

КАНАФИН Д.К.
к.ю.н., доцент

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

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

- a) быть в срочном порядке и подробно уведомленным на языке, который он понимает, о характере и основании предъявляемого ему обвинения;
- b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;
- c) быть судимым без неоправданной задержки;
- d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника;
- e) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него;
- f) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке;
- g) не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным.

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

Вопрос о равенстве и состязательности сторон в уголовном процессе напрямую связан со степенью независимости суда. В странах переходного периода, не имеющих развитых демократических институтов, степень независимости суда определяется состоянием политической системы самого государства. В условиях отсутствия реального разделения властей, несовершенства системы сдержек и противовесов, позволяющим исполнительной ветви власти доминировать над остальными, не приходится говорить о достаточной самостоятельности суда в принятии решений, отнесенных к его компетенции. Очевидно, в этих условиях также невозможна подлинная состязательность и равенство сторон в

¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане и Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане и Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане.

судопроизводстве. Проблема независимости суда может быть решена только посредством дальнейшей демократизации государственного устройства, однако, эта тема выходит за рамки данной научной работы.

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

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

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

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

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

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

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

Такой порядок вещей нельзя признать справедливым, поскольку подавление защиты на следствии может привести к нарушению прав человека, необъективности собранных по делу доказательств, неоправданно суровому применению мер принуждения. Неравенство полномочий сторон на этом этапе судопроизводства, концентрация власти только в руках органов уголовного преследования, декоративность и слабость защиты становятся причинами произвола и беззакония, дискредитации правосудия и в действительности

² Далее – «проект УПК», «проект».

выгодны только не демократическому, не правовому, основанному на подавлении личной свободы государству.

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

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

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

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

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

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

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

⁵ И.Я. Фойницкий Указ. соч. С. 68.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹¹ А.В. Смирнов Указ. соч. С. 58

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

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

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

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

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

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

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

неудачно заимствованного из средневекового инквизиционного французского процесса, а затем ухужденного в сторону усиления его и без того репрессивной природы.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Более подробно см. Аналитический отчет. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Бюро по демократическим

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

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

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

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

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

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

Согласно ч. 2 ст. 45 проекта УПК суд будет правомочен утверждать процессуальные соглашения подозреваемого, обвиняемого, осужденного с органом уголовного преследования, санкционировать меры пресечения в виде домашнего ареста, содержания

институтам и правам человека. Варшава, 2011 г. (далее: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан).

¹⁸ Пункт 38) ст. 7 проекта УПК.

под стражей и продлевать их сроки; санкционировать принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы; эксгумацию трупа; объявление в международный розыск. Кроме этого, в соответствии с п. 1) ч. 3 этой же статьи судья районного и приравненного к нему суда будет рассматривать жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования. В тоже время, п. 2) ч. 1 ст. 78 проекта УПК утверждает, что судья, осуществлявший вышеперечисленные действия, подлежит отводу при рассмотрении дела в главном судебном разбирательстве.¹⁹

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

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

Подобно тому, как судебные следователи постепенно утратили свою первоначальную связь с судебным ведомством и превратились в орган уголовного преследования, следственный судья, на постоянной основе взаимодействуя с органами уголовного преследования, постепенно будет подвергаться обвинительной деформации, сращиваться с этими

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

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

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

органами, что может отрицательно сказаться на его объективности и беспристрастности, когда он будет выступать в роли обычного судьи и рассматривать дела по существу.²²

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

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

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

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

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

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

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

²² Характерно мнение авторов судебных уставов по вопросу о недопустимости смешения судебных и следственных функций: «Вмешиваясь в начатие уголовных дел и разрешая или предписывая те или другие следственные действия он [суд – Д.К.] может невольно составить себе вперед понятие о свойствах подлежащего следствию деяния или о вине заподозренного лица, а это легко может иметь влияние на мнение его при самом рассмотрении и разрешении дела. Словом всякое вмешательство суда в начатие и производство первоначальных изысканий для обнаружения повода к обвинению подозреваемого противно первым условиям правосудия...» Цит. по: И.Я. Фойницкий. Указ. соч. С. 66-67

Подтверждением этого вывода является тот факт, что к полномочиям следственного судьи отнесено санкционирование либо уже находящихся в компетенции суда, либо редких и не имеющих решающего значения для судопроизводства процессуальных действий, таких, например, как эксгумация или объявление международного розыска. Любому процессуалисту понятно, что два последних действия осуществляются по крайне малому проценту уголовных дел. Предоставление судам этих полномочий выглядит подачкой с барского стола и, по всей видимости, указывает на недостаточное уважение со стороны разработчиков проекта УПК к месту и роли судебной системы в демократическом правовом государстве.

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

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

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

Многие участники процесса могут согласиться с тем, что ныне существующая практика прокурорского санкционирования таких процессуальных действий далека от стандартов

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

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

объективности и беспристрастности, порой носит формальный, поверхностный характер. Например, постановления органов дознания о прослушивании переговоров, выносимые в рамках оперативно-розыскной деятельности, фигурирующие в материалах уголовных дел, как правило, весьма лаконичны и слабо аргументированы. Порой в них даже не называются сведения о личности тех, кому принадлежат телефонные номера, поставленные на прослушивание. Это явно указывает на отсутствие должного уважения к фундаментальным правам человека, сращивание интересов следственных и прокурорских органов, не объективность и не принципиальность контроля со стороны последних, и обусловленное этим отсутствие необходимости по-настоящему доказывать перед надзорным органом потребность в проведении такого рода мероприятий.

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

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

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

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

Очевидно, равенство сторон и состязательность в уголовном процессе возможны только при наличии разумного баланса между полномочиями обвинения и защиты. Этот баланс должен иметь место не только в судебных стадиях процесса, но и в ходе предварительного расследования. В этой связи правовой статус защитника в уголовном судопроизводстве,

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

гарантии его независимости и неприкосновенности имеют очень важное и принципиальное значение для справедливого правосудия.

Не вызывает сомнений тот факт, что полноценная защита может осуществляться только адвокатами - квалифицированными и свободными от власти органов уголовного преследования юристами, объединенными в корпорации, организованные с целью сохранения своей независимости от государства и защиты этических стандартов, положенных в основу профессии.²⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Диктаторы и тоталитарные режимы воспринимали адвокатуру как институт, направленный на ограничение их власти, а адвокатов как недругов или в лучшем случае сомнительных субъектов, готовых во имя интересов представляемых лиц, отказаться от принципов, на которых зиждется здание самой деспотии.³² Так, например, В.И. Ленин говорил, что «Адвокатов надо брать в ежовые рукавицы и ставить в осадное положение, ибо эта

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

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

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

интеллигентская сволочь часто паскудничает... Но все же лучше адвокатов бояться и не верить им, *особенно* если они скажут, что они социал-демократы и члены партии».³³

Очевидно, что при таком восприятии адвокатов и их роли в обществе, рассчитывать на нормальное существование этого института в стране, строящей коммунизм, не приходилось. Следует признать, что отношение советского государства к адвокатуре менялось в зависимости от жесткости самой системы и эволюционировало от попыток ее полного разрушения³⁴ или замены на какие-то дегенеративные, явно нежизнеспособные эрзацы³⁵ до относительного признания и фиксации в весьма ограниченных, но пригодных для существования формах к моменту окончательного коллапса режима.

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

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

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

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

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

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

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

констатировать, что адвокатура в Казахстане является более развитой и успешной, чем аналогичные институты в странах Центральной Азии.³⁸

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

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

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

³⁹ См. Адвокаты Алматы сообщают о частом нарушении своих прав. URL: <http://1tv.kz/news/kazakhstan/29022012/advokaty>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

В принципе весь проект УПК не содержит по настоящему кардинальных предложений по реформированию уголовного судопроизводства.

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

4. Совершенствование гарантий права на защиту

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

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

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

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

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

4.1 Обеспечение процессуальной независимости защитника⁴⁵

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

Правовой статус адвоката составляют не только перечисленные в законе полномочия, но и совокупность юридических механизмов, позволяющих эти полномочия реализовать. К числу таких механизмов, помимо прочего, относятся гарантии независимости адвоката от правоприменительных органов государства при исполнении им своих профессиональных обязанностей.

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

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

В этих условиях многим адвокатам нелегко выполнять роль добросовестного, преданного и квалифицированного защитника.⁴⁹ К сожалению, иногда имеют место факты незаконного сотрудничества отдельных адвокатов с органами уголовного преследования в ущерб

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

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

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

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

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

интересам подзащитных. Приходится признать, что адвокатура не свободна от крапивного семени⁵⁰ нечистых на руку предателей нравственных идеалов профессии.

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

Очевидно, что ситуация нуждается в исправлении, в первую очередь на законодательном уровне. Следует развить не только в специальном законе, но и в УПК и прочих смежных нормативных актах эффективные механизмы обеспечения свободной и добросовестной адвокатской деятельности. В качестве таких правовых механизмов, предлагаем следующие дополнения в законодательство.

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

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

Коллегиям адвокатов следует предоставить право отказывать в приеме лицам, опорочившим себя при осуществлении предыдущей юридической практики⁵². Разумеется, такие решения коллегий должны быть надлежащим образом мотивированы и подлежать в случае необходимости обжалованию в судебном порядке. К сожалению, свободный доступ в профессиональное сообщество всех имеющих адвокатскую лицензию лиц, без оценки их морально-деловых качеств, ослабляет качественный состав адвокатуры, способствует

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

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

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

формированию негативных коррупционных связей между отдельными сотрудниками правоохранительных органов и не всегда чистыми на руку их бывшими коллегами, вступившими в ряды адвокатов. При нынешнем порядке вещей адвокатура фактически превратилась в кладбище не всегда достойных прокурорских и следственных карьер, что не способствует сохранению этических стандартов профессии. Полагаем, что только передача вопроса о вступлении в профессиональное сообщество в руки самой адвокатуры, с сохранением контроля над этим процессом в руках гражданского общества, посредством создания открытых, честных и справедливых процедур, поможет решить указанную проблему.

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

Для устранения злоупотреблений при вступлении адвокатов в дела по назначению органов, ведущих уголовный процесс, необходимо предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в таких делах только на основании решения соответствующих уполномоченных органов коллегий адвокатов (президиумов или по поручению последних заведующих юридических консультаций), исключив практику самостоятельного инициативного вхождения адвоката в дело без договора об оказании правовой помощи. В настоящее время, этот вопрос напрямую не урегулирован в законе и в отдельных регионах страны, некоторые недобросовестные адвокаты вступают в дела, оплачиваемые за счет государственного бюджета, по договоренности со следователями и дознавателями. Кроме коррупции, предательства интересов подзащитных и нарушения их прав такое сотрудничество более ни к чему не приводит.

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

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

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

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов должно находиться в исключительной компетенции органов адвокатского сообщества. К сожалению, в настоящее время этот вопрос в законодательстве урегулирован не достаточно ясно, что теоретически

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

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

4.2. Защитник в процессе доказывания

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

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

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

Ни в действующем УПК ни в проекте нового Кодекса проблема создания полноценной процессуальной формы производства защитником действий, направленных на обнаружение, изъятие и фиксирование фактических данных, не решена. Так, например, в

настоящее время сторона защиты на следствии не может самостоятельно допросить свидетеля, а вправе лишь сделать непонятный с точки зрения процессуальной формы и допустимости его результатов «опрос», либо подать соответствующее ходатайство о допросе следователем того или иного лица. Понятно, что ситуация, когда процессуальный противник решает проводить или не проводить необходимое тебе процессуальное действие, вряд ли может быть признана справедливой. В этой связи необходимо гарантировать право на вызов свидетелей стороной защиты, а также право на перекрестный допрос свидетелей обвинения на досудебных стадиях процесса посредством вызова их на допрос с использованием нижеописанной процедуры депонирования доказательств.

Депонирование доказательств стороной защиты

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

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

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

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

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

⁵⁵ Пункт 4) ч. 3 ст. 112 проекта УПК.

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

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

Проведение защитой экспертиз по уголовному делу

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

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

Истребование документов

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

Защита и частная детективная деятельность

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

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

Разъяснение прав

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

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

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

Ознакомление с материалами дела

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

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

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

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

Доступ подзащитного к адвокату

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

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

⁵⁶ Архив автора.

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

применения пыток рекомендует, чтобы каждому задержанному был предоставлен доступ к адвокату в течении 24 часов с момента задержания.⁵⁸

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

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

Недопустимые ограничения права на свободный выбор адвоката

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

К сожалению, в Казахстане в настоящее время продолжает применяться порочная советская практика нарушения права на свободный выбор адвоката по мотиву отсутствия у адвоката допуска к государственным секретам.⁵⁹ Особенно часто нарушение указанного права встречается в следственной и судебной практике по делам, находившимся в производстве органов национальной безопасности. При этом закон не обязывает адвокатов получать такой допуск. К слову, в УПК нет ни одного упоминания о необходимости

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

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

прохождения именно той процедуры, на которой на практике настаивают органы национальной безопасности. В законодательстве, регламентирующем охрану государственных секретов, адвокаты, как субъекты, обязанные получать допуск в связи с участием в уголовном судопроизводстве, также не называются. Порядок получения допуска к государственным секретам регламентирован в неопубликованной в открытых источниках инструкции, сам допуск предоставляется только по результатам специальной проверки адвоката, проводимой с участием органов национальной безопасности. Таким образом, органы предварительного расследования имеют возможность оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе. Негласный и непонятный для адвокатов порядок выдачи допусков дает возможность создавать препятствия защитникам, неудобным органу расследования, является неформальным фильтром для вхождения в дело, грубо и необоснованно нарушает право обвиняемого на выбор адвоката.

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

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

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

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

По нашему мнению, дискриминационные негласные процедуры предоставления допусков под контролем органов уголовного преследования, нельзя применять в отношении

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

⁶¹ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека (КПЧ ООН). URL: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

адвокатов.⁶² Органы, ведущие уголовный процесс, должны ограничиваться получением у адвокатов подписки о неразглашении сведений, содержащих государственные секреты, ставших им известными в связи с оказанием юридической помощи по делу. При этом, объем и четкий перечень этих сведений должен быть конкретно определен и не должен охватывать информацию о соблюдении законности и прав участников уголовного судопроизводства.

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

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

Конфиденциальность общения с адвокатом

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

Помимо оперативно-следственных вторжений в сферу конфиденциальности защиты, к сожалению, имеют место иные нарушения этого стандарта. Так, например, адвокат фактически не может конфиденциально переговорить со своим задержанным или

⁶² Необходимо отметить, что Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 8-П от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина указал: «Из статьи 48 Конституции Российской Федерации следует право каждого на получение квалифицированной юридической помощи и право пользоваться помощью адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного судопроизводства. В соответствии со ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, являющегося составной частью правовой системы Российской Федерации, каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе сноситься с выбранным им самим защитником и защищать себя через его посредство. Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск...неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника...». Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами.

арестованным подзащитным во время следственных действий за пределами следственного изолятора или изолятора временного содержания, поскольку подозреваемый, обвиняемый находится постоянно в сопровождении конвоира, который, как правило, категорически отказывается оставлять адвоката наедине с подзащитным.

Материально-организационные проблемы общения с адвокатом

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

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

4.4. Право на защиту при производстве процессуальных действий

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

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

Право на защиту при ограничении личной свободы

Право на защиту в первую очередь направлено на обеспечение такого фундаментального института как личная свобода человека. Действующее законодательство не свободно от рудиментов советского репрессивного процесса, который не особо стеснял себя

формальностями при ограничении этого права. К сожалению, в проекте УПК нет норм, направленных на усовершенствование процедуры санкционирования ареста.

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

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

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

Исходя из анализа соответствующих положений проекта УПК⁶⁴ можно сделать вывод о том, что сохраняется ныне существующий семидесятидвухчасовой срок задержания. Вместе с тем, вопрос о том, что этот срок является неоправданно большим, обсуждается давно и даже Специальный докладчик Организации Объединенных Наций по пыткам, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению и наказанию рекомендовал Республике Казахстан сократить этот срок до 48 часов.⁶⁵ Полагаем, что в таких деталях на самом деле могло бы проявиться желание авторов проекта УПК гуманизировать уголовно-процессуальное законодательство. Разумеется, если такое желание имеет место в действительности, а не является пустой декларацией.

Право на телефонный звонок

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

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

⁶⁴ Часть 2 ст. 123 проекта УПК.

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

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

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

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

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

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

ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Рассмотреть вопрос об обеспечении состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе, посредством внедрения полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека при производстве по уголовным делам, для чего создать самостоятельное звено судебной системы, состоящее из судей, ответственных только за осуществление указанной функции на досудебных стадиях процесса.

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

2. К компетенции судей по контролю за законностью и соблюдением прав человека, помимо предложенных в проекте УПК полномочий, отнести санкционирование всех следственных и процессуальных действий, ограничивающих конституционные права человека, а также некоторые правообеспечительные процедуры, например, контроль за предъявлением обвинения, разъяснение прав и обязанностей в связи с участием в уголовном процессе, ознакомление с материалами уголовного дела и др.
3. Развить и конкретизировать в УПК полномочия адвокатов по собиранию доказательств, детально описав процессуальную форму депонирования фактических данных, допроса свидетелей, назначения и производства экспертиз, получения образцов для сравнительного исследования, истребования предметов и документов, использования возможностей частной детективной деятельности. Предусмотреть обязательность проведения судебных заседаний по депонированию доказательств при наличии соответствующего ходатайства защиты.
4. Привести в соответствие с международными стандартами процессуальный порядок задержания и ареста, а именно, сократить до 48 часов срок задержания и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного, предоставить судам право выбирать меру пресечения обвиняемому.
5. Расширить перечень альтернативных аресту мер пресечения.
6. Унифицировать в рамках единой процессуальной формы следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, и регламентировать эту форму только в уголовно-процессуальном законодательстве.
7. Предусмотреть в законе процедуру предъявления обвинения (подозрения) в судебном заседании под контролем суда, в ходе которого проводить разъяснение сущности и объема обвинения, оценку законности, примененного в отношении подозреваемого задержания (если таковое имело место), а также проверку соблюдения права на защиту посредством выбранного адвоката, права на телефонный звонок, права на перевод материалов дела в соответствии с принципом языка судопроизводства и др.
8. Усилить и усовершенствовать гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности, в частности: установить запрет на прослушивание и запись телефонных переговоров адвоката, запретить любое вторжение в служебные и жилые помещения адвокатов, в том числе осуществление гласных и негласных осмотров, обысков, выемок и иных подобных следственных и оперативных мероприятий в отношении адвокатов.
9. Запретить в законе привлечение адвокатов в качестве лиц, сотрудничающих с правоохранительными органами на конфиденциальной основе.
10. Запретить ограничение гражданских и экономических прав адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью.
11. Запретить на законодательном уровне любое уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за правомерные действия, совершенные ими в связи с оказанием юридической помощи, в том числе за публичные высказывания адвокатов в средствах массовой информации и в залах судебных заседаний.

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

Сентябрь 2012 г.