом 2 статьи 20 Конституции, каждый имеет право свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом. Перечень сведений, составляющих государственные секреты Республики Казахстан, определяется законом.

В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.)⁴⁶, с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право верующих и религиозных объединений приобретать и использовать священные книги, религиозные издания на языке по своему выбору и другие предметы и материалы, относящиеся к исповедованию религии или веры, и владеть ими; разрешать религиозным культам, учреждениям и организациям производить, импортировать и распространять религиозные издания и материалы. В соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах (1966), свобода исповедовать религию или убеждения подлежит лишь ограничениям, установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц. Ограничения в части импорта ввоза, издания, распространения религиозной литературы плохо согласуются с необходимостью охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали. Если в конкретной религиозной литературе имеются факты пропаганды или агитации насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия, то в законодательстве уже содержатся меры воздействия (см. статью 344 КоАП, статью 274 УК).

г) Строительство культовых зданий (сооружений); перепрофилирование (изменение функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения).

Во-первых, никаких специальных требований к строительству культовых зданий или перепрофилированию зданий в культовые в законодательстве не содержится.

Во-вторых, глава 18 КоАП содержит различные составы административных правонарушений в сфере архитектурно-строительной деятельности, которые и должны применяться в случае нарушения религиозными объединениями законодательства.

⁴⁶ Итоговый документ Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе. — М.: Политиздат, 1989. — С.13.

В-третьих, на практике может возникнуть проблема, когда, к примеру, переоборудование арендованного сооружения в помещение для совершения богослужений, проведения церемоний будет расценено как незаконное репрофилирование.

2. Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния.

С одной стороны, установление административной ответственности за указанные выше действия не вызывает возражений. С другой стороны, многое будет зависеть от интерпретации действий различными участниками административного процесса. Агрессивная критика религиозного объединения может быть расценена как оскорбление религиозных чувств. Интересно, что по смыслу настоящего пункта ответственность могут нести и представители государственных органов, например, в случае затягивания регистрационных сроков, незаконного вмешательства в проведение богослужений и т.д.

3. Осуществление гражданами Республики Казахстан, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без регистрации (перерегистрации), а равно использование миссионерами религиозной литературы, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения без положительного заключения религиоведческой экспертизы.

Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях устанавливает, что граждане Республики Казахстан, иностранцы и лица без гражданства осуществляют миссионерскую деятельность после прохождения регистрации (п.1 статьи 8). Осуществление миссионерской деятельности без регистрации запрещается (п.7 статьи 8).

Вместе с тем, данные положения также достаточно спорны. Право на исповедание религии включает в себя право на распространение религиозных убеждений. Миссионерская деятельность — одно из основных направлений деятельности религиозных объединений. Постановка права на распространение религиозных убеждений в зависимость от решения государственного органа противоречит международно-правовым актам, которые устанавливают, что *свобода исповедовать религию или убеждения подлежит лишь ограничениям (а обязательная регистрация — не что иное, как ограничение права), установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц* (п.3 статьи 18 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 г.)). Сама по себе миссионерская деятельность не представляет угрозу общественной безопасности, порядку, здоровью, морали, основным правам и свободам других лиц. Другое дело, что в ходе миссионерской деятельности может происходить обман, принуждение, оскорбление религиозных чувств граждан. Однако имеются соответствующие положения в других нормативных правовых актах (и даже в самом КоАП), позволяющие защититься от конкретных миссионеров (см. п.2 анализируемой статьи).

Миссионерская деятельность также охраняется положениями международных актов, затрагивающих свободу слова и право на распространение информации. В соответствии со статьей 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных

форм выражения, или иными способами по своему выбору. Пользование этими правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

а) для уважения прав и репутации других лиц;

б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

С помощью такого инструмента, как регистрация миссионеров, вряд ли может быть достигнута цель обеспечения уважения прав и репутации других лиц, охрана нравственности населения. Поэтому уместней было бы установление ответственности не за деятельность без учетной регистрации, а за оскорбление религиозных чувств других граждан, надругательство над религиозными символами, мошенничество в ходе миссионерской деятельности. Но подобные правонарушения уже сформулированы в действующем законодательстве (см. п.2 ст.375 действующего КоАП, оскорбление (статья 130 УК), возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды (статья 164 УК)).

4. Осуществление религиозным объединением деятельности, не предусмотренной его уставом (положением).

Пункт неудачно сформулирован с точки зрения указания на положение. В соответствии с Законом о религиозной деятельности и религиозных объединениях, деятельность религиозного объединения без регистрации не допускается. Факт регистрации означает, что религиозное объединение признается юридическим лицом, а юридическое лицо действует на основании устава. На основании положений действуют филиалы юридических лиц, но они не являются религиозными объединениями.

Действительно, в соответствии с казахстанским законодательством деятельность некоммерческих организаций в большей степени, чем коммерческих связана с уставом. Вместе с тем, сам факт в неуставной деятельности может не представлять никакой общественной опасности и даже наоборот — представлять общественную пользу (к примеру, в уставе не указана благотворительная деятельность, но религиозное объединение ею занимается). На самом деле в законодательстве имеется возможность воздействия на религиозное объединение, которое занимается такой внеуставной деятельностью. В соответствии с п.2 статьи 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)⁴⁷, по решению суда юридическое лицо может быть ликвидировано в случае систематического осуществления деятельности, противоречащей уставным целям юридического лица. Выделение дополнительной (административной) ответственности для религиозных объединений, по нашему мнению, не вызывается необходимостью (такое же правонарушение сформулировано — из всех других некоммерческих организаций — только для общественных объединений).

5. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений.

В соответствии с законодательством Республики Казахстан, религиозные объединения ограничены в политической активности. Так, в соответствии с п.4. статьи 5 Конституции Республики Казахстан, не допускается деятельность партий на религиозной основе. В

⁴⁷ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., №23—24 (приложение).

соответствии с пунктом 9 статьи 3 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, религиозные объединения не выполняют функции государственных органов и не вмешиваются в их деятельность; не участвуют в деятельности политических партий, не оказывают им финансовую поддержку, не занимаются политической деятельностью.

Таким образом, данный пункт статьи 375 предусматривает ответственность за сформулированные в Законе о религиозной деятельности и религиозных объединениях запреты. С учетом провозглашенного в этом законе принципа отделения религии и религиозных объединений от государства, административная ответственность выглядит оправданной.

6. Создание организационных структур религиозных объединений в государственных органах, организациях и учреждениях, организациях образования и здравоохранения.

В соответствии с пунктом 3 статьи 7 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, не допускается проведение (совершение) богослужений, религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний, а также осуществление миссионерской деятельности на территории и в зданиях государственных органов, организаций, организациях образования, за исключением духовных (религиозных) организаций образования. Формально Закон ничего не говорит о запрете создания организационных структур в государственных органах или организациях образования.

Однако такой запрет предусмотрен другим Законом. Так, Закон Республики Казахстан от 27 июля 2007 г. «Об образовании»⁴⁸ в пункте 2 статьи 3 говорит о запрете создания и деятельности организационных структур религиозных организаций (объединений) в организациях образования.

Пункт 6 вызывает вопросы. В изложенной редакции непонятно, о каких организациях идет речь: государственных или о государственных и негосударственных. Скорее всего, в отношении организаций образования и здравоохранения речь идет о любых организациях. Но тогда возникает вопрос об обоснованности таких запретов и административной ответственности. Дело в том, что религиозные объединения по действующему законодательству могут сами создавать организации образования и здравоохранения. И существование при них т.н. организационных структур религиозных объединений будет выглядеть вполне нормальным.

7. Руководство религиозным объединением лицом, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом, а равно непринятие руководителем религиозного объединения мер к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей.

В соответствии с п.5. статьи 5 Конституции Республики Казахстан, деятельность иностранных религиозных объединений на территории Республики, а также назначение иностранными религиозными центрами руководителей религиозных объединений в Республике осуществляются по согласованию с соответствующими государственными органами Республики. Пункт 1 статьи 19 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях говорит о том, что не допускается осуществление деятельности руководителем религиозного объединения, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом.

⁴⁸Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2007. №20. С.151.

Таким образом, главная проблема заключается в указанном конституционном положении, которое не соответствует международно-правовым нормам. Кстати, сам Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях в пункте 8 статьи 3 говорит о том, что, в соответствии с принципом отделения религии и религиозных объединений от государства, государство не вмешивается в деятельность религиозных объединений, если деятельность последних не противоречит законам Республики Казахстан. Факт согласования назначения руководителя иностранным религиозным центром является не чем иным, как вмешательством государства в деятельность религиозных объединений.

В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.), с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право этих религиозных объединений выбирать, назначать и заменять свой персонал согласно своим соответствующим требованиям и стандартам, а также любым свободно достигнутым договоренностям между ними и их государством.⁴⁹

Что касается участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения, то, в соответствии с п.3 статьи 16 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, руководитель религиозного объединения обязан принять меры к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей. Закон не устанавливает, в какой форме должно быть выражено возражение. И указанный пункт Закона, и положение об ответственности в КоАП противоречивы в том плане, что фактически учитываются интересы одного родителя и не учитываются интересы другого.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Конвенции о правах ребенка (1989), ратифицированной постановлением Верховного Совета РК от 8 июня 1994 г.⁵⁰, во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению *интересов ребенка*. В соответствии с п.1 статьи 12 этой же Конвенции, государства-участники обеспечивают ребенку, способному сформулировать свои собственные взгляды, право свободно выражать эти взгляды по всем вопросам, затрагивающим ребенка, причем *взглядам ребенка уделяется должное внимание* в соответствии с его возрастом и зрелостью. Наконец, в соответствии с п.1 статьи 18 Конвенции, государства-участники предпринимают все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа *общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка*. Родители или, в соответствующих случаях, законные опекуны несут основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Наилучшие *интересы ребенка* являются предметом их основной заботы.

Таким образом, по смыслу международно-правового акта во главу угла ставятся интересы ребенка и одинаковая ответственность обоих родителей в отличие от подхода казахстанского законодателя, когда во главу угла ставится желание одного из родителей.

8. Осуществление религиозным объединением деятельности, запрещенной законодательными актами Республики Казахстан, а равно неустранение религиозным объединением в установленный срок нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности.

⁴⁹Итоговый документ Венской встречи. С.13.

⁵⁰ ИС «Параграф»/Посещена 12 октября 2012 г.

Пункт 8 не очень удачен потому, что он отчасти повторяет ранее установленные пункты, которые также содержат ответственность за запрещенную деятельность. Кроме того, формулировка «осуществление деятельности, запрещенной законодательными актами» делает ненужным существование в отношении религиозных объединений всех иных составов в КоАП. Общий подход в законодательстве об ответственности состоит в том, что каждый запрет, за нарушение которого предусмотрена ответственность, должен быть конкретно прописан.

Осуществление деятельности, запрещенной законодательными актами, является также основанием для ликвидации юридического лица (п/п.4, п.2 статьи 49 Гражданского кодекса (Общая часть)). Таким образом, в очередной раз выделяется дополнительная (административная) ответственность для религиозных объединений, что не вызывается необходимостью.

9. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой, второй, третьей, четвертой, пятой и седьмой статьи 375, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания.

Пункт 9 является примером традиционного положения актов об ответственности с усиленной ответственностью за повторное совершение правонарушения.

III. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА РУКОВОДСТВО, УЧАСТИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕ ЗАРЕГИСТРИРОВАННЫХ В УСТАНОВЛЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПОРЯДКЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ, РЕЛИГИОЗНЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ, А ТАКЖЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ ИХ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (СТАТЬЯ 374-1 КОАП)

1. Руководство деятельностью не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

2. Участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

В действующем Законе о религиозной деятельности и религиозных объединениях присутствует норма о том, что не допускается деятельность не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке религиозных объединений (п.12 ст.3). Однако эта норма является одной из самых проблемных в казахстанском законе, поскольку противоречит как Конституции, так и международно-правовым актам.

Так, Конституция Республики Казахстан не содержит положений, касающихся обязательности или необязательности регистрации религиозных объединений или групп. В п.1 статьи 22 Конституции говорится лишь о том, что каждый имеет право на свободу совести.

Содержание свободы совести также не детализируется в Конституции Республики Казахстан. Поэтому, учитывая, что речь идет об одном из фундаментальных прав человека, целесообразно обращение к международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Казахстан. Тем более, что сама Конституция в п.3 статьи 4 устанавливает, что

международные договоры, ратифицированные республикой, применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

В соответствии со статьей 18 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 г.), ратифицированным Республикой Казахстан 28 ноября 2005 г.⁵¹, *каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии. Это право включает свободу иметь или принимать религию или убеждения по своему выбору и свободу исповедовать свою религию и убеждения как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком, в отправлении культа, выполнении религиозных и ритуальных обрядов и учении.*

Когда свобода совместного исповедания религии обуславливается необходимостью предварительного разрешения государственных органов, возникает противоречие с п.1 статьи 22 Конституции о праве на свободу совести, если считать, что Республика Казахстан признает понимание права на свободу совести, содержащееся в Международном пакте о гражданских и политических правах. Установление обязательной регистрации и запрет деятельности незарегистрированных объединений или групп лишает граждан права исповедовать религию сообща с другими, т.е. по своей сути является ограничением права на свободу совести. Пункт 3 статьи 39 Конституции говорит о том, что ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные отдельными статьями Конституции, включая статью 22.

Кроме того, требование обязательной регистрации противоречит п.1 статьи 39 Конституции Республики Казахстан, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения. Деятельность незарегистрированных религиозных объединений или групп сама по себе не угрожает конституционному строю, общественному порядку, правам и свободам человека, здоровью и нравственности населения, что показывает несоответствие положения о запрете деятельности таких объединений или групп пункту 1 статьи 39.

Поэтому установление административной ответственности за уклонение от регистрации, руководство, участие в деятельности незарегистрированных религиозных объединений, равно как сама обязательная регистрация противоречит Конституции и международно-правовым обязательствам государства.

Статьи о наказании за незарегистрированную деятельность религиозных объединений неудачны и с точки зрения юридической техники. Так, руководителя такого объединения можно одновременно привлекать к ответственности и за руководство деятельностью незарегистрированного объединения и за участие в деятельности такого объединения. То есть, одно и то же действие входит в объективную сторону нескольких составов правонарушений. Участие граждан в создании религиозного объединения, которое впоследствии не пройдет государственную регистрацию, также можно расценивать как участие в деятельности незарегистрированного объединения с соответствующим наказанием.

⁵¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2005. №21—22. С.88.

Практический опыт применения аналогичных статей показывает их бесполезность с точки зрения принуждения к обязательной регистрации. Верующие и их ассоциации, не признающие государственную регистрацию, отказываются от нее и после вынесения административного взыскания.

3. Финансирование деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

С финансированием деятельности незарегистрированных (приостановленных, запрещенных) религиозных объединений также возникают различные проблемы.

Во-первых, юридически финансировать незарегистрированные религиозные объединения невозможно, так как не существует такого субъекта права. Финансировать можно членов т.н. незарегистрированного религиозного объединения.

Во-вторых, нелегальный статус религиозных объединений лишает их целого ряда возможностей, предусмотренных международно-правовыми актами. В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.), с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право этих религиозных объединений — испрашивать и получать добровольные финансовые и другие пожертвования. Заметим, речь идет обо всех объединениях, а не только о зарегистрированных.

В-третьих, запрет финансирования религиозных объединений, деятельность которых приостановлена, может привести к дальнейшему неисполнению религиозным объединением своих обязательств. В соответствии с п.2 статьи 42 Закона Республики Казахстан от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях»⁵², в случае приостановления деятельности некоммерческой организации, предусмотренной в пункте 1 настоящей статьи, запрещается заниматься деятельностью, предусмотренной учредительными документами. Приостанавливается также ее право пользоваться банковскими счетами, за исключением расчетов по трудовым договорам, возмещения убытков, причиненных в результате ее деятельности, и уплаты штрафов. Таким образом, некоммерческая организация даже в случае приостановления должна исполнять свои обязательства и запрет финансирования только усугубит ситуацию.

IV. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Действующие статьи 374-1, 375 КоАП в определенной части противоречат Конституции Республики Казахстан и принятым Казахстаном международным обязательствам. Кодекс не охраняет права человека, связанные с его религиозными убеждениями, а наоборот, криминализирует различные действия, вытекающие из реализации индивидом фундаментального права на свободу мысли, совести и религии.

Вместе с тем, следует отметить, что составы правонарушений во многом связаны с положениями Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, содержащего большое количество ограничений, запретов, условий деятельности религиозных объединений, зачастую не являющихся необходимыми. Поэтому в первую очередь должны быть приведены в соответствие с Конституцией и международными

⁵² Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №1. С.8.

обязательствами положения упомянутого Закона, что, в свою очередь, повлияет на ревизию статей 374-1, 375 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях.

Предлагаемый вариант статьи КоАП:

Статья 375. Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях

1. Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

2. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

3. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой и второй настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, — влекут штраф на физических лиц в размере двухсот месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере трехсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с приостановлением их деятельности.

Из КоАП следует исключить статью 374-1.

В свете реформирования уголовного законодательства, нового подхода к классификации правонарушений, правонарушения в области религиозной деятельности и религиозных объединениях должны остаться в составе административных правонарушений.

Октябрь 2012 г.

Соблюдение прав человека в области свободы мирных собраний в ходе реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях⁵³

1. ВВЕДЕНИЕ

*«Исторически протесты и демонстрации служили инструментом изменений и главными факторами, способствующими улучшению положения в области прав человека. Неизвестные правозащитники и знаменитые активисты направляли и вдохновляли движения протеста во всех регионах и во все эпохи, прокладывая путь к достижениям в области прав человека. От гражданского неповиновения в качестве ненасильственной формы протеста, за которую выступал Махатма Ганди, борясь за право индийского народа на самоопределение, до марша в Вашингтон, О.К., под руководством Мартина Лютера Кинга с требованием положить конец расовой сегрегации, демонстрации организации Матерей площади Мая, которые по четвергам проходили в белых платках по площади в Буэнос-Айресе в знак протеста против преступлений диктаторского режима в Аргентине, и Первомайских демонстраций в поддержку прав трудящихся — все эти акции протеста правозащитников во всем мире являются знаменательными вехами».*⁵⁴

Право на свободу мирных собраний является фундаментальным правом человека и означает свободу проводить митинги, пикеты, демонстрации и другие виды собраний, как в публичных местах, так и в помещениях. В его основе лежит фундаментальное понятие свободы, включающее в себя обязательство государства обеспечить каждому человеку эффективную реализацию данного права без какого-либо специального разрешения со стороны властей.

Международные стандарты прав человека зиждутся на понимании свободы мирных собраний как одного из важнейших составных элементов права на участие в любой демократической системе. *«Право на свободу мирных собраний, наряду со свободой объединений, лежит в основе любой функционирующей демократической системы»*⁵⁵. Свобода мирных собраний является одной из необходимых составляющих демократии, плюрализма, терпимости и свободы выражения взглядов.

Соблюдение свободы собраний предполагает как негативное обязательство государства воздерживаться от вмешательства в мирное собрание, так и позитивное обязательство

⁵³ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

⁵⁴ Параграф 4 Доклада Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правозащитниках (A/62/225), стр. 5. (Шестьдесят вторая сессия Пункт 72(b) предварительной повестки дня. Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод).

⁵⁵ Руководящие принципы ОБСЕ по свободе мирных собраний. 2-е издание. БДИПЧ ОБСЕ. Варшава – Страсбург. 2011 г. С 9. Далее – Руководящие принципы.

государства защищать субъектов права при его исполнении (во время реализации свободы мирных собраний).

2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ НОРМЫ

Свобода собраний признается рядом международных и региональных документов юридически обязательного и необязательного (рекомендательного) характера. На международном уровне свобода собраний гарантируется: а) статьей 21 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП); б) статьей 5(d)(ix) Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации; в) статьей 15 Конвенции о правах ребенка; г) статьей 20(1) Всеобщей декларации прав человека; д) статьей 5 Декларации о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы, известной как Декларация о правозащитниках. На региональном уровне: а) статьей 11 Африканской хартии прав человека и народов; б) статьей 15 Американской конвенции о правах человека; в) статьей 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод Совета Европы, известной как Европейская конвенция; г) Копенгагенским документом ОБСЕ 1990 года.

Вышеуказанные международные документы предлагают общие рамки свободы мирных собраний, которые сводятся, прежде всего, к признанию правоспособности каждого человека на свободу мирных собраний как таковой. В них практически не содержатся положения, позволяющие законодательным и исполнительным органам государств понять суть свободы мирных собраний, а также допустимые принципы регламентирования данной свободы, соответствующие ее сути. Свое дальнейшее детализированное развитие эти нормы получили в документах, разрабатываемых договорными органами ООН, прежде всего, Комитетом ООН по правам человека — органом ООН, созданным в соответствии с частью IV МПГПП⁵⁶. Именно в решениях Комитета по индивидуальным сообщениям, а также в Замечаниях общего порядка толкуется суть общих норм международных документов, и устанавливаются так называемые международные стандарты в области прав человека в целом и свободы мирных собраний в частности (см. главу 3 *ДОПУСТИМОСТЬ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ*).

Кроме того, в 2005 году Совет экспертов по вопросам свободы мирных собраний Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ при консультативной поддержке Европейской комиссии за демократию через право Совета Европы (Венецианская комиссия⁵⁷) приступили к работе над «Руководящими принципами свободы мирных собраний» — документом, который бы предложил *«практический набор инструментов для законодателей и исполнителей, ответственных за применение законов, приводя примеры надлежащей практики из национальных законодательств европейских стран и стран — участниц ОБСЕ и из судебной практики ЕКПЧ⁵⁸, которые иллюстрируют различные законодательные возможности, используемые для регламентирования вопросов, относящихся к свободе мирных собраний»*⁵⁹ (из предисловия к «Руководящим принципам свободы мирных собраний»). В 2007 году было

⁵⁶ Республика Казахстан сделала заявление о признании компетенции этого Комитета ООН рассматривать индивидуальные жалобы и иные сообщения о нарушениях прав человека на территории Казахстана, ратифицировав Факультативный протокол к МПГПП.

⁵⁷ Комиссия является консультативным органом Совета Европы по конституционным вопросам. Эта Комиссия, созданная в 1990 году, сыграла ведущую роль в принятии конституций, соответствующих стандартам европейского конституционного наследия. Комиссия стала признанным во всем мире независимым «мозговым центром» по правовым вопросам.

⁵⁸ Европейская Конвенция по правам человека.

⁵⁹ Руководящие принципы. С.10.

опубликовано первое издание «Руководящих принципов свободы мирных собраний». В 2011 году в свет вышло второе издание документа.

В настоящее время «Руководящие принципы свободы мирных собраний» являются единственным документом в отношении свободы мирных собраний, обобщающим экспертный опыт, в связи с чем используются в качестве основного при принятии решений специализированными органами ООН, ЕСПЧ⁶⁰, национальными судами ряда стран ОБСЕ по вопросам обеспечения и реализации права на мирные собрания. В документе сформулированы минимальные международные нормы (принципы), которые следует соблюдать властям стран — участниц ОБСЕ в процессе регулирования права на свободу собраний.

В «Руководящих принципах свободы мирных собраний» полно раскрыта суть свободы мирных собраний, под которой понимается одно из основных прав человека, *«которым могут пользоваться и которое может быть реализовано отдельными людьми и группами, незарегистрированными объединениями, юридическими лицами и иными видами организаций. Собрания могут служить множеству целей, в том числе, чтобы продемонстрировать отличие, выразить непопулярное мнение или мнение меньшинства. Защита свободы мирных собраний является принципиально важным фактором для создания толерантного и плюралистического общества, в котором могут мирно сосуществовать группы с различными убеждениями, обычаями или образом действий»*.

Под термином «собрание» в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» понимается намеренное и временное присутствие в общественном месте группы лиц с целью выражения общих интересов. Тем не менее, *«данное определение не следует толковать таким образом, который бы препятствовал распространению принципа защиты на другие виды мирных собраний, такие как собрания, проходящие на территории государственных или частных объектов или сооружений»*⁶¹ («Определение собрания», стр. 13 «Руководящих принципов свободы мирных собраний»). В документе говорится, что защите со стороны государства подлежат лишь мирные собрания лиц. Собрание определяется как мирное, если его организаторы преследуют мирные намерения. При этом понятие «мирное» включает и такое поведение, которое может раздражать тех, кто не согласен с идеями участников данного собрания, а также включает и такое поведение, которое может быть направлено на воспрепятствование действий третьих лиц.

В документе изложен ряд базовых принципов в отношении сути свободы мирных собраний и обязанности государства по ее обеспечению.

I принцип — презумпции в пользу проведения собраний⁶²

Согласно данному принципу, реализация права на свободу мирных собраний должна осуществляться без внешнего регулирования, насколько это возможно, что, прежде всего, означает, что желающие принять участие в собрании не должны просить на это разрешения у власти. Законодательство должно недвусмысленно определять презумпцию в пользу свободы собраний и при любой возможности трактовать нормы закона в пользу проведения собрания, ему не должны чиниться препятствия.

⁶⁰ Европейский суд по правам человека.

⁶¹ Руководящие принципы. С.13.

⁶² Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.1.

II принцип — обязанности государства защищать мирное собрание⁶³

Данный принцип заключается в том, что государство обязано разработать и обеспечивать полный набор механизмов и процедур для эффективной практической реализации свободы собраний без чрезмерного бюрократического регулирования.

III принцип — законности⁶⁴

Согласно данному принципу, любые ограничения свободы мирных собраний должны основываться исключительно на положениях закона, а сам закон должен соответствовать международному законодательству в области прав человека, его нормы должны быть чётко сформулированы, не вызывая разночтений. Каждый человек должен иметь возможность однозначно определить, вступает ли его поведение в противоречие с нормами закона или нет.

IV принцип — соразмерности⁶⁵

Принцип соразмерности означает, что любые ограничения в отношении свободы собраний должны быть соразмерными законным целям, ради которых они вводятся. При этом, преследуя законные цели, власти, тем не менее, должны отдавать предпочтение мерам, предусматривающим наименьший уровень вмешательства в ход проведения собрания. Это означает, что предусмотренные законом ограничения не должны применяться автоматически, а лишь с учётом конкретной ситуации в каждом конкретном случае. Принудительное прекращение собраний должно применяться исключительно как крайняя мера при невозможности реализовать законные цели иными способами.

V принцип — надлежащей практики административного регулирования⁶⁶

Настоящий принцип обязывает власти принять такое законодательство, в котором чётко закреплено, какой государственный орган наделён полномочиями регулировать свободу собраний. Широкой общественности должен быть предоставлен свободный доступ к полной и достоверной информации о деятельности этого органа, а его процедуры принятия решений должны быть прозрачны.

VI принцип — недискриминации⁶⁷

При регулировании свободы собраний органы власти обязаны предоставлять равную возможность реализации этого права любому лицу или группам лиц. Недопустимы никакие ограничения по признаку расы, пола, национальности, вероисповедания, политических взглядов, принадлежности к тем или иным социальным группам и тому подобное.

3. ДОПУСТИМОСТЬ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

«Краеугольным камнем» свободы мирных собраний является вопрос, касающийся возможности государства ограничивать человека в его свободе мирно и без оружия собираться. В частности, обладает ли государство правом ограничивать человека в его свободе мирных собраний как таковым, и если «да», то в каких случаях.

Международные нормы предлагают довольно интересный ответ на эти вопросы, определяя, что *«...пользование этим правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех,*

⁶³ Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.2.

⁶⁴ Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.3.

⁶⁵ Руководящие принципы. С.16-17. Пункт 2.4.

⁶⁶ Руководящие принципы. С.17. Пункт 2.6.

⁶⁷ Руководящие принципы. С.17. Пункт 2.5.

которые налагаются в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц» (ст. 21 МПГПП).

Иными словами, предлагаемая МПГПП формулировка ответа на поставленные выше вопросы допускает ограничения свободы мирных собраний, **но** лишь в качестве отдельных исключений из общего правила пользования этой свободой без каких-либо ограничений. Исключениями могут служить лишь те ограничения, которые наложены в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц. В этом контексте представителям законодательной и исполнительной власти важно четко ориентироваться в том, что в рамках международного права прав человека **понимается под допустимыми ограничениями прав и свобод человека**, которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц.

Толкование допустимости, необходимости и соразмерности ограничений прав и свобод человека изложено в Сиракузских принципах о положениях, касающихся ограничения и умаления прав в МПГПП, принятых Экономическим и социальным советом ООН в 1984 году⁶⁸. В них в частности указывается:

⁶⁸ В них в частности указывается:

- не допускаются никакие ограничения или основания для их применения в отношении прав, гарантируемых в МПГПП, за исключением ограничений, которые рассматриваются в положениях самого МПГПП;
- сфера применения ограничения не может быть истолкована таким образом, чтобы поставить под угрозу сущность соответствующего права;
- толкование любых ограничений должно быть максимально конкретным и любые сомнения должны решаться в пользу защиты рассматриваемых прав;
- толкование ограничений должно происходить с учетом характера и контекста, в котором существует каждое из ограничиваемых прав;
- все ограничения признаваемых в МПГПП прав должны быть закреплены в соответствии с национальным законом и соответствовать целям и задачам МПГПП;
- перечисленные в МПГПП ограничения не могут быть применены для целей, не совпадающих с описанными в МПГПП;
- произвольное применение ограничений не допускается;
- законом должны быть предусмотрена возможность обжалования и эффективные средства правовой защиты от неправомерного введения или применения каждого из ограничений;- В тех случаях, когда МПГПП предписывает, чтобы ограничение было «необходимым», термин «необходимо» подразумевает, что такое ограничение: (a) основано на одном из положений, согласно которым такое ограничение является допустимым в соответствии с одной из статей МПГПП, (b) отвечает насущной потребности государства или общества, (c) преследует законные цели, а также (d) является соразмерным этим целям. Любая оценка необходимости ограничения основывается на объективных соображениях;
- применяя ограничение, государство использует только столько ограничительных средств, сколько необходимо для достижения цели данного ограничения;
- законы, вводящие ограничения на осуществление прав человека, не должны быть необоснованными или неразумными;
- выражение «в демократическом обществе» истолковывается как еще больше ограничивающее те ограничительные положения, которые оно определяет. Государство, вводящее определяемые таким образом ограничения, показывает, что эти ограничения не наносят ущерба демократическому функционированию общества;

- не допускаются никакие ограничения или основания для их применения в отношении прав, гарантируемых в МПГПП, за исключением ограничений, которые рассматриваются в положениях самого МПГПП;
- сфера применения ограничения не может быть истолкована таким образом, чтобы поставить под угрозу сущность соответствующего права;
- толкование любых ограничений должно быть максимально конкретным, и любые сомнения должны решаться в пользу защиты рассматриваемых прав;
- толкование ограничений должно происходить с учетом характера и контекста, в котором существует каждое из ограничиваемых прав;
- все ограничения признаваемых в МПГПП прав должны быть закреплены в соответствии с национальным законом и соответствовать целям и задачам МПГПП;
- перечисленные в МПГПП ограничения не могут быть применены для целей, не совпадающих с описанными в МПГПП;
- произвольное применение ограничений не допускается;
- законом должны быть предусмотрены возможность обжалования и эффективные средства правовой защиты от неправомерного введения или применения каждого из ограничений;
- В тех случаях, когда МПГПП предписывает, чтобы ограничение было «необходимым», термин «необходимо» подразумевает, что такое ограничение: (a) основано на одном из положений, согласно которым такое ограничение является допустимым, в соответствии с одной из статей МПГПП; (b) отвечает насущной потребности государства или общества; (c) преследует законные цели, а также (d) является соразмерным этим целям. Любая оценка необходимости ограничения основывается на объективных соображениях;
- применяя ограничение, государство использует только столько ограничительных средств, сколько необходимо для достижения цели данного ограничения;
- законы, вводящие ограничения на осуществление прав человека, не должны быть необоснованными или неразумными;
- выражение «в демократическом обществе» истолковывается как еще больше ограничивающее те ограничительные положения, которые оно определяет.

- выражение «общественный порядок (ordre public)», как оно используется в МПГПП, может определяться как сумма норм, которые обеспечивают функционирование общества, или как ряд основополагающих принципов, на которых основывается общество. Уважение прав человека составляет часть общественного порядка (ordre public);

- здоровье населения может быть использовано в качестве основы для ограничения некоторых прав с тем, чтобы позволить государству принять меры в отношении серьезной угрозы здоровью, населения или отдельным лицам из числа населения. Эти меры должны быть конкретно направлены на профилактику заболеваний или травматизма или на обеспечение ухода за больными и травмированными;

- государственная (национальная) безопасность может использоваться для оправдания мер, ограничивающих определенные права, только в тех случаях, когда они принимаются для защиты существования государства, его территориальной целостности или политической независимости против силы или угрозы применения силы;

- на соображения государственной (национальной) безопасности нельзя ссылаться как на причину введения ограничений с целью предотвращения исключительно местных или относительно изолированных угроз для правопорядка;

- соображения государственной (национальной) безопасности нельзя использовать как предлог для введения общих или произвольных ограничений; общественная безопасность означает защиту от угрозы безопасности населения, его жизни или физическому здоровью или серьезного ущерба его собственности. Необходимость обеспечения общественной безопасности может оправдывать ограничения, предусматриваемые законом, но ее нельзя использовать для введения общих или произвольных ограничений.

- Государство, вводящее определяемые таким образом ограничения, показывает, что эти ограничения не наносят ущерба демократическому функционированию общества;
- выражение «общественный порядок (ordre public)», как оно используется в МПГПП, может определяться как сумма норм, которые обеспечивают функционирование общества, или как ряд основополагающих принципов, на которых основывается общество. Уважение прав человека составляет часть общественного порядка (ordre public);
 - здоровье населения может быть использовано в качестве основы для ограничения некоторых прав с тем, чтобы позволить государству принять меры в отношении серьезной угрозы здоровью населения или отдельных лиц из числа населения. Эти меры должны быть конкретно направлены на профилактику заболеваний или травматизма или на обеспечение ухода за больными и травмированными;
 - государственная (национальная) безопасность может использоваться для оправдания мер, ограничивающих определенные права, только в тех случаях, когда они принимаются для защиты существования государства, его территориальной целостности или политической независимости против силы или угрозы применения силы;
 - на соображения государственной (национальной) безопасности нельзя ссылаться как на причину введения ограничений с целью предотвращения исключительно местных или относительно изолированных угроз для правопорядка;
 - соображения государственной (национальной) безопасности нельзя использовать как предлог для введения общих или произвольных ограничений;
 - общественная безопасность означает защиту от угрозы безопасности населения, его жизни или физическому здоровью или серьезного ущерба его собственности. Необходимость обеспечения общественной безопасности может оправдывать ограничения, предусматриваемые законом, но ее нельзя использовать для введения общих или произвольных ограничений.

Также разъяснения положений МПГПП, касающихся возможности ограничения прав и свобод человека, содержатся в ряде Замечаний общего порядка. Важно отметить, что Замечания общего порядка, издаваемые Комитетом ООН по правам человека, должны приниматься в Казахстане как официальное толкование положений международного договора, ратифицированного Республикой Казахстан⁶⁹, и использоваться в правоприменительной и судебной практике, согласно п.4 Нормативного постановления 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»⁷⁰.

⁶⁹ Республика Казахстан является участником этого международного договора в области прав человека, ратифицировав его 28 ноября 2005 года.

⁷⁰ Согласно п.4 Нормативного постановления 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», «наряду с международными договорами, к действующему праву Казахстана отнесены также нормы «иных обязательств Республики» (пункт 1 статьи 4 Конституции). Конституционный совет полагает, что **иные обязательства могут возникать как в рамках порождающих их международных договоров, выступая их составными частями, либо логическими содержательными (материальными), либо организационными (процессуальными) продолжениями**, так и самостоятельно, вне международных договоров. Первые, при соблюдении изложенных в настоящем нормативном постановлении условий, могут приобретать юридические свойства ратифицированного международного договора...». В этой связи логическим содержательным продолжением международного договора — МПГПП — являются решения и документы, издаваемые в развитие МПГПП, в том числе касающиеся толкования ограничений прав и свобод человека, закрепленных в разных статьях МПГПП.

В Замечании общего порядка к МПГПП №10 (1983 год) говорится, что: *«когда государство-участник накладывает некоторые ограничения на осуществление права на свободное выражение своего мнения, эти ограничения не должны ставить под угрозу сам принцип этого права»*. Этот же принцип действует и в отношении свободы мирного собрания.

Основным документом Комитета ООН по правам человека в отношении толкования допустимости ограничений прав человека является Замечание общего порядка к МПГПП №27 (1999 год). Этот документ используется в судебной и квази-судебной практике многих государств и международных органов, когда рассматривается вопрос о том, допустимы ли наложенные ограничения с точки зрения международных обязательств в рамках МПГПП. В соответствии с этим документом, оговариваются исключительные цели, для сохранения которых могут ограничиваться фундаментальные политические права и гражданские свободы.

Так, государству разрешено ограничивать осуществление прав и свобод человека лишь для сохранения четырех следующих целей: (1) охраны государственной (национальной) безопасности; (2) общественного порядка (*ordre public*); (3) здоровья или нравственности населения; (4) прав и свобод других лиц. Более того, помимо целей, для сохранения которых они вводятся, ограничения должны соответствовать еще ряду условий, дабы считаться допустимыми с точки зрения норм международного права человека. В частности, ограничения должны:

1. предусматриваться законом;
2. являться необходимыми в демократическом обществе для защиты разрешенных целей;
3. соответствовать принципу соразмерности;
4. соответствовать принципу пропорциональности.

Предусматриваться законом. Согласно п.13 Замечания №27, *«принимая законы, предусматривающие ограничения, государствам следует всегда руководствоваться принципом, согласно которому ограничения не должны ущемлять существа рассматриваемого права; соотношение между правом и ограничением, между нормой и исключением не должно видоизменяться. Законы, разрешающие применение ограничений, должны основываться на четких критериях и не должны наделять неограниченными дискреционными полномочиями лиц, которым поручено их осуществление»*.

Являться необходимыми в демократическом обществе для защиты разрешенных целей и соответствовать принципу соразмерности. Согласно п.14 Замечания №27, *«...недостаточно лишь того, чтобы ограничения служили достижению разрешенных целей; они также должны являться необходимыми для их защиты. Ограничительные меры должны соответствовать принципу соразмерности; они должны являться уместными для выполнения своей защитной функции; они должны представлять собой наименее ограничительное средство из числа тех, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат; и они должны являться соразмерными защищаемому интересу»*.

Согласно п.15 Замечания, «*принцип соразмерности должен соблюдаться не только в законодательстве, в котором предусматриваются ограничения, но и административными и судебными властями в процессе применения законодательства. Государства должны обеспечивать, чтобы любые процедуры, связанные с осуществлением или ограничением этих прав, осуществлялись в кратчайшие сроки и чтобы приводились причины, оправдывающие применение ограничительных мер*».

Пропорциональность. Любые ограничения в отношении свободы собраний должны быть пропорциональными. В процессе достижения органами власти разрешенных целей предпочтение следует отдавать мерам, предусматривающим наименьший уровень вмешательства. Принцип пропорциональности требует, чтобы органы власти автоматически не накладывали ограничения, которые существенным образом меняют характер мероприятия. Например, не следует переносить место проведения собрания в удаленные от центра районы города.

На основе общих требований, предъявляемых к допустимости ограничений прав и свобод человека, закрепленных в Сиракузских принципах и Замечаниях общего порядка №№10, 27 Комитета ООН по правам человека, в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» были сформулированы требования к ограничениям непосредственно свободы мирных собраний.

Во-первых, в отношении **места проведения мирных собраний**. Согласно положениям «Руководящих принципов свободы собраний», собрания являются таким же законным способом использования публичного пространства, как и торговля, движение транспорта или пешеходов. Это соображение должно учитываться при рассмотрении необходимости каких-либо ограничений.

Во-вторых, в отношении **тематики собрания**. Собрания проводятся для выражения общего мнения их участников и доведения до общественности определенных идей и посланий. Введение ограничений визуального или звукового содержания послания следует применять только при наличии неизбежной угрозы насилия.

В-третьих, в отношении **цели мирного собрания**. Публичные собрания проводят с целью доведения идей и посланий до сведения конкретного лица, группы или организации. Поэтому общее правило заключается в том, что следует способствовать проведению собраний в пределах видимости и слышимости их целевой аудитории. Если применяются какие-либо ограничения в отношении времени, места или порядка проведения собрания, должны быть предложены разумные альтернативы.

4. РАЗРЕШЕНИЕ ИЛИ УВЕДОМЛЕНИЕ?

Международные стандарты в области свободы мирных собраний однозначно относят разрешительную систему реализации данной свободы, при которой лица, желающие провести собрание, могут реализовывать свою свободу только после получения соответствующего разрешения со стороны властей, к недопустимым ограничениям свободы мирных собраний. Прежде всего, в силу того, что разрешительная система противоречит самой сути свободы мирных собраний, в основе которой, как выше уже отмечалось, лежит фундаментальное понятие свободы, включающее в себя обязательство государства обеспечить каждому человеку эффективную реализацию данного права без какого-либо специального разрешения со стороны властей.

«В число выявленных Комитетом по правам человека недостатков в плане обеспечения свободы собраний входят: а) запреты на проведение демонстраций; б) необоснованные ограничения в отношении демонстраций; в) **ненужные требования получения разрешений, которые негативно сказываются на свободе собраний**; д) отсутствие правовых средств для оспаривания решений об отказе в разрешении на проведение демонстраций; е) аресты протестующих, которые равносильны произвольному заключению; ф) законодательство не соответствует международным нормам в области прав человека, поскольку оно препятствует осуществлению права на свободу собраний и права на выражение протеста и предусматривает наказание за это, и поскольку в нем устанавливаются процедуры, фактически препятствующие возможности пользоваться правом на мирные собрания; г) законодательство о борьбе с терроризмом содержит столь широкие определения «терроризма», что они препятствуют осуществлению законной деятельности в демократическом обществе, в частности, участию в публичных демонстрациях».⁷¹

В отношении уведомительной системы реализации свободы мирных собраний в своем решении по делу *Аули Кивенмаа против Финляндии*⁷² Комитет по правам человека разъяснил, что в целом требование о предварительном уведомлении о проведении демонстрации (как одного из видов мирного собрания — *прим. автора*) может соответствовать допустимым ограничениям, изложенным в статье 21 МПГПП, **НО** при условии наличия причин, связанных с национальной или общественной безопасностью, общественным порядком, защитой здоровья или нравственности населения или защитой прав и свобод других лиц. При этом в ситуации *Аули Кивенмаа* эксперты Комитета по правам человека пришли к выводу, что объединение нескольких человек в месте проведения церемонии встречи главы иностранного государства, находящегося с официальным визитом в Финляндии, не могло рассматриваться как демонстрация. Кроме того, такое собрание не угрожало национальной или общественной безопасности, общественному порядку, здоровью, нравственности, правам и свободам других лиц, а следовательно, организаторы собрания не были обязаны уведомлять власти о проведении собрания.

Европейский суд по правам человека, наработавший судебную практику применения статьи 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, рассмотрел вопрос о предварительном уведомлении о демонстрациях в деле *Ойа Атаман против Турции*⁷³. С учетом позиции Комитета по правам человека в вышеупомянутом деле *Аули Кивенмаа против Финляндии*⁷⁴ и мнения Венецианской комиссии²³ ЕСПЧ указал, что установление режима предварительного уведомления о мирном собрании не обязательно ведет к нарушению этого права при условии, что требование в отношении предварительного уведомления косвенно не ограничивает право на проведение мирных собраний.

⁷¹ Параграф 20 Доклада Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правозащитниках (A/62/225), стр. 5. (Шестьдесят вторая сессия Пункт 72(b) предварительной повестки дня. Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод).

⁷² См. *Официальные отчеты Генеральной ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение №40 (A/49/40)*, том II, приложение IX, раздел N.

⁷³ Заявление №74552/01, судебное решение от 5 декабря 2006 года.

⁷⁴ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (A/49/40)*, том II, приложение IX, раздел N.

⁷⁵ 64-ое Пленарное заседание Комиссии 21–22 октября 2005 г. Свобода мирных собраний в практике европейского суда и Комиссии по правам человека (сборник решений и постановлений). Москва, РИО «Новая юстиция», 2011 г., С. 119.

В «Руководящих принципах свободы мирных собраний» по вопросу о предварительном уведомлении сказано следующее: «Практика, когда орган регулирования требует предварительного письменного уведомления о проведении публичного собрания, является общепринятой. Такое требование оправдано в виду позитивной обязанности государства по созданию необходимых условий для содействия реализации свободы собраний и охраны общественного порядка, общественной безопасности и защиты прав и свобод других лиц. Комитет ООН по правам человека устанавливает, что, хотя требование о предварительном уведомлении *de facto* и является ограничением свободы собраний, оно соответствует положениям о допустимых ограничениях, предусмотренных в Статье 21 МПГПП. Европейская комиссия по правам человека в деле Объединения жителей Юры (1979 г.) также пришла к выводу о том, что «такая процедура соответствует требованиям Статьи 11(1) лишь в том случае, если она способствует тому, чтобы власти могли обеспечить мирный характер собрания, и, как таковая, не приводит к вмешательству в реализацию этого права»⁷⁶.

Однако «Процесс уведомления не следует делать обременительным или бюрократизированным, поскольку это отпугивает тех, кто желал бы провести то или иное собрание и, следовательно, означает нарушение права на собрание. Кроме того, не следует требовать, чтобы демонстранты, осуществляющие акцию протеста в индивидуальном порядке, направляли властям предварительное уведомление о намерении провести демонстрацию. В случае, если к лицу, которое проводит индивидуальную акцию, присоединяется другое лицо или лица, то такое мероприятие следует расценивать как стихийное собрание»⁷⁷ (см. раздел 6 «СТАТЬЯ 373 КоАП РК В КОНТЕКСТЕ ПРОВЕДЕНИЯ СТИХИЙНЫХ СОБРАНИЙ И ИНДИВИДУАЛЬНЫХ АКЦИЙ»).

5. СТАТЬЯ 373 КОДЕКСА ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ КАК СЛЕДСТВИЕ НОРМ КАЗАХСТАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩИХ СВОБОДУ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

Действующая редакция Кодекса об административных правонарушениях РК от 30.01.2001 года (далее КоАП РК) содержит статью 373, устанавливающую административную ответственность за нарушение законодательства о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций.⁷⁸

⁷⁶ Руководящие принципы. Пункт 92.

⁷⁷ КоАП РК, Статья 373. Нарушение законодательства о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций: 1. Нарушение **законов** Республики Казахстан о порядке организации или проведения собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия, либо воспрепятствование их организации или проведению, а равно участие в незаконных собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях либо ином публичном мероприятии, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния, — влечет предупреждение или штраф на физических лиц в размере до двадцати месячных расчетных показателей, на должностных лиц — штраф в размере до пятидесяти месячных расчетных показателей. 2. Предоставление руководителями и другими должностными лицами организаций участникам несанкционированного собрания, митинга, пикетирования, демонстрации или иного публичного мероприятия помещения либо иного имущества (средств связи, множительной техники, оборудования, транспорта) или создание иных условий для организации и проведения таких мероприятий — влечет штраф в размере до двадцати месячных расчетных показателей. 3. Те же действия, совершенные повторно в течение года после применения мер административного взыскания либо организатором собрания, митинга, шествия, демонстрации, — влекут штраф в размере до пятидесяти месячных расчетных показателей либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

Согласно данной статье, составом правонарушения являются следующие действия/бездействия:

- нарушение **законов** Республики Казахстан о порядке организации или проведения собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия;
- воспрепятствование организации или проведению собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия;
- участие в незаконных собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях либо ином публичном мероприятии, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния;
- предоставление руководителями и другими должностными лицами организаций участникам несанкционированного собрания, митинга, пикетирования, демонстрации или иного публичного мероприятия помещения либо иного имущества (средств связи, множительной техники, оборудования, транспорта) или создание иных условий для организации и проведения таких мероприятий.

Однако, поскольку состав административного правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, является следствием норм иных нормативных правовых актов действующего казахстанского законодательства, регулирующих свободу мирных собраний, понять и проанализировать его невозможно без знания и анализа сути таких норм (с точки зрения международных стандартов в области свободы мирных собраний).

К основным актам действующего казахстанского законодательства, регулирующего свободу мирных собраний, относятся Конституция РК и Закон РК от 17.03.1995 года «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан» (далее — Закон).

Гарантии свободы мирных собраний закреплены в статье 32 Конституции РК. «Граждане Республики Казахстан вправе мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться **законом** в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц» (статья 32 Конституции Республики Казахстан). Дальнейшее правовое регулирование свободы мирных собраний осуществляется посредством применения Закона.

Если говорить о Законе с точки зрения его соответствия международным стандартам в области свободы мирных собраний, то его нормы не соответствуют международным стандартам в области обеспечения свободы мирных собраний, о которых говорилось выше, по целому ряду критериев. В частности, определения мирных собраний, закрепленные Законом, не соответствуют категориям мирных собраний, принятым в международной практике. Т.е., Законом регулируются не только мирные собрания, понимаемые как публичные акции в открытом публичном месте, но и собрания как таковые вообще. Закон устанавливает разрешительный порядок реализации свободы мирных собраний, касающийся всех видов мирных собраний, определенных в нем: собраний, митингов, шествий и демонстраций, голодовок в общественных местах, возведения юрт, палаток, иных сооружений и пикетов. Это делает практически невозможным проведение спонтанных акций, связанных с выражением протеста или иных общественных проявлений в связи с событиями, вызывающими экстренную общественную реакцию. Основания, по которым представители власти могут ограничить право граждан на проведение мирного собрания либо участия в нем, закрепленные Законом, не соответствуют Сиракузским принципам толкования ограничений и отступлений от положений МПГПП.⁷⁹

⁷⁹ Перечень приведенных в настоящем документе противоречий Закона международным стандартам,

Наряду с Законом, существуют решения местных представительных органов власти, регулирующие порядок проведения мирных собраний в каждом населенном пункте. Через решения подобного рода власти страны определили особые места для проведения мирных собраний практически во всех крупных населенных пунктах Казахстана. Например, в городе Алматы — это сквер за кинотеатром «Сары-Арка»; в городе Астана — это территории, прилегающие к зданиям ПКФ «Газсервис» и ОАО «Окан Атрико»; в г.Павлодар — территория, прилегающая к спортивному комплексу «Автомобилист»; в г.Костанай — Парк Победы и т.д.

В целом действующее казахстанское законодательство устанавливает следующий порядок реализации свободы мирных собраний в Республике Казахстан: **шаг первый** — лица, желающие провести любое публичное мероприятие, обязаны подать в акимат заявку на его проведение за 10 дней до планируемой даты проведения; **шаг второй** — получить разрешение на проведение мероприятия в письменной форме. Очевидно, что данный порядок, как отмечалось выше, является разрешительным порядком реализации свободы мирных собраний, что подтверждают и примеры из правоприменительной практики.

Анализ правоприменительной практики демонстрирует, что, как правило, рассматривая заявление о проведении собрания, акимат предлагает обратившимся провести свое мероприятие именно в специально отведенном для этого месте, определенном решением маслихата (см. выше). И, как правило, такие места крайне удалены от центра города, а мероприятия, проводимые в них, остаются незамеченными общественностью или теми, чье внимание пытаются привлечь собирающиеся. Несогласие обратившихся проводить мероприятие в специально отведенном для этого месте, ведет к отказу акимата в разрешении проводить публичное мероприятие вообще. Т.е., подавая заявку на проведение публичного мероприятия, заявители должны быть готовы к тому и согласны с тем, что акимат разрешит им проводить мероприятие исключительно в специально отведенном для этого месте, в противном случае — откажет.

Таким образом, статья 373 КоАП РК, прежде всего, устанавливает ответственность за нарушение разрешительного порядка реализации свободы мирных собраний. Согласно действующему казахстанскому законодательству критерием законности того или иного публичного мероприятия выступает наличие разрешения на его проведения со стороны акимата. Отсутствие разрешения на проведение мирного собрания со стороны акимата автоматически переводит его в разряд незаконных, организаторы и участники которого подлежат привлечению к административной ответственности по данной статье.

Такой подход в определении законности/незаконности того или иного публичного мероприятия не соответствует международным стандартам в области свободы мирных собраний, где основным мерилom законности/незаконности собрания, в первую очередь, является его характер: мирный или немирный. *«Очевидно, что собрания, которые не признаются мирными, будут также признаны собраниями, которые проводятся с несоблюдением закона ввиду присутствия явной и непосредственной угрозы прямого применения насилия».*⁸⁰ Однако, *«если соблюдается основной критерий, согласно которому собрание признается мирным, то это автоматически приводит к*

касающимся свободы мирных собраний, не является исчерпывающим.

⁸⁰ Руководящие принципы. Пункт 22.

возникновению активных обязательств государственной власти в отношении права на свободу мирных собраний».⁸¹

По поводу невыполнения организатором собрания обязательных предварительных условий проведения собрания в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» сказано следующее: **«134. Мирные собрания, которые проводятся с несоблюдением установленных законом предварительных требований или со значительными отклонениями от условий, указанных в уведомлении. Если организатор не обеспечивает выполнения каких-либо обязательных предварительных условий проведения собрания (включая требование о надлежащем оформлении уведомления, а также обязательные и соразмерные ограничения, установленные на законном основании)⁸² или отказывается их выполнять, он может подлежать судебному преследованию. Тем не менее, правоохранительным органам следует, по мере возможности, оказать содействие проведению такого собрания. В случае, если вместо запланированного собрания с небольшим количеством участников в день его проведения участников оказывается намного больше из-за неожиданно большого притока людей, правоохранительным органам следует оказать содействие проведению такого собрания и относиться к такому собранию как к законному, при условии сохранения его мирного характера»⁸³.**

В отношении субъектов правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, статья позволяет привлечь к административной ответственности за участие в незаконном собрании, в том числе и его участников. Т.е. по действующему казахстанскому законодательству сотрудники правоохранительных органов имеют право привлечь к ответственности за участие в собрании, не разрешенном акиматом, и его участников. Эту норму довольно сложно сравнивать с международными стандартами в области мирных собраний, поскольку изначально она исходит из концептуально неверного подхода в определении того, какое собрание считать законным и незаконным. Хотя в целом, можно сказать, что общим правилом международных стандартов в области свободы мирных собраний является наложение ответственности за нарушение законности в ходе реализации свободы мирных собраний на его организаторов и распорядителей (*понятие, отсутствующее в казахстанском законодательстве — прим. автора*). «Организатор — это лицо или лица, которые несут основную ответственность за данное собрание. Организатором также можно считать лицо, от имени которого подается предварительное уведомление».⁸⁴ «Распорядители — это лица, которые помогают организатору собрания в проведении мероприятия...».⁸⁵

«Организаторы и распорядители обязаны прилагать разумные усилия для того, чтобы обеспечить соблюдение требований закона и мирный ход своих собраний, но их не следует привлекать к ответственности за невыполнение этих обязанностей, если они прилагали разумные усилия для их выполнения. На организаторов не следует возлагать ответственность за действия отдельных участников или распорядителей, которые не соблюдают полученных инструкций. Напротив, любой участник или распорядитель, виновный в правонарушении или невыполнении законных указаний сотрудника

⁸¹ Которые при этом должны соответствовать международным стандартам в сфере свободы мирных собраний, а разрешительный порядок реализации мирных собраний является недопустимым ограничением свободы мирных собраний — прим. Автора.

⁸² Руководящие принципы. Стр. 68-69.

⁸³ Руководящие принципы. Пункт 149.

⁸⁴ Руководящие принципы. Пункт 156.

⁸⁵ Руководящие принципы. Пункт 61.

правоохранительных органов, должен нести ответственность в индивидуальном порядке».⁸⁶

6. СТАТЬЯ 373 КоАП РК В КОНТЕКСТЕ ПРОВЕДЕНИЯ СТИХИЙНЫХ СОБРАНИЙ И ИНДИВИДУАЛЬНЫХ АКЦИЙ

Поскольку статья 373 КоАП РК устанавливает ответственность за нарушение разрешительного порядка реализации свободы мирных собраний, то она полностью исключает возможность проведения стихийных собраний без последующего привлечения организаторов и участников к административной ответственности по данной статье. Подобное положение вещей противоречит международным стандартам в области мирных собраний.

В отношении стихийных собраний в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» говорится, что *«возможность реагировать мирно и незамедлительно (спонтанно на определенные события, эпизоды, другие собрания или выступления является важным элементом свободы собраний. Стихийные собрания следует рассматривать как ожидаемое (а не исключительное) проявление здоровой демократии. Следовательно, государственные органы обязаны защищать любые стихийные собрания и способствовать их проведению при условии, что они носят мирный характер»*.⁸⁷

«Вопрос о стихийных собраниях заслуживает особого внимания в свете требования о предварительном уведомлении. В законе следует прямо предусмотреть исключение из требования о предварительном уведомлении в случаях, когда предварительное уведомление является невозможным с практической точки зрения. В законе также следует предусмотреть возможность для защиты участников, которым было предъявлено обвинение в участии в собрании с нарушением закона, если эти участники не были осведомлены о незаконном характере такого собрания. Кроме того, наказания или санкции не следует применять при наличии обоснованных причин для несоблюдения требования о предварительном уведомлении».⁸⁸

В отношении акций, публично совершаемых одним человеком, международные стандарты в области свободы мирных собраний не относят такие акции к собраниям, недвусмысленно называя их индивидуальными. Тем не менее, в международных стандартах учтен тот момент, что любая индивидуальная акция легко может превратиться в собрание, как правило, стихийное, которым в международных стандартах уделено достаточно много внимания.

Правовое регулирование индивидуальных акций в Казахстане своеобразно, но также противоречит международным стандартам в области свободы мирных собраний. В июле 2011 года Генеральная прокуратура РК направила ответ руководителю общественного фонда «Ар.Рух.Хак», в котором выразила *«свою позицию по вопросу правового регулирования акций протеста, проводимых одним человеком»*. Эта позиция заключается в том, что нормы Закона распространяются, в том числе, и на акции протеста, проводимые одним человеком. Т.е. любую публичную акцию, проводимую одним человеком, Генеральная прокуратура РК относит к собранию, законность проведения которого определяется наличием разрешения акимата. В своем ответе прокуратура сообщает, что

⁸⁶ Руководящие принципы. Пункт 97.

⁸⁸ Руководящие принципы. Пункт 98.

⁶² Письмо от 05.07.11 №2-7/1207-11 - Архив автора.

«...законодательством (законом «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан») не ограничивается число участников перечисленных выше публичных мероприятий (в т.ч. акций протеста), основным признаком является его **публичность**»⁸⁹. В то же время, как отмечалось выше, в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» термин «собрание» означает намеренное и временное присутствие в общественном месте, которое не является зданием или сооружением, **группы лиц** с целью выражения общих интересов. Т.е., согласно международным стандартам в области мирных собраний, основным критерием определения собрания в качестве такового является не публичность, а количество собравшихся. Позицию Генеральной прокуратуры РК разделяют и другие казахстанские правоохранительные органы, оформляющие административные материалы в отношении лиц, проводящих публичные акции протеста, по нарушению ст. 373 КоАП РК, а также казахстанские суды, привлекающие таких лиц к административной ответственности по данной статье.

7. ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЙ ВЫВОД

Действующая редакция статьи 373 КоАП РК является следствием **концептуально неверных**, с точки зрения международных стандартов в области свободы мирных собраний норм иных законодательных актов, регулирующих свободу мирных собраний, и требует коренного реформирования.

8. ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО СВОБОДЕ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

Поскольку состав правонарушения, закрепленного статьей 373 КоАП РК, есть логическое следствие или отражение концептуально неверных казахстанских норм, регулирующих свободу мирных собраний, то до внесения каких-либо изменений в КоАП, в частности в статью 373, необходимо реформировать законодательные нормы, регулирующие свободу мирных собраний. В частности:

1. Необходимо пересмотреть нормы казахстанского законодательства о праве граждан на мирное собрание для его приведения в соответствие с международными стандартами, в том числе путем принятия нового закона, проект которого разработан и представлен в апреле 2007 г. представителями казахстанского гражданского общества.
2. Отменить решения маслихатов, устанавливающие определенные места для проведения публичных мероприятий.
3. Пересмотреть состав административного правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, исключив из него ответственность за неисполнение требования о получении разрешения на проведение собрания, а также исключив из субъектов правонарушения участников собрания. Новая редакция статьи 373 КоАП РК должна полностью соответствовать «Руководящим принципам свободы мирных собраний» и касаться ответственности организаторов собрания за проведение собрания «с несоблюдением закона ввиду присутствия явной и непосредственной угрозы прямого применения насилия».

До принятия нового законодательства на практике необходимо:

1. Рассматривая вопросы, связанные со свободой мирных собраний, напрямую руководствоваться нормами МПГПП, ратифицированного Казахстаном.
2. На практике реализовывать принципы деятельности местных органов власти и правоохранительных органов, направленные на содействие гражданам в реализации их конституционного права на мирное собрание, а не на противодействие и якобы профилактику правонарушений.
3. Обеспечить практическую возможность проведения спонтанных собраний и контр-собраний.
4. Определить в качестве мест для проведения мирных собраний все публичные места, кроме тех, которые прилегают к зданиям размещения госорганов, обеспечивающих непосредственную защиту национальной безопасности и общественного порядка и учреждениям здравоохранения, установив их исчерпывающий перечень и расстояние, на котором могут проводиться мирные собрания с протестами против деятельности и этих государственных органов, а также учреждений.
5. Разработать и принять новые правила поведения сотрудников правоохранительных органов по поддержанию общественного порядка при проведении мирных собраний, в том числе по взаимодействию с их организаторами и участниками. Казахстан, как и любое иное государство, должно обеспечивать применение кодекса поведения сотрудниками правоохранительных органов, особенно в отношении действий по пресечению массовых беспорядков и применения силы, и обеспечивать, чтобы в законодательстве содержались эффективные положения в отношении надзора и отчетности должностных лиц, особенно в отношении их мер реагирования на публичные акции протеста.

Сентябрь 2012 г.

Экспертное заключение
«Права человека в области свободы выражения мнения в свете реформирования административного и уголовного законодательства Республики Казахстан»⁹⁰

1. ОПИСАНИЕ СУЩЕСТВУЮЩЕЙ СИТУАЦИИ

Конституция Республики Казахстан, принятая на республиканском референдуме 30 августа 1995 года (далее – Конституция), гарантирует свободу слова (пункты 1 и 2 статьи 20), которая, наряду с правом свободно получать и распространять информацию, предполагает свободу выражения мнения в узком понимании этого термина. В то же время, понятие «выражение мнения» можно рассматривать и довольно широко, не ограничивая его только устным или письменным словом, а включая, например, визуальные образы, музыку, современные коммуникативные технологии и даже поведение. Так, в Нормативном постановлении 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» указывается, что международные стандарты, которых придерживается большинство стран - участников Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, практика Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций и других органов, обеспечивающих выполнение международных правовых актов о защите основных прав и свобод человека, рассматривают формы выражения человеком своего мнения достаточно широко, включая и протестное поведение, если оно в существенной мере нацелено на выражение его мнения. В этой связи Конституционный совет полагает, что, например, 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.

Вытекающее из статьи 20 Конституции право каждого на выражение своего мнения реализуются в системной связи с другими конституционными нормами, в частности с положениями пункта 2 пункта 3 статьи 18 и пункта 1 статьи 39 Конституции, в которых говорится, что «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», «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения». Права, предусмотренные статьями 18 и 20 Конституции, не входят в перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению ни в какой форме (пункт 3 статьи 39 Конституции).

⁹⁰ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-І (далее - УК) и **Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года № 155-ІІ** (далее - КоАП) содержат механизмы определения рамок свободы выражения мнения путем инкриминирования определенных действий/бездействий в целях: **1) защиты конституционного строя, 2) охраны общественного порядка, 3) прав и свобод человека, 4) здоровья и нравственности населения.** Посягательства на указанные объекты предполагают многоаспектную защиту, что учтено действующим уголовным и административным законом. Кроме того, следует учитывать, что согласно статье 20 Конституции законом могут запрещаться определенные способы получения и распространения информации: не допускаются пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия.

Как уже выше говорилось, если рассматривать понятие «выражение мнения» в широком смысле, то нормы, затрагивающие свободу выражения мнения в УК и КоАП, не следовало бы сводить исключительно к статьям, затрагивающим деятельность журналистов и средств массовой информации (далее - СМИ), а также вопросы получения информации. Однако, для целей настоящего документа, мы будем руководствоваться понятием «выражение мнения» в узком смысле, но с учетом того, что **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-ІV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» в понятие «средство массовой информации» была включена такая форма периодического или непрерывного публичного распространения массовой информации, как интернет-ресурсы. Также не будут рассматриваться правонарушения и преступления, которые напрямую связаны с вопросами, возникающими в процессе предпринимательской деятельности - рекламы, коммерческой, банковской, инсайдерской информации т.п.

С учетом этого, можно выделить следующие категории правонарушений и преступлений, затрагивающих вопросы свободы выражения мнения.

1) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты прав и свобод человека (защиты личности, конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина)⁹¹

⁹¹ **УК:** статья 112 «Угроза»; статья 129 «Клевета»; статья 130 «Оскорбление»; статья 142 «Нарушение неприкосновенности частной жизни»; статья 155 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 184 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 227 «Неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ». **КоАП:** статья 84 «Отказ в предоставлении физическому лицу информации, а равно незаконное ограничение права на доступ к информационным ресурсам»; статья 86 «Распространение сведений о виновности в совершении преступления»; статья 86-1 «Разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия»; статья 99 «Проведение агитации в период ее запрещения»; статья 100 «Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях»; статья 105 «Нарушение условий проведения предвыборной агитации через средства массовой информации»; статья 110 «Непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов»; статья 110-1 «Нарушение условий проведения опроса общественного мнения, связанного с выборами»; статья 115-1 «Продажа несовершеннолетним предметов и материалов эротического содержания»; статья 129 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 158-5 «Нарушение порядка и сроков рассмотрения обращений физических и юридических лиц»; статья 352 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 497-3 «Нарушение законодательства Республики Казахстан об информатизации».

² **УК:** статья 157 «Пропаганда и публичные призывы к развязыванию агрессивной войны»; статья 164 «Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды»; статья 170

2) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты конституционного строя (защиты мира, безопасности человечества и государства)⁹²

3) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях охраны общественного порядка и порядка управления⁹³

4) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты здоровья и нравственности населения⁹⁴

2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ЧАСТИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЙ

Говоря о международных стандартах, устанавливающих границы свободы выражения мнения, и применимости их на территории Республики Казахстан, прежде всего, следует учитывать следующее. Пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан гласит, что только «международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из

«Призывы к насильственному свержению или изменению конституционного строя либо насильственному нарушению единства территории Республики Казахстан»; статья 172 «Незаконное получение, разглашение, распространение государственных секретов». **КоАП:** статья 385 «Нарушение правил определения и установления степени секретности информации»; статья 386 «Нарушение установленных требований по обеспечению режима секретности»

³ **УК:** статья 233-1 «Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма»; статья 317-1 «Публичное оскорбление и иное посягательство на честь и достоинство Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, осквернение изображений Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, воспрепятствование законной деятельности Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации»; статья 318 «Посягательство на честь и достоинство Президента Республики Казахстан и воспрепятствование его деятельности»; статья 319 «Посягательство на честь и достоинство депутата и воспрепятствование его деятельности»; статья 320 «Оскорбление представителя власти»; статья 341 «Угроза или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования»; статья 342 «Неуважение к суду»; статья 343 «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, эксперта, судебного пристава, судебного исполнителя»; статья 351 «Заведомо ложный донос». **КоАП:** статья 342 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о средствах массовой информации»; статья 342-1 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о телерадиовещании»; статья 343 «Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды»; статья 344 «Изготовление, хранение, ввоз, перевозка, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции»; статья 346 «Воздействие на суд средствами массовой информации»; статья 347 «Дача заведомо ложных сведений и материалов средствам массовой информации»; статья 529 «Оскорбление должностного лица, угроза совершения насильственных действий».

⁹⁴ **УК:** статья 268 «Соккрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей»; статья 271 «Организация или содержание притонов для занятия проституцией и сводничеством»; статья 273 «Незаконное распространение порнографических материалов или предметов»; статья 274 «Незаконное распространение произведений, пропагандирующих культ жестокости и насилия». **КоАП:** статья 144 «Нарушение правил публичной демонстрации кино- и видеопроизведений»; статья 321 «Пропаганда и незаконная реклама наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»; статья 339 «Рекламирование продукции эротического содержания»

международного договора следует, что для его применения требуется издание закона». Применительно к актам международных организаций, созданных в соответствии с ратифицированными Республикой Казахстан международными договорами, и их органов это означает, что если в таком международном договоре указано, что названные акты носят обязательный для государств-участников характер, то Страна, ее государственные органы, должностные лица обязаны осуществлять все необходимые организационно-правовые мероприятия, направленные на исполнение такого требования, включая приведение в соответствие с ними актов национального законодательства. В соответствии с **Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1** «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», 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.

В соответствии с частью первой статьи 1 УК РК и частью первой статьи 1 КоАП, уголовное и административное законодательство состоят исключительно из соответствующих кодексов Республики Казахстан. Иные законы, предусматривающие уголовную или административную ответственность, подлежат применению только после их включения в указанные кодексы.

Международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, могут применяться в тех случаях, когда норма УК РК прямо устанавливает необходимость применения международного договора Республики Казахстан. При рассмотрении дела, когда нормы УК РК предусматривают наступление уголовной ответственности за преступление, запрещенное международным договором Республики Казахстан, суд обязан изучить содержание международных соглашений Республики Казахстан и нормы уголовного закона, предусматривающие уголовную ответственность за деяние, запрещенное международным договором, с целью установления, все ли признаки уголовно наказуемого деяния из международного договора Республики Казахстан включены в уголовный закон, выяснить вопрос ратификации, дату вступления в силу и т.п.

Всеобщая Декларация прав человека (принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года) впервые провозгласила свободу слова в форме, получившей впоследствии самое широкое признание. Статья 19 Декларации гласит: «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». Данный документ не имеет обязательного характера, будучи рекомендательной резолюцией ГА ООН. Тем не менее, всеобщее признание содержания статьи 19 превратило ее в норму действующего на международной арене обычного права.

На уровне общепризнанных международных стандартов в области прав человека, основные гарантии свободы выражения мнения также сформулированы в статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) и в статье 10 Европейской Конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ). В **статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года** (ратифицирован законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III, вступил в силу для РК 24 апреля 2006 года) говорится: «1. Каждый человек имеет право беспрепятственно придерживаться своих мнений. 2. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. 3. Пользование

предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые однако должны быть установлены законом и являться необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения».

Таким образом, свобода выражения мнения относится к основным правам человека и расценивается как один из основополагающих элементов демократического общества. Она обеспечивает защиту идей, мнений и информации, которые могут восприниматься как оскорбительные, шокирующие или возмутительные государством или определенной частью населения. Тем не менее, данное право не абсолютно и как таковое может ограничиваться в некоторых конкретных обстоятельствах. В отличие от, например, запрета на пытки, она, скорее, относится к категории условных прав. В частности, нельзя использовать право свободно выражать свое мнение для подрыва или умаления прав других. Вместе с тем, любое ограничение свободы выражения мнения должно носить соразмерный характер и четко оговариваться законом. Установление равновесия, необходимого для определения допустимой степени ограничения свободы выражения мнения в целях борьбы с преступностью, исключительно сложная задача. Границы допустимого значительно отличаются в разных странах в зависимости от особенностей местных культурных и правовых традиций. Тем не менее, любое ущемление права на свободное выражение мнения требует соблюдения принципов законности, необходимости, соразмерности и отсутствия дискриминации.

В Замечании общего порядка Комитета по правам человека ООН № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания» (Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года) говорится, что хотя оговорки к конкретным элементам пункта 2 статьи 19 приемлемы, общая оговорка в отношении прав, содержащихся в пункте 2, была бы несовместима с предметом и целью Пакта. Обязательство соблюдать свободу мнений и их выражения является юридически обязательным для каждого государства-участника в целом. Действия всех ветвей государственного управления (исполнительной, законодательной и судебной) и других органов государственной или правительственной власти любого уровня (национального, областного или местного) могут повлечь за собой ответственность государства-участника. В некоторых обстоятельствах подобная ответственность может наступать для государства-участника также и в отношении действий полугосударственных образований.

В Заключительных замечаниях 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) Комитет выражает обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что в государстве-участнике не уважается право на свободу выражения своего мнения. Комитет, в частности, выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что угрозы, нападения, преследования и запугивания журналистов и правозащитников серьезно сузили сферу осуществления права на свободу выражения. Комитет также выражает обеспокоенность по поводу наличия в Уголовном кодексе положений о клевете в отношении должностных лиц и недавнего введения в действие Закона «О Лидере Нации», которым в Уголовный кодекс вносится новая статья 317-1, предусматривающая запрещение и наказание оскорблений и иных посягательств на честь и достоинство Президента. Государству-участнику следует обеспечить, чтобы журналисты, правозащитники и отдельные лица имели возможность свободно осуществлять право на свободу выражения своего мнения в соответствии с Пактом. В этой связи государству-участнику следует пересмотреть свое законодательство о клевете и оскорблениях, с тем чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта. Кроме того, государству-

участнику следует воздерживаться от использования своего законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнения должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19.

Юридическая определенность правовых норм

Любое ограничение свободы выражения мнения должно быть четко установлено законом и полностью соответствовать следующему принципу: «[...] закон должен быть в адекватной мере доступным: граждане должны иметь соответствующую обстоятельствам возможность ориентироваться в том, какие юридические правила применяются к данному случаю. Во-вторых, норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ней свое поведение: он должен быть способен - получив, при необходимости, надлежащую консультацию - предвидеть, в разумной применительно к обстоятельствам степени, последствия, которые может повлечь за собой данное действие» (Решение Европейского суда по правам человека (далее - ЕСПЧ) по делу «Санди Таймс» (The Sunday Times) против Соединенного Королевства от 26 апреля 1979 г., п. 49). Это означает, что любой закон в данной области должен быть достаточно ясным для того, чтобы человек был в состоянии оценить, нарушает ли его высказывание соответствующее законодательство или нет. Степень точности закона зависит от того, к какой отрасли права он относится, на применение в какой сфере он рассчитан, и от численности и статуса тех, кому он адресован. ЕСПЧ без колебаний признавал нарушение права на свободное выражение мнения в случаях, когда определение правонарушения в оспариваемом законе было, на его взгляд, слишком расплывчатым.

Например, уголовное преследование за высказывания, прямо подстрекающие к осуществлению террористических актов или провоцирующие их, уже предусматривается в ряде стран, не вызывая при этом никаких споров. С другой стороны, криминализация «косвенного» подстрекательства или апологии/прославления террористических актов или терроризма вообще сопряжена с гораздо более серьезными затруднениями. Объявление подобных высказываний противозаконными влечет за собой очевидную и предсказуемую опасность злоупотреблений вследствие общей криминализации идей и мнений, которые не «нравятся» большинству, безотносительно от того, могут ли они в действительности привести к совершению террористического акта или нет. Этот вопрос встает особенно остро в связи с правонарушениями, граничащими с бесспорным «подстрекательством», - апологией, прославлением или оправданием терроризма. Проблема определения таких правонарушений осложняется тем, что само понятие «терроризм», как известно, весьма непросто сформулировать. В государствах-участниках ОБСЕ подстрекательство к совершению тяжких преступлений, как правило, уголовно наказуемо, а в ряде стран уже предусматривается и уголовная ответственность за высказывания, поощряющие или провоцирующие совершение террористических актов.

Учитывая это, при разработке законодательства следует обращать особо пристальное внимание на базовые принципы юридической определенности и соразмерности. Для того, чтобы законодательные меры в данной сфере носили строго целенаправленный и соразмерный характер, они должны при определении правонарушения и преступления содержать четкие требования к его составу.

Основания для ограничения

Законность ущемления права на свободу выражения мнения должна быть обоснована указанием на веские основания для такого действия, установленные в тексте статьи, регламентирующей это право. Государство, таким образом, должно быть способно оправдать допустимость вмешательства в осуществление права наличием одного или нескольких оснований, предусмотренных в соответствующей статье закона.

Защита прав третьих лиц

Как и МПГПП, ЕКПЧ содержит формулировку, прямо запрещающую злоупотребление правами, оговоренными Конвенцией с целью «осуществления любой деятельности или совершения любых действий, направленных на упразднение прав и свобод, установленных настоящей Конвенцией, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции».

В этой связи у КПЧ и ЕСПЧ накоплена внушительная прецедентная практика по недопущению отрицания Холокоста и запрещению национал-социализма.

В статье 20 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) недвусмысленно заявляется: «1. Всякая пропаганда войны должна быть запрещена законом. 2. Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом».

Запрет на пропаганду войны и разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти очевидно отталкивается от устремления не допустить повторения злодеяний, приведших ко Второй мировой войне и творившихся в то время. Право на жизнь (статья 6 МПГПП) и равенство (статья 26 МПГПП) составляют основу МПГПП, и разработчики Пакта решили бороться с первопричинами таких нарушений (войны, дискриминации) «путем превентивных запретов в области формирования общественного мнения»⁹⁵.

Это положение создает в сфере прав человека четкую юридическую базу для ограничения свободы выражения мнения в тех случаях, когда она используется для разжигания дискриминации, вражды или насилия, либо для пропаганды войны. Означенное положение может в равной степени применяться как для предупреждения злоупотреблений свободой выражения мнений в террористических целях, так и для предотвращения попыток приписать той или иной группе населения предрасположенность к терроризму, поскольку это положение позволяет квалифицировать подобные попытки как подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию по отношению к представителям данных групп.

Запрещение разжигания ненависти

Разжиганию ненависти по причине национальности, расы или религии уделено особое внимание в международном праве. Вообще свобода слова распространяется и на непопулярные идеи и суждения, которые «шокируют, оскорбляют либо будоражат», но при этом некоторые международные договоры, включая МПГПП, не только позволяют

⁹⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Далее – МПГПП.

государствам запрещать распространение ненавистнических мнений, но и требуют от них этого. Более того, одна из категорий подобных выражений мнения - побуждение к геноциду - является одним из немногих преступлений, признаваемых таковыми в международном праве, наряду с военными преступлениями и преступлениями против человечности.

Частная жизнь

Международное право четко признает, что каждое лицо подлежит определенной защите от вмешательства в его частную жизнь. В частности, Статья 17(1) МПГПП гласит: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию». Законы об охране личной и семейной жизни, по определению, устанавливают случаи, когда право на свободу слова подлежит ограничению ради иного права человека - права на неприкосновенность частной жизни. Иерархически ни одно из этих двух прав не выше другого; преобладание одного из них зависит от конкретных обстоятельств. При этом политики занимают особое место среди публичных лиц и потому факты, могущие говорить об их способности править страной или исполнять иные служебные функции (например, их физическое и психическое здоровье), представляют законный интерес для избирателей - даже если таковые факты находятся в сфере частной жизни. Кроме того, избрав профессию, где успех зависит от общественного мнения, политики осознанно и по своей воле поставили себя в поле пристального внимания СМИ. ЕСПЧ подтвердил, что, как и в случае диффамационных суждений, политикам надлежит проявлять больше терпимости, чем подобает простым гражданам, к случаям вмешательства СМИ в их личную и семейную жизнь.

Диффамация

Международные органы - такие, как ООН и ОБСЕ, - не раз признавали опасности, таящиеся в уголовном преследовании за диффамацию, и рекомендовали упразднить такие законы. В частности, Парламентская Ассамблея ОБСЕ призвала к отмене всех законов, предполагающие уголовную наказуемость диффамации публичных лиц, государства или его органов. Полномочные представители ООН, ОБСЕ и ОАГ по вопросам свободы слова пошли еще дальше, заявив, что «уголовное преследование за диффамацию не является оправданным ограничением свободы выражения убеждений; все законы об уголовном преследовании за диффамацию подлежат отмене и замене, где это необходимо, гражданско-правовыми мерами ответственности».⁹⁶ КПЧ ООН многократно выказывал озабоченность несоответствующим применением положений уголовного законодательства о диффамации и рекомендовал провести глубокие реформы - причем в таких непохожих странах, как Азербайджан, Норвегия и Камерун.⁹⁷

Европейский Суд по правам человека, напротив, не постановлял, что преследование за диффамацию в уголовном порядке по определению является нарушением права на свободу выражения мнения.

⁹⁶ Совместная Декларация от 10 декабря 2002 года. URL: <http://www.osce.org/fom/39838&usg=ALkJrhjFmCPpiChjqOXBpjgwEtrWvrB5AQ>

⁹⁷ Выводы КПЧ по Азербайджану (UN Doc. CCPR/CO/73/AZE, 12 ноября 2001 г.); по Норвегии (UN Doc. CCPR/C/79/Add.112, 1 ноября 1999 г.); по Камеруну (UN Doc. CPR/C/79/Add.116, 4 ноября 1999 г.).

Организация АРТИКЛЬ 19 полагает, что все законы об уголовном преследовании за диффамацию нарушают гарантию свободы слова, но, осознавая, что такие законы существуют в ряде стран и в ближайшем будущем отменены не будут, предлагает временные меры, направленные на смягчение воздействия этих законов:

- никто не может быть осужден за диффамацию, пока считающая себя потерпевшей сторона вне разумных сомнений не докажет присутствие всех составляющих преступления, согласно перечисленному ниже;

- уголовное преступление диффамации считается совершенным, когда доказано, что оспариваемые высказывания ложны, что они были распространены с осознанием их ложного характера или же безрассудно в отношении их возможной ложности, и что они распространены с непосредственным намерением нанести ущерб стороне, считающей себя потерпевшей;

- государственные органы, включая полицию и прокуратуру, не должны принимать никакого участия в иницировании или осуществлении уголовного преследования, независимо от статуса стороны, считающей себя потерпевшей от диффамации, даже если этой стороной является высокое должностное лицо;

- приговоры о лишении свободы, такие приговоры с отсрочкой исполнения, запреты на выражение мнения при помощи конкретного средства массовой информации, запреты на журналистскую либо на иную профессиональную деятельность, чрезмерные штрафы и прочие суровые наказания никогда не должны налагаться за нарушение законов о диффамации, какими бы явными или вопиющими ни были диффамационные высказывания.⁹⁸

Национальная безопасность

В международном праве пока нет общепринятого определения того, что составляет «национальную безопасность». Международные суды обычно соглашались с доводами государств, что ограничения служили целям защиты национальной безопасности, но при этом тщательно изучают, были ли принятые меры необходимыми. Вместе с тем, в этой связи важно отметить, что соображения национальной безопасности не могут использоваться в качестве бланкетного предлога для ущемления прав, а именно: «ограничение, оправдываемое соображениями национальной безопасности, не считается правомерным, если его истинным назначением и доказуемой конечной целью не является защита существования страны или ее территориальной целостности от применения силы или угрозы ее применения, а также защита способности данной страны противостоять применению силы или угрозе ее применения вне зависимости от того, проистекает ли эта опасность извне, как, например, военная угроза, или изнутри, как, например, подстрекательство к насильственному свержению правительства».⁹⁹

Йоханнесбургские принципы в сфере национальной безопасности, свободы выражения мнений и доступа к информации (1 октября 1995 года) гласят: «любое публично выражаемое мнение не должно подвергаться предварительной цензуре в интересах защиты национальной безопасности, за исключением обстоятельств

⁹⁸ Принципы свободы выражения мнения и защиты репутации. Определяя Диффамацию (Артикул 19; Лондон, 29 февраля - 1 марта, 2000 г.) http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30003307

⁹⁹ Йоханнесбургские принципы «Национальная безопасность, свобода выражения мнения и доступ к информации» (Article 19, 1 октября 1995 года) http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31070926

чрезвычайного положения, угрожающих существованию страны, согласно условиям, предусмотренным Принципом 3».¹⁰⁰ Таким образом, предварительная цензура из соображений национальной безопасности допустима только в действительно исключительных обстоятельствах.

Для того, чтобы применить карательные санкции к выражению мнения, которое квалифицируется как угроза национальной безопасности, государство должно доказать, «что а) выражение мнения имеет целью призыв к насильственным действиям; б) может привести к таким насильственным действиям; в) имеется прямая и очевидная связь между выражением мнения и вероятностью совершения или самим совершением означенных насильственных действий».¹⁰¹

Сиракузские принципы в отношении ограничений и отступлений от положений МПГПП (1985) также гласят следующее: «на интересы национальной безопасности нельзя ссылаться в качестве основания для введения ограничений с целью предотвращения лишь локальной или относительно изолированной угрозы правопорядку».¹⁰²

Отсюда следует, что ограничения на основаниях защиты национальной безопасности оправданы лишь тогда, когда нация стоит перед угрозой ее «существованию, территориальной целостности или политической независимости», но не тогда, когда имеет место локальный конфликт или просто противоправная деятельность.

Ограничения в освещении деятельности судов

Пристальное внимание общественности к тому, как функционируют судебная и правоохранительная система, служит главной гарантией справедливости правосудия - и гарантией от авторитарного правления. Такому вниманию в первую очередь способствуют СМИ. Как отметил Верховный Суд США: «Ответственная пресса всегда рассматривалась как верная спутница эффективного правосудия, особенно уголовного. Это подтверждается впечатляющей практикой в течение нескольких сот лет. Пресса не просто публикует материалы о судебных процессах, но и стоит на страже ошибок в отправлении правосудия, помещая полицию, прокуроров и судебные процессы в поле пристального общественного внимания и критики».¹⁰³ Освещение прессой проводимого расследования может осложнить работу полицейских преданием огласки используемых методов или полезными подсказками подозреваемым. Несмотря на это, в развитых демократических обществах суды в редких случаях дают распоряжения о молчании прессы, памятуя о ее важной роли общественного наблюдателя. Создание трудностей следователям никогда не будет основанием для запрещения освещения хода дела в прессе. Верховный Суд Канады в свое время постановил, что любое распоряжение о воздержании от опубликования материалов, касающихся уголовного расследования, оправдано лишь тогда, когда наносимый распространением сведений вред перевешивает урон, который могло бы нанести неопубликование этих сведений.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Там же (принцип 2 а)

¹⁰¹ Там же (принцип 6 а)

¹⁰² Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение.

¹⁰³ См. Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 350 (1966).

¹⁰⁴ Дело Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188, paras. 3-4

Необходимость и соразмерность

Принцип необходимости и соразмерности требует проведения границы между правом отдельного лица (свобода выражения мнения) и интересами государства или общества. Обстоятельства каждого конкретного дела требуют индивидуального подхода, а четких правил, позволяющих определить, где должна проходить вышеупомянутая граница, собственно говоря, не существует. При оценке той или иной инстанцией правомерности любых предполагаемых мер от государства требуется обосновать свои действия, представив доказательства необходимости ущемления права в демократическом обществе. «Необходимость» в данном случае не означает того, без чего невозможно обойтись, но, вместе с тем, это понятие не может истолковываться и как «целесообразность» или «желательность». Оно подразумевает существование неотложной социальной потребности, и данная неотложная потребность должна вписываться в критерии демократического общества. К главным признакам такого общества относятся толерантность и широта взглядов.

В этой связи имеет смысл особо отметить следующий момент: хотя личные интересы и должны в соответствующих обстоятельствах подчиняться интересам явного большинства, демократия вовсе не означает, что мнение последнего должно всегда преобладать. Должен быть установлен надлежащий баланс, обеспечивающий справедливое и корректное обращение с меньшинствами и не допускающий злоупотребления большинством своим господствующим положением.

Принцип соразмерности не упоминается в тексте соглашений о правах человека, но, тем не менее, это доминирующий мотив в правоприменении в данной сфере. Принцип соразмерности подразумевает наличие разумного соотношения между применяемыми средствами и целями, которых стремятся достичь. По существу, этот принцип требует, чтобы суд определил, носит ли мера по ограничению прав, имеющая целью способствовать проведению законной государственной политики:

- неприемлемо либеральный характер в своем применении, или же
- чрезмерно или необоснованно обременительный характер для отдельных людей.

Решение, учитывающее принципы соразмерности, должно:

- минимально ущемлять соответствующее право.
- быть тщательно продуманным, чтобы соответствовать поставленным целям.
- не быть произвольным, несправедливым или основанным на иррациональных соображениях.

При оценке той или иной меры на соразмерность следует учитывать следующие факторы:

- Имелись ли существенные и достаточные основания для ее применения?
- Возможно ли было применить менее ограничивающую меру?
- Предусматривал ли процесс принятия решения какой-либо механизм обеспечения беспристрастности?
- Существуют ли гарантии предотвращения злоупотреблений?
- Не подрывает ли вводимая мера самой сути ограничиваемого права?

Отсутствие дискриминации

При оценке законности ущемления прав человека вопрос о дискриминации должен рассматриваться даже в случае отсутствия нарушения самого материального права, ставшего предметом спора. В принципе, то или иное различие в правоприменении будет считаться дискриминационным, если:

- оно не имеет объективного и разумного оправдания;
- оно не имеет очень весомых оснований;
- оно несоразмерно.

В случае несоблюдения вышеперечисленных критериев и при отступлении от общепринятого правоприменения в конкретном процессе последнее будет равнозначно дискриминации и, следовательно, может квалифицироваться как незаконное. Принцип 4 Йоханнесбургских принципов гласит: «Ни в коем случае при ограничении свободы выражения мнения или свободы информации, в том числе под предлогом защиты национальной безопасности, не должна допускаться дискриминация по признакам расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других взглядов, национального или социального происхождения, гражданства, имущественного положения, рождения или по иным признакам».

При ограничении свободы выражения мнения в условиях борьбы с преступностью недопустимо, чтобы данное ограничение носило целенаправленный характер в отношении каких бы то ни было, конкретных политических или иных взглядов, если для такого дифференцированного подхода не имеется очень веских оснований, как, например, факты, подтверждающие потенциальную способность таких взглядов порождать насилие.

В связи с тем, что как уже упоминалось выше, **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-IV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» любые сайты (интернет-ресурсы) приравнены к СМИ, важным представляется европейский подход к новому пониманию СМИ. Так, в **Рекомендации CM/Rec(2011)7 государствам-членам о новом понятии СМИ** (21 сентября 2011 года) Комитет министров, в соответствии с положениями статьи 15.b Устава Совета Европы, рекомендует, чтобы государства-члены «приняли новое, широкое понятие СМИ, которое включает всех участников, связанных с производством и распространением, среди потенциально большого количества людей, контента (например, информации, анализа, комментариев, мнений, образования, культуры, искусства и досуга в печатной, аудио, визуальной, аудиовизуальной или иной форме) и способы применения, которые направлены на то, чтобы содействовать интерактивным массовым коммуникациям (например, в социальных сетях) или другой основанной на контенте широкомасштабной интерактивной деятельности (например, игры в режиме «онлайн»), при этом сохраняя (во всех этих случаях) редакционный контроль или надзор над контентом». В Рекомендации предлагается 6 критериев определения СМИ: намерение действовать в качестве СМИ; цель и основные задачи СМИ; редакционный контроль; профессиональные стандарты; сфера охвата и распространение; ожидания общества.

Говоря об ответственности СМИ, нельзя не упомянуть и меры по защите СМИ, о которых говорится в принятой на днях **Совместной декларации «О преступлениях против свободы выражения мнения»** (Специальный докладчик ООН по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их свободное выражение, Представитель ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации, Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений Организации американских государств и Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений и свободного доступа к информации Африканской комиссии по правам человека и народов, 25 июня 2012 года).

В ней международные эксперты, призывают все правительства к созданию новой категории «преступлений против свободы выражения» в ответ на участвовавшие случаи нападений на журналистов, работников СМИ, блоггеров, правозащитников и т.д., связанные с реализацией права на свободу выражения. Категория преступлений против свободы выражения потребует ужесточения наказания по причине того, что преступления против тех, кто

реализует свое право на свободу выражения, подрывает право всех остальных знать и влияет на общество в целом. Совместная декларация говорит об обязательствах государств по борьбе с безнаказанностью за атаки на свободу слова и определяет меры, которые государства должны принять в целях предотвращения подобных преступлений, защиты жертв и эффективного расследования преступлений в случае нарушений. Декларация дает рекомендации по созданию специальных следственных подразделений и специализированных программ защиты, с учетом местных потребностей и проблем.

3. РЕФОРМИРОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА СВОБОДУ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ С УЧЕТОМ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ

При оценке данного вопроса, думается, что помимо лучшей международной практики, методологической основой для реформирования уголовного и административного законодательства должны послужить положения уже упоминавшегося выше **Нормативного постановления 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». В нем говорится, что законодатель при установлении уголовной ответственности обязан исходить из конституционных пределов допустимого ограничения прав и свобод человека и гражданина, не искажая существа конституционных прав и свобод и не вводя таких ограничений, которые не согласуются с конституционно определенными целями.

Положения пункта 1 статьи 39 Конституции означают, что защита конституционного строя, охрана общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения могут обусловить ограничение прав и свобод, если такое ограничение адекватно законно обоснованным целям и отвечает требованиям справедливости, является пропорциональным, соразмерным и необходимым в демократическом государстве для защиты конституционно значимых ценностей. При этом закон, ограничивающий права и свободы человека и гражданина, должен быть сформулирован предельно ясно, четко указывать как на признаки правонарушения, так и на конституционные цели, в защиту которых он принят, не допуская возможности неоднозначного его толкования.

Основой взаимоотношений государства и личности в сфере установления и реализации уголовной ответственности является безусловное соблюдение, как законодателем, так и правоприменителем конституционно-правового статуса человека и гражданина, привлеченного к уголовной ответственности и подвергнутого наказанию. Использование в пункте 1 статьи 39 Конституции слов «...лишь в той мере...» предполагает, что меры уголовно-правового принуждения, а также предупреждения преступлений должны отвечать принципам справедливости и соразмерности уголовной ответственности, а также защищаемым Основным законом ценностям, высшими из которых являются человек, его жизнь, права и свободы.

В принципе, существует два основных способа ограничения свободы выражения мнения, которыми государство может воспользоваться для борьбы с правонарушениями и преступлениями. Это предварительная цензура публичного выражения мнения и последующее привлечение к ответственности за таковое. Предварительные ограничения уместны, например, когда известно, что намечается трансляция или распространение определенного заявления, либо публикация в СМИ, поддерживающие определенные, запрещенные законом идеи, а государство желает предотвратить их обнародование. Однако, согласно международным стандартам, применение предварительного ограничения чрезвычайно спорно, и ситуации, в которых к нему можно было бы прибегнуть, крайне

немногочисленны. Этот подход отражается в факте существования практически полного запрета на предварительную цензуру, прямо предусмотренного и Конституцией РК.

Свободой выражения мнения иногда злоупотребляют для подстрекательства к насилию (включая терроризм), расовой ненависти и дискриминации. Международная практика говорит, что в условиях борьбы с преступностью всегда существует реальная опасность того, что, пресекая политическую свободу слова и/или выражения мнений, граничащих с подстрекательством к совершению преступлений, государство может спровоцировать обращение к менее безопасным способам проявления недовольства, включая применение насилия или совершение терактов. Лишение граждан возможности законным способом выразить свое недовольство государством может усилить у них чувство неудовлетворенности и отчужденности, что способствует формированию среды, в которой преступникам легче пополнять свои ряды. Кроме того, как уже свидетельствует казахстанская практика, подвергая уголовному наказанию лиц, исповедующих экстремизм и терроризм, власти рискуют добиться обратного эффекта: в местах заключения эти люди получают аудиторию, которая может оказаться гораздо более восприимчивой, чем та, на которую они могли рассчитывать на свободе.

Поэтому, разрабатывая политику и законодательство в данной области, следует применять более широкий подход, а также учитывать ее возможные последствия.

Основной документ, определяющий в настоящее время стратегические направления правовой реформы в РК, а это **Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858** «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» (далее - Концепция), не употребляет термин «свобода выражения мнения». В целом, применительно к рассматриваемым вопросам, в ней говорится, что совершенствование нормативно-правового регулирования вопросов информации должно быть направлено на «гарантирование свободы слова, свободное получение и распространение информации любым, незапрещенным законом способом, с учетом соблюдения конституционных прав на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, тайны переписки, телефонных переговоров и иных сообщений, а также соблюдения требований законодательства о государственных секретах».

В Концепции также говорится, что 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.

В Концепции также указывается, что 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.

Что касается, уголовной политики, то, в частности, в Концепции говорится, что она должна быть направлена на дальнейшую декриминализацию правонарушений, не представляющих большой общественной опасности, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение. Важным так же названо приведение уголовного закона в соответствие с международными договорами, ратифицированными Казахстаном.

Из законопроектов, принятых в развитие данного документа, следует отметить следующие. **Перспективным планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы**, утвержденным Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 марта 2012 года № 360, предусмотрено внесение в 1 квартале 2013 года в Парламент новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - УК РК), а также Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее - КоАП). Государственным органом, ответственным за разработку УК РК, определена Генеральная Прокуратура РК и на данный момент обнародован соответствующий Проект концепции новой редакции УК РК (далее - Концепция) с предполагаемой структурой законопроекта.

Применительно к рассматриваемым вопросам, прежде всего, следует отметить, что в проекте Концепции УК на основе положительного международного опыта предлагается рассмотреть вопрос о введении новой категории противоправных деяний - уголовного проступка. Это позволит, по мнению разработчиков Концепции УК «классифицировать ряд деяний, по степени общественной опасности находящихся на стыке административного правонарушения и уголовного преступления, при этом по своей природе такие деяния будут ближе к уголовным преступлениям, нежели к административным правонарушениям. Основанием отнесения деяний к категории уголовных проступков предлагается их общественная опасность, а также виды наказаний, назначаемых за их совершение».

С законодательной точки зрения, авторам Концепции оптимальным представляется регламентация уголовных проступков в рамках Уголовного кодекса, что позволит придать им статус, близкий к категории преступных деяний и соответственно расширить возможности государства по их пресечению. При определении понятия проступка делается акцент на его меньшую общественную опасность по сравнению с действующей категоризацией преступлений. При этом разграничение преступлений и проступков проводится по критерию возможности назначения наказания в виде лишения свободы, поскольку именно этот вид наказания является наиболее отчетливой границей между серьезной и менее серьезной общественной опасностью. Тем самым становится возможным признать преступлениями те деяния, за совершение которых может быть назначено лишение свободы, в том числе в альтернативе с иными видами наказаний, а уголовными проступками - все иные деяния, которые не влекут наказания в виде лишения свободы.

Если такая идеология Концепции будет поддержана, в категорию проступков перейдут преступления небольшой тяжести, за совершение которых в настоящее время не предусматривается лишение свободы. К проступкам также будет отнесена определенная часть административных правонарушений, рассматриваемых сейчас в судебном порядке. Часть уголовно наказуемых деяний, за совершение которых в настоящее время предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок до одного года, также может быть отнесена к проступкам. Назначение наказания за совершение уголовного проступка не будет иметь своим последствием судимость, при этом срок давности привлечения к уголовной ответственности и срок давности приговора за проступки будут минимальными. Соответственно, будет также введен упрощенный порядок расследования и рассмотрения судами дел об уголовных проступках.

Что касается отдельных составов преступлений, то в Концепции утверждается, что обеспечение гарантий на неприкосновенность достоинства человека, частной жизни, личной и семейной тайны, обеспечение конституционных прав на защиту своей чести и достоинства, на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений настоятельно диктует необходимость пересмотра и усиления ответственности за соответствующие посягательства. Никакие основания, используемые для прикрытия подобных посягательств, не должны быть оправданием для нарушения названных конституционных гарантий. Свобода слова, борьба

с преступностью и иные внешне общественно полезные действия не должны быть инструментами незаконного вторжения в частную жизнь граждан, посягательств на его честь и достоинство, говорится в документе. Следует отметить, что из последних вариантов Концепции выпало предложение, которое было в первоначальных редакциях: «С указанных позиций была бы преждевременной декриминализация состава клеветы и оскорбления, которые в настоящее время имеют сильную превентивную составляющую».

В Концепции также предлагается обеспечить надлежащую уголовно-правовую защиту информационной безопасности и, с этой целью, ввести в УК самостоятельную главу, содержащую составы уголовных преступлений и уголовных проступков и предусматривающих ответственность за такого рода деяния. В данной главе предлагается объединить составы преступлений, устанавливающие ответственность за деяния, посягающие на информационную безопасность, за распространение деструктивных материалов, представляющих общественную опасность, или обеспечение доступа к ним через компьютерные системы. В Концепции подчеркивается, что особенностью компьютерных систем, в отличие от иных СМИ, является их возможность распространения и перемещения информации на неограниченные расстояния и обеспечение доступа к ней неограниченного и заведомо неизвестного круга лиц. Ввиду специфики электронных средств существенно повышается общественная опасность деяний, совершенных с их использованием и, в этой связи, предлагается рассмотреть возможность усиления ответственности за распространение запрещенной законом информации посредством компьютерных систем.

Таким образом, Концепцией предлагается дополнить новую редакцию УК РК главой **«Преступления и проступки против информационной безопасности»**. Ключевым здесь является понятие информационной безопасности, а УК призван защитить ее от разного рода угроз, посягательств путем признания определенных деяний преступлениями и установления наказания и иных мер уголовно-правового воздействия за их совершение.

В этой связи следует отметить, что согласно статье 4 **Закона Республики Казахстан от 6 января 2012 года № 527-IV «О национальной безопасности Республики Казахстан»** (с изменениями по состоянию на 10.07.2012 г.), информационная безопасность это состояние защищенности информационного пространства Республики Казахстан, а также прав и интересов человека и гражданина, общества и государства в информационной сфере от реальных и потенциальных угроз, при котором обеспечивается устойчивое развитие и информационная независимость страны. При этом под информационным пространством в законе понимается сфера деятельности, связанная с формированием, созданием, преобразованием, обработкой, передачей, использованием, хранением информации, оказывающая воздействие в том числе на индивидуальное и общественное сознание, информационную инфраструктуру и собственно информацию. А информационная инфраструктура это совокупность технических средств и систем формирования, создания, преобразования, обработки, передачи, использования и хранения информации. В числе основных угроз национальной безопасности названы снижение уровня защищенности информационного пространства страны, а также национальных информационных ресурсов от несанкционированного доступа, а также информационное воздействие на общественное и индивидуальное сознание, связанное с преднамеренным искажением и распространением недостоверной информации в ущерб национальной безопасности. Очевидно, с учетом этого и должна строиться уголовная политика государства по борьбе с преступлениями против информационной безопасности.

Также, несомненно, она должна учитывать **Концепцию информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденную Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174. Как указывается в данном документе, Концепция

выражает совокупность официальных взглядов на сущность и содержание деятельности Республики Казахстан по обеспечению информационной безопасности государства и общества, их защите от внутренних и внешних угроз. Она определяет задачи, приоритеты, направления и ожидаемые результаты в области обеспечения информационной безопасности личности, общества, государства и призвана обеспечить единство подходов к формированию и реализации государственной политики обеспечения информационной безопасности, а также методологическую основу для совершенствования нормативных правовых актов, регулирующих данную сферу.

Как методологическая основа по направлению законодательного и нормативно-методического обеспечения, данная Концепция предлагает изменения в существующее законодательство по вопросам отнесения отдельных видов информационных правонарушений к уголовно-наказуемым деяниям. Также в ней предлагается дополнительная правовая регламентация вопросов соблюдения авторского права в информационно-коммуникационных сетях, совершенствование законодательства, регулирующего вопросы защиты персональных данных. Предполагается проведение целенаправленной политики по выявлению и недопущению скрытого воздействия на общественное сознание со стороны других государств, транснациональных корпораций, различных неформальных структур, в том числе через социальные сети, активизация противодействия распространению идеологии терроризма, религиозного и этнического экстремизма, сепаратизма и других антиобщественных проявлений через системы распространения массовой информации. Будет внедрена оптимальная модель развития и регулирования казахстанского сегмента глобальной информационной сети Интернет, выработаны механизмы стимулирования производства позитивного содержательного контента, развития отечественных интернет-СМИ, модернизации телекоммуникационной инфраструктуры. Также признана необходимой разработка международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в области использования глобальной информационной инфраструктуры, совершенствования взаимодействия правоохранительных органов Республики Казахстан и иностранных государств в области предупреждения, выявления, пресечения и ликвидации последствий использования информационных и телекоммуникационных технологий в террористических и иных преступных целях, совершенствование международных правовых норм в области информационной безопасности и защиты государственных секретов для обеспечения соблюдения национальных интересов Республики Казахстан. К сожалению, сказать точно, о каких именно мероприятиях идет речь, невозможно, поскольку **Отраслевая Программа по обеспечению информационной безопасности Республики Казахстан на 2011-2014 годы**, утвержденная постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 января 2011 года № 45 дсп - засекречена.

Следует отметить, что в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК употребляется другой термин для соответствующей главы: «Преступления и проступки против безопасности информационных технологий». Думается, что это не совсем верно, поскольку термин «безопасность информационных технологий» в настоящее время в законодательстве РК не встречается, а применяется лишь в нормативно-технических документах, например, **СТ РК ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2006 (ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2002, IDT)** «Информационная технология. Методы и средства обеспечения безопасности. Критерии оценки безопасности информационных технологий. Часть 1 Введение и общая модель». Схожая терминология употребляется в **проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации»**, который готовится сейчас параллельно с основным законопроектом «Об информатизации». В числе прочих вопросов, данный документ предусматривает «совершенствование института уголовной ответственности за преступления в сфере информационных технологий». В нем говорится,

что анализ ситуации, связанной с вопросами противодействия правонарушениям и преступлениям в сфере информационной безопасности, а также противодействия распространению информации, противоречащей законодательству Республики Казахстан, свидетельствует о необходимости уточнения и дополнения уголовно-правовых норм, предусмотренных УК РК. В условиях расширения видов массовой коммуникации, в первую очередь, широкого использования сети Интернет, назрела необходимость концептуального пересмотра норм действующего уголовного законодательства. Существующие уголовно-правовые нормы в сфере киберпреступности разрознены и не связаны между собой единым смысловым значением как преступления в сфере информационных технологий, нарушения информационной безопасности, защиты охраняемой законом информации, а также защиты прав и свобод граждан в информационной сфере. В связи с этим разработчиком предлагается объединить все уголовно-правовые нормы, касающиеся киберпреступлений, в самостоятельной главе УК РК «Преступления в сфере информационных технологий»:

- выделить из статьи 227 УК РК самостоятельные составы преступлений с целью конкретизации видов уголовно-наказуемого деяния, разделения степени ответственности за ущерб, причиненный преступлением, усиления ответственности за определенные виды преступления в зависимости от характера причиненного ущерба;

- ввести уголовную ответственность за нарушение правил информатизации, создание, внедрение и эксплуатацию информационных систем, баз и банков данных, систем обработки и передачи информации, а также доступ в информационные системы без принятия установленных мер защиты, причинившее крупный ущерб либо значительный вред правам или охраняемым законом интересам граждан либо государственным или общественным интересам;

- ввести уголовную ответственность за создание компьютерных программ или внесение изменений в существующие программы с целью несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования или перехвата информации, хранящейся или передаваемой в компьютерной системе, разработку специальных вирусных программ, их умышленное использование или распространение их, повлекшие использование информации или ее копирование, а также нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети.

Кроме того, разработчик считает необходимым конкретизировать ряд преступлений в части способа совершения преступления - с использованием информационных технологий, в частности, в отношении мошенничества (ст. 177 УК РК).

Также в проекте говорится о совершенствовании института административной ответственности за правонарушения в сфере информационных технологий.

Органом, ответственным за разработку новой редакции КоАП определено Министерство юстиции РК и пока дело с информацией по этому вопросу обстоит сложнее, чем с проектом УК. Пока на этот счет не публиковалось никаких предварительных документов. Лишь в **Плане мероприятий на 2012 год по реализации Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года**, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 марта 2012 года № 283, говорится о том, что в 2012 году Минюст должен проработать необходимость принятия Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан и при этом четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. Также в Администрацию Президента Республики Казахстан должны быть представлены предложения по разграничению полномочий между судом и внесудебными инстанциями по рассмотрению дел об административных правонарушениях. Возможно это, вкупе с

решением вопроса об уголовных проступках, и определит дальнейшее направление и сроки разработки КоАП.

В целом, оценивая имеющиеся на сегодняшний день законопроекты, затрагивающие вопросы уголовной и административной ответственности (концепция и сравнительная таблица по **новой редакции УК РК**, проекты законов по вопросам **персональных данных, информатизации, электронной торговли, противодействия терроризму**), хотелось бы видеть их большую согласованность по указанным вопросам - в части как концептуальных подходов, так и терминологии.

Думается, что во многом это обусловлено тем, что в РК до сих пор отсутствует базовый закон об информации, о доступе к ней и защите. Но, поскольку в **Концепции информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174, говорится о том, что «на повестке дня остро встает вопрос о необходимости формирования в Республике Казахстан отдельной отрасли законодательства - информационного права», то, очевидно, необходимо активизировать работы в этом направлении, что как раз и позволит определиться с единой терминологией и подходами.

Так, например, в проекте УК РК предлагается ввести ответственность за незаконное собирание сведений о частной жизни лица, составляющих его личную, семейную или **иную охраняемую законом тайну**. При этом, в качестве обоснования такого шага, указывается на то, что в законодательстве отсутствует определение частной жизни, что не позволяет установить исчерпывающий перечень сфер жизни человека, подлежащих защите.

В остальном следует отметить следующее.

В связи с проводимой реформой, следует, наконец, определиться со статусом средств массовой информации. В рассматриваемых правоотношениях речь практически одновременно ведется и об ответственности СМИ (должностных лиц и собственников средств массовой информации), и о деяниях, совершенных с использованием средств массовой информации.

В КоАП не дается специального определения тому, кто признается должностным лицом или собственником СМИ, в УК речь идет лишь об ответственности физических лиц. Идея с уголовной ответственностью юридических лиц на данном этапе вроде бы отклонена, но в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК она присутствует. Так, например, предлагается ответственность юридических лиц за изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции террористического и экстремистского характера вплоть до ликвидации с конфискацией имущества.

Между тем, в соответствии со статьей 5 **Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 года № 451-І «О средствах массовой информации»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) средство массовой информации может быть создано как в форме юридического лица, так и в форме структурного подразделения юридического лица. При этом, в соседней статье 6 данного закона говорится, что собственником СМИ может быть не только юридическое лицо, но и физическое либо объединение физических и (или) юридических лиц. Вопрос, в какой форме при этом будет существовать СМИ, остается открытым. Закон говорит лишь, что ответственность за нарушение законодательства о средствах массовой информации несут виновные в этом должностные лица государственных органов и иных организаций, а также собственник, распространитель, главный редактор (редактор) средства массовой информации, авторы распространяемых

сообщений и материалов. При этом распределения - кто именно, какую ответственность несет - в законе не содержится. Указывается лишь, что собственник, главный редактор (редактор) средства массовой информации несут установленную законодательными актами Республики Казахстан ответственность за распространение сообщений и материалов, содержащих пропаганду или агитацию насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, культа жестокости, насилия и порнографии, независимо от источника их получения.

Кроме того, следует учитывать масштабы изменений в информационных и коммуникационных технологиях, таких как электронные системы распространения информации на базе Интернета и мобильной связи, которые существенно изменили методы общения во всем мире. В связи с этим, следует, наконец, определиться со статусом такого субъекта ответственности, как собственник интернет-ресурса. По сложившейся практике суды признают им лицо, на которое зарегистрировано доменное имя сайта. Однако, как известно, доменное имя в собственность получить невозможно. Нерешенным остается и вопрос со статусом лиц, участвующих в создании информационных ресурсов сайтов. Следует ли, например, блогеров рассматривать как журналистов при применении статьи, устанавливающей ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста?

Также для целей привлечения к ответственности собственников интернет-ресурсов надо, наконец, определиться, где проходит граница РК в Интернете.

Прежде, чем ставить вопрос об ответственности интернет-ресурсов за информацию, размещенную на них, очевидно, следует разработать определенный порядок самостоятельного удаления ими интернет-страниц, содержащих информацию, распространение которой в РК запрещено. И уже за нарушение такого порядка привлекать к определенной ответственности.

Неопределенность статуса интернет-СМИ, соответственно влечет, как видится, некоторую недооценку законодателем в настоящее время общественной опасности таких правонарушений, как, например, угроза или сводничество. Наверняка, в адрес любого казахстанского сайта, размещающего острые материалы по общественно-политическим и социально-экономическим вопросам, ежедневно поступают разного рода угрозы. Кто за ними стоит и стоит ли дожидаться того, чтобы эти угрозы были приведены в действие, чтобы оценить их опасность? Поэтому можно только приветствовать предложенную в проекте УК РК формулировку, предусматривающую ответственность за применение насилия или угрозы его применения в отношении журналиста или его близких либо с повреждением или уничтожением их имущества.

Также, следует приветствовать то, что в связи с введением в уголовное право новой категории «проступков», к которым предполагается отнести некоторую часть административных правонарушений, признано целесообразным осуществить перевод составов оскорбления и клеветы в разряд проступков, поскольку привлечение к уголовной ответственности за проступок не влечет судимости и ограничено годичным сроком давности. В то же время обвиняемый при этом не должен будет доказывать свою невиновность, как в рамках гражданского процесса.

В тоже время включение такого квалифицирующего признака, как использование сетей телекоммуникаций, в случаях с клеветой и оскорблением, а также в ряде иных статей не вполне понятно. **Согласно статье 2 Закона Республики Казахстан от 5 июля 2004 года № 567-III «О связи»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) это

понятие охватывает передачу знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио, оптической и другим электромагнитным системам. Т.е. оно довольно широкое. Авторы законопроекта говорят, что практика показывает, что для распространения информации, в том числе деструктивного характера в последнее время широко применяются массовая рассылка материалов по электронной почте, с использованием Skype и иных компьютерных программ, посредством SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи, которые не могут быть отнесены к СМИ, однако позволяют обеспечить доведение информации до широких кругов населения. Однако в предложенных формулировках признак массовости отсутствует, поэтому под них могут подпадать, например, и телефонные разговоры между двумя людьми. Кроме того, в Казахстане в последнее время случаи массовой рассылки SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи без участия операторов связи не фиксировались, поэтому не следует объединять их с рассылками по электронной почте (так называемый «спам»).

Не вполне проработанным видится вопрос о введении ответственности за нарушение правил эксплуатации информационной системы, электронного информационного ресурса или информационно-коммуникационной сети лицом, имеющим к ним доступ по службе или работе, если это деяние повлекло по неосторожности уничтожение, блокирование, модификацию информации, изменение установленных владельцем или собственником ограничений на доступ к информации, либо нарушение работы информационной системы или информационно-коммуникационной сети. Здесь напрашивается дополнительный квалифицирующий признак, иначе по этой статье можно привлечь любого программиста или техника, любого работника, который по неосторожности, например, удалил нужный файл на рабочем компьютере. Думается, нужно вести речь только об умышленных действиях и если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Указанное относится и к статье «Компьютерный саботаж».

Неоправданно широкой видится формулировка, предусматривающая ответственность за умышленное несанкционированное копирование или иное неправомерное завладение информацией, хранящейся на машинном носителе, содержащейся в информационной системе или передаваемой по информационно-коммуникационной сети, если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Это применимо и к статье, говорящей о предоставлении услуг для размещения интернет-ресурсов в противоправных целях. Она фактически вводит ответственность хостинг-провайдеров за фильтрацию контента. Авторы законопроекта упирают на то, что эта статья с умышленной формой вины и что данная мера позволит привлекать к уголовной ответственности лиц, предоставляющих услуги сдачи в аренду дискового пространства сервера или самого сервера для размещения противоправного контента с обязательством о реагировании на жалобы со стороны пользователей. Однако, совершенно непонятно, как все это будет возможным зафиксировать? Получается реагирование на жалобы со стороны пользователей и будет мериллом ответственности, а это открывает почву для многих возможных злоупотреблений.

Также видится, что в законопроекте совершенно не учитывается важное положение, сформулированное в международном праве. Из последних документов оно четко сформулировано в **Замечании общего порядка № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания»** (Комитет по правам человека ООН, Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года). В нем Комитет отмечает, что в Международном пакте о гражданских и политических правах уделяется особое внимание праву на беспрепятственное выражение мнений при проведении дискуссий с участием политических и государственных деятелей. Таким образом, одного лишь факта, что формы выражения мнений оскорбляют какого-либо общественного деятеля, недостаточно для того, чтобы

обосновать установление наказаний, хотя общественные деятели также могут в своих интересах использовать положения Пакта. Более того, все общественные деятели, в том числе представители высшей политической власти, такие как главы государств и правительств, могут на законных основаниях становиться объектом критики и нападков политической оппозиции. По этой причине Комитет выражает обеспокоенность в связи с законами о таких действиях, как оскорбление высшего государственного лица, неуважение к суду, неуважение к представителям власти, неуважение к флагу и символике, клевета на главу государства, защита чести государственных должностных лиц; он также заявляет, что законом не должны устанавливаться более жесткие меры наказания исключительно в связи с положением личности индивида, чья репутация была якобы подвергнута сомнению. Государствам-участникам не следует запрещать критику таких структур, как армия или административный аппарат.

По мнению Комитета, такие правонарушения как «поощрение терроризма» и «экстремистская деятельность», а также правонарушения «восхваления», «прославления» или «оправдания» терроризма должны иметь четкие определения для гарантии того, что их применение не ведет к неуместному или несоразмерному вмешательству в осуществление права на свободное выражение мнений. Кроме того, следует избегать чрезмерных ограничений на доступ к информации. СМИ играют ключевую роль при предоставлении населению информации о террористических действиях, поэтому нельзя допускать неправомерного ограничения их работы. В связи с этим журналисты не должны подвергаться наказаниям за то, что они законно выполняют свои функции. Думается, что предложенные в проекте УК РК формулировки не вполне отвечают данным критериям.

Сентябрь 2012 г.

Свобода передвижения в административном праве Республики Казахстан¹⁰⁵

Свобода передвижения является одной из фундаментальных свобод человека, тесно связанная с реализацией других, не менее важных прав и свобод человека.

Основными международными нормативно-правовыми актами, закрепляющими свободу передвижения, являются Всеобщая декларация прав человека (ст.13)¹⁰⁶ и Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП) (ст.12)¹⁰⁷. Республика Казахстан ратифицировала эти основополагающие документы в области прав человека. С момента ратификации МПГПП имеет для Казахстана обязательную силу. В связи с его ратификацией, Казахстан обязан представлять доклад в Комитет ООН по правам человека о соблюдении норм Пакта. Последний такой доклад был представлен в 2009 г.¹⁰⁸

В общественных дискуссиях и научной литературе часто встает вопрос о приоритетности международного права перед национальным. Учитывая, что вышеуказанные международные документы, принятые и ратифицированные Казахстаном, представляют собой стандарты прав человека, в том числе свободы передвижения, хотелось бы специально остановиться на этом вопросе.

В соответствии с п.1 ст. 4 Конституции Республики Казахстан, «действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, **соответствующих ей** (прим. - выделено автором) законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики».

¹⁰⁵ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Freedom House.

¹⁰⁶ Всеобщая Декларация прав человека. Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года.

Статья 13. «1. Каждый человек имеет право свободно передвигаться и выбирать себе местожительство в пределах каждого государства.

2. Каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в свою страну». См.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

¹⁰⁷ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года.

Статья 12: «1. Каждому, кто законно находится на территории какого-либо государства, принадлежит, в пределах этой территории, право на свободное передвижение и свобода выбора местожительства.

2. Каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную.

3. Упомянутые выше права не могут быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в настоящем Пакте другими правами.

4. Никто не может быть произвольно лишен права на въезд в свою собственную страну».

См. http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

¹⁰⁸ Постановление Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892 «Об утверждении доклада о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах». См.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

Пункт 2 статьи 4 Конституции устанавливает, что «Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики».

Пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан следует понимать так, что преимущественную юридическую силу перед законодательством Республики имеют международные договоры, заключенные ею в соответствии с Конституцией Республики, в установленном законодательством порядке и ратифицированные Парламентом Республики путем принятия соответствующего закона.¹⁰⁹

Имеющая высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики, Конституция Казахстана установила, что международные договоры могут иметь приоритет, во-первых, только, если они ратифицированы Республикой и, во-вторых, предельный высокий уровень этого приоритета - только перед ее законами (п.3 ст. 4 Конституции).¹¹⁰

Таким образом, Конституция имеет приоритет перед международными договорами, заключенными Казахстаном, так как ратифицируемые Казахстаном международно-правовые акты должны соответствовать ее положениям.

В отношении свободы передвижения МПГПП и Конституция РК единодушны.

Ст. 21 Конституции РК закрепляет право на свободу передвижения всех, законно находящихся на территории Казахстана, без какой-либо дискриминации: *«1. Каждому, кто законно находится на территории Республики Казахстан, принадлежит право свободного передвижения по ее территории и свободного выбора местожительства, кроме случаев, оговоренных законом.2. Каждый имеет право выезжать за пределы Республики. Граждане Республики имеют право беспрепятственного возвращения в Республику».*

Ч.3 статьи 12 МПГПП устанавливает, что ограничения этого и других прав возможны лишь в том случае, если они а) предусмотрены законом, б) необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других (лиц), а также в) совместимы с признаваемыми в Пакте другими правами.

В то же время, казахстанское законодательство содержит ряд ограничений свободы передвижения. В частности, ограничением права на свободу передвижения по территории Казахстана остается существующий в стране институт обязательной регистрации по месту жительства, доставшийся в наследство от советской паспортной системы и режима прописки. Важно отметить, что вопросы социального обеспечения, реализация избирательного права, права на выезд из Казахстана и другие находятся в зависимости от института регистрации.

¹⁰⁹ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 года N 18/2 «Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан».

¹¹⁰ Анатолий К. Котов, член Конституционного Совета Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор. Конституционное верховенство и международные договоры./ Журнал "Правовая реформа в Казахстане", 2003, #1

Проведенный Комиссией по правам человека выборочный анализ отдельных нормативных правовых актов показывает на наличие несоответствия их нормам Конституции, гарантирующим гражданам свободу личности и передвижения.¹¹¹

К примеру, Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан (КоАП РК) предусматривает административную ответственность за отсутствие регистрации по месту жительства иностранцев и лиц без гражданства, причем этот срок начинается с 10 дней, что крайне мало, учитывая географию нашей страны.¹¹² Для граждан же Казахстана само по себе проживание без регистрации, вне зависимости от срока такого проживания, является административным правонарушением по той же ст. 377 КоАП РК. Более того, казахстанский законодатель не ограничился наказанием лишь незарегистрированных лиц, административному взысканию подлежат также собственники жилых и иных помещений, где проживают незарегистрированные граждане.¹¹³ Указанные нормы были внесены в

¹¹¹ Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы. Под общей редакцией Абишева Т.Д., Турсунова С.Т. – Астана, 2009. – С.136.

¹¹² Статья 377 КоАП РК «Проживание в Республике Казахстан без регистрации либо без документов, удостоверяющих личность»: «1. Проживание граждан Республики Казахстан без удостоверения личности или по недействительному удостоверению личности либо без регистрации по месту жительства, за исключением случаев, установленных Законом Республики Казахстан «О миграции населения», влечет штраф в размере пяти месячных расчетных показателей. 2. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф в размере десяти месячных расчетных показателей. 3. Постоянное проживание в Республике Казахстан иностранца или лица без гражданства без вида на жительство или без удостоверения лица без гражданства либо по недействительному виду на жительство, удостоверению лица без гражданства сроком свыше десяти календарных дней, а также несвоевременное извещение органов внутренних дел об утере паспорта, вида на жительство либо удостоверения лица без гражданства влекут штраф в размере двадцати месячных расчетных показателей. 4. Деяния, предусмотренные частью третьей настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, влекут штраф в размере пятидесяти месячных расчетных показателей».

¹¹³ **Статья 378 Кодекса об административных нарушениях Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 16.01.2013 г., введен в действие Законом РК от 30.01.01 г. № 156-II).** «Нарушение собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, правил регистрации внутренних мигрантов»:

«1. Допущение собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, регистрации физических лиц, которые фактически не проживают в жилищах, зданиях и (или) помещениях, принадлежащих собственнику или находящихся в ведении других лиц, влечет штраф на физических лиц в размере пяти, на индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, - в размере пятнадцати, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, - в размере двадцати месячных расчетных показателей.

2. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф на физических лиц в размере десяти, на индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, - в размере двадцати пяти, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, - в размере тридцати месячных расчетных показателей.

3. Непринятие мер собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, по снятию с регистрации физических лиц, зарегистрированных и не проживающих в жилищах, зданиях и (или) помещениях, принадлежащих собственнику или находящихся в ведении других лиц, влечет штраф на должностных лиц в размере десяти, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, в размере двадцати, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, в размере сорока месячных расчетных показателей.

административное законодательство в августе 2011 года по инициативе Министерства внутренних дел РК, лишь спустя полгода, 25 января 2012 г. МВД устроило специальный брифинг с разъяснением этих норм СМИ и населению. Надо признать, что население Казахстана негативно восприняло эти новшества, которые еще более ограничили свободу передвижения в нашей стране.

Перечисленные выше правонарушения отнесены к Главе 24 КоАП РК «Административные правонарушения, посягающие на установленный порядок управления». Таким образом, Казахстан признает, что порядок управления государством зависит от регистрации граждан и неграждан по месту жительства. Однако во имя этого порядка приносятся в жертву фундаментальные права и свободы человека, в том числе свобода передвижения. Лицо, не имеющее регистрации, лишается права на социальные гарантии, получение квалифицированной медицинской помощи, образования, легального трудоустройства, более того, права избирать и быть избранным. Такое ограничение по своим последствиям не может быть признано соразмерным и пропорциональным по отношению к гипотетической опасности для общественного порядка, несмотря на то, что оно установлено законом.

Еще одним из таких примеров может быть то, что пунктом 1 статьи 76 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях установлено, что в качестве мер воспитательного воздействия несовершеннолетнему может быть назначено ограничение досуга и установление особых требований к поведению.

При этом «установление особых требований к поведению несовершеннолетнего может предусматривать запрет посещения определенных мест, использования определенных форм досуга, в том числе связанных с управлением транспортным средством, ограничения пребывания вне дома после определенного времени суток, выезда в другие местности без разрешения комиссии по защите прав несовершеннолетних» (п.4 ст.77 КоАП РК). Фактически это означает ограничение свободы передвижения несовершеннолетнего в воспитательных целях.

Поскольку Кодекс не предусматривает, какими органами такие меры могут быть назначены, то сегодня по существу эти меры может назначить любой орган, кроме суда, рассматривающий дело об административном правонарушении. Это не согласуется с требованиями статей 16 и 21 Конституции Республики Казахстан.

Такое же несоответствие имеется в нормах ст. 11 Закона «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» от 21 декабря 1995 года № 2707 (пп.8-1 п. 1 ст. 11) и ст. 30 Закона **Республики Казахстан от 8 августа 2002 года № 345-II «О правах ребенка в Республике Казахстан»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.), согласно которым дети могут быть помещены в Центры реабилитации и адаптации без их согласия и без решения суда.

В связи с этим, в целях защиты конституционных прав детей, Комиссия по правам человека при Главе государства рекомендовала Правительству Республики Казахстан провести анализ всего законодательства и дополнить его нормами о том, что любое ограничение

4. Деяние, предусмотренное частью третьей настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф на должностных лиц в размере двадцати, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, в размере сорока, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, в размере восьмидесяти месячных расчетных показателей».

свободы несовершеннолетнего, ограничение его права свободного передвижения должно происходить только по решению суда.

Однако казахстанское административное законодательство содержит еще большее ограничение свободы передвижения – так называемое превентивное, установленное в ст.625-1 КоАП РК.¹¹⁴

В ст. 625-1 КоАП РК «превентивное ограничение свободы передвижения» определяется как мера индивидуальной **профилактики** (*выделено автором*) в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений и невозможности установления его личности иными способами. В то же время, законодатель отнес данную статью к Главе 36 «Принятие мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях». Таким образом, превентивное ограничение свободы передвижения должно служить в качестве меры обеспечения по делу об административном правонарушении, т.е. предполагается наличие этого самого производства. Однако в статье идет речь о гипотетической возможности наличия административного правонарушения и с этой целью предполагаемого виновного следует ограничить заранее (!) в свободе передвижения. Большого абсурда, на наш взгляд, придумать невозможно, с точки зрения права.

Однако с точки зрения правоохранительных органов, а именно миграционной полиции Министерства внутренних дел, это очень удобное средство контроля над бездомными и людьми без документов, личность которых трудной установить. Таким образом, данная статья призвана обслуживать узкие интересы миграционной полиции, а суды, санкционируя подобное превентивное ограничение свободы передвижения, в свою очередь, служат функциональным придатком миграционной полиции. В итоге, одно из фундаментальных прав человека, закрепленное в Конституции РК, ограничивается лишь для облегчения работы сотрудников правоохранительных органов, призванных защищать права человека.

На практике эта статья применяется, как уже было указано выше, к лицам без определенного места жительства и документов. Таким образом, налицо явная дискриминация этой категории населения Казахстана по признаку отсутствия жилья и документов, что является грубым нарушением ч.2 ст. 14 Конституции РК и ст. 2 МПГПП. Учитывая, что только в одном г. Алматы бездомных по разным оценкам насчитывается от 7 тыс. до 10 тыс. человек, можно представить масштаб нарушений прав человека лиц, принадлежащих к этой уязвимой группе.

Судьи считают, что понятие «превентивное ограничение свободы передвижения», данное ст. 625-1 КоАП РК, требует корректировки.¹¹⁵ Как уже было сказано, КоАП РК определяет

¹¹⁴ **Статья 625-1 КоАП** «Превентивное ограничение свободы передвижения. 1. Превентивное ограничение свободы передвижения является мерой индивидуальной профилактики в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений, и невозможности установления его личности иными способами. 2. Превентивное ограничение свободы передвижения применяется органами внутренних дел с санкции суда и состоит из временной изоляции лица в специальном учреждении органов внутренних дел на срок до тридцати суток. 3. Порядок и условия применения превентивного ограничения свободы передвижения, а также основания освобождения из специального учреждения органов внутренних дел определяются законодательством Республики Казахстан».

¹¹⁵ См. Р. ТУРСЫМБАЕВА, судья Талдыкорганского межрайонного специализированного административного суда по Алматинской области, "Юридическая газета", 28 ноября 2011 г. URL: <http://www.nomad.su/?a=3-201111290017>

«превентивное ограничение свободы передвижения» как меру индивидуальной профилактики при отсутствии в действиях лица признаков административных правонарушений и преступлений. Аналогичное понятие содержится в ст. 29 Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений»¹¹⁶. Однако этот закон пошел дальше КоАП – он позволяет лишать лиц без определенного места жительства и документов личной свободы на срок до тридцати суток. При этом они содержатся в специальных учреждениях МВД РК – так называемых приемниках-распределителях.

Из данного определения следует, что превентивное ограничение свободы передвижения может быть применено к лицу при условии отсутствия(!) в его действиях признаков административного правонарушения и преступления.

Вместе с тем ст. 618 КоАП РК относит превентивное ограничение свободы передвижения к одной из мер обеспечения административного производства. Возникает парадокс: с одной стороны, не должно быть признаков административного правонарушения, а с другой – за что в таком случае наказывать подозреваемого таким несоразмерным ограничением?

При этом у лиц, не имеющих постоянного места жительства и (или) документов, как правило, уже усматриваются признаки административного правонарушения ч. 1 ст. 377 КоАП РК (проживание граждан РК без удостоверения личности или по недействительному удостоверению личности либо без регистрации по месту жительства).

Вопрос подсудности санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения требует немедленного разрешения.

Дело в том, что на законодательном уровне подсудность санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения не определена. Превентивное ограничение свободы передвижения санкционируют специализированные административные суды, а если на территории соответствующей административно-территориальной единицы не образованы такие суды, вопрос санкционирования рассматривают районные (городские суды).

Вместе с тем согласно ст. 538 КоАП РК, на судей специализированных административных судов возложено рассмотрение дел об административных правонарушениях, а также согласно ч. 1-1 ст. 30 Гражданского процессуального кодекса РК – рассмотрение дел об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

Законодатель не только не определил подсудность санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения, но и порядок санкционирования. Не ясно, должен ли

¹¹⁶ Закон Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» от 29.04.2010 N 271-IV

Статья 29. Превентивное ограничение свободы передвижения

1. Превентивное ограничение свободы передвижения является мерой индивидуальной профилактики в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений, и невозможности установления его личности иными способами.

2. Превентивное ограничение свободы передвижения применяется органами внутренних дел с санкции суда и состоит из временной изоляции лица в специальном учреждении органов внутренних дел на срок до тридцати суток.

3. Порядок и условия применения превентивного ограничения свободы передвижения, а также основания освобождения из специального учреждения органов внутренних дел определяются законодательством Республики Казахстан.

вопрос санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения разрешаться в открытом судебном заседании, с обязательным участием прокурора, адвоката, лица, к которому применяется данная мера, или вопрос санкционирования может разрешаться единолично судьей.

Надлежит ли суду обеспечивать обязательное участие адвоката, если, например, лицо является иностранным гражданином, инвалидом и т.д. Если да, тогда каков должен быть порядок оплаты труда адвоката, так как речь идет о санкционировании меры профилактики. Законодатель не определил основания для отказа санкционирования. На практике возникает вопрос: вправе ли суды отказать правоохранительным органам в санкционировании превентивного ограничения свободы передвижения к лицам с признаками наличия психического заболевания, с признаками инвалидности, к беременным женщинам и т.д. Таким образом, еще раз констатируем то, что суды обслуживают интересы миграционной полиции, сотрудники которой очень часто злоупотребляют своими полномочиями в области превентивного ограничения свободы передвижения. В нашей практике были случаи, когда сотрудники миграционной полиции использовали превентивное ограничение свободы передвижения как средство контроля над женщинами-мигрантками, оказывающими сексуальные услуги в наказание за то, что они отказались бесплатно оказывать эти услуги полицейским.

Законодатель не определил также и вид судебного акта при санкционировании превентивного ограничения свободы передвижения, а также порядок его обжалования. Согласно ч. 4 ст. 23 Закона РК «О профилактике правонарушений»¹¹⁷, решение о применении мер индивидуальной профилактики правонарушений может быть обжаловано заинтересованными лицами в порядке, установленном законодательством. Принимая во внимание, что такое решение принимается должностным лицом, следует, что оно должно обжаловаться в соответствии с Главой 27 Гражданского процессуального кодекса РК «Производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих»¹¹⁸. Вместе с тем, ст. 633 КоАП РК гласит, что лицо, в отношении которого применены меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, а такой мерой может быть и превентивное ограничение свободы передвижения, может в течение десяти дней со дня применения указанных мер подать жалобу в вышестоящий орган (вышестоящему должностному лицу) или в суд.

В п. 25-15 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 26 ноября 2004 года N 18 "О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях" дано разъяснение, что протокол об административном правонарушении (статья 584 КоАП), может быть обжалован в районный и приравненный к нему суд в порядке, предусмотренном главой 27 ГПК РК, до поступления дела в суд, орган (должностному лицу), уполномоченный рассматривать соответствующее дело об административном правонарушении. Если в момент поступления дела об административном правонарушении решение по делу об оспаривании протокола об административном правонарушении не

¹¹⁷ Закон Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» от 29.04.2010 N 271-IV. Статья 23. Меры индивидуальной профилактики правонарушений.

4. Решение о применении мер индивидуальной профилактики правонарушений может быть обжаловано заинтересованными лицами в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

¹¹⁸ Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.12.2012 г.). Введен в действие Законом РК от 13 июля 1999 года № 412-1.

принято, жалоба подлежит рассмотрению судом, органом (должностным лицом), рассматривающим дело об административном правонарушении.

Если исходить из аналогии, следует, что лицо, не согласное с применением к нему меры обеспечения административного производства в виде превентивного ограничения свободы передвижения, так же как и с протоколом, жалобой, может подать в административный суд. Однако на сегодняшний день превентивное ограничение санкционируют именно административные суды.

Отдельной темой для обсуждения скорейшего разрешения должен стать и вопрос результативности применения такой меры профилактики правонарушений, как превентивное ограничение свободы передвижения. На деле она никак не решает проблемы тех же людей без жилья и документов, напротив, лишь усугубляет. Государство, устанавливая административную ответственность в виде штрафа за отсутствие регистрации и документов, загоняет этих людей в тупик. Без регистрации и документов невозможно легально устроиться на работу и заработать таким образом на оплату штрафа. Эти люди вынуждены перебиваться случайными заработками, которых едва хватает на существование. В нашей практике есть случаи, когда граждане по 8-10 лет не могут восстановить документы, удостоверяющие личность, Все они не раз попадали в орбиту миграционной полиции, но ситуация отсутствия документов коренным образом не менялась. В данном случае мы можем констатировать отсутствие подхода правоохранительных органов к решению проблем людей без регистрации, документов и жилья. Их обязанностью является лишь выявить правонарушение и наказать за него, что является прекрасной иллюстрацией живучести советского карательного подхода. Учитывая суперконцентрацию полномочий и обязанностей по регистрации, документированию, приему заявлений оралманов и беженцев в руках миграционной полиции МВД РК, выяснение точного количества людей без документов, регистрации и жилья не потребует чрезмерных материальных и человеческих ресурсов.

Несмотря на принятые Казахстаном международные обязательства по соблюдению и защите свободы передвижения, административное законодательство и правоприменительная практика нашей страны свидетельствуют о том, что эти обязательства не соблюдаются. Это касается обязательств Казахстана как в рамках ООН, так и в рамках ОБСЕ, в частности ст. 9.5 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990 г.: «Ограничения этого права будут носить характер весьма редких исключений, будут считаться необходимыми лишь в тех случаях, когда они отвечают конкретной общественной потребности, преследуют законную цель и соразмерны этой цели и не будут предметом злоупотребления или произвольного применения».¹¹⁹

В зарубежных законодательствах существует подход принятия отдельных законодательных актов о свободе передвижения и выбора места жительства. Например, в Украине 11 декабря 2003 года был принят Закон «О свободе передвижения и свободном выборе местожительства в Украине», ст. 2 которого устанавливает, что «регистрация местожительства или места пребывания лица или ее отсутствие **не могут быть условием** (прим. – выделено автором) реализации его прав и свобод, предусмотренных Конституцией, законами или международными договорами Украины, или основанием для их ограничения».¹²⁰

¹¹⁹ См. Документ Копенгагенского совещания конференции по человеческому измерению СБСЕ, Копенгаген, 1990 г. URL: <http://www.osce.org/ru/odhr/elections/14304>

¹²⁰ URL: <http://soderkoping.org.ua/page11402.html>

Аналогичная норма установлена в ст. 3 Закона Российской Федерации «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» от 25 июня 1993 г. № 5242-1.¹²¹

При этом в российском законе равно применяются понятия «место пребывания» и «место жительства». Предусмотрена даже регистрация представителей народов, ведущих кочевой образ жизни. При этом местом пребывания признается любое место, где человека проживает, будь то жилой дом, нежилое помещение (гараж, хозяйственные постройки и т.д.). Для сравнения отметим, что казахстанское миграционное законодательство также предусматривает возможность регистрации как в жилых помещениях, так и по месту нахождения работодателя, офисах, производственных помещениях, дачных строениях садоводческих обществ и т.д.¹²²

Подводя итоги настоящего исследования, нам хотелось бы предложить следующие рекомендации Правительству Казахстана в целях улучшения защиты и гарантий свободы передвижения в РК:

1. Выяснить точное количество людей без регистрации и документов в Республике Казахстан;
2. Провести массовую легализацию лиц без документов, регистрации и постоянного места жительства;
3. Отменить привязку получения социальных гарантий и льгот к месту регистрации населения. Такая привязка может осуществляться по ИИН;
4. Привести в соответствие со ст.21 Конституции РК национальное административное и миграционное законодательство, исключив из КоАП РК статью 625-1;
5. Исключить ст. 29 из Закона РК «О профилактике правонарушений»;
6. Провести анализ влияния ограничений свободы передвижения на реализацию и защиту других основных прав и свобод, закрепленных в Конституции. Результатом такого анализа должно стать изменение государственной политики в отношении свободы передвижения;
7. Принять закон о свободе передвижения, где четко закрепить понятие свободы передвижения, места жительства, места пребывания и запрет на чрезмерное и несоразмерное ограничение свободы передвижения в Республике Казахстан.

Ноябрь 2012 г.

¹²¹ URL: <http://soderkoping.org.ua/page11402.html>

¹²² См. Закон о миграции, Правила регистрации.

САРПЕКОВ Р.К.
Депутат Мажилуса Парламента,
член Комитета по законодательству и
судебно-правовой реформе Мажилуса Парламента РК

Приветственное выступление

Уважаемые участники конференции!

Позвольте поприветствовать участников Экспертной конференции «Роль административного права и юстиции в защите прав человека».

В программе сегодняшнего мероприятия заложены такие актуальные вопросы как, модели административной юстиции, подходы к реформированию, состояние и перспективы развития данного института в Казахстане, проблемы административно-деликтного права, правовое регулирование статуса специализированных административных судов, также обзор судебной практики по рассматриванию дел об обжаловании действий государственных органов, пересмотр административных решений и многое другое.

Необходимо отметить особую важность обсуждения указанных вопросов, поскольку тема о создании в нашей стране административной юстиции является актуальной в связи с предстоящей административной реформой и касается в первую очередь защиты прав и свобод граждан, которые согласно Конституции Республики Казахстан являются главной ценностью.

Сегодня здесь собрались не только представители заинтересованных государственных органов, но и представители различных международных организаций, ученые и практики зарубежных стран. Считаю правильным обсуждать данную тему не только в кругах государственных органов, но и с участием всех неправительственных организаций и зарубежных коллег, которые могут быть задействованы в решении многих вопросов, возникающих в процессе определения модели административной юстиции и административной реформы в целом.

Уверен, что сегодняшняя конференция внесет свой вклад в административную реформу в Казахстане и принятые рекомендации будут учтены в процессе реализации мер в этом направлении.

Вопросы совершенствования действующего законодательства об административной ответственности и административного процессуального законодательства в Казахстане много раз обсуждались на разных мероприятиях. Однако, до сих пор большинство спорных вопросов не находят однозначного ответа и мы сейчас находимся в процессе определения наиболее приемлемой и оптимальной модели административной юстиции. В этой связи, также учитывая разработку нового Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, считаю проведение данной конференции своевременным и актуальным.

Последнее время в стране проводится активная судебная реформа. В достаточной степени пересмотрена законодательная база, регулирующие, как и всю деятельность судебной системы, так и материальное и процессуальное права. Поэтому, в целях совершенствования статуса судебной власти, роли правосудия и повышения

эффективности данной системы в национальное законодательство постоянно вносятся множество изменений и дополнений.

Повышение роли правосудия в государстве привело к увеличению обращений граждан и юридических лиц в суд. Увеличение исков по экономическим, налоговым, административным вопросам стало основанием для определения отраслевого направления судебной системы. В этой связи, 2002 году Указом Президента Республики Казахстан в городах Астана и Алматы в порядке эксперимента были образованы специализированные межрайонные административные суды. В последующем были созданы аналогичные суды во всех областях республики.

Надо отметить, что создание специализированных административных судов должно было решить проблему снижения чрезмерной нагрузки на суды общей юрисдикции, улучшить качество отправления правосудия, сделать его более доступным для граждан. Но с момента создания административных судов прошло 10 лет. Надо признать, что за это время определенная работа проведена, выработана судебная практика. Тем не менее, ожидаемого результата не достигли, так как работа административных судов по сей день сосредоточена только на рассмотрении дел об административных правонарушениях. И на мой взгляд, действующие сегодня на территории страны административные суды превратились, по существу, в маленькие отделения дорожной полиции.

Существующая деятельность административных судов по привлечению нарушителей закона к административной ответственности в целом не является административной юстицией. Административная юстиция - это особый судебный порядок обжалования актов государственного управления, то есть механизм защиты прав человека от нарушений со стороны органов публичной администрации.

Во многих своих научных трудах и в выступлениях я всегда поддерживал идею развития института административной юстиции в аспекте административного судопроизводства с расширением судебного контроля за защитой прав и свобод граждан и юридических лиц от незаконных действий органов административной власти. Считаю, что развитие национального административного законодательства должна быть ориентирована на регулирование правоотношений по принципу служения государству человеку и оптимизацию системы органов государственной власти для более эффективного обеспечения прав человека.

Основные направления развития национального права, предусмотренные в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, предполагают рассмотрение вопроса административной юстиции, разрешающей споры о праве, возникающие из публично-правовых отношений между государством и гражданином (организацией). В связи с чем, поддерживаю идею развития административного судопроизводства по двум самостоятельным направлениям: деликтам и административно-правовым спорам.

Данное положение предполагает подразделение всех дел, возникающих из административно-правовых и иных публичных правоотношений, на категории: административно-тяжебные (административно-правовые споры) и административно-деликтные (дела о привлечении лиц к административной ответственности).

Правила административного судопроизводства должны будут распространяться на споры по обжалованию физическими и юридическими лицами подзаконных нормативных правовых актов, индивидуальных актов, действий или бездействий органов публичной администрации с целью защиты своих прав. Также возможно распространение подсудности на споры по

избирательному праву, споры по принятию граждан на публичную службу, ее прохождение и увольнение с публичной службы; споров, возникающих между органами публичной администрации, прежде всего между органами государственного управления и органами местного самоуправления.

Представляется целесообразным включить в компетенцию административных судов также дела по обжалованию актов органов дознания и предварительного следствия об отказе в возбуждении уголовного дела и о прекращении уголовного дела, поскольку в данном случае спор гражданина с органом государственной власти об обоснованности решения, принятого органом государственной власти, выходит за рамки уголовного процесса.

Правовая и социальная природа административных деликтов характеризуется определенными, специфичными для нее, особыми признаками и свойствами, которые надлежит учитывать в решении конкретных вопросов организации воздействия на них, куда входит и разрешение процедурных вопросов, связанных с рассмотрением и разбирательством материалов об административных проступках.

В некоторых европейских странах, например, Нидерландах, Болгарии, в одном законодательном акте объединены правила административной процедуры (рассмотрение индивидуальных дел частных лиц органами публичной администрации) и правила административного судопроизводства (рассмотрение судами административных споров). Положение об административных судах ФРГ, кроме процедуры административного судопроизводства, регулирует также процедуру административного обжалования – подачу возражения против административного акта и порядок рассмотрения такого возражения. Указанные подходы объясняются тем, что зачастую судебное обжалование является не чем иным, как продолжением административной процедуры. Однако подавляющее большинство европейских государств имеет отдельные процедурные законы и законы об административном судопроизводстве.

Вопросы развития в Казахстане административной юстиции в 2010 году также обсуждались на заседаниях Совета по правовой политике при Президенте Республики Казахстан и высшего Судебного Совета Республики Казахстан, где было принято наиболее правильное решение о том, что введению в соответствии с Концепцией правовой политики административной юстиции в Казахстане должно предшествовать тщательное и всестороннее изучение данного вопроса, в том числе с прогнозированием возможных последствий, а также с анализом отечественной и зарубежной практики. В этих целях признано целесообразность определения механизма, сроков введения административной юстиции, перечень публично-правовых правоотношений, споры по которым будут рассматриваться в рамках института административной юстиции, изучения вопроса принятия законодательного акта, объединяющего нормы права, регулирующие публично-правовые споры.

В результате реформы административного судопроизводства должно быть достигнуто реализация конституционных прав каждого на судебную защиту, повышение качества и доступности правосудия по рассмотрению административных споров, ограничение необоснованного вмешательства государства в частнопредпринимательскую деятельность, совершенствование и сближение административного законодательства с нормами международного права.

Создание административной юстиции обеспечит усиление внимания субъектов исполнительной власти, органов управления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих к правам и свободам граждан и других субъектов права, а также к публично-правовым нормам, устанавливающим процесс управления. Специализированное

правосудие обеспечит признание и соблюдение прав и свобод граждан, повысит ответственность публичной власти за свои действия и решения.

Мировой опыт свидетельствует, что наиболее эффективно защита прав и свобод физических и юридических лиц обеспечивается независимыми от исполнительной власти административными судами, действующими по правилам универсальной подсудности и рассматривающими все жалобы публичного характера. На сегодняшний день такие дела у нас рассматриваются судами общей юрисдикции в порядке гражданского судопроизводства. Для создания административной юстиции нам нужно законодательно определить исключительную подсудность административно-правовых споров за специализированными административными судами с передачей рассмотрения административных деликтов в суды общей юрисдикции.

Кроме того, для судебной проверки решений, действий или бездействия органов публичной администрации нужно выработать и закрепить на законодательном уровне определенные критерии. Такие как: соблюдены ли органом основания, границы полномочий и способы, которые предусмотрены законодательством актами; принято ли решение обоснованно, те есть с учетом всех обстоятельств, имеющих значение для принятия решения или совершения действия; принято ли решение, совершены действия своевременно, то есть в течение установленного или разумного срока и т.д..

Необходимо будет закрепить за физическими и юридическими лицами процессуальный статус истца, а органу публичной администрации-статуса ответчика. При этом истцу должно быть предоставлено право не только требовать признания незаконными определенных решений, действий либо бездействий, но и одновременно возмещения причиненного ему ущерба.

При введении административной юстиции важно, чтобы она изначально завоевало доверие населения. Доверие к суду – это один из критериев эффективности административного судопроизводства. При этом, на мой взгляд, важно изменить представление об административных судах. В тех странах, где они созданы, эти суды предоставляют защиту правам человека от нарушений со стороны органов власти, а не наказывают частных лиц. Если суд одновременно наказывает, то он не будет иметь достаточного уровня доверия населения. Также важно, чтобы судьи, рассматривающие административные споры, имели специальную подготовку по международным стандартам надлежащего (добросовестного) управления.

Резюмируя вышесказанное, хочу отметить, что накопленный административный опыт государства и взвешенный учет современных ситуаций, а также результаты развития национального административного законодательства дают основания для создания полноценной административной юстиции.

В этом вопросе нам следует учитывать опыт административной юстиции в других странах и определиться о приемлемости той или иной модели административной юстиции для нашей страны.

Я уверен, что сегодня мы услышим ценные, полезные предложения, в том числе и от наших коллег из стран, где наиболее развито административное законодательство. Конкретные предложения ученых и практиков в конечном счете поможет нам выработать наиболее приемлемое для нашего государства модели административного судопроизводства.

Благодарю за внимание и желаю вам успешной и плодотворной работы!

ГАБДУАЛИЕВ М.Т.
кандидат юридических наук,
ведущий научный сотрудник отдела
конституционного, административного
законодательства и государственного управления
ГУ «Институт законодательства
Республики Казахстан»

Правовое регулирование статуса специализированных административных судов в Республике Казахстан: некоторые вопросы теории и практики

Возросшее внимание исследователей и практиков к вопросу организации судебной власти определяется объективной потребностью развития нашей страны. Миссия судебной власти в государстве и обществе заключается в том, чтобы стоять на страже порядка, безопасности, справедливости, гармонизировать личные, общественные и государственные интересы¹²³. Институт судебной защиты – есть высший уровень юридического обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

Судебная реформа последних лет свидетельствует о последовательном введении специализированных судов в нашей стране. В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года указано, что «развитие судебно-правовой системы будет осуществляться на основе преемственности и поэтапности ... Основным вектором ее развития является специализация судов и судей...»¹²⁴.

В рамках настоящего исследования рассматриваются некоторые вопросы правового регулирования статуса специализированных административных судов на конституционном и законодательном уровнях, а также судебная практика по делам особого искового производства в контексте определения возможных контуров дальнейшей судебной реформы.

Конституционно-правовое регулирование статуса специализированных судов в Республике Казахстан

В Конституции Республики Казахстан закреплено, что «судебная власть осуществляется посредством гражданского, уголовного и иных установленных законом форм судопроизводства...» (пункт 2 статьи 75).

Судебная система Республики устанавливается Конституцией Республики и конституционным законом. Учреждение специальных и чрезвычайных судов под каким-либо названием не допускается (пункт 4 статьи 75 Конституции).

При этом, в пункте 3 статьи 3 Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года № 132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»¹²⁵ закреплено, что в Республике Казахстан могут создаваться другие суды, в том числе

¹²³ См.: Колесников Е.В. Статус суда в Российской Федерации: конституционные вопросы / Е.В. Колесников, Н.М. Селезнева. – Саратов, СГАП, 2008. С. 36.

¹²⁴ Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // САПП РК, 2009 г., № 35, ст. 331.

¹²⁵ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г. № 23, ст. 410.

специализированные суды (военные, финансовые, экономические, административные, по делам несовершеннолетних и другие).

Вопрос отличия специальных судов от специализированных судов нашел свое разрешение в Постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан от 14 апреля 2006 года № 1 «Об официальном толковании пункта 4 статьи 75 Конституции Республики Казахстан»¹²⁶

Конституционный Совет сформулировал важную правовую позицию, согласно которой специализированные суды Республики Казахстан должны обладать следующими характеристиками, вытекающими из требований Конституции:

1) специализированные суды должны входить в единую судебную систему Республики Казахстан в качестве местных судов;

2) их место в судебной системе (приравненность к областным или другим местным судам) должно определяться конституционным законом;

3) правосудие в специализированных судах должно осуществляться посредством гражданского, уголовного и иных установленных законом форм судопроизводства;

4) подсудность специализированных судов должна устанавливаться законом;

5) применительно к специализированным судам должна быть в полной мере обеспечена возможность пересмотра судебных решений. В качестве судов апелляционной и надзорной инстанций могут выступать как соответствующие специализированные суды, так и другие суды, в том числе Верховный Суд Республики Казахстан;

6) организационно-правовое построение и отправление правосудия в специализированных судах должны основываться на нормах закона, исключающих возможность ущемления конституционных прав человека и гражданина на судебную защиту своих прав и свобод, а также равенство всех перед законом и судом.

Как видим, Конституционный Совет не исключает возможности дальнейшего реформирования системы специализированных судов путем создания специализированных судов в качестве вышестоящих инстанций (апелляционной, надзорной). В этом смысле, перспектива дальнейшего реформирования судебной системы имеет под собой конституционные основания, и законодатель не ограничен в своей законотворческой деятельности.

Вместе с тем, как известно, любая реформа должна иметь под собой объективные предпосылки. Поэтому вначале обратимся к вопросу **правового регулирования деятельности специализированных судов на законодательном, отраслевом уровне.**

Казахстанский законодатель пошел по пути специализации гражданско-процессуальной деятельности в рамках единой гражданско-процессуальной формы. Так, Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411¹²⁷ (далее - ГПК) в статье 30 устанавливает подсудность гражданских дел специализированным судам (специализированные межрайонные экономические суды, специализированные районные и приравненные к ним административные суды, военные суды, специализированные межрайонные суды по делам несовершеннолетних, специализированный финансовый суд).

В соответствии с частью 1-1 статьи 30 ГПК, *специализированные районные и приравненные к ним административные суды рассматривают дела об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.*

¹²⁶ Казахстанская правда, 2006 г., 27 апреля, № 100-101 (25071-25072).

¹²⁷ Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644.

Производство по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях относится к категории дел **особого искового производства** (подраздел 3 ГПК).

В теории гражданско-процессуального права выделяются следующие основные **характерные черты особого искового производства**.

Во-первых, здесь присутствует административно-правовой, управленческий спор о публичном праве, возникший в связи с реализацией публичного управления, исполнительной власти, управленческой деятельности государственных и муниципальных служащих, должностных лиц, то есть в управленческой сфере деятельности¹²⁸.

Во-вторых, то, что спор вытекает из публичных правоотношений, характеризует особое положение субъектов материальных правоотношений, т.е. «власть – подчинение».

В-третьих, при данном производстве сторонами выступают: заявитель – с одной стороны и должностное лицо либо представитель соответствующего органа управления или самоуправления, чьи действия (бездействия) обжалуются, - с другой стороны.

В-четвертых, особое исковое производство возбуждается по заявлению заинтересованного лица, а в отдельных случаях – по заявлению прокурора.

В-пятых, в таком производстве отсутствует возможность применения исковых средств защиты (встречный иск, мировое соглашение и т.п.). По сути, было бы абсурдным заключение, например, мирового соглашения между заявителем и должностным лицом, которое незаконно привлекло гражданина к административной ответственности.

В-шестых, особое исковое производство возлагает обязанность по доказыванию на должностное лицо либо орган, чьи действия (бездействие) обжалуются.

В-седьмых, предметом судебного исследования служат официальные документы должностных лиц и управленческих органов.

В-восьмых, решение суда исполняют сами государственные органы (органы местного самоуправления) или должностные лица. Суд при удовлетворении заявления наделяется рядом полномочий: отменить соответствующий акт, изменить административный акт, санкционировать определенные действия управленческих органов и должностных лиц, т.е. дать согласие на их совершение.

Правовым «результатом» деятельности суда по делам, вытекающим из публичных правовых отношений, выступает признание судом незаконности или недействительности (либо, напротив, законности и действительности) принятых органами управления (должностными лицами) нормативно-правовых актов или совершенных ими действий (бездействия).

Таким образом, в Республике Казахстан функционирование специализированных судов осуществляется в рамках гражданского судопроизводства, именуемой в науке

¹²⁸ Хаменева Н.Ю. Защита прав граждан в сфере исполнительной власти. - М.: 1997. - С. 115.

гражданско-процессуального права внутренней специализацией гражданско-процессуальной деятельности¹²⁹.

Между тем, нас сегодня интересует вопрос возможности внешней специализации процессуальной деятельности - в аспекте дифференциации системы права и видов процессуальной деятельности. Целью таковой специализации является выявление и формирование новых процессуальных отраслей права. Несомненно, в данном случае будет затронута и система гражданского процессуального права¹³⁰.

В своем докладе я хотел бы лишь еще раз напомнить, что реформа судебной системы путем введения новой модели судебных органов должна отражать объективную необходимость, востребованность практикой такой реформы.

Анализ статистических данных за 1 квартал 2012 года свидетельствует о том, что основная масса гражданских дел рассматривается в порядке искового производства (76 %) и лишь 4 % - это дела особого искового производства¹³¹.



Анализ статистических данных о работе судов по рассмотрению гражданских дел за 2 квартал 2012 года также подтверждает, что основная масса гражданских дел рассматривается в порядке искового производства (73 %) и 5 % - это дела особого искового производства¹³².

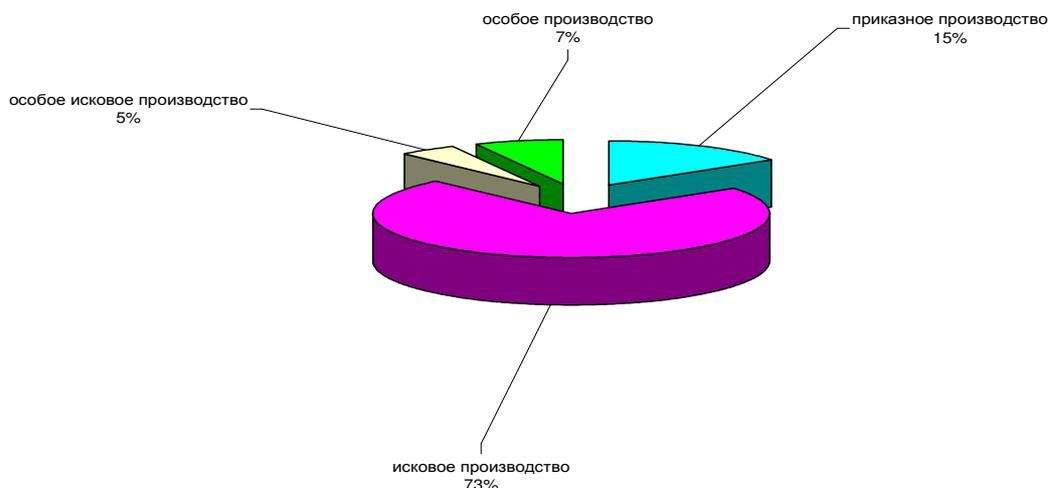
¹²⁹ См. подр.: Рассакхатская Н.А. Проблемы специализации гражданско-процессуальной деятельности // URL: http://www.legist.ru/conf/_Rassakhatskaya.htm

¹³⁰ Рассакхатская Н.А. Там же.

¹³¹ URL: http://www.pravstat.kz/rus/bm/analitik_inf/

¹³² URL: http://www.pravstat.kz/rus/bm/analitik_inf/

Диаграмма распределения гражданских дел по категориям



Более ранняя статистика также свидетельствует о низком удельном весе дел особого искового производства в числе возбужденных гражданских дел в судах Республики. Так, согласно Аналитической справки об отправлении правосудия по гражданским делам местными и другими судами республики за 2007-2009 годы, из общего количества гражданских дел составляют:

- дела искового производства – около 74%;
- приказного производства - в среднем 14%;
- особого производства - более 8%;
- **особого искового производства - примерно 4%**¹³³.

Данные официальной статистики подтверждают, что в настоящее время суды вполне справляются с рассмотрением и разрешением дел особого искового производства, в том числе делами, подсудными специализированным административным судам (об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях).

Безусловно, рассмотрение дел, вытекающих из публичных правовых отношений, имеют свою специфику, и поэтому на практике могут возникнуть вопросы правильного правопонимания и правоприменения. Между тем, эти вопросы разрешимы в процессе парламентского законотворчества.

Например, в наименовании главы 27 ГПК «Производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих» возможно было бы исключение слов «общественных объединений, организаций».

Актуальным остается вопрос определения подсудности дел судам общей юрисдикции и специализированным межрайонным экономическим судам, когда публично-правовой спор

¹³³ URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/

приравнивается к обыкновенному хозяйственному спору, вытекающему из отношений, основанных на равенстве.

Возникает необходимость в законодательной конкретизации критериев определения подсудности дел специализированным судам в рамках гражданского судопроизводства, а также решения иных вопросов, возникающих в процессе судебной практики по делам особого искового производства, на уровне парламентского законотворчества.

Так, анализ работы местных судов в период проведения выборов депутатов Мажилиса Парламента и маслихатов Республики Казахстан выявил определенные коллизии и конкуренции норм Конституционного закона «О выборах в Республике Казахстан» и ГПК, устанавливающих порядок рассмотрения гражданских дел по заявлениям о защите избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах. Данные коллизии нашли свое разрешение путем разработки законопроекта «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам выборного законодательства».

Уважаемые коллеги, великий немецкий ученый Р. Иеринг в свое время справедливо отметил, что «право не служит само по себе целью, а лишь средством к достижению цели»¹³⁴.

В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года указано, что кодификацию, как высшую форму систематизации права, следует использовать взвешенно и достаточно ограниченно, и главным образом, к сложившимся отраслям права, в тех сферах однородных общественных отношений, где без кодификации невозможно добиться эффективного правового регулирования.

Принятию любого кодекса должна предшествовать большая нормотворческая и правоприменительная практика, ее тщательный мониторинг, анализ и оценка, поставленные на системную основу. Отрасль права должна «созреть» до уровня кодификации¹³⁵.

Принимая во внимание особую значимость права каждого на судебную защиту прав и свобод (пункт 2 статьи 13 Конституции), считаем, что реформа по введению административных судов в рамках Административно-процессуального кодекса, должна быть объективно востребована жизнью, иметь под собой ряд факторов, основанных на анализе правоприменительной практики, подтверждающей низкую эффективность отправления правосудия по данной категории дел при существующей модели судебной системы.

В условиях сложившейся правовой действительности дальнейшее развитие института административной юстиции видится в рамках гражданского судопроизводства путем совершенствования (в случае необходимости) норм ГПК, которое должно быть направлено на обеспечение доступности правосудия, позволяющего гражданам более полно осуществить реализацию своего права на судебную защиту.

¹³⁴ Иеринг Р. Цель в праве. – Т. 1. СПб., 1871. С. 361-362.

¹³⁵ Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 //САПП Республики Казахстан, 2009 г., № 35, ст. 331.

Проблемы судебного контроля за нормативными правовыми актами публичных органов и должностных лиц (на примере судебного обжалования результатов налогового контроля)

У налогообложения есть одно любопытное свойство – оно касается всех. Даже когда мы полагаем, что нас это уж никак не коснется, каждый субъект той или иной социальной группы оказывается, вовлечен в процесс налогообложения.

И его роль, как участника процесса налогообложения, может поменяться от члена законодательного органа (т.е. лица имеющего возможность непосредственно повлиять на установление и определение условий налогообложения), до налогоплательщика (т.е. лица выполняющего, соблюдающего и вынужденного претерпевать все неблагоприятные, установленные для него условия налогообложения).

Именно поэтому, пока существуют налоги, не следует, оптимистично надеется, что удастся избежать взаимоотношений с органом налоговой службы. А налоги еще не скоро исчезнут, если это вообще когда-нибудь произойдет.

Рассмотрим простое логическое рассуждение: налоги служат основным финансовым источником удовлетворения общественных (государственных) интересов (естественно, если это государство руководствуется принципами рыночной экономики). Налоги платят налогоплательщики. Следовательно, отсутствие налогоплательщиков ведет к отсутствию финансового источника удовлетворения общественных (государственных) интересов.¹³⁶

Из этого вывода возникает ряд вопросов для рассмотрения, и несколько последовательных задач для разрешения. Кто главный объект для беспокойства государства (кто первичен во взаимоотношении налогоплательщик – государственный орган)? И в чем проявляется общественный (государственный) интерес? О ком в первую очередь необходимо беспокоиться государству (и/или государственному органу)? Чьи права должны быть защищены (всеми законными способами) в первую очередь? Какова главная цель деятельности любого государственного органа?

Если во взаимоотношении налогоплательщик – государственный орган, первичен государственный орган, общественный интерес состоит в том чтобы забрать у налогоплательщика как можно больше; если государство должно в первую очередь беспокоиться об интересах государственного органа и защищать его права в первую очередь, тогда не имеет смысла сам факт существования налогоплательщика как субъекта права.

Если сам факт существования налогоплательщика незаконен, тогда почему государство допускает сам факт его существования. И даже предоставляет им права, гарантии, оберегает от двойного налогообложения? Однако цивилизованное государство даже

¹³⁶ Почти Сократовский пример простой формальной логики (напомним классический пример формальной логики: Все люди смертны – Сократ человек – следовательно, Сократ смертен).

предоставляет налогоплательщику возможность (право) судебной защиты своих прав. А состоятельность и зрелость судебной системы уже проявляется в том, как эта возможность может быть реализована налогоплательщиком.

Мы полагаем, что наиболее ярко, при судебном обжаловании нормативных правовых актов органов налоговой службы, проявляются проблемы связанные с процессуальной позицией органа налоговой службы и ее оценкой судом. Это в свою очередь является и проблемой связанной с правосознанием участников процесса, и следствием его неадекватного формирования.

Процессуальная позиция органа налоговой службы

1. В казахстанском суде налогоплательщик получает процессуально ущербного представителя органа налоговой службы. Любой из представителей органа налоговой службы, как представитель, получает усеченные полномочия – без права отказа от исковых требований, признания иска и заключения мирового соглашения.¹³⁷ Именно по этому, не смотря на все усилия налогоплательщика, в том числе в интересах правосудия, убедительно и обоснованно изложить свою позицию в суде, ожидая адекватной процессуальной позиции от представителя органа налоговой службы, последний будет твердить, что не согласен (несмотря на согласие с доводами и выводами налогоплательщика, за рамками судебного процесса)!

И будет утверждать это во всех судебных инстанциях, обжалуя каждый судебный акт принятый не в пользу органа налоговой службы, до последней судебной инстанции. В противном случае, т.е. отказавшись от своих утверждений и подачи жалоб, представитель органа налоговой службы должен будет согласовать это с вышестоящим органом налоговой службы.

При этом, одновременно должен будет решаться вопрос о привлечении к ответственности виновных лиц, допустивших неправомерные действия, которые были обжалованы налогоплательщиком и удовлетворены судом (п. 3 Приказа). Как вы думаете, какой алгоритм действий выберет представитель органа налоговой службы? Взять на себя (персонально!) смелость, признать требования налогоплательщика и отказаться от дальнейшего обжалования состоявшихся судебных актов? Или, следуя в уже определенном для него направлении разделить коллективное решение, утверждая, что до него представитель органа налоговой службы поступил правомерно (а к последней инстанции это уже представители всех уровней системы органов налоговой службы, как те кто, должен наказывать, так и те кого должны наказывать)? Мы полагаем, что первый вариант может выбрать только очень бесстрашный, принципиальный и по настоящему не равнодушный к окружающей действительности человек. Они, конечно, есть в органах налоговой службы, но не большинство, отнюдь не большинство (к нашему глубокому сожалению).

Как минимум, получаем следующий результат, во-первых, судебное заседание превращается в профанацию судебного разбирательства, т.к. один из субъектов всегда будет придерживаться заранее (не им!) определенной позиции; во-вторых, отбивает желание у любого из представителей органа налоговой службы развивать и применять свои профессиональные знания и навыки, т.к. его процессуальная позиция уже определена приказом (а по сути, лицом проводившим проверку) и нет необходимости рассматривать и

¹³⁷ Пп. 9) п. 2 Приказа Председателя Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан от 14.02.2007 г. № 101 «О дальнейших мерах совершенствования работы юридических служб налоговых органов» (далее по тексту – Приказ).

оценивать имеющиеся доказательства и нормативные предписания. Можно привести пример, когда в качестве апелляционной жалобы, был представлен документ, по содержанию полностью соответствующий решению уполномоченного органа по жалобе налогоплательщика поданной при обжаловании уведомления в административном порядке (с сохранением стиля и орфографии исходного документа). Зачем размышлять над судебным актом, когда еще до его вынесения позиция была сформирована вышестоящим органом, и нет необходимости брать на себя какую-либо ответственность!

2. В казахстанских судах, налогоплательщиками чаще всего оспаривается решение органа налоговой службы по результатам налогового контроля, которым в частности является уведомление о результатах налоговой проверки (пп. 2) п. 2 ст. 607 НК РК).¹³⁸

Уведомление обобщает информацию (о денежном выражении налогового обязательства), содержащуюся в акте налоговой проверки. Цель уведомления письменно уведомить, известить, сообщить налогоплательщику о необходимости исполнения налогового обязательства, суммарное выражение которого выводится как результат по акту налоговой проверки и сделанных на его основании выводах.

Акт налоговой проверки составляется должностным лицом органа налоговой службы по завершению налоговой проверки, в соответствии с п. 1 ст. 637 НК РК. В этой же статье, законодателем описаны требования к содержанию этого документа.

Так, в соответствии с пп 10) п. 1 ст. 637 НК РК, акт документальной налоговой проверки должен содержать, кроме всего прочего, подробное описание допущенного нарушения со ссылкой на соответствующую норму налогового законодательства Республики Казахстан. Таким образом, установлено общеобязательное правило поведения, сформулированное в нормативном правовом акте, рассчитанное на многократное применение и распространяющееся на всех лиц в рамках нормативно регламентированной ситуации, или норма права (пп. 10) ст. 1 Закона РК № 213-1 от 24.03.1998 г. «О нормативных правовых актах»).

Тем не менее, на практике, акт документальной налоговой проверки фактически выведен за рамки правового регулирования и правоприменители не дают ему правовой оценки.

3. По общему правилу обжалованию подлежит только уведомление, как решение принятое органом налоговой службы по результатам налоговой проверки. Налоговым законодательством Республики Казахстан не предусмотрено указание в уведомлении и фактически в уведомлении не приводится, каких-либо фактических данных, послуживших основанием для денежного выражения налогового обязательства. Содержится только отсылка к акту налоговой проверки. Таким образом, вся информация о фактических данных, свидетельствующих о налоговом правонарушении и правовых основаниях начисления сумм, подлежащих уплате в бюджет, содержится только в акте налоговой проверки. Основанием для направления уведомления о начисленной сумме налогов и других обязательных платежей в бюджет и пени, по результатам налоговой проверки, является акт налоговой проверки.

Воспользовавшись тем, что Верховный Суд Республики Казахстан, приняв Нормативное постановление от 23.06.2006 г. № 5 «О судебной практике применения налогового законодательства», предписал обжаловать только уведомление по результатам налоговой

¹³⁸ Кодекс Республики Казахстан от 10.12.2008 г. № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс) (далее по тексту – НК РК) \ Опубликован: «Казахстанская правда» от 13.12.2008 г. № 275-277 (25722-25724); от 19.12.2008 г. № 280-283 (25727-25730).

проверки, причем разъяснил и обосновал почему именно,¹³⁹ органы налоговой службы стали строго соблюдать только требования предъявляемые к уведомлению. Что собственно не очень и сложно, т. к. документ на одной, реже на двух страницах, кроме уже предписанной законодательством и отраженной типографским способом по утвержденной форме, содержит небольшое количество информации.

При этом, акт налоговой проверки соответствует всем признакам ненормативного правового акта, предусмотренным п. 2 ст. 4 Закона Республики Казахстан от 27.11.2000 г. № 107-II «Об административных процедурах».¹⁴⁰ Он рассчитан на однократное применение, распространяется на определенное лицо в рамках законодательно регламентированной ситуации и устанавливает обязанности определенного лица. Юридические факты, отраженные в акте налоговой проверки являются основанием: 1) для составления уведомления и предъявления требований налогоплательщику об исполнении налогового обязательства; 2) для составления протокола об административном правонарушении (ч. 1 ст. 638 КоАП РК)¹⁴¹ и возбуждения дела об административном правонарушении (ч. 3 ст. 634 КоАП РК).

Именно акт налоговой проверки устанавливает налоговое обязательство и служит основанием для привлечения его к ответственности. Следовательно, составленный и подписанный должностным лицом органа налоговой службы, акт налоговой проверки, по существу, является решением налогового органа, устанавливающим и возлагающим налоговое обязательство на налогоплательщика (однако как уже отмечалось выше, в соответствии со ст. 638 НК РК это не так).

4. Как уже было указано выше, уведомление лишь обобщает информацию (о денежном выражении налогового обязательства), содержащуюся в акте налоговой проверки. Цель уведомления письменно уведомить, известить, сообщить налогоплательщику о необходимости исполнения налогового обязательства, суммарное выражение которого выводится как результат по акту налоговой проверки и сделанных на его основании выводах. Тогда как акт налоговой проверки содержит (по крайней мере, должен содержать) описание нарушения налогового законодательства с указанием фактических данных, и только в акте налоговой проверки должна даваться правовая оценка этих хозяйственных операций с выводами и обоснованием органа налоговой службы.

Тем не менее, действующее налоговое законодательство Республики Казахстан устанавливает, что обжалованию подлежит уведомление, но не акт налоговой проверки, что по нашему мнению концептуально неверно.

Вслед за утратой актом налоговой проверки значения правообразующего документа, утратило значение и его содержание. В настоящее время содержание акта налоговой

¹³⁹ В соответствии с п. 9 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 23.06.2006 г. № 5 «О судебной практике применения налогового законодательства», акт налоговой проверки может быть обжалован, только в том случае, если налогоплательщик не согласен с его выводами, не повлекшими доначисление сумм налогов и других обязательных платежей в бюджет, однако влияющими на его права и обязанности, в том числе и в будущих налоговых периодах (например, в части выводов о наличии задолженности по обязательным пенсионным взносам, об уменьшении убытков в проверяемом периоде).

¹⁴⁰ Закон Республики Казахстан от 27.11.2000 г. № 107-II «Об административных процедурах». // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., № 20, ст. 379.

¹⁴¹ Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях № 155-II от 30.01.2001 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан», 2001 г., № 5-6, ст. 24; № 17-18, ст. 241; № 21-22, ст. 281; 2002 г., № 4, ст. 33; № 17, ст. 155. (далее – КоАП РК).

проверки рассматривается в суде постольку, поскольку его часть цитируется в возражениях органа налоговой службы.

5. Представителю органа налоговой службы достаточно заявить о нарушении налогоплательщиком налогового законодательства и уже этого достаточно для суда.

Можно привести примеры, когда к рассмотрению принимались апелляционные и кассационные жалобы органов налоговой службы, в которых содержалась ложная информация об обжалованных судебных актах (подавая жалобу, орган налоговой службы указывал, что обжалуемое им решение суда вынесено в его пользу). Сам факт подачи жалобы органом налоговой службы, являлся достаточным основанием для ее приема судом и рассмотрения, несмотря на явное и однозначное процессуальное нарушение.

Оценка судом процессуальной позиции органа налоговой службы

1. При оценке судами процессуальной позиции органа налоговой службы, в ходе судебного разбирательства, судами не в полной мере применяется ст. 65 ГПК РК,¹⁴² в соответствии с императивным предписанием которой, каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как основание своих требований и возражений. Бремя доказывания возлагается только на налогоплательщика и ни как не сказывается на процессуальной позиции органа налоговой службы. Представителям органа налоговой службы достаточно заявить о своем несогласии с требованием налогоплательщика, тогда как налогоплательщик (еще до подачи заявления в суд обязан сформулировать содержание обжалуемого акта),¹⁴³ в то время как его содержание не поддается даже элементарному анализу.

Следует отметить, что Верховный Суд Республики Казахстан, пытался изменить ситуацию, приняв 24.12.2010 г. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 20 «О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан», в п. 24 которого, указано, что в целях обеспечения единообразного понимания и применения законодательных актов, судам указано на необходимость распределения бремени доказывания и разъяснено, что участвующий в судебном заседании представитель государственного органа обязан доказать соответствие закону обжалуемого решения.

В связи с этим следует напомнить, сказанное почти два года назад судьей Верховного Суда Республики Казахстан Мамонтовым Н.И., после принятия вышеуказанного постановления: «...по делам, которые рассматриваются в порядке 27 главы, бремя доказывания законности принятого решения возлагается на государственный орган, орган местного управления, на должностное лицо. А для заявителя достаточно высказать свое суждение о том, что этим

¹⁴² Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13.07.1999 г. № 411-І (с изменениями и дополнениями). // «Казахстанская правда» от 27.07.1999 г. № 179-180 (22896 - 22897); от 29.07.1999 г. № 181 (22898); от 30.07.1999 г. № 182 - 183 (22899 - 22900) (22896 - 22900) (далее – ГПК РК).

¹⁴³ Ст. 150 ГПК РК. Аналогичное требование содержится и в п. 20 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 24.12.2010 г. № 20 О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан. // «Казахстанская правда» от 29.01.2011 г. № 33-34 (26454-26455).

принятым решением или действием нарушаются его субъективные права...».¹⁴⁴ И там же, «...на заявителя не возлагается обязанность доказывать, что эти права фактически нарушены, а государственный орган обязан доказать, что он действовал в пределах своей компетенции, а компетенция определяется положениями соответствующего законодательного акта учредительного документа этого лица».¹⁴⁵

Однако, региональные суды еще не восприняли разъяснение изложенное в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан, и не требуют от представителей органа налоговой службы доказать, что предьявляя уведомление орган налоговой службы действовал в рамках предоставленных полномочий и его решение не нарушает права и законные интересы налогоплательщика. По-прежнему налогоплательщик не просто заявляет о нарушении своих прав, но и единственный занимает активную процессуальную позицию.

Суды первой инстанции, пытаясь устранить ущербность акта проверки, как несоответствующего требованиям доказательств, продолжают руководствоваться ими при оценке спорных правоотношений и, по существу, самостоятельно проводят налоговую проверку в рамках судебного заседания.

В связи с этим, возникает ощущение, что при рассмотрении спора между налогоплательщиком и органом налоговой службы, суды забывают о нормах и процессуального, и материального законодательства, значение имеет только мнение представителя органа налоговой службы.

2. Так, например, орган налоговой службы, предьявив уведомление и вменяя налогоплательщику нарушение положений ст. 195 НК РК предписывает налогоплательщику увеличить объект налогообложения корпоративным подоходным налогом у источника выплаты (далее по тексту – КПНуИ) за 2009 г., которое обусловлено использованием права на вычеты из собственного налогооблагаемого дохода.

Не приводя здесь полностью содержание вышеуказанных статей, поясним, что вышеуказанные статьи предписывают налогоплательщику, уплатить налог (КПНуИ) по начисленному и выплаченному нерезиденту доходу, в связи с тем, что нерезидент получает доход и Республика Казахстан вправе претендовать на часть выплачиваемого ему дохода. Именно поэтому и предписывается следующий алгоритм правомерного поведения: выплатил доход – заплати налог. Также предписывается, уплатить налог (КПНуИ) при отнесении суммы начисленного нерезиденту дохода на вычеты, в связи с тем, что налогоплательщик уменьшает размер своего налогового обязательства перед государством (за счет вычетов) и Республика Казахстан вправе претендовать на часть подлежащего выплате нерезиденту дохода. И опять простой алгоритм правомерного поведения: отнес на вычеты – заплати налог. Простая и несложная правовая конструкция, обусловленная фактом получения прямого или косвенного дохода, которая устанавливает обстоятельства возникновения права Республики Казахстан правомерно претендовать на часть получаемого кем-либо дохода (в виде прямой выплаты или уменьшения суммы налога уплачиваемого Республике Казахстан).

¹⁴⁴ Верховный суд упростит процедуру обжалования решений органов власти и должностных лиц \\ <http://www.zakon.kz/pravovye-novosti/193838-verkhovnyjj-sud-uprostit-proceduru.html> (дата обращения 27.12.2010 г.).

¹⁴⁵ Верховный суд упростит процедуру обжалования решений органов власти и должностных лиц \\ <http://www.zakon.kz/pravovye-novosti/193838-verkhovnyjj-sud-uprostit-proceduru.html> (дата обращения 27.12.2010 г.).

Несмотря на то, что налогоплательщик не использовал свое право на вычеты, суды признают законным требование органа налоговой службы. Иными словами, судами право вычетов признано обязанностью налогоплательщика, а не использование права признано нарушением налогового законодательства. При этом, судами вынесены судебные акты на основании предположения об обстоятельствах дела.

Предположение об использовании налогоплательщиком права на вычеты, основано на решении другого суда о проведении реструктуризации финансовых обязательств налогоплательщика.

При этом, судами не дана оценка тому, что реструктуризация это основание для невыплаты дохода нерезиденту в рамках гражданско-правового обязательства, а не основание для отнесения на вычеты в рамках публично-правового (в данном случае, налогового) обязательства.

В реальных судебных актах указано, что *«...на момент наступления реструктуризации расходы на вознаграждение уже должны были быть включены в вычеты, поэтому начисление Налоговым органом КПНуИ выплаты в сумме 383 264 497 тенге является правомерным...»*.

Таким образом, без правомерных к тому оснований, в основу судебных актов о правомерности и законности уведомления положено судебное решение о реструктуризации гражданско-правовых обязательств налогоплательщика и, более того, предположение («...уже должны были быть включены...») об использовании налогоплательщиком права на вычеты, при определении размера собственного налогового обязательства по КПН за 2009 г.

Тогда как, в соответствии со ст. 64 ГПК РК и п. 11 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 11.07.2003 г. № 5 «О судебном решении», решение суда должно быть основано на имеющих значение и достоверных обстоятельствах, и не может быть основано на предположениях об обстоятельствах дела. Иными словами, судебные акты принимаются, в противоречие действующей норме права, разъяснения вышестоящего суда, и при этом норма права устанавливает достаточно простое предписание – не предполагать.

3. Еще пример, предъявив уведомление, орган налоговой службы, вменяя налогоплательщику нарушение положений конкретной нормы налогового законодательства, и на этом правовом основании предписывает налогоплательщику увеличить объект налогообложения. Эту норму налогового законодательства, в обоснование правомерности уведомления, орган налоговой службы приводит в акте. В отзыве на заявление о незаконности уведомления орган налоговой службы приводит еще две статьи, и аналогичные нормы налогового законодательства орган налоговой службы приводит и в ходе судебных разбирательств.

Однако, суды по собственному усмотрению выбирают другую норму налогового законодательства для признания правомерности уведомления и акта, приводя ее в своих судебных актах, в качестве правовые основания правомерности уведомления.

Таким образом, указанные органом налоговой службы нормы налогового законодательства, судом, в соответствии с ч. 1 ст. 219 ГПК РК, были признаны не применимыми к спорным правоотношениям.

Следовательно, суд, в связи с нарушением органом налоговой службы требований пп. 10) п. 1 ст. 637 НК РК (в соответствии с которым законность акта означает, что в нем указано подробное описание налогового правонарушения со ссылкой на соответствующую норму налогового законодательства), обязан был признать не законными уведомление и акт, и отменить их.

Иными словами, суд, признав неправомерными ссылки органа налоговой службы на указанные им нормы налогового законодательства, обязан был, уже по этому одному основанию, признать уведомление незаконным, а не приводить собственное правовое основание, тем более не применимое к оценке данных правоотношений.

Все чаще, суды принимают во внимание только субъективное мнение лица проводившего проверку, которое отрицает даже предписания внутренних приказов собственного ведомства, только по тому основанию, что они противоречат его позиции.

Мы полагаем, что спор о правомерности предъявленных налогоплательщику требований, завершался бы (в пользу налогоплательщика) в первые минуты первого судебного заседания, если бы суд принимал в качестве доказательства нарушения налогового законодательства только акт налоговой проверки с подробным описанием «налогового правонарушения со ссылкой на соответствующую норму налогового законодательства Республики Казахстан», как это и предусмотрено пп. 10) п. 1 ст. 637 НК РК и отвергал в качестве допустимого доказательства не соответствующий данной норме акт налоговой проверки.

Как следствие: во-первых, кардинально изменилось бы отношение работников органов налоговой службы к содержанию акта налоговой проверки; во-вторых, государственный орган, как и следует ему по статусу и предназначению, строго соблюдал бы требования законодательства; в-третьих, суды получили бы надлежащее доказательство, содержащее актуальную информацию о спорных правоотношениях; в-четвертых, судам не пришлось бы выполнять не свойственные им функции, т.е. в судебном процессе устранять недостатки налоговой проверки; в-пятых, повысилась бы правовая культура в целом.

Правосознание как причина

1. Мы полагаем, что одной из основных причин всего вышеизложенного является ложный посыл к рассуждению, у должностного лица органа налоговой службы и суда, в ходе осуществления мероприятий налогового контроля и судебного рассмотрения дела.

Его ложность и неправомерность проявляется в психологической установке, что налогоплательщик обязательно нарушил какое-либо требование налогового законодательства.

Знание о ряде налогоплательщиков, как о нарушителях налогового законодательства (и не только), переносится на всех налогоплательщиков, т.е. возникает логическая ловушка – вероятное знание воспринимается как достоверное! Иными словами, вероятность нарушения каким-либо налогоплательщиком налогового законодательства, превращается в достоверное утверждение о нарушении налогового законодательства конкретным налогоплательщиком.

В логике подобный пример рассуждения, т.е. переход от достоверного знания к вероятному знанию называется индукцией. При этом, как указывает А. Ивин «...индукция не дает полной гарантии получения новой истины из уже имеющихся. Максимум, о котором можно говорить,

это определенная степень вероятности выводимого утверждения. ...Рассуждения, ведущие от знания о части предметов к общему знанию обо всех предметах определенного класса, - это типичные индукции, поскольку всегда остается вероятность того, что обобщение окажется поспешным и необоснованным».¹⁴⁶

Можно привести пример, когда с искренним возмущением (довольно высокопоставленными лицами) сообщалось, что налогоплательщик использовал все предоставленные ему законом возможности уменьшить размер своего налогового обязательства.

Тогда как простое размышление приводит к выводу, что если законом предоставлена возможность уменьшить размер своего налогового обязательства, то его размер не может зависеть от усмотрения государственного служащего, и никем не может ставиться под сомнение правомерность подобного уменьшения.

2. Итак, достоверно зная, что в прошлом какой-либо налогоплательщик нарушил налоговое законодательство, должностное лицо органа налоговой службы переносит это знание на другого налогоплательщика, предполагая, что и он является нарушителем, и уже воспринимает его как достоверное. При этом, совершенно не принимается во внимание, что утверждение о том, что налогоплательщик может нарушить требование налогового законодательства, как любое неопределенное выражение мысли может быть как истинным, так и ложным.

Суд, в свою очередь, следуя этой логике, уже рассматривает утверждение органа налоговой службы о нарушении, как дополнительное подтверждение своего предположения о налогоплательщике как о нарушителе, и этого факта достаточно для вменения налогоплательщику нарушения. Как уже было продемонстрировано выше, судьи сами подбирали нормативное обоснование (по их мнению, применимую к данным правоотношениям норму налогового законодательства), таким образом, фиксируя бессилие органа налоговой службы правомерно обосновать свое требование. При этом не важно, что орган налоговой службы не может последовательно и обоснованно объяснить суть нарушения, и обосновать факт нарушения применимой нормой налогового законодательства.

3. Государственный интерес в налоговом споре. Следует отметить объективное не совпадение прав и обязательств в правоотношениях, во-первых, между налогоплательщиком и органом налоговой службы, во-вторых, между налогоплательщиком и государством, и, в-третьих, между государством и органом налоговой службы.

Как совершенно справедливо указывал А.И. Худяков «налоговые органы не являются в точном смысле этого слова субъектом материального налогового отношения.¹⁴⁷ Таким субъектом всегда выступает государство. Представляя в этом правоотношении государство и выполняя возложенные на них государством обязанности, налоговый орган обеспечивает исполнение того налогового обязательства, которое выражено данным правоотношением, добиваясь полной и своевременной уплаты налога вторым субъектом данного отношения – налогоплательщиком. Вместе с тем следует подчеркнуть, что в качестве участника материального налогового правоотношения налоговый орган обладает собственным набором прав и обязанностей, которые не совпадают механически с набором прав и обязанностей государства как субъекта материального налогового правоотношения, хотя этот орган и представляет государство в данном правоотношении. Объясняется это тем, что

¹⁴⁶ А. А. Ивин. Логика. Учебник для ВУЗов. Москва, Высшая школа, 2002. С. 11.

¹⁴⁷ Подробнее о материальных налоговых правоотношениях смотрите, например: Худяков А.И. Финансовое право Республики Казахстан. Общая часть. – Алматы, ТОО «Баспа», - 2001.

некоторые права и обязанности государства как субъекта материального налогового отношения носят неотчуждаемый характер и не могут быть делегированы налоговому органу, несмотря на то, что этот орган выступает в роли представителя государства в указанном правоотношении. Так, государство, ни при каких обстоятельствах не может передать своему налоговому органу право на получение суммы налога (они зачисляются в бюджет) и тем более право на распоряжение этими денежными средствами. Кроме того, налоговый орган обладает собственной правосубъектностью в силу того, что, будучи участником материального налогового отношения, он одновременно является субъектом организационного налогового отношения, выстроенного по схеме «государство – его налоговый орган», призванного обеспечить реализацию основного, материального налогового отношения. Поэтому, когда, например, налогоплательщик обжалует незаконные, по его мнению, действия налогового органа, то он обжалует действия не государства как такового, а жалуются государству на действия его органа».¹⁴⁸

Таким образом, в судебном процессе между налогоплательщиком и органом налоговой службы нет, и не может быть государственного интереса в безапелляционной защите действий органа налоговой службы. Государственный интерес в правосудии!

Должен действовать конституционный принцип – все равны перед законом и судом.¹⁴⁹ Именно в суд обращается налогоплательщик за защитой своих прав, т.к. «норму п. 2 ст. 76 Конституции Республики Казахстан «Судебная власть распространяется на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров республики» следует понимать так, что правосудие в республике осуществляется только судом посредством установленных законом форм судопроизводства. Суду предоставлено право на основании закона выносить решения, приговоры и иные постановления, допускающие ограничение некоторых конституционных прав человека и гражданина, рассматривать жалобы на неправомерные действия должностных лиц, отменять незаконные акты государственных органов в случаях, установленных Конституцией и законами республики».¹⁵⁰

Мы полагаем, что закономерен следующий вывод – если суд, несмотря на абсурдность содержания акта налоговой проверки, поддерживает выводы акта налоговой проверки и правомерность доначислений, то он действует в интересах органа налоговой службы, а не государства, и более того действует неконституционно. Государственный интерес в определенности законодательства – если право существует по закону, то оно должно быть обеспечено на всех стадиях правоприменения, т.е. права налогоплательщика должны быть не только прописаны (например, в Конституции), но и обеспечены силой государственного принуждения.

4. Представитель государства (и как следствие государственного интереса) в судебном процессе. Согласно «п. 2 ст. 4, Конституция Республики имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Республики. В соответствии с этим конституционным положением судам при рассмотрении дел следует во всех необходимых

¹⁴⁸ А.И. Худяков Государство как субъект налоговых отношений. \ Опубликовано: Налоговый эксперт N 4 (17), апрель 2001. Ежемесячное информационно-аналитическое издание о практическом применении налогового законодательства.

¹⁴⁹ Статья 14 Конституции Республики Казахстан.

¹⁵⁰ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 29.03.1999 г. N 7/2 Об официальном толковании пункта 2 статьи 13, пункта 1 статьи 14, пункта 2 статьи 76 Конституции Республики Казахстан.

случаях применять Конституцию Республики в качестве акта прямого действия».¹⁵¹ Применительно к налоговым правоотношениям, следует вспомнить и положения ст. 2 НК РК о том, что налоговое законодательство основывается на Конституции и не может ей противоречить.

Как уже указывало выше, одним из основополагающих принципов деятельности Республики Казахстан является экономическое развитие на благо всего народа.¹⁵² Органы налоговой службы не производят материальные блага, однако могут способствовать экономическому развитию или свести его результаты к нулю.

Эффективность деятельности органов налоговой службы, в прошедшие периоды, можно оценить исходя из следующей информации. В 2003 году (с 1 января по 31 октября 2003 года)¹⁵³ и в 2008 году (введен с 21 февраля по 31 декабря 2008 года, однако был продлен на 6 месяцев)¹⁵⁴ в Республике Казахстан вводились моратории на проверки субъектов малого и среднего бизнеса.

Причем в 2003 году, в отсутствие налоговых проверок субъектов малого бизнеса, налоговые поступления в республиканский бюджет были исполнены на 104,0% от уточненного показателя.¹⁵⁵ По словам В. Ямбаева, президента Алматинской ассоциации предпринимателей, во время «моратория налоговые поступления в бюджет увеличились на 25 процентов. И это при том, что запрет проверок повсеместно под любыми предлогами нарушался».¹⁵⁶

За 2008 год, в отсутствие налоговых проверок малого и среднего бизнеса, налоговые поступления в республиканский бюджет были исполнены на 98,5% от уточненного показателя, тем не менее, доходы от налоговых поступлений в республиканский бюджет составили 127,3% к 2007 году.¹⁵⁷

Таким образом, в 2003 и 2008 годах экономическое развитие (как воплощение конституционного принципа) было достигнуто не благодаря, а вопреки существованию органов налоговой службы.

Однако, при судебном оспаривании результатов налогового контроля, представители органов налоговой службы по-прежнему считают себя единственными выразителями и представителями государственного интереса. Это очередное заблуждение, в истинности которого всех пытаются убедить представители органов налоговой службы. В соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан это утверждение не соответствует установленному правопорядку.

¹⁵¹ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 6.03.1997 г. № 3 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4, пункта 1 статьи 14, подпункта 3) пункта 3 статьи 77, пункта 1 статьи 79 и пункта 1 статьи 83 Конституции Республики Казахстан».

¹⁵² Пункт 2 статьи 1 Конституции.

¹⁵³ Постановление Правительства Республики Казахстан от 27.12.2002 г. N 1390 Об объявлении моратория на проверки субъектов малого предпринимательства.

¹⁵⁴ Постановление Правительства Республики Казахстан от 21.02.2008 г. № 178 Об объявлении моратория на проверки субъектов малого и среднего предпринимательства.

¹⁵⁵ Отчет Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета об исполнении республиканского бюджета за 2003 год.

¹⁵⁶ Газета «Время» 26.02.2008. <http://195.93.153.53/?newsid=3328>.

¹⁵⁷ Отчет Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета об исполнении республиканского бюджета за 2008 год (заключение к отчету Правительства Республики Казахстан) (г. Астана, 2009 год).

В соответствии с Постановлением Конституционного Совета Республики Казахстан «сторонами в процессе участвуют не только граждане, но и должностные лица, которые выполняя свои профессиональные обязанности, представляют интересы сторон или третьих лиц. Одним из таких должностных лиц является прокурор, который в суде представляет интересы государства. Процессуальными правами прокурор, как одна из сторон и представитель интересов государства в суде, наделяется действующим законодательством, принимаемым на основе Конституции. Норма Конституции, изложенная в п. 1 ст. 14, не определяет объем процессуальных полномочий прокурора, установленный законодательством. Пункт 1 ст. 83 Конституции возлагает на прокурора обязанность представлять интересы государства в суде, что увеличивает объем его процессуальных полномочий».¹⁵⁸

Таким образом, не орган налоговой службы, а прокурор является представителем государства (и как следствие государственного интереса) при судебном обжаловании результатов налогового контроля. Однако известны случаи, когда субъективное мнение представителей органа налоговой службы превалировало не только над аргументами и доказательствами представленными налогоплательщиком, но и над мнением прокурора. Как правило, в суде это происходит в том случае, когда прокурор поддерживает доводы налогоплательщика и дает заключение о незаконности произведенных, органом налоговой службы, доначислений.

5. Мы полагаем, что при осуществлении налогового контроля, орган налоговой службы должен осознавать свою роль как исполнительного органа власти и действовать в пределах полномочий предоставленных ему законодательной властью, т.к. в соответствии с Конституцией Республики Казахстан, государственная власть в Республике Казахстан осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов (п. 4 ст. 3 Конституции Республики Казахстан).

При оценке возможности и пределов осуществления налогового контроля, органу налоговой службы, следует осознавать, что никто не может присваивать власть в Республике Казахстан. Присвоение власти преследуется по закону. Не присваивая власть и действуя правомерно, государственные органы имеют право выступать от имени государства, и реализуют назначение государственной власти только в пределах делегированных им полномочий (п. 3 ст. 3 Конституции Республики Казахстан).

Однозначное понимание этих конституционных принципов и строгое следование им является важнейшей задачей каждого должностного лица любого государственного органа, независимо от возложенных на него специальных задач и общественной важности поставленных целей. Формально, конечно, ни одно должностное лицо государственного органа не признает своего несогласия не только с конституционным принципом, но и с положением подзаконного нормативного акта. Это объяснимо, ведь в противном случае, как минимум, отстранение от должности не заставит себя ждать.

Однако, де факто, как уже указывалось выше, отрицаются даже положения ведомственных инструкций. Более того, можно привести примеры, когда должностные лица органов налоговой службы отрицают мнение своего руководителя (выраженное при разъяснении

¹⁵⁸ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 6.03.1997 г. № 3 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4, пункта 1 статьи 14, подпункта 3) пункта 3 статьи 77, пункта 1 статьи 79 и пункта 1 статьи 83 Конституции Республики Казахстан».

положений налогового законодательства), только по той причине, что оно не совпадает с их субъективной точкой зрения на результаты налогового контроля.

6. Для государственных служащих уже стало индульгенцией провозглашение в качестве цели любых своих действий (и единственного оправдания), соблюдение и защита государственного интереса. Государственный интерес усматривается даже в сиюминутном положительном результате для государственной казны. Это уже стало частью правосознания, и не только на уровне обывателя (далекого не только от специальных норм законодательства, но и от принципов права). Утрачено понимание предназначения государственных органов. Например, даже юристы финансовой полиции убеждены, что «...как представители государства государственные органы отстаивают интересы государственной казны».¹⁵⁹

Республика Казахстан никогда не провозглашала в качестве своей цели существования «интересы государственной казны», и, по определению, не могла провозгласить в качестве своего интереса, интересы государственной казны (чтобы убедиться в этом, достаточно просто прочитать Конституцию).¹⁶⁰

Если признать интересы государственной казны в качестве цели существования государства, то рецепт есть – надо просто «все взять и поделить», как утверждал один неадекватный герой М.А. Булгакова, и не утруждать себя построением правового государства («и чего тут думать!?!», как заявлял то же герой).

В правовом государстве, не может ни цель, ни средства ее достижения противоречить Конституции.

Цель оправдывает средства. Старый и исторически дискредитировавший себя постулат. К нашему глубокому сожалению, мы не всегда знаем историю (или не хотим знать), или, что еще хуже, игнорируем ее уроки.

Имея возможность утверждать принцип верховенства закона, мы не всегда полностью реализуем эту возможность, не следуя ему или безразлично наблюдая за его нарушением в окружающей действительности, на которую еще в состоянии воздействовать.

Уже в недавней истории Республики Казахстан есть примеры, когда вслед за утратой возможности утверждать и защищать верховенство закона, и последующим бессилием в восстановлении или защите своих прав, даже специалисты обладающие знаниями и опытом «служителя закона» вынуждены были прибегнуть к экстраординарным способам (несмотря на то, что в Республике Казахстан предусмотрен судебный порядок защиты прав и свобод граждан). Так, экс-судья Верховного Суда Республики Казахстан уволенная с государственной службы «по голословному выводу государственного органа обвинившего ее в совершении коррупционного правонарушения»,¹⁶¹ за помощью в восстановлении на работе обращается к депутату Мажилиса Парламента Республики Казахстан. Еще один

¹⁵⁹ Для законности и прозрачности проверок (Интервью с начальником отдела юридической службы Департамента финансовой полиции по г. Алматы Р. Темиртас.) \ \ Опубликованно: «Юридическая газета» от 4.05.2011 г. № 60 (2050).

¹⁶⁰ «Основополагающими принципами деятельности Республики являются: общественное согласие и политическая стабильность, экономическое развитие на благо всего народа, казахстанский патриотизм, решение наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами, включая голосование на республиканском референдуме или в Парламенте» (п. 2 ст. 1 Конституции Республики Казахстан).

¹⁶¹ Экс-судья Верховного суда просит помощи у Дариги Назарбаевой. URL: <http://www.zakon.kz/4466184-jeks-sudja-verkhovnogo-suda-prosit.html> (дата обращения 11.11.2012 г.).

недавний пример, когда полковник полиции после безуспешных попыток восстановиться в прежней должности объявляет голодовку.¹⁶²

Республика Казахстан утверждает себя как государство, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы (ст. 1 Конституции Республики Казахстан).¹⁶³ Права и свободы человека должны определять содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов (п. 2 ст. 12 Конституции Республики Казахстан), и «...положение пункта 2 статьи 12 о том, что права и свободы человека определяют содержание законов и иных нормативных правовых актов следует понимать в том смысле, что права и свободы человека, провозглашенные Конституцией, являются основополагающими при разработке и принятии законов и иных нормативных правовых актов, устанавливающих условия и порядок осуществления этих прав и свобод. Законы, устанавливающие права и свободы человека, за исключением перечисленных в пункте 3 статьи 39 Конституции, могут быть изменены в установленном порядке законодательным органом, исходя из реальных социально-экономических возможностей государства».¹⁶⁴ При этом, «...по мнению Конституционного Совета, основополагающими принципами законодательной деятельности следует считать, прежде всего, идеи преамбулы Конституции, а также основополагающие принципы деятельности Республики Казахстан, провозглашенные пунктом 2 статьи 1 Конституции (общественное согласие и политическая стабильность; экономическое развитие на благо всего народа; казахстанский патриотизм; решение наиболее важных вопросов государственной жизни демократическими методами, включая голосование на республиканском референдуме или в Парламенте)».¹⁶⁵

Правосознание как следствие

1. Все что подкрепляет мнение представителя органа налоговой службы (даже в отсутствие адекватно выраженного мнения) является первичным, все, что ему противоречит вторично.

Почему не наоборот? Единственное объяснение это страх. Страх обвинения в коррупции.

В связи с этим весьма показательным выступление Председателя Агентства Республики Казахстан по борьбе с экономической и коррупционной преступностью, после одновременного освобождения от должностей 6 судей Верховного Суда Республики Казахстан. Как процитировало его Агентство «Хабар», одним из оснований для освобождения судей от должности было то, что «...установлены факты совершения коррупционных правонарушений судьями... которые неоднократно, нарушая права граждан

¹⁶² В Актобе женщина-полковник объявила голодовку. <http://ktk.kz/ru/news/video/2012/01/17/15645> (дата обращения 11.11.2012 г.).

¹⁶³ Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30.08.1995 г.) \\\ Опубликована: «Казахстанская правда» от 8.09.1995 г.; Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., № 4, ст. 217 (далее по тексту – Конституция Республики Казахстан).

¹⁶⁴ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 28.10.1996 г. № 6/2 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4 и пункта 2 статьи 12 Конституции Республики Казахстан».

¹⁶⁵ Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 15.10.2008 г. № 8 «Об официальном толковании статьи 54, подпунктов 1) и 3) пункта 3 статьи 61, а также ряда других норм Конституции Республики Казахстан по вопросам организации государственного управления» \\\ Опубликовано: «Казахстанская правда» от 30.10.2008 г. № 237 (25684); «Юридическая газета» от 4.11.2008 г. № 167 (1567); «Официальная газета» от 22.11.2008 г. № 47 (413).

и государства, выносили судебные решения в пользу частных лиц, вступали в непроцессуальные контакты с участниками процессов и их представителями.¹⁶⁶

Мы искренне надеемся, что фраза «...выносили судебные решения в пользу частных лиц...», не скрывает за собой смысл, что если бы решения «нарушающие права граждан и государства» были вынесены в пользу государства, итог для освобожденных судей был бы иным.

2. Сложилось устойчивое восприятие действительности: раз орган налоговой службы контролирует то, что должно получить государство, то он всегда действует в интересах государства.

Можно привести пример из истории Золотой Орды – взятие лишней дани (т.е. в современном понимании налога) каралось смертной казнью, т.к. нарушалась воля хана установившего определенный размер дани. Хотя тоже брали с его разрешения, по его указанию и, что самое интересное, в его интересах!

Если вспомнить закон сохранения энергии, то ничто не может породить ничто. Орган налоговой службы только «воспринимающий орган», т.к. из самого себя он не может ничего извлечь, никаких знаний из самого себя получить не может.

Его общественная польза проявляется только как инструмента надлежащего контроля. При этом, главное в этом утверждении – надлежащего.

3. Осуществление контроля, бесспорно, сложная и необходимая обществу деятельность, однако, как показывает практика его осуществления, не всегда эта деятельность сопровождается пониманием того, что «контроль – не самоцель, а неотъемлемая часть системы регулирования, целью которой является вскрытие отклонений от принятых стандартов и нарушений принципов, законности, эффективности и экономии расходования материальных ресурсов на возможно более ранней стадии с тем, чтобы иметь возможность принять корректирующие меры, в отдельных случаях, привлечь виновных к ответственности, получить компенсацию за причиненный ущерб или осуществить мероприятия по предотвращению или сокращению таких нарушений в будущем».¹⁶⁷

Принятие корректирующих мер еще не стало основным принципом (идеей на уровне внутреннего убеждения) деятельности должностных лиц государственных органов осуществляющих государственный контроль и надзор. Можно привести примеры, когда единственной целью контроля (и это объективно следовало из его результатов) являлось привлечение к ответственности, а не принятие корректирующих мер.

Действующее законодательство Республики Казахстан еще не всегда дает органу налоговой службы возможность, и более того, не устанавливает для него необходимость (обязанность), при осуществлении налогового контроля, следовать вышеуказанной последовательности (т.е. во-первых, принять корректирующие меры; во-вторых, в отдельных случаях, привлечь виновных к ответственности; в-третьих, получить

¹⁶⁶ Информационное сообщение АО Агентство «Хабар». «Сняты с должностей 6 судей Верховного суда РК» \ \ http://www.khabar.kz/rus/politics/Snjati_s_dolzhnostej_6_sudej_Verhovnogo_suda_RK.html (дата обращения 22.11.2012 г.).

¹⁶⁷ Лимская декларация руководящих принципов контроля (принята IX Конгрессом Международной организации высших контрольных органов (INTOSAI), (1977 год). ИНТОСАИ/INTOSAI – международная организация высших органов финансового контроля, объединяющая высшие органы финансового контроля в странах ООН. Организация основана в 1953 году. В её членах состоят более 180 национальных высших органов финансового контроля.

компенсацию за причиненный ущерб; и, в-четвертых, осуществить мероприятия по предотвращению или сокращению таких нарушений в будущем). Тогда как это могло бы изменить не только судебную практику, но и отношение к налоговому контролю, как к деятельности государственного органа.

4. В связи с тем, что постановка цели уже определяет направление и задачи деятельности, принятие корректирующих мер, т.е. помощь налогоплательщику в исправлении недостатков его налогового учета, как основная, значимая цель деятельности органа налоговой службы изменила бы ценностные установки.

Эта цель была бы достигнута, при изменении аксиоматического подхода к налогоплательщику как к нарушителю налогового законодательства.

Если налогоплательщика обязали заниматься предпринимательской деятельностью, тогда почему ему за это не платят? Однако, никто не обязывал, это инициативная деятельность...

Если присудили заниматься предпринимательской деятельностью, тогда за что он наказан? Абсурдно само по себе подобное утверждение, при современном развитии производительных сил, подневольный труд неэффективен (даже когда применяется в исправительных целях), и этот этап человечество прошло.

Если позволили заниматься предпринимательской деятельностью, тогда почему мешают? Напрашивается ответ, что те, кто позволил, не могут совладать с теми, кто мешает. Законодательная власть не может надлежащим образом урегулировать деятельность органов налоговой службы, как органа исполнительной власти.

Если стимулировали к занятию предпринимательской деятельностью, тогда почему не помогают? И видимо будут бессильны и не в состоянии помочь пока не утвердятся в решении, что предприниматель первичен, а должностное лицо государственного органа вторично, т.к. экономически непроизводителен и бесполезен.

5. Пытаясь установить рамки запрещенного поведения для органа налоговой службы, упрощают деятельность и выполнение задачи тем, кто контролирует, т.е. в интересах контроля как такового. Упрощается процесс контрольной деятельности органа налоговой службы, при этом опускается цель контроля и права контролируемого субъекта отходят на второй план.

Для изменения отношения должностных лиц органов налоговой службы к процессу налогового контроля и к его результатам, необходимо изменить принципиальный подход к целям и задачам налогового контроля.

Однако, до этого необходимо выделить главное. Иными словами, необходимо ответить на основной вопрос во взаимоотношениях налогоплательщика и государственного органа.

Вопрос настолько же сложен, как и прост. Необходимо определиться и надо ответить, как в философии (основной вопрос философии – что первично материя или дух), что первично, для государства, налогоплательщик или государственный орган (в данном случае орган налоговой службы)?

Определиться должно каждое должностное лицо органа налоговой службы, на уровне внутреннего убеждения и должностного подхода к процессу своей работы.

6. Выше мы уже приводили приказ Председателя Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан,¹⁶⁸ который предписывает обжаловать судебные акты до последней инстанции, и он исполняется скрупулезно и, безусловно, т.к. существует простая форма отчетности, которая используется как метод контроля процесса обжалования.

Возможно, следует ввести как метод, контроля эффективности деятельности должностных лиц органов налоговой службы, осуществляющих налоговый контроль, – отчетность о конечных результатах проверки. В случае, если результаты проверки признаются незаконными и отменяются, то публиковать фамилию, имя и отчество лица проводившего проверку, и указывать меры принятые к ним по результатам. Публикуется же список налогоплательщиков, не выполнивших налоговое обязательство,¹⁶⁹ а списка должностных лиц органов налоговой службы допустивших нарушение нет. Мы узнаем о них только, когда они уже уволены из органов налоговой службы.

Тогда как конечная отрицательная результативность, как результат внутреннего контроля в органах налоговой службы, могла бы одновременно послужить методом общественного контроля, и послужила бы существенным стимулом, для повышения квалификации должностных лиц органов налоговой службы, и одновременно качественно изменила бы отношение к результатам своей деятельности.

¹⁶⁸ Приказ Председателя Налогового комитета Министерства финансов Республики Казахстан от 14.02.2007 г. № 101 «О дальнейших мерах совершенствования работы юридических служб налоговых органов».

¹⁶⁹ Ст. 621 НК РК «Публикация в средствах массовой информации списков налогоплательщиков (налоговых агентов), имеющих налоговую задолженность»: «Органы налоговой службы публикуют в средствах массовой информации список налогоплательщиков (налоговых агентов), имеющих налоговую задолженность, не погашенную в течение шести месяцев со дня ее возникновения: индивидуальных предпринимателей, частных нотариусов, частных судебных исполнителей и адвокатов – более 10-кратного размера месячного расчетного показателя, установленного законом о республиканском бюджете и действующего на 1 января соответствующего финансового года; юридических лиц, их структурных подразделений – более 150-кратного размера месячного расчетного показателя, установленного законом о республиканском бюджете и действующего на 1 января соответствующего финансового года. При этом в списках указываются фамилия, имя, отчество (при его наличии) либо наименование налогоплательщика (налогового агента), вид экономической деятельности, идентификационный номер, фамилия, имя, отчество (при его наличии) руководителя налогоплательщика (налогового агента) и общая сумма налоговой задолженности».