



**ЦЕНТР ОБСЕ В АСТАНЕ**



**ВЕРХОВНЫЙ СУД  
РЕСПУБЛИКИ  
КАЗАХСТАН**



**СОЮЗ СУДЕЙ  
РЕСПУБЛИКИ  
КАЗАХСТАН**



**ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ  
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ**

# **УСИЛЕНИЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА**

**Сборник материалов круглых столов**

Алматы  
2011

УДК 343

ББК 67.411

У74



**«Усиление защиты прав человека на досудебных стадиях уголовного процесса». Сборник материалов круглых столов**  
- Алматы, 2011. – 112 с.

ISBN 978-601-7162-43-6



Организация по безопасности и  
сотрудничеству в Европе  
**Центр в Астане**

*Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (Центр ОБСЕ в Астане). Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ. Электронная версия документа доступна на вебсайте [www.lprc.kz](http://www.lprc.kz)*

УДК 343

ББК 67.411

ISBN 978-601-7162-43-6

© Центр исследования правовой политики 2011

## Предисловие

Центр исследования правовой политики (ЦИПП) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане в 2011 г. реализовал проект «Усиление защиты прав человека на досудебных стадиях уголовного процесса».

Проект был нацелен на продвижение защиты прав человека на досудебных стадиях уголовного процесса посредством усовершенствования судебного контроля и процедуры предварительного следствия/дознания. В ходе проекта была дана экспертная оценка инициатив Генеральной прокуратуры Республики Казахстан по реформе уголовного процесса, и выработаны рекомендации по эффективному расширению судебного контроля и уголовного процесса в целом.

Проектная деятельность включала проведение региональных круглых столов для судей, государственных обвинителей, сотрудников органов внутренних дел и адвокатов. Круглые столы были нацелены на обсуждение среди участников практики судебного санкционирования ареста и перспектив улучшения и расширения судебного контроля, также Концепции Генеральной прокуратуры по реформированию Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

В рамках Проекта совместно с Верховным Судом Республики Казахстан и Союзом Судей РК было проведено три региональных круглых стола посвященных теме Проекта.

Первый региональный круглый стол прошел в Алматы 21 октября 2011 г. в Алматинском городском суде. В обсуждении приняли участие судьи Алматинского городского суда, Алматинского областного суда, Жамбылской области, представители правоохранительных органов и адвокатуры г. Алматы, международных и неправительственных организаций.

Второй региональный круглый стол прошел 28 октября 2011 г. в г. Актобе, с участием судей Актюбинской, Мангыстауской, Западно-Казахстанской, Кызылординской и Атырауской областей, представителей актюбинской прокуратуры, адвокатуры и местных неправительственных организаций.

Финальный региональный круглый стол состоялся 10 ноября 2011 г. в Верховном Суде РК. В обсуждении приняли участие судьи Верховного Суда РК, судьи г. Астана, Акмолинской, Костанайской, Мангистауской, Павлодарской, Карагандинской и Северо-Казахстанской областей, международные эксперты, представители Генеральной прокуратуры РК, международных и неправительственных организаций.

В целом участники рассмотрели и обсудили более 80 подробных рекомендаций по вопросам совершенствования уголовно - процессуального законодательства, судебного контроля и санкционирования ареста.

В данный сборник вошли выступления участников и Сводные рекомендации всех региональных круглых столов.

## Содержание

<b>СВОДНЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ</b>	<b>6</b>
<i>Экспертное заключение «Санкционирование ареста судом», С.А. Пашин</i>	<b>20</b>
<i>Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса», Л. В. Головкин</i>	<b>42</b>
<b>Выступления участников круглого стола 21 октября 2011 г., г. Алматы</b>	<b>54</b>
<i>Рекомендации по вопросу совершенствования судебного санкционирования ареста. Рецензия на экспертное заключение С.А. Пашина «Санкционирование ареста судом», Г.Ж. Сулейменова</i>	<b>54</b>
<i>Международные стандарты в части HABEAS CORPUS, Т. Чернобил</i>	<b>58</b>
<i>Защита прав личности на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, Р.Н.Юрченко</i>	<b>61</b>
<i>Перспективы развития судебного контроля на предварительном следствии, А. Ж. Шамшиев</i>	<b>65</b>
<i>Предложения по Концепции проекта УПК РК, И.Н. Драмарецкая</i>	<b>69</b>
<b>Выступления участников круглого стола 28 октября 2011 г., г. Актобе</b>	<b>71</b>
<i>Судебная защита прав человека в стадии предварительного следствия и перспективы расширения судебного контроля на досудебном этапе уголовного процесса, Г.А.Тлепова</i>	<b>71</b>
<i>Практика по судебному обжалованию действий правоохранительных органов на предварительном следствии по статье 109 УПК РК, А.С. Адилова</i>	<b>77</b>
<i>Актуальные вопросы совершенствования УПК с учетом правоприменительной практики адвокатов, О.Михайлюк</i>	<b>81</b>
<b>Выступления участников круглого стола 10 ноября 2011 г., г. Астана</b>	<b>85</b>
<i>Судебно-правовые механизмы защиты прав человека в уголовном судопроизводстве: проблемы и перспективы, Р.Н. Юрченко</i>	<b>85</b>
<i>Рекомендации по реформированию уголовно-процессуального законодательства с учетом правоприменительной практики адвокатов, Д.К. Канафин</i>	<b>94</b>
<i>Современные тенденции в области уголовно-процессуального права с позиции усиления прав человека в Европе, И. Арналь</i>	<b>97</b>
<i>Вопросы регламентации Уголовно-процессуальным кодексом РК прав при задержании, А. Ибраева</i>	<b>99</b>

*Перспективы расширения судебного контроля на предварительном следствии, А. Ахпанов* **102**

*Законодательное расширение сферы применения альтернативных мер пресечения и мер наказания, не связанных с лишением свободы, А.К. Канатов* **107**

## СВОДНЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ

Данные рекомендации были получены по результатам проведения региональных круглых столов по теме «Усиление защиты прав человека на досудебных стадиях уголовного процесса», прошедших 21 октября 2011 г. в г. Алматы, 28 октября 2011 г. в г. Актобе и 10 ноября в г. Астане. Рекомендации содержат предложения высказанные судьями областных/районных и приравненных к ним судов, а также Верховного Суда РК, представителями местных правоохранительных органов, прокуратуры, адвокатуры и неправительственных организаций.

### I. Расширение пределов судебного контроля

1. Казахстан, согласившись принять обязательства по выполнению МПГПП, согласился с тем, что любое задержание может быть оспорено в суде. Habeas corpus – процедура пересмотра оснований и законности задержания в ретроспективе. Санкционирование же судами ареста является процедурой рассмотрения оснований и законности предстоящего заключения под стражу и не может считаться процедурой habeas corpus в международно-правовом смысле. В связи с этим рекомендуется Республике Казахстан ввести процедуру habeas corpus согласно требованиям и стандартам международного права и обычая. К процедуре habeas corpus в международном праве предъявляется несколько требований, а именно:

- рассмотрению в рамках habeas corpus должны подлежать все случаи фактического ограничения личной свободы в виде заключения под стражу, а не только заключение как мера уголовно-процессуального принуждения. К таким случаям также относится административное задержание, заключение в психиатрические учреждения, помещения на принудительное лечение, водворение в вытрезвитель и т.п.;

- право на использование процедуры habeas corpus должно быть расширено, т.е. чтобы родственники или друзья задержанного лица могли прибегнуть к этому средству от его имени;

- все задержанные должны иметь право присутствовать на процедуре рассмотрения их задержания, представлять свое дело через защитника и иметь доступ к уликам, использованным в качестве обоснования приказа об их задержании. Если улики не могут быть предоставлены задержанному лицу по соображениям национальной безопасности, суд должен рассмотреть их, чтобы определить, обосновывают ли они приказ о задержании;

- в случае выявления судом незаконности и необоснованности (неуместности, нецелесообразности) задержания, задержанный подлежит немедленному освобождению, а лица, допустившие такое задержание, - наказанию;

2. Органам следствия, прокуратуры и суда надлежит широко использовать различные меры пресечения помимо ареста, такие как домашний арест, залог, электронный мониторинг.

3. Следует расширить перечень мер пресечения, включив него такие меры, как обязательство явки к следователю/суду, запрет на посещение определенных мест, запрет на общение с определенными лицами и т.п.

4. Судебный контроль подразумевает усиление контрольных функций суда как органа самостоятельной ветви государственной власти. Представителями судебной ветви власти, осуществляющими производство по уголовному делу и судебный контроль, должны

являться разные судьи, а еще лучше – судьи, представляющие разные коллегиальные органы, а в потенциале - разные ведомства судебной системы (что, кстати, может служить началом постепенного формирования института следственных судей).

5. Целесообразно ввести специализацию судей по вопросам судебного санкционирования мер пресечения, следственных действий и органов оперативно-розыскной деятельности. Специализированные судьи должны быть отделены от районных и областных судов. Необходимо формировать качественные, высокопрофессиональные кадры для специализированных судов.

6. Необходимо предусмотреть в законе четкие разграничения между временем составления протокола о задержании и временем фактического задержания. Закон должен содержать все временные моменты задержания.

7. Последствия неисполнения норм законов о защите прав человека должны быть закреплены на законодательном уровне. Должны быть прописаны санкции для сотрудников правоохранительных органов, за допущенные нарушения в отношении основных прав и свобод человека.

8. Тенденцию на развитие института судебного контроля следует только приветствовать, как, разумеется, и расширение списка процессуальных действий и решений, разрешение на проведение которых дает суд. Но пока это не приводит казахстанский уголовный процесс к международным стандартам, поскольку многие действия, затрагивающие конституционные права и свободы личности по-прежнему будут санкционироваться не судом, а прокурором, что прямо отмечено в Концепции.

9. Для реализации конституционных принципов правосудия все большую актуальность должно приобретать направление защиты прав лиц, вовлеченных в орбиту процесса, на досудебных стадиях. Конкретным выражением этой тенденции должно явиться усиление различных форм судебного контроля - как предварительного (санкционирование процессуальных действий, относящихся к правам и свободам человека), так и последующего (обжалование процессуальных действий и решений органов, ведущих процесс).

10. Необходимо обеспечить судебный контроль за применением любых мер пресечения, включая так называемые «альтернативные», причем независимо от того, сопряжены они или нет с предварительным полицейским задержанием, в силу чего любое полицейское задержание должно приводить либо к освобождению лица по истечении нескольких часов без применения меры пресечения (с правом требовать возмещения государством вреда за необоснованное задержание), либо к доставлению лица в суд для решения вопроса о наличии оснований для применения меры пресечения, включая заключение под стражу.

11. Необходимо обеспечить принципиально одинаковый уровень судебного контроля как для уголовно – процессуального предварительного расследования, так и для «непроцессуальной» оперативно – розыскной деятельности. Следует предусмотреть судебный контроль в отношении любых уголовно – процессуальных и оперативно – розыскных действий и мер, ограничивающих фундаментальные права личности – право на физическую неприкосновенность, право на неприкосновенность личной жизни, право на тайну корреспонденции и др., отталкиваясь при этом не от «исчерпывающего стандартного списка» действий и мер, требующих судебного санкционирования, а от современного международно – правового понимания объема защищаемых ценностей.

## **II. Процедура санкционирования ареста**

**1.** Процедура санкционирования ареста требует изменений с целью усиления гарантий прав личности на досудебном этапе уголовного производства. С этой целью рекомендуется:

- чрезмерно продолжительные сроки ареста серьезно угрожают соблюдению требования о непродолжительности ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев. Фактически время пребывания под стражей (особенно по уголовным делам с множеством эпизодов), может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник, прокурор и другие обвиняемые. Необходимо сократить указные сроки предусмотрев максимальный срок содержания под стражей в шесть месяцев, при этом включать в срок содержания под стражей время ознакомления всех фигурантов дела с материалами дела;

- закон должен содержать нормы предусматривающие основания для отказа в поддержании прокурором ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста;

- суды должны выносить постановление об оставлении ходатайства без рассмотрения и возвращении его прокурору в случаях:

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

**2.** Истребованные судьей материалы уголовного дела должны быть предоставлены для ознакомления стороне защиты. Если дополнительные материалы из уголовного дела не будут предметом состязательного судебного разбирательства, в ходатайстве об аресте должно быть отказано. Судье надлежит по ходатайству стороны защиты оказать помощь соответствующим участникам процесса в истребовании доказательств. Формой такого содействия может быть, в частности, выданный на руки защитнику запрос суда;

**3.** Материалы, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, могут рассматриваться и приниматься в расчет лишь при условиях: надлежащего их представления и приобщения к материалам уголовного дела; их проверяемости в судебном заседании;

**4.** Органы следствия и дознания в отдельных случаях могут отказать в предоставлении отдельных материалов следствия и дознания, ссылаясь на требования УПК РК о недопустимости разглашения данных предварительного следствия и дознания, поскольку закон не освобождает от обязанности сохранять конфиденциальность. Такое обоснование не должно быть допустимым, так как санкционирование ареста является исключительным видом ограничения фундаментального права на свободу. На практике суд может отбирать у

присутствующих в зале суда подписку о недопустимости разглашения без его разрешения имеющихся в деле сведений, с предупреждением об ответственности;

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

- выражающие мнение этих должностных лиц о фактах, положении, поведении обвиняемого (подозреваемого);
- содержащие сведения о противоправных деяниях (преступлениях и проступках) лица, не установленных приговором суда либо другим законным решением;
- не пригодные для проверки в судебном заседании, в частности, содержащие ссылки на информацию, полученную от агенты или из иных нераскрытых источников.

**6.** При возникновении спора о юридической силе представленных стороной обвинения материалов, бремя доказывания их допустимости и опровержения утверждений других участников процесса лежит на прокуроре. В рамках данного производства, может подниматься вопрос о допустимости доказательств;

**7.** Тяжесть предъявленного обвинения (имеющегося подозрения) не может служить причиной заключения лица под стражу в отсутствие оснований полагать, что лицо поведет себя противоправно;

**8.** В законодательстве Республики Казахстан отсутствует явное требование проверять достаточность оснований обвинения (подозрения). Отсутствие такого правового предписания, бесспорно, создает предпосылки для нарушения в огромных масштабах запрета произвольных арестов;

**9.** Вопрос об обоснованности подозрения (обвинения) входит в компетенцию суда при рассмотрении ходатайств об аресте, поступивших от органов уголовного преследования, и его разрешение вовсе не означает ни предвосхищение результатов главного судебного разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Судье надлежит убедиться в том, что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны, что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами, достаточными для вероятностного вывода о причастности лица к приписанному ему деянию, что это деяние получило адекватную квалификацию. В противном случае заключение под стражу окажется произвольным;

**10.** На этапе санкционирования меры пресечения в суде, судом было бы необходимо законодательно закрепить наличие допустимых доказательств, подтверждающих обоснованность подозрения. При санкционировании ареста необходимо ужесточить требования к прокуратуре при решении вопроса о поддержании ходатайства о санкционировании ареста перед судом и увеличении оснований при даче санкции судьями в стороны проверки хотя бы наличия допустимых доказательств, подтверждающих обоснованность обвинения.

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

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

**12.** При невозможности рассмотрения постановления о возбуждении ходатайства о применении к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу и принятия решения по существу вследствие недоставления его в суд судья выносит

постановление об оставлении указанного ходатайства без рассмотрения. Возвращение по этой причине материалов, подтверждающих обоснованность ходатайства, не препятствует последующему обращению в суд с таким ходатайством после создания условий для обеспечения участия обвиняемого (подозреваемого) в судебном заседании;

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

**14.** Учитывая ограниченность сроков рассмотрения судом ходатайства и обжалования постановления суда, изготовление протокола, ознакомление с ним сторон, принесение на него замечаний и рассмотрение поступивших замечаний должны осуществляться незамедлительно, желательно, в день вынесения постановления судьей;

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

- если прокурор не доказал наличия предпосылок для заключения под стражу и необходимости ареста.
- если прокурор не доказал обоснованности обвинения (подозрения).
- когда приписанное обвиняемому (подозреваемому) деяние не содержит, по мнению судьи, состава преступления либо имеются другие препятствующие уголовному преследованию обстоятельства.
- если установлена незаконность задержания.
- когда будет установлено, что при заключении лица под стражу его жизни, здоровью или жизни, здоровью его близких угрожает реальная опасность, а равно есть вероятность применения к обвиняемому (подозреваемому) пыток или ему угрожает «исчезновение».
- если надлежащим образом извещенный прокурор не явился в судебное заседание либо, явившись, отказался поддержать ходатайство об аресте.
- когда ходатайство об аресте является повторным, то есть содержит просьбу о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения - при отсутствии новых обстоятельств, обосновывающих необходимость ареста.

**16.** В случае отклонения ходатайства о санкционировании ареста судья должен указывать в постановлении о немедленном освобождении задержанного;

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

- если задержание было признано незаконным;
- когда подозреваемому не было предъявлено обвинение в установленный законом 10-суточный срок.

**18.** В случае, когда к моменту провозглашения постановления судьи истекает конституционный 72-часовой срок задержания, определяющим для решения вопроса, о немедленном освобождении подозреваемого из-под стражи служит соблюдение органами уголовного преследования сроков обращения с ходатайством об аресте и предоставления

материалов, подтверждающих необходимость избрания столь радикальной меры пресечения. Если данный 12-часовой срок прокурором не соблюден и вследствие этого судья был лишен возможности разрешить ходатайство об аресте до истечения срока задержания, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи на основании постановления судьи об отказе в удовлетворении ходатайства;

**19.** Во всех без исключения случаях судами должны выноситься частные постановления, когда:

- были нарушены сроки представления материалов уголовных дел в суд с тем, чтобы виновные были привлечены к дисциплинарной ответственности;
- если при рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста обнаружится факт подлога при фиксации времени (с точностью до минут) и места задержания подозреваемого;
- в целях предупреждения пыток, жестоких или унижающих человеческое достоинство обращения или наказаний судам надлежит выявлять причины и условия, способствующие применению пыток, и выносить частные постановления об их устранении;
- реагировать на выявленные при рассмотрении ходатайства об аресте нарушения закона и прав сторон: на несвоевременное предоставление пострадавшему статуса потерпевшего; на получение от подозреваемого сведений помимо установленного процессуальными нормами порядка допроса (например, в форме «добровольного и чистосердечного признания», «объяснений»);
- частное постановление уместно, когда речь идет о нарушении конституционного 72-часового срока задержания лица.

**20.** При продлении срока пребывания обвиняемого под стражей должны быть приняты во внимание и входить в предмет доказывания дополнительные обстоятельства, в частности: отпадение оснований, использовавшихся при обосновании первичного заключения под стражу (например, не должно, по общему правилу, повторяться в постановлении судьи, что есть опасность оказания давления на свидетелей, если они уже допрошены следователем); процессуальную активность следствия в работе с заключенным под стражу обвиняемым (например, планируются ли стационарные судебные экспертизы, новые очные ставки).

**21.** Срок продления санкционирования ареста должен быть сокращен вдвое, таким образом, чтобы максимальное содержание под стражей не превышало 6 месяцев.

**22.** Необходимо разрешение вопроса о применении меры пресечения и какой именно предоставить исключительно суду. Суды должны самостоятельно определять альтернативную аресту меру пресечения в случае отказа в удовлетворении ходатайства о санкционировании ареста.

**23.** Необходимо в новом УПК предусмотреть обязанность следователя либо прокурора при рассмотрении вопроса об избрании меры пресечения в суде предоставить доказательства наличия оснований для избрания меры пресечения, а именно доказательство того, что обвиняемый скроется от дознания, предварительного следствия и суда, либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде или будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а так же для обеспечения исполнения приговора орган, ведущий уголовный процесс, в пределах своих полномочий вправе применить к этому лицу одну из мер пресечения, предусмотренных УПК.

24. Необходимо устранить прокуратуру как промежуточное звено при подаче ходатайства о санкционировании ареста в суд. Прокуратура должна участвовать как сторона обвинения, только в суде при санкционировании ареста.

### **III. Судебное обжалование действий правоохранительных органов на предварительном следствии**

1. Необходимо предусмотреть, чтобы суд рассматривал жалобы на любое действие (бездействие), нарушающее по мнению участника уголовного процесса его законные права и интересы. Предложенная модель позволит избежать казуальности уголовно-процессуальных норм, споров при определении действий, подлежащих судебному обжалованию, следовательно расхождения судебной практики при решении этого вопроса, а также устранил ряд других проблем при определении контрольной компетенции суда.

2. В предлагаемых изменениях предусмотрено предъявление обвинения прокурором. В этой связи несколько не логично будет пользоваться правом обжалования действий и решений следователя в прокуратуру. Таким образом это право можно будет отнести в разряд «малоэффективных». Действенным остается только право на обжалование в суд на основаниях, предусмотренных ст. 109 УПК.

3. Необходимо расширить перечень принимаемых судом решений в рамках судебного контроля за счет постановлений об оставлении жалобы без движения, о передаче жалобы по подсудности, об отказе в приеме жалобы, о возвращении жалобы, о прекращении производства по жалобе, о приеме жалобы к производству. Рассмотрение жалобы, соответствующей всем предметно-формальным требованиям, производить в рамках судебного заседания.

4. Не урегулированным остается вопрос о приостановлении обжалованного действия (решения), хотя нет запрета на принятие такого решения судьей, только необходимо выносить при этом мотивированное постановление о необходимости приостановления действия (решения) правоохранительного органа до разрешения по существу жалобы судом.

5. Суду, рассматривающему жалобы в порядке ст. 109 УПК РК, необходимо предоставить право отмены решений следователя и прокурора в части наличия или отсутствия состава преступления, а также доказанности вины.

6. Необходимо законодательно закрепить порядок возврата жалобы.

## **Перспективы реформирования уголовно-процессуального законодательства**

### **I. Начало досудебного расследования**

1. Необходимо заменить «решение о возбуждении уголовного дела» институтом «регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений», а стадию возбуждения уголовного дела вместе с ее атрибутом – «доследственной проверкой» - адекватной конструкцией «начала досудебного расследования». При этом в момент регистрации сообщения о преступлении полиция не должна давать деянию официальную юридическую оценку и выносить какое-либо связанное с этим правоприменительное решение (в духе «постановления о возбуждении уголовного дела»).

2. Необходимо адаптировать к новой процессуальной реальности не только нормы о «заявлении о преступлении», но и весь институт поводов к началу досудебного расследования (бывшие «поводы к возбуждению уголовного дела»).
3. После регистрации каждого сообщения о преступлении, информация об этом должна как можно быстрее (допустим, не позднее 24 часов после регистрации) доводиться до сведения прокурора. Информирование прокурора позволяет сделать процессуальную схему начала досудебного расследования более прозрачной и контролируемой «извне», что не может не пойти на пользу правам личности в уголовном процессе.
4. При исключении стадии доследственной проверки необходимо предусмотреть, что в случае прекращения производства по делу по реабилитирующим основаниям, факт привлечения к уголовной ответственности в установленном законном порядке не будет фигурировать в специальных учетах, чтобы в дальнейшем исключить возникновение у ранее привлекаемого лица проблем различного свойства, к примеру, при получении кредита, открытия виз, устройстве на государственную службу и т.д.
5. Необходимо внести изменения в права подозреваемого и обвиняемого. Так, в частности право ознакомления со всеми имеющимися материалами уголовного дела должно быть у лица с момента его вступления в дело. Данное требование продиктовано довольно ограниченным временем для оспаривания доказательств.

## **II. Унификация досудебного расследования и общие вопросы досудебной стадии уголовного процесса**

1. Уголовно – процессуальная система должна быть рациональной, устойчивой и сбалансированной, чтобы успешно освоить меры, специально направленные на гуманизацию уголовной политики. Важнейшей задачей здесь является разграничение трех фундаментальных функций: полицейской, прокурорской и судебной. Это особенно важно для досудебных стадий уголовного процесса. В настоящий момент данные функции, оказались в значительной степени смешаны.
2. Представленная в законопроекте модель «досудебного расследования», которое должно объединить нынешнее предварительное следствие и дознание, является логичным и обоснованным продолжением реформы стадии возбуждения уголовного дела. В какой-то мере, можно говорить, что речь идет о целостном и концептуальном преобразовании досудебного производства как такового.
3. Унификация досудебного расследования требует, чтобы оперативно-розыскная деятельность полностью регулировалась Уголовно-процессуальным кодексом.
4. В нынешнем уголовном процессе есть «следователи», но нет «органов следствия». Точно также в новом УПК не должно быть и «органов досудебного расследования» - достаточно одних лишь «следственных офицеров», а также «начальников органов досудебного расследования». В противном случае, возникнет процессуальная путаница.
5. Новый УПК должен внятно решать вопрос о пределах производства по уголовному делу в ходе досудебного расследования. В этом смысле в законе следует четко оговорить: расследование (после регистрации сообщения о преступлении) всегда начинается в отношении фактов, изложенных в сообщении. В такой ситуации следственный офицер вправе выдвинуть (при наличии достаточных данных) подозрение в отношении любого лица, причастного к совершению данного факта в качестве исполнителя, соисполнителя или соучастника, независимо от того, указано ли соответствующее лицо в сообщении о преступлении или не указано, будучи установлено самим следственным офицером в ходе

расследования (не говоря уже о том, что иногда в сообщении указано не то лицо, которое на самом деле совершило преступление). Расследовать иные факты следственный офицер вправе лишь в том случае, когда они надлежащим образом зарегистрированы в журнале криминальных сообщений и соединены в одно производство по расследованию. Отчет составляется лишь в отношении фактов, по которым проводилось расследование. При этом именно прокурорское обвинительное заключение определяет окончательный круг лиц, обвиняемых в совершении преступления, дело по которому передается в суд. Прокурор вправе распорядиться о производстве дополнительного расследования, поручив следственному офицеру выяснить причастность к преступлению определенных лиц, в отношении которых не выдвигалось подозрение (если у прокурора имеются сведения об их причастности к расследованным фактам).

**6.** Уголовно – процессуальная деятельность полиции может быть эффективной и безопасной для граждан только в том случае, когда она введена в жесткие функциональные рамки, сопряженные с отсутствием у полиции следующих прав и полномочий:

- права самостоятельно применять любые формы ограничения свободы или, иначе говоря, «меры процессуального принуждения», кроме кратковременного полицейского задержания, исчисляемого часами;

- права самостоятельно производить следственные и подобные им действия по собиранию доказательственной или любой иной информации, сопряженные с ограничением конституционных прав и свобод личности, такие как неприкосновенность жилища, тайна на частную жизнь, личную и семейную тайну, личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров и т.д.;

- права давать запрещенному законом деянию, по которому полиция проводит расследование, официальную уголовно – правовую оценку, то есть право самостоятельно осуществлять уголовно – правовую квалификацию деяния и составлять по этому вопросу какие либо официально правоустанавливающие акты, кроме как предварительную оценку деяния в качестве преступного.

**7.** Представляется нецелесообразным введение в УПК термина «разумные» сроки, т.к. термин несет в себе высокую степень субъективизма. Представляется целесообразным установить сроки расследования дел небольшой тяжести в 10 суток, по тяжким преступлениям – до 30 суток.

**8.** Следует конкретизировать понятие «усиление координирующей роли прокуратуры», между какими ведомостями, и между какими субъектами уголовно-правовой отношений должна быть усилена координирующая роль прокурора.

**9.** Концепция проекта УПК РК не содержит никаких нововведений по вопросу расширения прав защитника в уголовном процессе и по вопросу механизма реализации прав, уже предусмотренных в действующем УПК РК к числу которых относятся:

- порядок сбора доказательств стороной защиты и их процессуальное оформление (представляется целесообразным введение в УПК термина «частный протокол», который будет вправе составлять защитник по итогам, к примеру, опроса лица с его согласия по интересующим вопросам),

- порядок сбора и представления органу, ведущему уголовный процесс, предметов, подпадающих под признаки вещественных доказательств, возможность проведения адвокатом самостоятельных действий (например – осмотр места происшествия, изъятие вещественных доказательств, самостоятельное назначение экспертизы и т.д.) результаты которых, оформленные в соответствии с УПК должны иметь равную доказательственную силу с материалами, собранными следователем, с тем, чтобы только суд имел право на оценку данных доказательств.

**10.** Целесообразно дать защите возможность вести собственное «параллельное расследование» с оформлением юридически значимых результатов, под которым можно понимать действия, проводимые защитником по выявлению оправдывающих или смягчающих ответственность обстоятельств с изложением своих выводов в оправдательном заключении или в заключении о смягчении ответственности обвиняемого». Такое «заключение» и другие представленные адвокатом документы должны направляться в суд вместе с уголовным делом и обвинительным заключением, составляемым следователем. Необходимо предоставить адвокату право обратиться к эксперту самостоятельно и считать полученное заключение доказательством тем самым будет соблюден принцип равенства сторон.

**11.** Среди полномочий профессионального защитника следует предусмотреть возможность беспрепятственного входа во все административные задания правоохранительных органов. Адвокатское делопроизводство и иные связанные с ним материалы и документы адвоката и имущество не подлежат досмотру, осмотру, выемке, изъятию и проверке, кроме случаев, прямо предусмотренных законодательными актами. Однако на практике это положение нарушается сплошь и рядом. Происходят незаконные досмотры и обыски адвокатов в следственных изоляторах и при входе в помещения органов следствия и дознания.

**12.** В Закон РК «Об адвокатской деятельности» и УПК РК необходимо ввести понятие «адвокатское расследование». Необходимо ввести понятие «частный протокол» для фиксации показаний собираемых адвокатом во время адвокатского расследования. В УПК должна быть предусмотрена процессуальная форма фиксации опроса адвокатом лиц. и разработан бланк соответствующего процессуального документа.

**13.** Необходимо принять Закон «О частной сыскной деятельности». «Инструменты» для защиты, имеющиеся в распоряжении адвоката, крайне недостаточны для эффективного оспаривания доводов обвинения. Для наиболее полного и объективного «официального расследования» необходимо предоставление права защищаемой стороне провести «собственное расследование». Почему предлагается разработать и принять Закон «О частной сыскной деятельности», а не «О частной розыскной деятельности». Розыск и сыск понятия в общем не различающиеся, т.к. сыск является составной частью розыскной деятельности. Подобное разграничение позволит ограничить рамки «Сыска» так, чтобы не произошло противоречия с Законом РК « Об оперативно-розыскной деятельности». Субъектами частного сыска могут быть разрешены проведение определенных видов сыскной деятельности и предоставлено право инициирования специальных оперативно-розыскных мероприятий. Так же следует предусмотреть, что в случае, если в результате деятельности субъекта частного сыска им будут добыты доказательства, свидетельствующие о виновности клиента, он вправе утаивать их от органов следствия.

**14.** Оказание квалифицированной юридической помощи (не только обвиняемым, подсудимым, но и осужденным, потерпевшим, свидетелям должны в определенных случаях предоставляться адвокаты, причем бесплатно) реально будет способствовать защите прав личности при производстве по уголовному делу.

**15.** Следует искоренить существующую практику привлечения «штатных» понятых, путем ведения реестра понятых. Повысить критерии к лицам, которые могут стать потенциальными понятыми. Сокращение следственных действий с участием понятых недопустимо и повлечет массовые нарушения прав граждан. Целесообразно ввести норму обязывающую привлекать понятых к участию в следственном действии по требованию подозреваемого/обвиняемого.

**16.** Необходимо улучшить систему управления органами расследования в целях качественной организации работы и соблюдения сроков.

### III. Отказ от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование

1. При установлении новых обстоятельств прокурор получает право менять обвинение на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. Необходимо подробно регламентировать вопрос о расхождении мнений прокурора и суда по вопросу о квалификации преступления.
2. Главное судебное разбирательство должно назначаться только тогда, когда «судья пришел к выводу, что в процессе досудебного производства соблюдены все требования настоящего Кодекса и отсутствуют иные основания, препятствующие рассмотрению дела в суде». При этом, чтобы избежать неформальной реабилитации дополнительного расследования необходимо регламентировать вопросы: *Что должен делать судья, если он, действуя в указанном порядке, обнаружит-таки нарушения уголовно-процессуального закона? Как ему быть, если он придет к выводу о том, что в деле имеются нарушения, препятствующие проведению судебного разбирательства? На какие реальные последствия могут рассчитывать стороны, если они в свою очередь обратят внимание судьи на наличие таких нарушений* (а стороны, несомненно, будут на них обращать внимание)?
3. Ряд участников круглых столов отметили, что вопрос об исключении из УПК института направления дела на дополнительное расследование, является преждевременным, пока не будет изменена практика постановки только или почти только обвинительных приговоров, о чем свидетельствует статистика. Возможность направления дела на проведение дополнительного расследования сохраняет для привлеченного лица возможность прекращения производства по делу.

### IV. Введение соглашений о сотрудничестве между обвинением и защитой (сделок с правосудием)

1. Институт «сделок с правосудием» может быть эффективен и при этом безопасен с точки зрения прав личности лишь в условиях **институционально сложившихся процессуальных систем**. Каково бы ни было принципиальное решение казахстанского законодателя по вопросу о «сделках», при их имплементации в любом случае должны быть решены следующие технические проблемы:
  - необходимо исчерпывающим и точным образом определить круг оснований для заключения «соглашения о сотрудничестве» (категория преступления – особо тяжкие и тяжкие; наличие нескольких соучастников, некоторые из которых отрицают вину; объективные затруднения в собирании доказательств и т. п.);
  - поскольку заключение «соглашения о сотрудничестве» приводит к выделению уголовного дела и его рассмотрению в особом порядке, причем без проведения судебного следствия, то вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое аксиоматично доктринально, но должно быть во избежание недоразумений закреплено в законе;
  - законодателю необходимо скорректировать принцип непосредственности исследования доказательств – один из краеугольных камней современного уголовного процесса. Напомним предложенную схему заключения «соглашения о сотрудничестве»: с одним из обвиняемых заключается «сделка», он, допустим, дает показания против соучастников, его дело выделяется, после чего он осуждается в «льготном порядке». Свои обязанности по «сделке» он формально выполнил, но его показания даны в ходе досудебного производства. С точки зрения принципа непосредственности, их еще надо подтвердить в суде, когда в состязательном процессе будет рассматриваться основное дело в отношении

соучастников. Но к тому времени обвиняемый уже осужден и часто совершенно не намерен давать какие-либо новые показания в ходе гласного судебного процесса. В результате, либо доказательство не может использоваться (нет оснований для оглашения показаний и их исследования судом), что приводит к бессмысленности «сделки», либо закон должен предусмотреть новое исключение из принципа непосредственности, дающее основания для оглашения показаний, данных уже осужденным по «сделке» обвиняемым при исполнении им своих обязанностей в ходе досудебного производства. Здесь, впрочем, возникает уже другой вопрос: как быть, если давший показания обвиняемый находится под «защитой», что исключает разглашение сведений о его личности и препятствует оглашению показаний. На данный вопрос закон также должен содержать ответ.

2. Сделка с правосудием и примирение сторон должны проходить в судебном порядке.
3. Сделка о признании вины не должна заключаться по коррупционным делам.
4. Адвокат в обязательном порядке должен присутствовать при заключении сделки о признании вины.
5. Мнение потерпевшей стороны должно быть учтено и являться определяющим при заключении сделки о признании вины.
6. Необходимо предусмотреть возможность заключения сделки о признании вины по тяжким преступлениям.

## **V. Судебная стадия**

1. Участники круглого стола поддерживают инициативу по исключению из статьи 24 УПК слова «суд». Данный факт может быть прорывом в судебной системе. И будет по настоящему большим шагом на переход от советской сложившейся карательной функции государства, где даже суд был направлен на сбор доказательств и в основном вины подсудимого, к исполнению требований Конституции по гарантиям прав и свобод граждан и человека.
2. Уголовное судопроизводство должно быть аналогичным гражданскому судопроизводству по принципу состязательности. Уголовное дело должно служить прокурору только для систематизации доказательств, но никак не основным доказательствам, как происходит в настоящее время.
3. Состязательный процесс предполагает предоставление доказательств именно в суде, у нас же акцент делается на предварительное расследование, материалам которого отдается предпочтение. В связи с этим страдает принцип презумпции невиновности, присутствует закрытость и, нередко, засекреченность предварительного следствия. Активность судьи в судебном разбирательстве должна быть минимизирована (в н.в. судья допрашивает, выясняет, истребует доказательства, восполняет пробелы предварительного следствия, в связи с чем формируется обвинительный уклон).
4. Необходимо внести в УПК норму, позволяющую признавать показания допрошенных в ходе следствия лиц, недопустимыми при непосредственном их отсутствии в судебном заседании. Это будет способствовать объективности рассмотрения дела в суде, соблюдению принципа непосредственного представления доказательств суду и принципа состязательности.

- 5.** Необходимо ввести понятие «контроль предварительного следствия на досудебном этапе». В соответствии с Конституцией на суд не будут возложены функции, не свойственные суду, а будут приведены в соответствие с её вышеуказанными нормами, если суд будет осуществлять контроль предварительного следствия со стадии сбора доказательств.
- 6.** Видится правильным на стадии возбуждения уголовного дела проводить предварительное слушание с участием сторон для решения вопроса о дальнейшей целесообразности расследования уголовного дела. Важно учитывать, что рассматриваемая процедура не должна предрешать вопросы, могущие являться предметом судебного рассмотрения при разрешении уголовного дела по существу, а ограничиваться лишь задачей проверки законности и обоснованности принятия дальнейшего процессуального решения.
- 7.** Судебные акты апелляционной инстанции должны вступать в законную силу не с момента их оглашения, а с момента их вступления (получения) сторонами.
- 8.** Факт необжалования актов суда первой инстанции в апелляционной и кассационной инстанции – не должен стать препятствием для дальнейшего обращения в Верховный Суд с ходатайством о пересмотре актов в порядке судебного надзора. Необходимо увеличить срок для обжалования в надзорной инстанции до 3 лет, не взирая на предварительное прохождение 2 и 3 инстанций.
- 9.** При рассмотрении сложных и объемных дел целесообразно предусмотреть возможность подготовки для оглашения только резолютивной части приговора и предоставить 5 суток для подготовки полного текста приговора. При этом срок апелляционного обжалования должен начинаться с момента получения полного текста приговора.
- 10.** Корректировка норм, определяющих судопроизводство с участием присяжных заседателей, должна быть направлена не только на увеличение количества категорий дел, подлежащих рассмотрению с участием присяжных, усовершенствования процедуры отбора присяжных, но и на изменение самой модели суда: с представлением присяжным права вынесения самостоятельного вердикта, без участия профессионального судьи.
- 11.** Требуется изменения процедура формирования коллегии присяжных в процессе. Стороны следует наделять правом лично задавать интересующие вопросы к кандидатам в присяжные, а не через председательствующего.
- 12.** Необходимо увеличить сроки рассмотрения дел с участием присяжных заседателей ввиду сложности организации и рассмотрения данной категории дел.
- 13.** Необходимо изменить политику отношения к количеству оправдательных приговоров и обратить внимание на этот вопрос не с позиции качества работы органов суда, прокуратуры и следствия, а с позиции доказанности вины привлекаемого к уголовной ответственности.
- 14.** По смыслу статьи 14 Конституции РК о том, что все равны перед законом и судом, и подпункта 4) пункта 3 ст. 77 Конституции о том, что каждый имеет право быть выслушанным в суде, которые соответствуют положениям Международного пакта, эта позиция всецело прослеживается и поэтому реализация конституционных гарантий судебной защиты предполагает недопустимость лишения права осужденного участвовать в любом касающемся его дела судебном заседании, если он изъявит такое желание.

**15.** Надзорное производство состоит в обращении заинтересованных лиц к прокурору или к судьям надзорной коллегии с просьбой представить им возможность осуществить свое право на пересмотр дела в порядке надзора (т.е. возбудить надзорное производство). Такой порядок свидетельствует о дискреционном полномочии участников процесса, поэтому он неэффективен, ибо сам осужденный, потерпевший, гражданский истец или иной участник процесса фактически правом инициирования пересмотра дела в надзорном порядке не обладают. Пересмотр дела в порядке надзора зависит не от них, а от воли прокурора, который может внести, а может и не внести протест в соответствующую надзорную инстанцию, или усмотрения судей, осуществляющих предварительное рассмотрение надзорных жалоб, которые по своему усмотрению могут принять решение о наличии оснований к пересмотру дела в порядке надзора, либо принять решение об отсутствии таковых. И это законодателям необходимо обсудить при реформировании судебной системы и процессуального законодательства.

**С.А. Пашин**  
**профессор НИУ «Высшая школа экономики»,**  
**к. ю. н., заслуженный юрист Российской Федерации,**  
**федеральный судья в отставке**

## **Санкционирование ареста судом<sup>1</sup>**

### **I. ОСНОВНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ К САНКЦИОНИРОВАНИЮ АРЕСТА СУДОМ**

#### **Правовые источники**

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

Право на свободу и личную неприкосновенность, запрет произвольных и незаконных арестов провозглашены статьей 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Согласно частям 3 и 4 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или освобождение. ...Каждому... принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно»<sup>3</sup>. В соответствии с частями 3 и 4 ст. 5 Конвенции СНГ о правах и основных свободах человека: «Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, в соответствии с национальным законодательством, принадлежит право на разбирательство судом его дела относительно законности его ареста или содержания под стражей. ...Все лица, лишённые свободы, имеют право на гуманное обращение и уважение достоинства, присущего человеческой личности»<sup>4</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

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

<sup>3</sup> Там же. – С. 56.

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

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

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

Институт habeas corpus имеет древнюю историю. Еще в дарованной английским королем Иоанном Безземельным своим подданным под нажимом аристократии Великой хартии вольностей 1215 года провозглашалось: «Ни один человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен имущества, и мы не пойдем на него<sup>6</sup> иначе как по приговору суда, по законам страны». В 1679 году элементом статутного права Англии стал Habeas Corpus Act («Акт о лучшем обеспечении свободы подданного и о предупреждении заточений за морями»), названный по первым словам петиции, поданной после кровавого подавления королем Яковом восстания самозваного претендента на английский престол «герцога» Монмута<sup>7</sup>. Этот закон предусматривал, с одной стороны, право каждого заключенного под стражу по обвинению в совершении преступления требовать подтверждения судьей правомерности его ареста и, с другой стороны, обязанность шерифа под угрозой крупного денежного штрафа доставить задержанного к судье. Однако институт habeas corpus существовал задолго до XVII века как элемент common law<sup>8</sup>, родоначальниками которого выступили Вестминстерские судьи во времена Вильгельма Завоевателя и наследников его трона.

Сегодня институт habeas corpus в той или иной форме закреплен в законодательстве подавляющего большинства государств на всех континентах. Не будет преувеличением утверждать, что уголовно-процессуальные законы Казахстана и других государств Центральной Азии вобрали в себя только ряд элементов данного института. Решение вопроса о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей исключительно судом, к которому должны обращаться с соответствующими ходатайствами органы уголовного преследования, составляет основу законодательства типа habeas corpus, признанную и отраженную в уголовно-процессуальных кодексах стран соответствующего региона.

Нельзя не отметить, что здесь избрана несколько ограниченная модель использования института habeas corpus – по уголовным делам. Во многих государствах Запада (Великобритания, США) полномочия суда по выдаче приказов вида habeas corpus имеют универсальное значение, распространяясь в качестве института конституционного права на **многие случаи удержания человека в неволе помимо надобностей уголовного преследования**. Кроме того, в Центральной Азии, как, впрочем, и в Европейской части СНГ, органы уголовного преследования доставляют в суд не всякого задержанного, но лишь обвиняемого (подозреваемого), которого они намереваются поместить под арест. При этом предъявление лицу обвинения перед судом, проверяющим наличие «разумной причины» для уголовного преследования человека и стеснения свободы обвиняемого, не практикуется.

### **Основополагающие черты института habeas corpus**

Международное сообщество выработало критерии правомерности и справедливости ареста, основные требования к процедурам, связанным с ограничением права человека на свободу и личную неприкосновенность. В числе этих требований существенными представляются, как минимум, следующие:

<sup>6</sup> То есть «не снарядим против него карательную экспедицию».

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

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

законность ареста и запрет произвольных арестов;  
право лица на освобождение из-под стражи до суда;  
признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости;  
незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье;  
доступность помощи адвоката;  
непродолжительность ареста;  
сохранение контактов с внешним миром.

### Законность ареста и запрет произвольных арестов

Законность ареста предполагает, прежде всего, применение этой меры пресечения на основании национальных законов, где должны быть детализированы основания и порядок заключения лица под стражу. «Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления, арестован или иным образом лишен свободы иначе, как на основаниях и в порядке, установленных... Кодексом. ...Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных... Кодексом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права судебного обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов»<sup>9</sup>.

Арест может, тем не менее, быть результатом произвола с точки зрения международных норм, например, если уголовно-процессуальный закон в соответствующей части оказывается туманным, неконкретным или нарушает другие основные права человека, такие как свобода слова.

Комитет ООН по правам человека разъяснил, что применительно к аресту термин «произвольный» относится не только к «противозаконному» заключению под стражу, но должен толковаться шире, включая элементы неуместности, несправедливости и непредсказуемости<sup>10</sup>.

При продлении срока пребывания обвиняемого под стражей должны быть приняты во внимание и входить в предмет доказывания дополнительные обстоятельства, в частности: отпадение оснований, использовавшихся при обосновании первичного заключения под стражу (например, не должно, по общему правилу, повторяться в постановлении судьи, что есть опасность оказания давления на свидетелей, если они уже допрошены следователем); процессуальную активность следствия в работе с заключенным под стражу обвиняемым (например, планируются ли стационарные судебные экспертизы, новые очные ставки).

### Право лица на освобождение из-под стражи до суда

Согласно пункту 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом...». Право обвиняемого «на освобождение до суда» провозглашается Принципом 38 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме<sup>11</sup>.

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

<sup>10</sup> Алберт Вома Муконг против Камеруна, 21 июля 1994 года.

<sup>11</sup> См.: Свод принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216. (Далее: Свод принципов).

### Признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости

Казахстанский законодатель в соответствии со стандартами международного сообщества проводит мысль об исключительном характере ареста как меры пресечения, допуская ее применение: по делам об умышленных преступлениях, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет; в исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, – при наличии особых обстоятельств,<sup>12</sup> связанных с личностью обвиняемого (подозреваемого) либо его ненадлежащим поведением.<sup>13</sup> Арест к несовершеннолетним применяется только в исключительных случаях и при условии, что им приписывается совершение тяжкого или особо тяжкого преступления; максимальная продолжительность содержания подростка под стражей на досудебных стадиях процесса не может превышать 6 месяцев<sup>14</sup>. При этом арест применяется, если нет возможности использовать более мягкую меру пресечения<sup>15</sup>.

### Незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье

Исключительно важно, что законодатели Казахстана остановились на модели, предполагающей доставление лица для установления необходимости его заключения под стражу именно к судье, а не к прокурору или другому лицу, располагающему судебной властью. Комитет по правам человека постановил, что проверка обоснованности офицером высшего командного состава дисциплинарных мер с применением ареста не отвечает требованиям пункта 4 статьи 9 Международного пакта о правах человека<sup>16</sup>.

Уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан устанавливает сроки доставления обвиняемого (подозреваемого) к судье, в целом отвечающие критерию незамедлительности: вопрос об аресте фактически задержанного подозреваемого передается на рассмотрение суда в срочном порядке; постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя с подтверждающими материалами представляется судье не позднее чем за 12 часов до истечения срока задержания<sup>17</sup>. Судья обязан рассмотреть ходатайство органов уголовного преследования об аресте в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд<sup>18</sup>.

---

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

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

<sup>14</sup> Части 3 и 4 ст. 491 УПК РК.

<sup>15</sup> Часть 3 ст. 150 УПК РК.

<sup>16</sup> Вуоланн против Финляндии, 7 апреля 1980.

<sup>17</sup> Часть 4 ст. 150 УПК РК.

<sup>18</sup> Часть 6 ст. 150 УПК РК.

### Доступность помощи адвоката

Предоставление задержанному, как и лицу, в отношении которого решается вопрос о заключении под стражу, квалифицированной юридической помощи адвоката, является требованием международных норм о защите прав человека<sup>19</sup>.

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

### Непродолжительность ареста

К сожалению, в странах Центральной Азии, как, впрочем, и в России, предусматриваются чрезмерно продолжительные сроки ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев<sup>21</sup>. Фактически время пребывания под стражей (особенно по уголовным делам с множеством эпизодов), может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник, прокурор и другие обвиняемые<sup>22</sup>. При этом, в качестве общего правила провозглашается, что срок ареста на стадии предварительного расследования уголовного дела не должен превышать 2 месяцев<sup>23</sup>.

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

Неоправданно долгое содержание лиц под стражей может быть сведено на нет благодаря твердой правовой позиции судей, которые в каждом конкретном случае устанавливали бы срок ареста, разумно необходимый для производства предварительного расследования и достижения интересов правосудия, не подчиняясь искушению воспользоваться максимально возможным сроком содержания под стражей. Например, в отношении подозреваемого нужно ограничиваться первоначально 10-дневным сроком заключения под стражу, достаточным для предъявления ему обвинения<sup>25</sup>.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство возлагает на руководителя администрации места содержания под стражей обязанность освободить обвиняемого из-под стражи, если истекли сроки его содержания под стражей<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> См., например, Принципы 17 и 18 Свода принципов.

<sup>20</sup> Часть 3 ст. 16 Конституции РК.

<sup>21</sup> Часть 4 ст. 153 УПК РК.

<sup>22</sup> Часть 15 ст. 153 УПК РК.

<sup>23</sup> Часть 1 ст. 153 УПК РК.

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

<sup>25</sup> Часть 1 ст. 153 УПК РК.

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

## Сохранение контактов с внешним миром

В 1996 году Комитет ООН по правам человека пришел к выводу, что «заключение без права общения создает условия для применения пыток и... следовательно, этой практики нужно избегать» и что «надо принять срочные меры для ограничения применения заключения без права общения».<sup>27</sup> Близкие обвиняемому люди должны иметь возможность вступить с ним в переписку, пусть и подцензурную, поддерживать его материально, передавая продукты и медикаменты, а также добиваться свиданий с заключенным.

Законодательство Казахстана предусматривает уведомление родственников обвиняемого о факте избрания самой радикальной меры пресечения<sup>28</sup>. Лицо или орган, в производстве которого находится уголовное дело, обязано уведомить в течение двенадцати часов одного из родственников подозреваемого или обвиняемого о месте или об изменении места его содержания под стражей<sup>29</sup>. О задержании, аресте или продлении срока содержания под стражей немедленно ставятся в известность родители несовершеннолетнего или другие его законные представители, а при их отсутствии - близкие родственники<sup>30</sup>.

## II. ПРЕДПОСЫЛКИ АРЕСТА

### Правовые предпосылки ареста

#### Общие правовые предпосылки

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

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

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

Арест может применяться и к подозреваемому, но лишь в исключительных случаях<sup>32</sup>. При этом подозреваемым считается не просто лицо, подозреваемое в совершении преступления, но лишь такое, к которому в связи с этим применены задержание или мера пресечения, либо в отношении которого возбуждено уголовное дело<sup>33</sup>.

---

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

<sup>28</sup> Часть 14 ст. 150 УПК РК.

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

<sup>30</sup> Часть 5 ст. 491 УПК РК.

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

<sup>32</sup> Часть 1 ст. 142 УПК РК.

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

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

При этом деяние, как оно описано следователем:

- действительно нарушает уголовный закон, а не является, например, гражданским деликтом либо поступком, не содержащим состава преступления из-за малозначительности, придания милостивому закону обратной силы, необходимой обороны и других обстоятельств, устраняющих преступность деяния<sup>34</sup>;
- может на данный момент служить причиной уголовного преследования (то есть сроки давности привлечения к уголовной ответственности не истекли, амнистия не состоялась, нет других оснований для прекращения уголовного дела).

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

- скроется от дознания, предварительного следствия или суда;
  - либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде;
- или будет продолжать заниматься преступной деятельностью<sup>35</sup>.

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

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

#### Специальные предпосылки

Арест также является самой строгой мерой пресечения, ограничивающей упомянутое в Конституции Республики Казахстан естественное право человека на личную свободу<sup>37</sup>. Поэтому имеются дополнительные условия применения в качестве меры пресечения ареста.

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

- 1) он не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан;
- 2) не установлена его личность;
- 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;

<sup>34</sup> Часть 2 ст. 9, ч. 1 ст. 5, ст. 32 УК РК.

<sup>35</sup> Статья 139 УПК РК.

<sup>36</sup> Статья 141 УПК РК.

<sup>37</sup> Часть 1 ст. 16 Конституции РК.

- 4) он пытался скрыться или скрылся от органов уголовного преследования или суда;
- 5) он обвиняется либо подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);
- 6) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление»<sup>38</sup>.

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

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

### **Волевые предпосылки ареста**

Уголовно-процессуальный закон не обязывает следователя и прокурора избирать какую бы то ни было меру пресечения в отношении обвиняемого (подозреваемого), позволяя органам уголовного преследования использовать менее радикальные меры процессуального принуждения (например, обязательство о явке<sup>41</sup>), а то и вовсе обойтись без них. Таким образом, применение ареста может санкционироваться судьей лишь при условии, что прокурор, следователь, орган дознания вынесут постановление о возбуждении перед судом ходатайства о санкционировании ареста и, приложив к нему необходимые материалы, направят их прокурору, который в свою очередь, изучив все представленные материалы, допросив, при необходимости, обвиняемого (подозреваемого), вынесет постановление о поддержании ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого) и направит материалы в суд<sup>42</sup>.

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

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

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

### **Материалы, подтверждающие необходимость ареста**

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

- постановление следователя об избрании меры пресечения в виде ареста и ходатайство об его санкционировании судом;

---

<sup>38</sup> Часть 1 ст. 150 УПК РК.

<sup>39</sup> Часть 3 ст. 491 УПК РК.

<sup>40</sup> Часть 3 ст. 150 УПК РК.

<sup>41</sup> Статья 157 УПК РК.

<sup>42</sup> Части 2 и 3 ст. 150 УПК РК.

<sup>43</sup> Часть 3 ст. 150 УПК РК.

- постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя о санкционировании ареста;
- заявление, рапорт и другие материалы, послужившие основанием для возбуждения уголовного дела (копии);
- постановление о возбуждении уголовного дела (копия);
- постановление следователя о языке судопроизводства (копия);
- ордер адвоката (копия);
- протокол задержания в порядке ст. 132 УПК (копия);
- постановление о привлечении в качестве обвиняемого (копия);
- протокол допроса обвиняемого (подозреваемого), кроме случаев, разумеется, когда побег этого лица помешал его допросить (копия);
- протокол допроса потерпевшего (копия);
- характеризующие личность обвиняемого (подозреваемого) материалы (копии);
- документ, удостоверяющий личность обвиняемого (подозреваемого); такими документами признаются: паспорт; удостоверение личности; вид на жительство иностранца; военный билет; некоторые другие документы<sup>44</sup>.

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

### III. ПОРЯДОК САНКЦИОНИРОВАНИЯ АРЕСТА СУДОМ

Разрешение судом вопроса о необходимости ареста обвиняемого (подозреваемого) является формой осуществления правосудия и подчиняется в своих основных чертах общим условиям судебного разбирательства<sup>45</sup>. Данный вывод вытекает, в частности, из положений Конституции Республики Казахстан: «Судебная власть распространяется на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики»<sup>46</sup>. Суд, призванный ограждать конституционные права и свободы граждан от злоупотреблений властью, не может лишиться доступа к правосудию людей, которым угрожают ограничением личной неприкосновенности.

Отмеченное обстоятельство сказывается самым существенным и определенным образом на всей процедуре санкционирования ареста судом. В частности, в рамках данного производства, как и в главном судебном разбирательстве, может подниматься вопрос о допустимости доказательств. Не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> См.: примечание к ст. 280 УПК РК.

<sup>45</sup> Глава 40 УПК РК.

<sup>46</sup> Часть 2 ст. 76 Конституции Республики Казахстан.

<sup>47</sup> Пункт 9 ч. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан.

## Предварительные действия и решения суда

Ходатайства о санкционировании ареста рассматриваются судом по месту производства предварительного следствия либо по месту задержания подозреваемого<sup>48</sup>. Право санкционирования ареста принадлежит судьям районного и приравненного к нему суда, а в случаях обжалования, опротестования постановления суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста или продлении срока ареста, об отказе в даче санкции на арест или отказе в продлении срока ареста обвиняемого, подозреваемого судьи областного и приравненного к нему суда.<sup>49</sup> При наличии на соответствующей территории военного суда гарнизона, судьи этого суда рассматривают ходатайства о санкционировании ареста по делам, подсудным военным судам.

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

При регистрации поступившего ходатайства о санкционировании ареста указывается дата и точное время принятия документов<sup>50</sup>. В суде по каждому ходатайству формируется отдельное производство, куда помещаются (подшиваются): материалы, поступившие от органа уголовного преследования; материалы, представленные стороной защиты и другими участниками процесса; иные исследованные судьей материалы; протокол судебного заседания; итоговое постановление судьи в копии.

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

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

- обращение в суд ненадлежащих должностных лиц;
- обращение в суд с ходатайством об аресте лица, не являющегося обвиняемым (подозреваемым);
- обращение в суд с ходатайством об аресте задержанного после истечения 72-часового срока с момента его фактического задержания;
- повторное обращение органа уголовного преследования в суд с ходатайством о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения - при отсутствии новых обстоятельств, обосновывающих необходимость ареста<sup>51</sup>;
- полное отсутствие доказательств, подтверждающих необходимость заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу.

По общему правилу, в таких случаях необходимо вынести **постановление об оставлении ходатайства без рассмотрения** и возвращении его прокурору. Однако, исходя из требований к справедливому правосудию, предполагающему незамедлительное и эффективное восстановление лиц в нарушенных правах, такое постановление не должно выноситься, когда из поступивших документов видно, что имеется

<sup>48</sup> Часть 6 ст. 150 УПК РК.

<sup>49</sup> Пункт 3 части 4 ст. 110 УПК РК.

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

<sup>51</sup> Часть 12 ст. 150 УПК РК.

фактически задержанное лицо. В этом случае судья должен назначить судебное заседание, имея в виду впоследствии отказать в удовлетворении ходатайства по формальным (процессуальным) основаниям. Таким образом, на данном этапе правомерно оставление ходатайства без рассмотрения, только если оно внесено в отношении ареста лица, находящегося на свободе: ведь в этом случае не требуется экстренная судебная защита его права на личную неприкосновенность.

Не найдя обстоятельств, препятствующих рассмотрению ходатайства, судья **назначает судебное заседание**, о чем может быть вынесено письменное постановление, хотя закон этого не требует и соответствующие подготовительные к суду распоряжения могут отдаваться устно.

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

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

Допустимо назначение по согласованию с соответствующим прокурором выездного заседания суда.

Наряду с прокурором, о времени и месте рассмотрения ходатайства извещаются: защитник, подозреваемый/обвиняемый. Также на заседании вправе присутствовать законный представитель подозреваемого/обвиняемого, потерпевший, его законный представитель и представитель<sup>53</sup>. В случае отсутствия у суда возможности своевременного извещения сторон о рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста, к решению этого вопроса может привлекаться возбудивший ходатайство орган<sup>54</sup>.

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

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

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, «В случае истребования судом всех материалов уголовного дела, право ознакомления с ними, кроме самого судьи, имеет только прокурор», поскольку ознакомление участников процесса «со всеми материалами дела является отдельной стадией уголовного процесса, которая

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

<sup>53</sup> Часть 6 ст. 150 УПК РК.

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

осуществляется после окончания всех следственных действий по делу»<sup>55</sup>. С этой позицией нельзя согласиться. Во-первых, ознакомление с рядом документов, имеющихся в деле (например, с заключением эксперта), допускается до окончания предварительного расследования. Во-вторых, на этапе рассмотрения ходатайства об аресте уголовное дело не окончено производством, а значит, речь идет об ознакомлении не со «всеми» доказательствами, но только с имеющимися на данный момент. В-третьих, утаивание от защиты материалов, доступных прокурору и судье, нарушает принцип «равенства оружия», утвержденный в практике международных органов по защите прав человека, противоречит равенству сторон в судебном разбирательстве. «Все равны перед законом и судом»<sup>56</sup>.

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

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

### **Доказывание**

Участвующий в судебном заседании прокурор обязан доказать наличие надлежащих правовых и «волевых» предпосылок ареста<sup>57</sup>, делающих заключение под стражу подозреваемого (обвиняемого) **необходимой**, оправданной и единственно возможной в данных условиях формой процессуального принуждения. Прокурор обязан отстоять предлагаемую квалификацию деяния, в котором обвиняется (подозревается) лицо, а перед этим – продемонстрировать, что обвинение (подозрение) имеет под собой вескую фактическую основу.

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

Органы следствия и дознания в отдельных случаях могут отказать в предоставлении отдельных материалов следствия и дознания, ссылаясь на требования УПК РК о недопустимости разглашения данных предварительного следствия и дознания<sup>58</sup>, поскольку закон не освобождает от обязанности сохранять конфиденциальность. Такое обоснование не должно быть допустимым, так как санкционирование ареста является исключительным видом ограничения фундаментального права на свободу. На практике суд может отбирать у присутствующих в зале суда подписку о недопустимости разглашения без его разрешения имеющихся в деле сведений, с предупреждением об ответственности.<sup>59</sup>

---

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

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

<sup>57</sup> См. подробнее предыдущий раздел пособия.

<sup>58</sup> См. ст. 53 и 205 УПК РК.

<sup>59</sup> По аналогии со ст. 205 УПК РК.

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

- выражающие мнение этих должностных лиц о фактах, положении, поведении обвиняемого (подозреваемого)<sup>60</sup>;
- содержащие сведения о противоправных деяниях (преступлениях и проступках) лица, не установленных приговором суда либо другим законным решением;
- не пригодные для проверки в судебном заседании, в частности, содержащие ссылки на информацию, полученную от агентуры либо из иных нераскрытых источников<sup>61</sup>.

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

Надо иметь в виду, что в соответствии с позицией высших судебных органов Республики Казахстан, допрос подозреваемого во всех случаях оформляется протоколом, составленным в соответствии с требованиями статей 213, 216 и 218 УПК РК. Оформление показаний, полученных при допросе лица, после его фактического задержания в связи с подозрением в совершении преступления в виде «объяснения», «явки с повинной», «допроса в качестве свидетеля» или иных подобных формах по данному факту недопустимо и такие документы в соответствии со статьей 116 УПК не подлежат приобщению к материалам уголовного дела<sup>62</sup>.

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

Особенности доказывания при обосновании стороной обвинения ходатайства об аресте во многом связаны также с учением о стандартах доказанности. В ряде вопросов, подлежащих доказыванию в рамках данной процедуры, достаточно обосновать позицию не с несомненностью<sup>63</sup>, а с высокой степенью вероятности.

С несомненностью, например, надлежит установить:

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

---

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

<sup>61</sup> Пункт 6 ч. 1 ст. 116 УПК РК.

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

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

С высокой степенью вероятности необходимо доказать, что обвиняемый (подозреваемый) без применения к нему ареста скроется от дознания, предварительного следствия или суда (для подтверждения данного утверждения органы следствия/дознания должны к примеру, представить в суд информацию том, что ранее подозреваемый/обвиняемый скрывался от органов, подозреваемый/обвиняемый приобрел авиа или железнодорожные билеты на свое имя в период предшествующий задержанию и т.п.), либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела, или будет продолжать заниматься преступной деятельностью<sup>64</sup>.

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

Сама по себе тяжесть предъявленного обвинения (имеющегося подозрения) не может служить причиной заключения лица под стражу в отсутствие оснований полагать, что лицо поведет себя противоправно. Комитет ООН по правам человека придерживается той точки зрения, что подозрение человека в совершении преступления не является достаточным основанием для оправдания его задержания на время расследования и предъявления обвинения. Даже если риск побега обвиняемого (подозреваемого) представляется обоснованным, он не является определяющим в вопросе об обоснованности продолжительности ареста. Поэтому судье надлежит исследовать вопрос о порядке и разумности ведения дела со стороны властей. Опасность побега лица не может оцениваться только на основе суровости возможного наказания<sup>65</sup>.

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

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

В постановлениях следователя (органа дознания) и прокурора, связанных с возбуждением ходатайства об аресте несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) обязательно должны быть указаны причины, по которым к подростку не может быть применена менее радикальная мера пресечения. Данное требование вытекает из положения процессуального закона, согласно которому при решении вопроса о применении меры пресечения в отношении несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) в каждом случае должна обсуждаться возможность избрания такой меры, как передача несовершеннолетнего под присмотр в соответствии со статьей 147 УПК<sup>66</sup>.

### **Обоснованность обвинения (подозрения)**

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

---

<sup>64</sup> Статья 139 УПК РК.

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

<sup>66</sup> Часть 2 ст. 491 УПК РК.

В законодательстве Республики Казахстан отсутствует явное требование проверять достаточность оснований обвинения (подозрения). Отсутствие такого правового предписания, бесспорно, создает предпосылки для нарушения в огромных масштабах запрета произвольных арестов. В самом деле, суд не может ориентироваться при решении вопроса о заключении под стражу на утверждения органов уголовного преследования о совершении обвиняемым (подозреваемым) деяния, квалифицированного следователем по определенной статье Особенной части Уголовного кодекса, подчас «с запасом». Доказанность обвинения (подозрения) и правильность квалификации приписанного человеку деяния не могут произвольно исключаться из сферы судебного контроля при ограничении неотъемлемого права человека на личную неприкосновенность.

Данная позиция постоянно звучит в решениях международных органов по защите прав человека. Так, Европейский суд последовательно подчеркивает, что «Наличие разумных подозрений в том, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non*<sup>67</sup> законности продления срока содержания под стражей» и «первоначального заключения под стражу», что привычных ссылок судей на тяжесть обвинения и риск побега подозреваемого (обвиняемого) недостаточно для удержания лица под стражей<sup>68</sup>.

В УПК РК специально отмечается, что «При решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения»<sup>69</sup>; так задаются пределы судебного разбирательства ходатайств об аресте. Между тем, вопрос об обоснованности подозрения (обвинения) входит в компетенцию суда при рассмотрении ходатайств об аресте, поступивших от органов уголовного преследования, и его разрешение вовсе не означает ни предвосхищение результатов главного судебного разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Судье надлежит убедиться в том, что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны, что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами, достаточными для вероятностного вывода о причастности лица к приписанному ему деянию, что это деяние получило адекватную квалификацию. В противном случае заключение под стражу окажется произвольным.

Предметом судебного рассмотрения, таким образом, выступает не виновность подозреваемого (обвиняемого), который, с точки зрения презумпции невиновности, продолжает и в случае заключения его под стражу пользоваться статусом невиновного, а добросовестность в данном вопросе органов уголовного преследования и основательность их позиции.

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

### **Лица, участвующие в рассмотрении ходатайства**

Главным лицом, участвующим в рассмотрении ходатайства, выступает обвиняемый (подозреваемый). Рассмотрение судом ходатайства о санкционировании меры пресечения в

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

<sup>68</sup> См., например, постановления Европейского суда по правам человека по делам: от 8 февраля 2005 г. *Панченко против Российской Федерации*; от 2 марта 2006 г. *Долгова против Российской Федерации*; от 26 октября 2006 г. *Худобин против Российской Федерации*; от 24 мая 2007 г. *Соловьев против Российской Федерации* и мн. др.

<sup>69</sup> Часть 7 ст. 150 УПК РК.

виде ареста в отсутствие обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов Республики Казахстан и уклонения от явки в органы предварительного следствия при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания<sup>70</sup>.

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

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

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

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

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

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

### **Порядок судебного разбирательства**

Судебное разбирательство ходатайства об аресте должно отвечать общим условиям непосредственности, устности, неизменности состава суда, подчиняться законному распоряжению; по возможности, должна обеспечиваться непрерывность судебного заседания<sup>71</sup>.

Заседание суда проходит в условиях гласности, которая ограничивается не иначе как в предусмотренных законом случаях<sup>72</sup>. Ограничение гласности допустимо также по делам несовершеннолетних<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Часть 8 ст. 150 УПК РК.

<sup>71</sup> Статьи 311, 312, 321, 326 УПК РК.

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

<sup>73</sup> Ст. 482 УПК РК.

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

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

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

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

В случаях, когда жалоба о применении пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения заявлена в судебном заседании, суду надлежит принять предусмотренные законом меры к ее незамедлительному рассмотрению. Если для полной проверки жалобы необходимо осуществление мер, не входящих в компетенцию суда (доследственная проверка, возбуждение уголовного дела, проведение дознания либо следствия и т.п.), суд выносит постановление, которым возлагает на прокурора осуществление соответствующей проверки с указанием срока предоставления суду материалов проверки<sup>74</sup>.

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

Задержанный и его защитник имеют право выступить перед судьей с заявлением по поводу обращения с подозреваемым в период задержания<sup>77</sup>.

Судье при рассмотрении ходатайств стороны защиты об исключении доказательств из числа допустимых по мотивам получения их с применением пыток или в результате иных незаконных действий, следует исходить из того, что обязанность подтвердить законность полученных материалов дела возлагается на обвинителя<sup>78</sup>.

---

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

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

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

<sup>77</sup> Принцип 37 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216.

<sup>78</sup> См.: пункт 14 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека,

В заседании суда о санкционировании ареста ведется протокол. В соответствии с частью четвертой статьи 328 УПК РК полностью Протокол должен быть изготовлен не позднее пяти суток по окончании судебного заседания, а при объявлении перерыва или отложении разбирательства более, чем на пять суток, изготавливается Протокол состоявшейся части судебного заседания. Протокол в целом или его часть считаются изготовленными с момента их подписания секретарем судебного заседания и судьей, председательствовавшим при рассмотрении дела.<sup>79</sup>

Учитывая ограниченность сроков рассмотрения судом ходатайства и обжалования постановления суда, изготовление протокола, ознакомление с ним сторон, принесение на него замечаний и рассмотрение поступивших замечаний должны осуществляться незамедлительно, желательно, в день вынесения постановления судьей. Соответственно, процессуальные сроки, предусмотренные статьями 329 и 330 УПК, на данную процедуру не распространяются<sup>80</sup>, но они, разумеется, не могут быть превышены.

Подготовительная часть судебного заседания строится по аналогии с тем же этапом главного судебного разбирательства. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, проверяет явку, представляется, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их право на отвод, а также другие права и обязанности<sup>81</sup>. Здесь же разрешаются ходатайства сторон.

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

Верховный Суд Республики Казахстан прямо предписывает судьям при рассмотрении ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде ареста выяснять, когда лицо фактически задержано, на какое время, где оно содержалось, составлялся ли протокол и другие, связанные с этим обстоятельства<sup>82</sup>.

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

---

противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

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

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

<sup>81</sup> Часть 9 ст. 150, статьи 331 – 344 УПК РК.

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

## Постановление судьи

Рассмотрев ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде ареста обвиняемого (подозреваемого), судья выносит постановление о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого), либо об отказе в санкционировании ареста<sup>83</sup>.

Согласившись с необходимостью ареста обвиняемого (подозреваемого), судья обязан установить срок содержания его под стражей. Этот срок не может превышать того, который испрашивал следователь (орган дознания) и прокурор. Судья вправе санкционировать арест на срок менее двух месяцев. В частности, арест подозреваемого целесообразно санкционировать не более чем до 10 суток, то есть до момента предъявления ему обвинения<sup>84</sup>. Определяя конкретный срок ареста, судья руководствуется не только гуманитарными соображениями, но также учитывает реальную опасность для нормального хода судопроизводства пребывания подозреваемого (обвиняемого) на свободе. Такая опасность снижается по мере приближения к окончанию предварительного расследования, когда потерпевший и основные свидетели уже допрошены, их показания закреплены и эффективно воспрепятствовать установлению истины обвиняемый уже не способен. Как уже говорилось выше, сама по себе тяжесть приписанного обвиняемому (подозреваемому) деяния не может приниматься в расчет при установлении продолжительности пребывания его под стражей.

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

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

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

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

**В-четвертых**, если установлена незаконность задержания.

Задержание лица при отсутствии условий, оснований и мотивов, предусмотренных статьями 132 и 134 УПК, либо свыше трех часов без составления протокола задержания, а также содержание лица под арестом без санкции суда свыше семидесяти двух часов и свыше срока ареста, санкционированного судом, является незаконным, и оно подлежит немедленному освобождению<sup>85</sup>.

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, в случае отклонения ходатайства о санкционировании ареста судья не должен указывать в постановлении о немедленном освобождении задержанного<sup>86</sup>. Данная позиция сомнительна не только в свете соображений гуманности, но и по смыслу напрашивающейся

---

<sup>83</sup> Часть 10 ст. 150 УПК РК.

<sup>84</sup> Часть 1 ст. 142 УПК РК.

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

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

процессуальной аналогии. Так, при отказе прокурора следователю или органу дознания в поддержании ходатайства о применении ареста, обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи<sup>87</sup>, хотя бы законный срок задержания не истек. Этим же правилом должен, как представляется, руководствоваться и судья.

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

- если задержание было признано незаконным;
- когда подозреваемому не было предъявлено обвинение в установленный законом 10-суточный срок<sup>88</sup>.

В случае, когда к моменту провозглашения постановления судьи истекает конституционный 72-часовой срок задержания, определяющим для решения вопроса, о немедленном освобождении подозреваемого из-под стражи служит соблюдение органами уголовного преследования сроков обращения с ходатайством об аресте и предоставления материалов, подтверждающих необходимость избрания столь радикальной меры пресечения. Если данный 12-часовой срок<sup>89</sup> прокурором не соблюден и вследствие этого судья был лишен возможности разрешить ходатайство об аресте до истечения срока задержания, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи на основании постановления судьи об отказе в удовлетворении ходатайства.

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

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

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

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

Постановление судьи выносится в совещательной комнате и во всех случаях провозглашается публично<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Часть 3 ст. 150 УПК РК.

<sup>88</sup> Часть 1 ст. 142 УПК РК.

<sup>89</sup> Часть 4 ст. 150 УПК РК.

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

<sup>91</sup> Часть 3 ст. 29,

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

Подлинник постановления судьи незамедлительно направляется в орган уголовного преследования, возбудивший ходатайство о санкционировании ареста, для приобщения к материалам уголовного дела. Заверенные копии постановления судьи направляются или вручаются сразу же после судебного заседания: прокурору; обвиняемому (подозреваемому); потерпевшему.

### **Частное постановление судьи**

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

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

**Во-первых**, если были нарушены сроки представления материалов уголовных дел в суд с тем, чтобы виновные были привлечены к дисциплинарной ответственности<sup>93</sup>.

**Во-вторых**, частное постановление должно быть вынесено и направлено для принятия мер прокурору, если при рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста обнаружится факт подлога при фиксации времени (с точностью до минут) и места задержания подозреваемого<sup>94</sup>.

**В-третьих**, в целях предупреждения пыток, жестоких или унижающих человеческое достоинство обращения или наказаний судам надлежит выявлять причины и условия, способствующие применению пыток, и выносить частные постановления об их устранении<sup>95</sup>.

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

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

---

<sup>92</sup> Часть 10 ст. 150 УПК РК.

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

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

<sup>95</sup> Там же, пункт 22.

## ПОСЛЕСЛОВИЕ

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

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

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

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

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

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

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

*Л. В. Головки, доктор юридических наук,  
профессор кафедры уголовного процесса,  
правосудия и прокурорского надзора  
МГУ им. М. В. Ломоносова  
эксперт ОБСЕ*

**Анализ концептуальных положений проекта закона Республики  
Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые  
законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования  
уголовного процесса»<sup>96</sup>**

Настоящий анализ подготовлен на основании имеющихся в распоряжении автора материалов: Концепции к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Концепция), Сравнительной таблицы к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Сравнительная таблица), а также двух подготовленных в качестве пояснения к законопроекту презентаций (power point), посвященных регистрации сообщений о преступлениях в журнале криминальных сообщений и формам досудебного расследования.

В то же время следует отметить, что при подготовке анализа возникли некоторые трудности, связанные с имеющимися место концептуальными и терминологическими противоречиями в упомянутых выше документах, которые не позволяют иметь законченное представление о реформе. Так, например, в Концепции идет речь об упразднении понятий «следователь» и «дознатель» и об их замене новым процессуальным понятием «инспектор». В Сравнительной таблице предложен другой процессуальный неологизм – «следственный офицер» (об «инспекторе» здесь не упоминается). В одной из презентаций (о регистрации сообщений о преступлениях) наглядно представлена конструкция постановлений о регистрации сообщений о преступлении и об отказе в такой регистрации (с правом судебного обжалования), которую мы не обнаруживаем в Сравнительной таблице. Сложно сказать, объясняются ли эти (и другие) противоречия столкновением различных точек зрения при подготовке законопроекта в рамках еще не завершенной дискуссии или они отражают эволюцию взглядов авторов законопроекта (дискуссия уже преодолена). Мы никакими сведениями на этот счет не располагаем. Но методологически мы будем брать за основу данного анализа прежде всего Сравнительную таблицу, воспринимая ее по сугубо формальным причинам в качестве ключевого из законопроектных материалов. Кроме того, с нашей точки зрения, именно Сравнительная таблица содержит наиболее удачные решения в рамках отмеченных противоречий, в том числе имея в виду приведенные примеры: отказ от термина «инспектор», а также конструкций «постановление о регистрации сообщения о преступлении» и «постановление об отказе в регистрации сообщения о преступлении».

Если не вдаваться в детали, то концептуальная линия законопроекта сводится к решению **четырёх фундаментальных процессуальных проблем:**

- 1) полному переформатированию стадии возбуждения уголовного дела, которое приводит к отказу от данной стадии как таковой;
- 2) унификации нынешних дознания и предварительного следствия в рамках нового «досудебного расследования» с одновременным расширением судебного контроля за деятельностью органов, его осуществляющих;

---

<sup>96</sup> Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не обязательно отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

- 3) преодолению застарелых проблем, связанных с возвращением уголовного дела для производства дополнительного расследования, что позволяет вовсе отказаться от данного института, вызывающего многочисленные нарекания;
- 4) приданию уголовному процессу большей гибкости путем введения института «соглашения о сотрудничестве», который на процессуальном сленге иногда принято именовать «сделкой с правосудием».

Теперь необходимо, с одной стороны, оценить данные процессуальные идеи как таковые, а с другой стороны – выяснить, насколько технически удачно они реализованы в законопроекте.

## I. Отказ от стадии возбуждения уголовного дела

Заложенную в Концепции идею отказа от так называемой «доследственной проверки», а вместе с ней и от самой конструкции стадии возбуждения уголовного дела, безусловно, следует приветствовать. Стадия возбуждения уголовного дела, с которой якобы должен начинаться уголовный процесс, представляет собой один из самых неудачных рудиментов советского уголовного процесса. На самом деле классическая континентальная схема выглядит совершенно иначе: после регистрации сообщения о преступлении открывается так называемое **«полицейское дознание»**, проводимое под непосредственным контролем (надзором) прокурора. По его окончании материалы дела (собранные «полицейские доказательства») ложатся на стол прокурора, который и дает им **юридическую оценку**, в зависимости от которой либо возбуждает **публичное обвинение перед судебной властью**, либо отказывает в его возбуждении, либо применяет альтернативные меры реакции на преступления.

Оставляя пока в стороне собственно полицейское расследование (о нем далее), отметим, что законопроект полностью следует этой логике, заменяя «решение о возбуждении уголовного дела» институтом «регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений», а стадию возбуждения уголовного дела вместе с ее атрибутом – «доследственной проверкой» - адекватной конструкцией **«начала досудебного расследования»**. Очень важно подчеркнуть, что в момент регистрации сообщения о преступлении полиция не должна давать деянию официальную юридическую оценку и выносить какое-либо связанное с этим правоприменительное решение (в духе «постановления о возбуждении уголовного дела»). В этом смысле законопроект, судя по Сравнительной таблице, не вызывает никаких нареканий.

Настораживает только, что, как уже отмечалось выше, одна из презентаций, представляющая в виде схематизированного пояснения к новой конструкции регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений, содержит скрытую «реставрацию» института доследственной проверки. Так, согласно презентации, дежурный офицер будет иметь право отказаться в регистрации сообщения о преступлении в журнале криминальных сообщений, вынося при этом подлежащее судебному обжалованию процессуальное решение. Если же он все-таки примет решение зарегистрировать сообщение, то также будет обязан вынести процессуальное решение – постановление о регистрации сообщения и начале досудебного расследования. Подобная схема означает только одно – сохранение стадии возбуждения уголовного дела и института доследственной проверки, сопровождаемое их сугубо формальным переименованием. Действительно, после появления «повода к регистрации» полиция начнет неизбежно выяснять наличие или отсутствие оснований для регистрации сообщения, совершать проверочные действия и т. д. Постепенно данный этап процесса станет расширять свои временные рамки, наполняться новыми «проверочными действиями» и... превратится в пресловутую доследственную проверку. Постановление о регистрации сообщения заменит нынешнее постановление о возбуждении уголовного дела, а постановление об отказе в регистрации соответственно – нынешнее постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Все вернется на круги

своя... В этом плане не внушает также оптимизма предполагаемое Сравнительной таблицей терминологическое уточнение в ст. 7 УПК РК понятия «пояснение», которое должно создать синонимический ряд с нынешними «объяснениями», характерными именно для доследственной проверки.

В то же время в новой редакции основного текста УПК РК данные положения развития не находят, что вызывает определенный оптимизм, позволяющий рассчитывать, что реставрации доследственной проверки все-таки не произойдет. Так, опять-таки судя по Сравнительной таблице, ст. 184 УПК РК будет содержать норму об обязанности зарегистрировать каждое заявление о преступлении. **Только такой подход, где не может идти никакой речи даже о самой возможности «постановления об отказе в регистрации» сообщения о преступлении, позволит не номинально, а реально отказаться от доследственной проверки.** Мы искренне надеемся, что представленная в презентации схема, строго говоря, совершенно не соответствующая тексту законопроекта, либо устарела, либо является элементарной технической ошибкой, не отражающей волю разработчиков законопроекта.

Опираясь на отмеченный текст ст. 184 УПК РК и более не обращая внимания на неудачную схему, представленную в презентации, выделим уже не столько на концептуальном, сколько на техническом уровне несколько требующих решения проблем, порожденных реформой института возбуждения уголовного дела и не урегулированных в законопроекте:

1) Новая редакция соответствующих положений УПК РК исходит из того, что обязанность регистрации существует в отношении *заявлений о преступлении* (ст. 184), досудебное расследование производится только после регистрации *заявлений о преступлении* (ст. 194) и т. д. Однако, заявление о преступлении, как известно, не является единственным источником информации о преступлении или, говоря языком казахстанской реформы, не является единственным поводом к началу досудебного расследования, что совершенно понятно и естественно в силу принципа публичности уголовного процесса (так называемый принцип *ex officio*). Но, каков механизм начала досудебного расследования в случае появления других поводов к его началу (рапорт, сообщение в СМИ и др.), предусмотренных УПК РК? Должны ли такие поводы регистрироваться в журнале криминальных сообщений? Как при их появлении должно начинаться досудебное расследование? Все эти вопросы требуют уточнения. Иными словами, необходимо адаптировать к новой процессуальной реальности не только нормы о «заявлении о преступлении», но и весь институт поводов к началу досудебного расследования (бывшие «поводы к возбуждению уголовного дела»). Пока это не сделано.

2) В более общем плане возникает впечатление о некоторой разбалансированности новых положений пореформенного казахстанского уголовного процесса с классическими положениями и институтами, которые после реформы сохранятся в силе. Иными словами, нынешняя реформа требует более тщательной рекодификации уголовно-процессуального права, в ходе которой соответствующей ревизии и взаимной координации должны подвергнуться все уголовно-процессуальные нормы (а не только те, что формально затронуты реформой и попали в поле зрения законодателя).

Приведем один пример: предполагаемая редакция ч. 7 ст. 184 УПК РК содержит очень интересное и плодотворное положение, согласно которому пострадавшее лицо, если оно известно, должно признаваться потерпевшим с момента начала досудебного расследования. Иначе говоря, лицо должно признаваться потерпевшим сразу после регистрации его заявления в журнале криминальных сообщений, а поскольку такая регистрация в свою очередь является обязательной, то сам факт подачи заявления автоматически приводит к появлению у заявителя статуса потерпевшего. Логика реформаторов здесь безупречна. Непонятно другое: почему в таком случае не подверглась ревизии ст. 75 УПК РК, регулирующая на уровне общих положений статус потерпевшего и по-прежнему настаивающая на том, что лицо становится потерпевшим лишь с момента

вынесения соответствующего постановления, ни словом не упоминая о ситуации, регулируемой ч. 4 ст. 184 УПК РК, которая, смеем уверить, будет возникать по большинству уголовных дел? Здесь имеет место явная недоработка с точки зрения законодательной (кодификационной) техники.

**3)** Представляется, что механизм регистрации сообщений о преступлении и начала досудебного расследования содержит явный пробел, касающийся роли прокурора на этом важнейшем этапе уголовного процесса. Предложенная составителями схема выглядит таким образом, что на начальном этапе досудебного расследования (после регистрации сообщения) информация передается лишь начальнику органа досудебного расследования, но не прокурору (см. также новую редакцию ст. 190 УПК РК), в результате чего расследование становится неким «внутренним делом» полицейских органов.

Ясно, что если законодатель основывается на классических моделях континентального уголовного процесса, то после регистрации каждого сообщения о преступлении, информация об этом должна как можно быстрее (допустим, не позднее 24 часов после регистрации) доводиться до сведения прокурора. В противном случае, возникнет неизбежный процессуальный дисбаланс. Скажем, как прокурор может реализовывать свое полномочие по прекращению досудебного расследования, если он даже не в курсе того, что оно начато? Как он может контролировать сроки досудебного расследования? В конечном итоге, информирование прокурора позволяет сделать процессуальную схему начала досудебного расследования более прозрачной и контролируемой «извне», что не может не пойти на пользу правам личности в уголовном процессе.

## **II. Унификация досудебного расследования**

Представленная в законопроекте модель «досудебного расследования», которое должно объединить нынешнее предварительное следствие и дознание, является логичным и обоснованным продолжением реформы стадии возбуждения уголовного дела. В какой-то мере, можно говорить, что речь идет о целостном и концептуальном преобразовании досудебного производства как такового.

В целом, идею разработчиков реформы нельзя не поддержать. Дуализм дознания и предварительного следствия как двух форм расследования не только изжил себя, но и просто не имеет надлежащих теоретических оснований после того, как советская система и ее постсоветские наследники, по сути, отказались от классического предварительного следствия континентального (исторически французского) типа, имеющего, как известно, судебную природу, то есть относящегося к компетенции судебного ведомства. Напомним, что разграничение дознания и предварительного следствия теоретически основано в Европе на институциональном (или, если угодно, на конституционно-правовом) разграничении полицейской и судебной деятельности – дознание имеет полицейскую природу, тогда как следствие входит в сферу полномочий суда, в рамках которого имеются специальные должности так называемых «следственных судей». Если дореволюционная российская процессуальная система следовала этой логике (институт судебных следователей), то в советский период она оказалось утраченной. После перехода следственных функций в компетенцию полицейских органов во главе с МВД от «предварительного следствия», по сути, в наследство осталось лишь наименование института, а также ряд процессуальных функций, неоправданно переданных после упразднения судебных следователей в руки полиции и прокуратуры, что отражало советскую идеологию с ее размытием концепций «полиции» и «юстиции». По сути, уже в тот период произошла почти полная «полицизация» расследования, не оставляющая места классическому предварительному следствию. Это требовало унификации расследования в рамках концепции «полицейского дознания», проводимого под надзором прокурора, с формальным отказом от «предварительного следствия», поскольку исчезновение следственных судей (судебных следователей) в теоретическом плане

означает исчезновение предварительного следствия как такового. Однако, советская процессуальная теория пошла по другому пути, что лишь усугубило ее кризис и затруднило в дальнейшем постсоветскую институциональную нормализацию, которая наконец-то постепенно начинает происходить, прекрасной иллюстрацией чего является казахстанская реформа предварительного расследования.

Таким образом, еще раз подчеркнем: происходящая в Казахстане унификация досудебного расследования не вызывает никаких теоретических сомнений. Она лишь переводит на адекватный процессуальный язык то, что и так уже давно имело место в реальной действительности.

Теперь несколько слов о терминологии. Несмотря на то, что в теории уголовного процесса уголовно-процессуальную деятельность полицейских органов (под надзором прокурора) по собиранию доказательств для решения вопроса об окончательном выдвижении прокурором обвинения и передаче дела в суд принято по традиции именовать «полицейским дознанием» или «прокурорско-полицейским дознанием», казахстанский законодатель остановился на другом термине – досудебное расследование. Такой термин также допустим, поскольку главное, чтобы он отражал несудебную (соответственно прокурорско-полицейскую) природу соответствующей уголовно-процессуальной деятельности.

Что касается содержания и структуры нового досудебного расследования, то они отражают, главным образом, так называемую «германскую модель» досудебного производства (на наш взгляд, на сегодняшний день по ряду причин оптимальную для постсоветских государств), но с небольшими институционально-терминологическими примесями французской модели, вокруг которой в свое время и выстраивалась дореволюционная российская конструкция предварительного производства, процессуально повлиявшая на советско-постсоветские системы. Такой подход выглядит сбалансированным и не вызывает теоретического отторжения в силу гипотетической «несовместимости» - здесь все совместимо. Сам термин «следственный офицер» является отражением некоего процессуального компромисса – прилагательное следственный подчеркивает его роль лица, уполномоченного собирать полноценные доказательства (дань исторически близкой французской системе), тогда как существительное «офицер» четко указывает, что речь идет о деятельности, имеющей полицейскую природу, в силу чего никакого классического предварительного следствия французского типа здесь нет и быть не может. Ясно, что подобный терминологический подход, как уже отмечалось, много более удачен, нежели совершенно непонятная конструкция «инспектора», в которую совершенно немыслимо вписать институты, сохраняющиеся в казахстанском уголовном процессе (принятие дела к производству, расследование дел группой лиц, следственное действие и т. д.).

Что касается собственно структуры досудебного расследования, предложенной в законопроекте, то она также сомнений не вызывает. После начала досудебного расследования следственный офицер собирает необходимые доказательства, после чего составляет отчет и передает материалы прокурору, который уже принимает окончательное решение о предъявлении обвинения и передаче дела в суд или о прекращении дела. При этом, что очень важно, следственный офицер не принимает правоприменительных решений, связанных с юридической оценкой деяния (квалификация и т. д.), оставаясь в рамках классической полицейской логики. Юридическая оценка деяния является итогом досудебного расследования, а не его предпосылкой (что совершенно справедливо), и относится к компетенции прокурора (что также справедливо). В такой ситуации логичным выглядит отказ от института предъявления обвинения в ходе расследования (а не по его окончании), поскольку данный институт уходит корнями во французскую систему предварительного следствия, строящуюся вокруг фигуры следственного судьи. Теоретических предпосылок для его сохранения не осталось. В то же время требование об информировании лица о ведении в его отношении досудебного расследования, что совершенно необходимо с точки зрения реализации права на защиту, вполне обеспечивается с помощью конструкций «выдвижение подозрения» и «подозреваемого».

При этом речь опять-таки не идет об окончательной квалификации деяния, полном доказательственном обосновании решения и т. д. Все это произойдет уже по окончании расследования – на этапе предъявления обвинения прокурором для передачи дела в суд, когда и появится фигура «обвиняемого». Предложенный в законопроекте подход в этом смысле никаких нареканий не вызывает.

Таким образом, концепция унифицированного досудебного расследования теоретически оправдана и, в целом, технически грамотно реализована. В то же время в более конкретной плоскости по поводу законопроекта нельзя не сделать несколько критических замечаний как концептуального, так и технического характера:

1) Унификация досудебного расследования при всей своей теоретической обоснованностью ставит еще один вопрос фундаментального плана, который в законопроекте не решен: каков смысл сохранения автономии так называемой «оперативно-розыскной деятельности» и почему она не интегрирована в полицейское досудебное расследование? Если законодатель исходит из искусственности разграничения дознания и предварительного следствия, поскольку между, допустим, следователем и дознавателем МВД нет никакого институционального различия, оправдывающего наличие у них процессуальных полномочий разной степени интенсивности, то почему он не замечает такую искусственность в противопоставлении процессуальных «допросов» и оперативных «опросов», «следственных экспериментов» и «оперативных экспериментов» и т. д.? Это тем более странно с учетом того, что в законопроекте находит развитие теория «негласных процессуальных действий», к которым на самом деле и относятся в теоретическом плане «оперативно-розыскные мероприятия». Место им в УПК, а не в автономном Законе об ОРД. Но пока законодатель на это не решился, в силу чего концепция полицейского «досудебного расследования» выглядит не вполне соответствующей сравнительно-правовым стандартам и несколько, если угодно, «недоразвитой».

2) Тенденцию на развитие института судебного контроля следует только приветствовать, как, разумеется, и расширение списка процессуальных действий и решений, разрешение на проведение которых дает суд. Но пока это лишь начало движения, то есть законопроект делает следующий шаг вперед в нужном направлении, но еще не приводит в этом смысле казахстанский уголовный процесс к международным стандартам, поскольку многие действия, затрагивающие конституционные права и свободы личности по-прежнему будут санкционироваться не судом, а прокурором, что прямо отмечено в Концепции.

3) Уже в более технической плоскости совершенно непонятно, с какой целью законопроект вводит процессуальное понятие «органа досудебного расследования» (см. новую редакцию ст. 65 УПК РК)? Как будут соотноситься компетенции следственного офицера, органа досудебного расследования и начальника органа досудебного расследования? Если дело к своему производству принимает конкретный следственный офицер, то какие процессуальные полномочия могут быть у «органа досудебного расследования» как коллективного процессуального субъекта? Если же законодатель считает, что понятие «орган досудебного расследования» необходимо в тех случаях, когда соответствующее процессуальное действие от имени «органа» вправе осуществлять исключительно руководитель (начальник) последнего, то зачем тогда он вводит еще фигуру «начальника органа расследования» в качестве процессуального субъекта *sui generis*?

Думается, что здесь просто произошло техническое недоразумение. Преобразовав «следователей» в «следственных офицеров», законодатель затем решил механически преобразовать «органы дознания» в «органы досудебного расследования». Но это уже является лишним, поскольку *унификация* предварительного расследования сама собой подразумевает исчезновение прежнего дуализма, в том числе с точки зрения органов (следователь и орган дознания). Здесь только следует напомнить, что в нынешнем уголовном процессе есть «следователи», но нет «органов следствия». Точно также не должно быть и «органов досудебного расследования» - достаточно одних лишь

«следственных офицеров», а также «начальников органов досудебного расследования». В противном случае, возникнет невообразимая процессуальная путаница.

4) Из законопроекта справедливо вытекает, что именно прокурор разрешает конфликт компетенций в рамках разграничения подследственности между различными ведомствами (см. новую редакцию ст. 192 УПК РК). Много менее понятно, вправе ли прокурор передавать дело из производства одного следственного офицера в производство другого следственного офицера в рамках одного ведомства или это остается исключительной прерогативой начальника органа досудебного расследования? С точки зрения классической континентальной теории, у прокурора должно быть право самому определять следственного офицера для производства расследования (особенно когда именно прокурор инициирует начало расследования – в противном случае расследование рискует быть не слишком активным), изымать дело у одного офицера и передавать другому, отменять соответствующие решения начальника органа расследования и т. д. Это также важно для обеспечения процессуальной самостоятельности следственного офицера, который, как следует из законопроекта, при проведении расследования подчиняется только прокурору. В конечном итоге, для эффективного расследования требуется определенное единоначалие, которое и обеспечивает прокурор, иначе возможны ситуации, с которыми столкнулась российская процессуальная система, когда при производстве по уголовному делу начинается деструктивная «война» ведомств (СК РФ и прокуратуры). Допускать их никоим образом не следует.

5) Законопроект не совсем внятно решает вопрос о пределах производства по уголовному делу в ходе досудебного расследования, что особенно опасно с учетом упразднения институтов возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемого. Ясно ведь, что институт привлечения в качестве обвиняемого, помимо «информационной функции» (предъявление обвинения), решал и другую задачу сугубо технического порядка – позволял путем привлечения в качестве обвиняемого необходимого круга лиц (прежде всего, при соучастии) сформировать к окончанию расследования надлежащие пределы производства по кругу лиц (*in personam*). Сейчас такую функцию должен, видимо, взять на себя институт предъявления обвинения прокурором, который необходимо тщательно скоординировать с институтом выдвижения подозрения следственным офицером.

В этом смысле в законе следует четко оговорить: расследование (после регистрации сообщения о преступлении) всегда начинается в отношении фактов, изложенных в сообщении. В такой ситуации следственный офицер вправе выдвинуть (при наличии достаточных данных) подозрение в отношении любого лица, причастного к совершению данного факта в качестве исполнителя, соисполнителя или соучастника, независимо от того, указано ли соответствующее лицо в сообщении о преступлении или не указано, будучи установлено самим следственным офицером в ходе расследования (не говоря уже о том, что иногда в сообщении указано не то лицо, которое на самом деле совершило преступление). Расследовать иные факты следственный офицер вправе лишь в том случае, когда они надлежащим образом зарегистрированы в журнале криминальных сообщений и соединены в одно производство по расследованию. Отчет составляется лишь в отношении фактов, по которым проводилось расследование. При этом именно прокурорское обвинительное заключение определяет окончательный круг лиц, обвиняемых в совершении преступления, дело по которому передается в суд. Здесь надо решить только один вопрос: вправе ли прокурор включать в обвинительное заключение тех лиц, которые, с его точки зрения, причастны к совершению преступления, но в отношении которых следственный офицер не выдвигал подозрение о преступлении? Вопрос непрост, но скорее всего здесь напрашивается отрицательный ответ, иначе может оказаться поколеблено право подозреваемого на защиту. Думается, что в отмеченной ситуации прокурор лишь вправе распорядиться о производстве дополнительного расследования, поручив следственному офицеру выяснить причастность к преступлению определенных лиц, в отношении которых не выдвигалось подозрение (если у прокурора имеются сведения об их причастности к расследованным фактам).

В целом, проблемы пределов производства по делу в стадии досудебного расследования требуют тщательной регламентации в законе, иначе здесь может возникнуть процессуальный хаос, обостренный отсутствием устойчивых институциональных ориентиров новой системы унифицированного расследования, что всегда характерно для периода реформ.

### III. Отказ от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование

Институт возвращения уголовных дел на дополнительное расследование давно вызывает немалые проблемы на постсоветском пространстве, включая, разумеется, Казахстан. Его критика чаще всего абсолютно справедлива, поэтому стремление казахстанского законодателя отказаться от данного института обоснованно и естественно. Другое дело – техническая сторона потенциального отказа от института. На постсоветском пространстве встречается ряд попыток отказа от института возвращения дела на доследование, закончившихся откровенной неудачей. Самый характерный пример – новый УПК РФ, когда законодатель сначала торжественно объявил об отказе от доследования, но затем, в том числе на основании Постановления Конституционного суда РФ от 8 декабря 2003 г., фактически его реставрировал, причем в некоторых аспектах даже в худшем виде по сравнению с тем, что имело место в советском УПК РСФСР. Крах российской реформы объясняется именно недооценкой и недопониманием технической стороны института дополнительного расследования, на которой мы здесь не будем подробно останавливаться.<sup>97</sup> Важно учесть лишь одно – при неправильной технической реализации отказа от доследования процессуальная система объективно заходит в тупик, что и предопределяет реставрацию института, причем часто вопреки воле законодателя.

Возникает впечатление, что казахстанский законодатель прекрасно отдает себе отчет в технических проблемах, связанных с отказом от доследования, и пытается их решить, скорее всего учитывая и негативный российский опыт. Такого рода подход заслуживает несомненного одобрения. С другой стороны, мы по-прежнему убеждены, что предложенные технические меры пока еще недостаточны. Если исходить из предложенных в законопроекте механизмов (которые сами по себе правильны), то либо процессуальная система все-таки столкнется с фундаментальными сложностями, либо отказ от доследования вновь (как и в России) окажется иллюзией.

Чтобы обосновать столь пессимистический вывод напомним, что любая процессуальная система должна содержать ответ на следующие вопросы: а) как быть, если в ходе творческого состязательного судебного разбирательства, представления новых доказательств, исследования имеющихся доказательств и т. д. суд придет к выводу, что обвиняемый виновен, но в совершении более тяжкого преступления, чем изначально вменялось ему в вину (уже в суде вскрываются новые детали, квалифицирующие признаки и т. д.)?; б) как быть, если в судебных стадиях процесса обнаруживаются существенные нарушения закона, допущенные в ходе досудебного расследования, но не связанные с собиранием доказательств (на нарушение их прав ссылаются сами стороны и т. д.)? Поскольку институт доследования, применяемый в таких ситуациях, упраздняется, то значит должны существовать иные варианты ответа на поставленные вопросы. Надо признать, что казахстанские реформаторы такие ответы предлагают. Рассмотрим их по порядку, чтобы понять, насколько они достаточны:

1) Ответ на первый вопрос, казалось бы, ясен и вполне корректен: при установлении новых обстоятельств прокурор получает право менять обвинение на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. При этом законопроект подробно и внятно регламентирует процедуру изменения обвинения в суде на более тяжкое,

<sup>97</sup> См. подробнее: *Головкин Л. В.* Истоки и перспективы института дополнительного расследования уголовных дел на постсоветском пространстве // Государство и право. 2009. № 11. С. 54 – 67.

позволяющую, что очень важно, не ущемить права защиты (см. новую редакцию ч. 6.1 ст. 317, ст. 321, ч. 4.5 ст. 346 УПК РК). Эти положения, безусловно, позитивны, и являются шагом вперед на пути к полному отказу от доследования, технически выгодно отличаясь от российского варианта реформы института.

Но здесь все равно остается один вопрос, на который в законопроекте нет ответа: *как должна решаться проблема, если мнения прокурора и суда по вопросу о квалификации преступления разошлись?* Допустим, прокурор по-прежнему считает, что речь идет о грабеже, в силу чего формально не меняет обвинение на более тяжкое. Суд уходит в совещательную комнату, оценивает доказательства и приходит к выводу, что речь все-таки идет о разбое. Какое решение он должен тогда вынести? Напомним, что суд – это не «штамповочный инструмент», механически утверждающий или не утверждающий прокурорскую квалификацию деяния, а высший орган правоприменения, и у него не только может, но и должно быть собственное мнение по юридической оценке доказанных фактов, нередко отличающееся от мнения обвинителя.

Классическое решение данного вопроса известно. Суд связан только предъявленными обвинением фактами, но не их юридической оценкой (в том числе в худшую для защиты сторону). Право прокурора менять в ходе судебного разбирательства обвинение на более тяжкое, которое предполагается казахстанской реформой, важно именно с точки зрения круга фактов (прокурор предъявляет новые факты, связанные с обвинением), но не с точки зрения их якобы окончательной «прокурорской квалификации». Противное означало бы, что именно прокурор, а не суд находится на вершине правоприменения, поскольку прокурор якобы лучше других (в том числе лучше суда) знает, какая правовая норма (уголовного закона) подлежит применению к данному случаю.

Но законопроект не содержит в полной мере приведенного классического ответа на поставленные вопросы, отличаясь отмеченной недоговоренностью, что неизбежно приведет к сложностям в реальной практике.

2) Если в первом случае движение мысли законодателя верно, хотя и не доведено до логического завершения, то ответ на второй вопрос понятен много меньше. Так каковы же юридические последствия обнаружения в судебных стадиях процесса существенных нарушений уголовно-процессуального закона, допущенных в ходе досудебного расследования?

Представляется, что попытка ответа содержится в новой редакции ст. 300 УПК РК, согласно которой при поступлении дела в суд судья обязан выяснить, не допущены ли при досудебном производстве нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие назначению судебного заседания. В развитие данной нормы новая редакция ст. 302 УПК РК гласит, что главное судебное разбирательство назначается только тогда, когда «судья пришел к выводу, что в процессе досудебного производства соблюдены все требования настоящего Кодекса и отсутствуют иные основания, препятствующие рассмотрению дела в суде».

Стремление законодателя найти адекватные технические средства, позволяющие отказаться от возвращения дела на дополнительное расследование в связи с обнаружением неустраняемых в суде нарушений уголовно-процессуального закона, и понимание им наличия сложной процессуальной проблемы сами по себе отрадны. Но здесь неизбежно возникают несколько вопросов, на которые в законопроекте опять-таки нет ответа. *Что должен делать судья, если он, действуя в порядке ст. 300 УПК, обнаружит-таки нарушения уголовно-процессуального закона? Как ему быть, если он в рамках ст. 302 УПК придет к выводу о том, что в деле имеются нарушения, препятствующие проведению судебного разбирательства? На какие реальные последствия могут рассчитывать стороны, если они в свою очередь обратят внимание судьи на наличие таких нарушений (а стороны, несомненно, будут на них обращать внимание)?*

На данные вопросы существует только два варианта ответа: а) судья будет констатировать нарушения и... проходить мимо, что вряд ли станет стимулировать органы досудебного расследования к соблюдению закона и вообще ставит под сомнение саму необходимость законодательной регламентации досудебного производства (зачем закон, если его можно процессуально безнаказанно нарушать?); б) судья окажется вынужден реагировать на имеющиеся нарушения, тем более если они препятствуют проведению главного судебного разбирательства, в силу чего ему ничего не останется, кроме как... вернуть дело на дополнительное расследование. В последнем случае долгожданный «отказ от доследования» предстанет в виду очередной реформаторской иллюзии, что и имело место в Российской Федерации. Такая перспектива более чем реальна. Более того, при нормальном развитии правоприменения в Республике Казахстан (активная и профессиональная адвокатура, независимый и квалифицированный суд и т. д.) ее можно считать **прогнозом** развития событий, который автор этих строк готов сделать при оценке реформаторских амбиций, направленных на полный отказ от института возвращения уголовных дел на дополнительное расследование.

В этом смысле законопроект позволяет сократить доследование в количественном смысле, но не полностью отказаться от него в смысле качественном. По крайней мере, ситуации, когда с отменой доследования возникнет неизбежный процессуальный тупик, налицо. Избавиться от них пока не удалось.

#### **IV. Введение соглашений о сотрудничестве между обвинением и защитой (сделок с правосудием)**

Стремление казахстанского законодателя имплементировать в свою правовую систему очередную разновидность ставших уже почти легендарными «сделок с правосудием» неожиданностью не является, поскольку такое стремление стало своего рода «сравнительно-правовым поветрием». В последние годы многие страны, часто еще достаточно далекие от окончательного решения сложнейших задач по построению правового государства, созданию независимого суда, обеспечению устойчивой некоррупционной правоприменительной практики и т. д., с необъяснимым упорством направляют едва ли не всю свою реформаторскую энергию на имплементацию именно «сделок с правосудием». При этом весьма противоречивый опыт других стран, в том числе Российской Федерации, где такие «сделки» существуют после принятия Закона от 29 июня 2009 г., почему-то совершенно не учитывается. Скажем, в той же России институт «сделок» хотя пока и не принес ожидавшихся результатов на поприще борьбы с организованной преступностью, терроризмом или коррупцией (мало-мальски серьезных процессов, выигранных обвинением именно за счет «сделок», фактически нет), но уже повлек некоторые крайне негативные последствия, о чем предупреждали эксперты, в том числе автор этих строк, еще в период ожесточенных дискуссий в ходе прохождения законопроекта. Самый трагический пример – смерть в предварительном заключении Сергея Магнитского, последовавшая всего спустя пару месяцев после вступления закона «о сделках» в силу. Будучи ознакомленным с некоторыми деталями данного дела в качестве правового эксперта, могу со всей уверенностью утверждать, что одной (хотя, конечно, не единственной) из причин трагедии послужило именно намерение следствия заключить с ним «сделку» в обмен на показания против находящегося за рубежом главы компании, которую он консультировал. Отказ С. Магнитского от «сделки» привел к беспрецедентному давлению на него, окончившемуся, как известно, смертью человека. Но даже последовавший за этим глубокий политический кризис, обязывающий, казалось бы, с максимальной аккуратностью относиться к подобным институтам в условиях «переходных» правовых систем, не уменьшил энтузиазма сторонников «сделок». Обращу также внимание, что приведенный пример наиболее известен, но далеко не единичен.

В целом, автор настоящих строк убежден, что институт «сделок с правосудием» может быть эффективен и при этом безопасен с точки зрения прав личности лишь в условиях **институционально сложившихся процессуальных систем**, к которым большинство постсоветских правовых порядков не относится. В этом смысле остается только присоединиться к рекомендациям, высказанным в ходе III Экспертного Форума БДИПЧ/ОБСЕ для Центральной Азии (2010), согласно которым «сделки о признании не могут использоваться в тех уголовно-процессуальных системах, в которых досудебное производство заражено случаями незаконного воздействия и принуждения к признанию вины и в которых доступ к правовой помощи (в том числе бесплатной – Л. Г.) недостаточно обеспечен».<sup>98</sup> Добавлю от себя, что еще одним критерием является наличие или отсутствие независимой судебной власти, что подразумевает полное отсутствие в ее деятельности малейших намеков на обвинительный уклон. У автора этих строк нет сомнений, что, допустим, уголовно-процессуальная система Российской Федерации данным критериям не соответствует, что и приводит иногда к катастрофическим последствиям применения Закона от 29 июня 2009 г. У автора этих строк есть сомнения, что им полностью соответствует и уголовно-процессуальная система Республики Казахстан, что опять-таки не исключает появления абсолютно аналогичных последствий, в данный момент не охватываемых, разумеется, «умыслом законодателя». В такой ситуации, высказанные в Концепции соображения, что институт «сделок с правосудием» в том числе позволит «минимизировать злоупотребления в ходе производства по уголовным делам» и создаст «дополнительные гарантии защиты прав и свобод граждан», выглядят, по меньшей мере, странно.

Каково бы ни было принципиальное решение казахстанского законодателя по вопросу о «сделках», при их имплементации в любом случае должны быть решены следующие технические проблемы:

1) Необходимо исчерпывающим и точным образом определить круг оснований для заключения «соглашения о сотрудничестве» (категория преступления – особо тяжкие и тяжкие; наличие нескольких соучастников, некоторые из которых отрицают вину; объективные затруднения в собирании доказательств и т. п.). Как показывает российский опыт, при отсутствии в законе конкретизации таких оснований «сделки» чаще всего используются не для того, для чего они задумывались (борьба с организованной преступностью и т. п.), а в совершенно иных целях, подчас весьма далеких от логики института (нередко по незначительным и совершенно очевидным делам). В качестве характерного и вполне реального курьеза российского применения «сделок» приведу пример, когда такая «сделка» была заключена с задержанным на месте преступления за нанесение телесных повреждений в ходе драки в ночном клубе, причем в присутствии десятков свидетелей, давших исчерпывающие и непротиворечивые показания, сотрудником органов внутренних дел. Каковы были реальные «основания» заключения «сделки» остается только догадываться, поскольку после ее заключения по делу, не представлявшему никаких доказательственных затруднений (и в отсутствие соучастников), сотрудник органов внутренних дел смог по причине «сделки» избежать реальной уголовной ответственности. В данном случае процесс, конечно, может быть дифференцирован в зависимости от признания вины, что приводит к ускоренному судебному следствию, некоторому снижению наказания и т. д., но к «сделкам» подобная процессуальная дифференциация не имеет ни малейшего отношения.

2) Поскольку заключение «соглашения о сотрудничестве» приводит к выделению уголовного дела и его рассмотрению в особом порядке, причем без проведения судебного следствия, то вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое

---

<sup>98</sup> III Expert Forum on Criminal Justice for Central Asia. Final Report, OSCE ODIHR, 17-18 June 2010, Dushanbe, Tajikistan.

аксиоматично доктринально<sup>99</sup>, но должно быть во избежание недоразумений закреплено в законе. В противном случае, как это иногда имеет место в России, возникают разного рода процессуальные схемы «обхода» процессуальных гарантий, когда сначала заключается «сделка», затем в отношении данного обвиняемого выносится обвинительный приговор, а в конечном итоге этот приговор используется в качестве преюдиции по «основному делу» (в отношении отрицающих вину соучастников), которое еще только предстоит рассматривать в суде. Такой подход полностью «убивает» по «основному делу» любые гарантии состязательного процесса, поскольку вменяемые в вину факты становятся якобы доказанными на основании вступившего в законную силу по ранее выделенному делу судебного решения, что формально верно, но по сути извращает саму суть правосудия. Ведь, на самом деле, их никто не доказывал - приговор по выделенному делу вынесен на основании «сделки», то есть в «особом порядке» и в отсутствие судебного следствия, то есть использование в данном случае института преюдиции должно быть исключено, иначе мы лишим всех процессуальных гарантий лиц, которые собираются отстаивать свою невиновность в состязательном процессе.

3) Законодателю необходимо скорректировать принцип непосредственности исследования доказательств – один из краеугольных камней современного уголовного процесса. Напомним предложенную схему заключения «соглашения о сотрудничестве»: с одним из обвиняемых заключается «сделка», он, допустим, дает показания против соучастников, его дело выделяется, после чего он осуждается в «льготном порядке». Свои обязанности по «сделке» он формально выполнил, но его показания даны в ходе досудебного производства. С точки зрения принципа непосредственности, их еще надо подтвердить в суде, когда в состязательном процессе будет рассматриваться основное дело в отношении соучастников. Но к тому времени обвиняемый уже осужден и часто совершенно не намерен давать какие-либо новые показания в ходе гласного судебного процесса. В результате, либо доказательство не может использоваться (нет оснований для оглашения показаний и их исследования судом), что приводит к бессмысленности «сделки», либо закон должен предусмотреть новое исключение из принципа непосредственности, дающее основания для оглашения показаний, данных уже осужденным по «сделке» обвиняемым при исполнении им своих обязанностей в ходе досудебного производства. Здесь, впрочем, возникает уже другой вопрос: как быть, если давший показания обвиняемый находится под «защитой», что исключает разглашение сведений о его личности и препятствует оглашению показаний. На данный вопрос закон также должен содержать ответ.

На сегодняшний день все поставленные здесь технические проблемы, связанные с институтом «соглашения о сотрудничестве», законодателем не решены. Это лишь усиливает сомнения в целесообразности имплементации в казахстанский уголовный процесс данного института.

---

<sup>99</sup> См. подробное обоснование : *Головки Л. В.* Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // *Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве*, Сборник научных трудов памяти проф. П. А. Лупинской. М., МГЮА. 2011. С. 57 – 58.

**Г.Ж. Сулейменова**  
**Генеральный директор**  
**Евразийского центра права, адвокат АГКА,**  
**член НКС при Верховном Суде Республики Казахстан**  
**кандидат юридических наук, профессор**

**Рекомендации по вопросу совершенствования судебного санкционирования ареста. Рецензия на экспертное заключение С.А. Пашина «Санкционирование ареста судом»<sup>100</sup>**

Заключение профессора С.А. Пашина, сравнительное небольшое по своему объему, отличает обстоятельное рассмотрение важнейших, прежде всего, с практической точки зрения, вопросов избрания и санкционирования ареста в казахстанском уголовном судопроизводстве в систематизированном виде. Сразу же отмечу, что некоторые его выводы и мнение не бесспорны, но они открывают широкий простор для полемики и, в то же время, являются добротной базой для осмысления многих положений казахстанского УПК и правоприменительной практики.

Работа построена по принципу – от общего к частному: вначале автором дана характеристика института habeas corpus, который в той или иной форме закреплен в законодательстве подавляющего большинства государств на всех континентах<sup>101</sup>. При этом указывается, что казахстанское уголовно-процессуальное законодательство вобрало не все, а только ряд элементов данного института: законодателем избрана несколько ограниченная модель использования этого института – только по уголовным делам, она не распространяется на многие случаи удержания человека в неволе помимо надобностей уголовного преследования, судебное санкционирование распространяется не на всякого задержанного, а только лишь на обвиняемого (подозреваемого), обвинение не предъявляется лицу перед судом, проверяющим наличие «разумной причины» для уголовного преследования и ограничения его свободы и т.д.

Далее в работе в сконцентрированном виде дан анализ важнейших вопросов института судебного санкционирования:

- общей характеристики этого института с точки зрения требований международных стандартов, которая дана в сравнении с его регламентацией казахстанским УПК;
- понятия произвольного ареста на основе анализа 1 ст. 9 международного пакта о гражданских и политических правах (далее - МПГПП);
- правовых предпосылок, т.е. оснований и условий, которые должны быть положены в основу мотивации и обоснования при избрании ареста органами уголовного преследования и его санкционирования судом. При этом выделяются общие и специальные основания и особо акцентируется внимание на том, что избрание меры пресечения – это право, а не обязанность органов, ведущих уголовный процесс, а также на недопустимость избрания ареста по мотивам одной лишь тяжести предъявленного обвинения (подозрения). Акцент на этот мотив имеет, на мой взгляд, важное значение, поскольку, как показывает анализ правоприменительной практики, и органы уголовного преследования, и суды довольно часто не проводят разграничений между основаниями для избрания меры пресечения, предусмотренными ст. 139 УПК, и обстоятельствами, которые

---

<sup>100</sup> Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

<sup>101</sup> Замечу к сказанному С.А.Пашиним, что на сегодняшний день он применяется более чем в 110 странах мира и лишь в 17 странах (преимущественно в государствах СНГ) право санкционирования ареста предоставлено прокурору.

должны учитываться при ее избрании (ст. 141 УПК): без приведения ни одного из указанных ст. 139 УПК оснований для избрания в качестве меры пресечения ареста, судами вслед за органами уголовного преследования указывается только тяжесть предъявленного обвинения, т.е. основания подменяются обстоятельствами.

Безусловно, что основная часть заключения посвящена вопросам правовой регламентации ареста и его особенностей в казахстанском уголовном судопроизводстве.

Автор считает, что разрешение судом вопроса о необходимости ареста обвиняемого (подозреваемого) является формой **осуществления правосудия** и подчиняется в своих основных чертах общим условиям судебного разбирательства, таким как непосредственность, устность, неизменность состава суда, гласность, подчинение законному распоряжению, а также по возможности должна обеспечиваться непрерывность судебного заседания. При этом отмечается специфика судебного разбирательства ходатайства об аресте, обусловленная предметом и пределами этого этапа досудебного производства.

В этой связи оспариваются некоторые рекомендации судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК<sup>102</sup>, в частности о том, что с истребованными материалами право ознакомления помимо суда, имеет только прокурор. Как полагает С.А. Пашин, истребованные судьей материалы уголовного дела должны быть предоставлены для ознакомления стороне защиты. Автор считает также сомнительным не только в свете соображений гуманности, но и по смыслу напрашивающейся процессуальной аналогии, мнение Коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК о том, что в случае отклонения ходатайства о санкционировании ареста судья не должен указывать в постановлении о немедленном освобождении задержанного. По мнению А.С. Пашина, при отказе прокурора следователю или органу дознания в поддержании ходатайства о применении ареста, обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи, хотя бы законный срок задержания не истек. Этим же правилом должен, как представляется, руководствоваться и судья.

Несомненную практическую значимость имеют выводы автора

- о круге материалов, которые должны быть представлены прокурором в суд,
- о перечне обстоятельств, исключающих рассмотрение ходатайства об аресте по существу,
- о перечне оснований для отказа судом в санкционировании ареста.

Обращает на себя внимание замечание автора, что арест может быть результатом **произвола** с точки зрения международных норм, если уголовно-процессуальный закон в соответствующей части оказывается туманным, неконкретным или нарушает другие основные права человека.

В этой связи замечу, что в казахстанском УПК имеются нормы, позволяющие содержать под стражей лицо без санкции суда. Так, ч. 15 ст. 153 УПК РК устанавливает: «Время ознакомления с материалами уголовного дела обвиняемым, его защитником, а также прокурором в порядке ст. 282 настоящего Кодекса при исчислении срока ареста не учитывается», что позволяет по истечении санкционированного судом срока ареста содержать лицо под стражей без санкции суда. Хотя п. 2 ст. 16 Конституции РК устанавливает, что не только арест, но и содержание под стражей допускается только с санкции суда. Или, например, ст. 490 УПК, позволяющая несовершеннолетнего обвиняемого по постановлению следователя, санкционированному прокурором, помещать в специальное детское учреждение. Другой пример: ч. 18 ст. ст. 153 УПК устанавливает: «Порядок исчисления и продления срока ареста обвиняемого, установленный настоящей

---

<sup>102</sup> См.: Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса РК, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

статьей, применяется также при отмене приговора в результате производства в надзорной инстанции ... в отношении лица, отбывающего наказание в виде лишения свободы, и направлении дела на новое расследование с применением судом меры пресечения в виде ареста». Однако такой порядок УПК не предусматривает для случаев отмены приговора надзорной инстанцией и направления дела на новое судебное рассмотрение. В результате судами вопрос о мере пресечения не рассматривается, а лицо продолжает содержаться под стражей при отсутствии постановления об избрании в отношении его ареста, что является грубейшим нарушением ч. 2 ст. 16 Конституции РК, п. 1 ст. 9 МПГПП, ч.ч. 1, 2 и 4 ст. 14 УПК. Например, Европейский суд по правам человека в решении от 28 февраля 2000 г. по делу *Varanowski v. Poland* в §§50–59 указал, что в связи с «пробелом в законодательстве, допускающим предварительное заключение под стражу на неопределенный и непредсказуемый срок **при отсутствии обосновывающего его положения закона или судебного решения**, сама по себе **противоречит принципу правовой определенности** — принципу, который вытекает из Конвенции и является одним из основных элементов господства права. ... в свете части 1 статьи 5 Конвенции заключение под стражу на срок длительностью несколько месяцев **при отсутствии обосновывающего его постановления** суда, судьи или другого лица, «наделенного судебной властью», **не может считаться «законным»**<sup>103</sup>.

Однако не все судьи реагируют на такие несоответствия УПК нормам Конституции и МПГПП и не используют конституционную норму о приоритете Конституции и ее прямом действии (п. 2 ст. 4 Конституции РК), не используют допускаемую уголовно-процессуальным законодательством процессуальную аналогию. Не маловажным фактором, обуславливающим такую ситуацию, является влияние органов уголовного преследования на принятие судом решения о санкционировании ареста, на что неоднократно обращается внимание конвенционными органами ООН. В этой связи следует согласиться с мнением С.А. Пашина о постоянном согласии судей с запросами органов уголовного преследования, что ставит под сомнение эффективность актов судебного контроля, делает их фиктивно-демонстративными. Судебная рутина, как отмечает автор, отнимает свободу у несоразмерно большого числа людей, заслуживающих более бережного к себе отношения.

На факт влияния прокуратуры на избрание судом меры пресечения обратили сегодня внимание и другие выступающие (С.Бухмайер, Н.Ергалиева, Т. Чернобил).

Особую проблему при санкционировании ареста представляет объем и пределы доказывания, на что в работе уделено особое внимание. Поэтому значительное внимание в заключении уделено проблеме доказывания на этом этапе производства. Автором приводятся обстоятельства, бремя доказывания которых возлагается на прокурора. По мнению автора, обоснованность обвинения (подозрения) для целей решения вопроса об аресте прокурор обязан доказать с несомненностью, а виновность подозреваемого (обвиняемого) будет проверяться впоследствии, в частности, в рамках главного разбирательства. Такой вывод автор обосновывает тем, что на данном этапе производства обвиняемый (подозреваемый) пользуются статусом невиновного лица и его причастность к преступлению пока лишь предполагается с высокой степенью вероятности. При этом приводимые им обстоятельства должны устанавливаться допустимыми доказательствами, а материалы, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, могут рассматриваться и приниматься в расчет лишь при условии надлежащего их представления и приобщения к материалам уголовного дела, а также их проверяемости в судебном заседании.

Особый интерес представляют выводы А.С. Пашина о том, какие вопросы должны подлежать доказыванию либо с **высокой степенью вероятности**, либо с

<sup>103</sup> См.: Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика: Сборник аналитических статей / Под ред. М.Р. Воскобитовой. М.: «Анахарсис», 2005. С.207.

**несомненностью.** В этой связи отмечается, что в законодательстве Казахстана отсутствует явное требование проверять **достаточность оснований** обвинения (подозрения). Отсутствие такого правового предписания, по его мнению, создает предпосылки для нарушения в огромных масштабах запрета произвольных арестов.

Анализируя ч. 7 ст. 150 УПК, предусматривающей, что «при решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела, относящихся **к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения**», автор указывает, что этой нормой задаются пределы судебного разбирательства ходатайств об аресте. По его мнению, вопрос об **обоснованности подозрения (обвинения) входит** в компетенцию суда при рассмотрении ходатайств об аресте, поступивших от органов уголовного преследования, и его разрешение вовсе не означает ни предвосхищение результатов главного судебного разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Автор считает, что судье надлежит убедиться в том, что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны, что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами, достаточными для вероятностного вывода о причастности лица к приписанному ему деянию, что это деяние получило адекватную квалификацию. В противном случае заключение под стражу **окажется произвольным.**

Завершая обзор работы А.С. Пашина, отмечу, что она, несомненно, очень полезна для правоприменителей – не только для судей, но и для представителей органов уголовного преследования и адвокатов. Что отличает это исследование, так это то, что все вопросы рассмотрены с демократических позиций: через все исследование красной нитью проводится мысль о недопустимости каких-либо отступлений как в законе, так и в правоприменительной практике не только от законности и запрета произвольных арестов, но и от таких требований, установленных международными стандартами, как уместность, справедливость, гуманность, оправданность и предсказуемость.

Именно в таком ключе анализируются не только деятельность лиц, в полномочия которых входит решение вопроса об избрании и санкционировании ареста, но и реализация принципа состязательности и равноправия сторон при рассмотрении вопроса о возможности либо невозможности избрания меры пресечения, обеспечения конституционных принципов, связанных с неприкосновенностью и свободой лица, вовлеченного в орбиту уголовного судопроизводства.

21 октября 2011 г.

## **Международные стандарты в части habeas corpus<sup>104</sup>**

Основные международные стандарты в области уголовного правосудия заложены в ст. 9 МПГПП. Эти стандарты, а также стандарты, изложенные в ст. 14 МПГПП, еще называют «правом на справедливый суд (или судебный процесс)». В п. 1 ст. 9 говорится о праве каждого на свободу и личную неприкосновенность. Свобода и личная неприкосновенность каждого – вот постулат, определяющий право на справедливый суд.

Свободы (или «вольности»), присущие человеку от рождения (а это - личная свобода, свобода выражения мнения и свобода убеждений), способствуют становлению и поддержанию человека как *личности* и, в силу своей неотъемлемости, предполагают «бездействие» со стороны государства, т.е. налагают т.н. «негативные» обязательства на государство.

Вместе с тем, государство, воздерживаясь от посягательства на основные свободы человека, должно принимать определенные меры, которые бы обеспечили гарантии государственного (или третьих лиц) невмешательства в реализацию человеком своих свобод. Такие меры носят как превентивный (предупредительный) характер, так и ответный характер. В случае личной свободы, негативное обязательство государства - не препятствовать личной свободе - обеспечивается выполнением при этом ряда определенных мер деятельного характера (в отличие от бездействия), т.е. влечет теперь уже «позитивные» обязательства государства.

Известно, что в уголовно-процессуальном контексте, право человека на личную свободу и неприкосновенность подвергается особому риску и потому требует более пристального внимания со стороны государства. Государство, ограничивая личную свободу человека в рамках уголовного судопроизводства, должно руководствоваться 3-мя соображениями: законности, целесообразности (уместности) и обоснованности, исходя при этом из принципа невмешательства в свободу и личную неприкосновенность каждого. То есть – необходимость наложения ограничений на личную свободу подозреваемого или обвиняемого должна взвешиваться относительно права этого подозреваемого, обвиняемого на его личную свободу и неприкосновенность.

Условия ограничения свободы подозреваемого или обвиняемого (а именно: законность, целесообразность и обоснованность) оговариваются в п. 1 ст. 9 МПГПП: «Никто не может быть подвергнут *произвольному* аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены *законом*». (При этом «арест», «заключение под стражу», «закон» считаются «автономными понятиями», не обязательно соответствующими их национальному толкованию. Так, понятие «арест» в смысле МПГПП отличается от понятия «арест» - как мера пресечения - в уголовно-процессуальном смысле законодательства РК, и в Пакте «содержанию под стражей» предшествует «арест», а не наоборот. Государства, при этом, должны руководствоваться понятиями Пакта и изыскивать аналогии или проводить соответствия Пакту в своем законодательстве, а в отсутствие таких соответствий – изменять свое законодательство соответствующим образом.)

---

<sup>104</sup> Настоящая публикация подготовлена Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

Законность, обоснованность и целесообразность задержания с точки зрения соблюдения права каждого на личную свободу являются предметом рассмотрения судом в рамках процедуры habeas corpus. (Вы знаете, что habeas corpus (буквальный смысл - «ты должен иметь тело», а содержательный - «доставь арестованного лично в суд») — это понятие, пришедшее к нам из системы обычного (англо-американского) права, гарантирующее каждому личную свободу. Предполагается, что любой задержанный человек (или другой человек от его имени) может подать прошение о выдаче в отношении себя постановления habeas corpus в виде судебного предписания, которым повелевается доставить задержанного человека (букв. тело, corpus) в суд вместе с доказательствами законности задержания.)

Возможность оспорить в суде законность задержания (habeas corpus) вплоть до освобождения из-под стражи закреплена в п. 3 ст. 9 МПГПП: «Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение» и п. 4 ст. 9: «Каждому, кто лишен свободы вследствие ареста или содержания под стражей, принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его освобождении, если задержание незаконно».

Обязательство судебного рассмотрения обоснованности и законности задержания проистекает из положения **Декларации о правах человека**, а именно, ст. 8, в которой устанавливается право каждого быть восстановленным в правах «компетентным судом». Необходимость установления процедуры habeas corpus также записана в Резолюции **Комиссии ООН по правам человека** от 1993 года, где говорится следующее: «Комиссия по правам человека призывает все государства... установить такую процедуру, как habeas corpus, с помощью которой любое лицо, лишенное свободы в результате ареста или задержания, может начать судебное разбирательство, с тем чтобы суд мог безотлагательно решить вопрос о законности задержания этого лица и вынести постановление о его освобождении, если задержание является незаконным», а также призывает «все государства сохранять право на такую процедуру в любое время и в любых обстоятельствах, включая чрезвычайные положения».

К процедуре habeas corpus в международном праве предъявляется несколько требований, а именно:

12. Такая процедура должна осуществляться никаким иным органом, а судом. Требование о том, что право на habeas corpus должно осуществляться посредством обращения в суд, а не иной орган, пояснил Комитет ООН по правам человека, указав, что «законность задержания рассматрива[ть должен] именно суд, а не просто созданный в соответствии с законом орган. [Суд имеет] определенную объективность и независимость, чтобы осуществлять надлежащий контроль за задержанием».
13. Рассмотрению в рамках habeas corpus должны подлежать все случаи фактического ограничения личной свободы в виде заключения под стражу, а не только заключение как мера уголовно-процессуального принуждения. К таким случаям также относится административное задержание, заключение в психиатрические учреждения, помещения на принудительное лечение, водворение в вытрезвитель и т.п.. Этот принцип содержится как в Замечании общего порядка №8 Комитета ООН по правам человека к статье 9 МПГПП, так и Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными.
14. Комитет также указал, что право на использование процедуры habeas corpus должно быть расширено, т.е. чтобы родственники или друзья задержанного лица могли

прибегнуть к этому средству от его имени: «Право использования habeas corpus другими лицами делает эту процедуру более эффективной».

15. Возможность судебного обжалования должна быть реализована в максимально быстрые по задержанию сроки. При этом отсчет ведется с момента *фактического* задержания. В Замечаниях общего порядка №8 Комитета ООН по правам человека, уполномоченного официально толковать МПГПП, поясняется, что «срочный порядок» - это срок, не превышающий нескольких дней.
16. Все задержанные должны иметь право присутствовать на процедуре рассмотрения их задержания, представлять свое дело через защитника и иметь доступ к уликам, использованным в качестве обоснования приказа об их задержании. Если улики не могут быть предоставлены задержанному лицу по соображениям национальной безопасности, суд должен рассмотреть их, чтобы определить, обосновывают ли они приказ о задержании.
17. Задержание должно подвергаться периодическому пересмотру в судебном порядке. Этот принцип был установлен Европейским судом по правам человека. Европейский суд постановил, что впервые пересмотр задержания должен проводиться через месяц после первого рассмотрения.
18. В Африканской хартии прав человека и народов (которая в отношении к Казахстану является источником обычного права) записано, что процедура судебного обжалования должна распространяться на все нарушения прав человека, гарантированные «действующими конвенциями, законами, постановлениями и обычаями».
19. В случае выявления судом незаконности и необоснованности задержания, задержанный подлежит немедленному освобождению, а лица, допустившие такое задержание, - наказанию. Это требование заключено в п.3 ст. 9, а также Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме.
20. Несогласие с решением суда при реализации права на habeas corpus может быть обжаловано в вышестоящий суд.

И последнее, но не менее важное:

21. Гарантией эффективности процедуры habeas corpus считается независимость судебной власти.

Таким образом, Казахстан, согласившись принять обязательства по выполнению МПГПП, согласился с тем, что любое задержание может быть оспорено в суде. Habeas corpus – процедура пересмотра оснований и законности задержания в ретроспективе. Санционирование же судами ареста является процедурой рассмотрения оснований и законности предстоящего заключения под стражу и не может считаться процедурой habeas corpus в международно-правовом смысле. Хочется порекомендовать Республике Казахстан ввести процедуру habeas corpus согласно требованиям и стандартам международного права и обычая.

**21 октября 2011 г.**

## **Защита прав личности на досудебных стадиях уголовного судопроизводства<sup>105</sup>**

Права и свободы каждого, провозглашенные Конституцией Республики Казахстан, должны соблюдаться при производстве по уголовным делам и быть гарантированы.

В этой связи необходимо обратить на следующие вопросы, от решения которых зависит укрепление гарантий прав и свобод личности на досудебной стадии уголовного процесса.

**1. Расширение сферы судебного контроля** на досудебной стадии не только укрепит правовые механизмы защиты прав и свобод личности в ходе уголовного судопроизводства, но и является средством реализации конституционного права каждого на судебную защиту своих прав и свобод.

**2. Оказание квалифицированной юридической помощи** (не только обвиняемым, подсудимым, но и осужденным, потерпевшим, свидетелям должны в определенных случаях предоставляться адвокаты, причем бесплатно) реально будет способствовать защите прав личности при производстве по уголовному делу.

**3. Право на признание правосубъектности лица.** Каждый, кого касается судопроизводство по делу, должен быть признан соответствующим участником процесса, после этого он приобретает соответствующие права и обязанности, предусмотренные законом. Нормы уголовно-процессуального закона предписывают органам, ведущим уголовный процесс, своевременно принимать процессуальные решения, облекать их в соответствующую процессуальную форму на основании которых соответствующие лица возводятся в статус подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или другого участника процесса, либо исключаются из числа таковых. При этом в качестве гарантии правосубъектности лиц, не признанных участниками процесса, статья 113 УПК предусматривает возможность судебного обжалования такого решения, этим самым им гарантирован доступ к правосудию еще на стадии предварительного расследования дела.

**4. Право на разбирательство дела в разумный срок.** В нашем законодательстве некоторые дела могут пересматриваться в течение нескольких лет, даже в том случае, когда решение суда первой инстанции вступило в законную силу.

Это создает ситуацию неразрешенности дела длительное время с соответствующими последствиями.

«Разумный срок» - это срок, в течение которого по общим стандартам дело должно быть окончено (сложность дела, число инстанций, поведение сторон (затягивание процесса), не оставлять без движения и т.п.).

**5. Право на справедливый суд.** Для реализации этого права необходимо создание независимой судебной системы.

Понятие «справедливый суд» включает в себя:

---

<sup>105</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

- суд, созданный на основании закона,
- порядок назначения судей на должности,
- продолжительность полномочий судей, их несменяемость,
- наличие гарантий против внешних влияний на суды (безопасность, материальная независимость),
- атрибуты судебной власти (формы отправления правосудия, вид судьи (мантя), поведение участников процесса, уважение к суду),
- соблюдение судом всех предусмотренных Конституцией, международными договорами Республики Казахстан минимальных гарантий: презумпция невиновности, право на защиту, право не свидетельствовать, оценка доказательств с позиции их допустимости, беспристрастное отношение к доказательствам обвинения и доказательствам защиты, процессуальное равенство сторон.

Слово «правосудие» согласно его толкованию в буквальном смысле означает «правильно судить» или «судить по праву». И в этой связи судьи при отправлении правосудия должны руководствоваться принципами, закрепленными в статье 77 Конституции РК.

**6. Право присутствовать на судебных заседаниях и быть выслушанным в суде.** Право каждого присутствовать и быть выслушанным в суде уголовно-процессуальным законом обеспечивается не в полной мере. Предусмотренное законом допущение рассмотрения дел в отсутствие лица, интересов которого оно касается, вопреки его воле не должно признаваться правомерным.

По смыслу статьи 14 Конституции РК о том, что все равны перед законом и судом, и подпункта 4) пункта 3 ст. 77 Конституции о том, что каждый имеет право быть выслушанным в суде, которые соответствуют положениям Международного пакта, эта позиция всецело прослеживается и поэтому реализация конституционных гарантий судебной защиты предполагает недопустимость лишения права осужденного участвовать в любом касающемся его дела судебном заседании, если он изъявит такое желание. Представляется, что казахстанским законодателям есть над чем подумать.

**7. Действенность принципа состязательности.** Состязательный процесс предполагает предоставление доказательств именно в суде, у нас же акцент делается на предварительное расследование, материалам которого отдается предпочтение.

В связи с этим страдает принцип презумпции невиновности, присутствует закрытость и, нередко, засекреченность предварительного следствия.

Активность судьи в судебном разбирательстве должна быть минимизирована (в н.в. судья допрашивает, выясняет, истребует доказательства, восполняет пробелы предварительного следствия, в связи с чем формируется обвинительный уклон).

**8. Право на свободное обжалование судебных актов после их вступления в законную силу.** Надзорное производство состоит в обращении заинтересованных лиц к прокурору или к судьям надзорной коллегии с просьбой представить им возможность осуществить свое вправо на пересмотр дела в порядке надзора (т.е. возбудить надзорное производство). Такой порядок свидетельствует о дискреционном полномочии участников процесса, поэтому он неэффективен, ибо сам осужденный, потерпевший, гражданский истец или иной участник процесса фактически правом инициирования пересмотра дела в надзорном порядке не обладают. Пересмотр дела в порядке надзора зависит не от них, а от воли прокурора, который может внести, а может и не внести протест в соответствующую надзорную инстанцию, или усмотрения судей, осуществляющих предварительное рассмотрение надзорных жалоб, которые по своему усмотрению могут принять решение о наличии оснований к пересмотру дела в порядке надзора, либо принять решение об отсутствии таковых. И это законодателям необходимо обсудить при реформировании судебной системы и процессуального законодательства.

**9. О специализации судов и судей.** В соответствии с подсудностью к компетенции судов отнесено рассмотрение гражданских, уголовных, административных дел, производство по которым осуществляется в различных процессуальных рамках, установленных процессуальным законодательством. Разрешение указанных дел судами осуществляется на основании применения разных отраслей права, регулирующих гражданско-правовые, жилищные, семейные, трудовые и иные правоотношения, а также норм материальных законов, определяющих составы уголовно наказуемых или административных правонарушений и устанавливающих ответственность за их совершение.

Применение норм процессуального и материального законов при разрешении судебных дел, различных по своей правовой природе, требует от судей глубоких знаний законов, подлежащих применению при разрешении дел разных категорий. Законодательная база в Республике Казахстан объемна, к тому же в последние годы в действующие законы вносятся множество поправок, дополнений и изменений, издаются иные нормативные правовые акты, влияющие на юридическую основу правоотношений, что создает определенные трудности в правоприменительной деятельности.

Признается позитивным углубленное изучение определенных проблем, связанных с какой-либо частью конкретных правоотношений, по соответствующим отраслям права, поскольку это существенно влияет на повышение качества и законности принимаемых судами актов по рассматриваемым делам.

Структуры областных судов и Верховного Суда РК, закрепленные Конституционным законом «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» позволяют судьям специализироваться на рассмотрении определенной категории судебных дел. В указанных судах имеются коллегии по уголовным делам и коллегии по гражданским делам, в которых соответственно рассматриваются гражданские и уголовные дела. Кроме того, закон позволяет создавать в коллегиях специализированные составы.

Судебная практика показывает, что такая специализация способствует повышению профессионализма судей в рассмотрении определенной категории дел.

Однако в структуре районных и приравненных к ним судах отсутствуют специализированные суды, которые бы всецело действовали по подобию т.н. «следственных судей», рассматривали вопросы, возникающие на стадии предварительного расследования дела, а также судьи по контролю за исполнением судебных актов.

**10. О справедливости уголовного наказания.** Как бы ни было устроено правосудие, развито законодательство и складывалась судебная практика, большинством населения справедливость правосудия воспринимается через наказание, которое назначается судом лицам, признанным виновными в совершении преступлений. Вопрос об уголовном наказании является одним из наиболее сложных в судебной практике.

Устанавливая в статье 52 УК общие начала назначения наказания, законодатель в статьях УК, предусматривает порядок назначения наказания при рецидиве преступлений (ст. 59 УК), при неоконченном преступлении (ст. 56 УК), за преступление, совершенное в соучастии (ст. 57 УК), по совокупности преступлений (ст. 58 УК) и при установлении других конкретных обстоятельств по делу, указывает ориентиры, которыми должен суд руководствоваться при решении вопроса о наказании.

В итоге избранное виновному наказание должно отражать общественную опасность конкретного преступления с корректировкой этой опасности в сторону повышения или понижения установленными по делу смягчающими и отягчающими ответственность и наказание обстоятельствами.

Между тем, правила назначения наказаний при рецидиве преступлений нередко влечет назначение чрезмерно суровых несправедливых наказаний.

**11. Значение преюдиции судебных актов и их своевременного исполнения.** Согласно пункту третьему статьи 78 Конституции Республики Казахстан решения, приговоры и иные постановления судов имеют обязательную силу на всей территории Республики. В развитие данного конституционного положения ст. 131 УПК предусматривает преюдицию вступившего в законную силу приговора или иного решения суда. За неисполнение судебного акта статьей 362 УК предусмотрена уголовная ответственность. В этой связи правильное и своевременное исполнение судебных актов имеет большое значение.

Еще в свое время видный ученый М. С. Строгович считал, что исполнение приговора - это «последняя стадия уголовного процесса, в которой происходит реализация вступившего в законную силу приговора, т.е. проводятся в жизнь его постановления»<sup>106</sup>. Раскрывая понятие реализации приговора суда, он указывает, что в стадии исполнения приговора происходит осуществление «принятого судом решения о виновности или невиновности подсудимого, о применении наказания к подсудимому, признанному виновным, а также о присуждении возмещения ущерба, причиненного преступлением потерпевшему и о взыскании судебных издержек»<sup>107</sup>.

Анализ главы 49 УПК позволяет сделать вывод о том, что в стадию исполнения приговора входит рассмотрение таких вопросов, как: определение момента вступления приговора, постановления суда в законную силу; обращение приговора, постановления суда к исполнению; соблюдение процессуально-правового порядка обращения к исполнению приговора, постановления суда; извещение родственников осужденного, гражданского истца об обращении приговора к исполнению; представление родственникам свидания с осужденным; отсрочка исполнения приговора; рассмотрение круга вопросов, возникающих при исполнении приговора и др.

Главой государства не единожды обращалось внимание на то, что, что судебные акты реально защищают права и законные интересы людей, имеют действительное значение для достижения целей правосудия только при их своевременном и надлежащем исполнении.

В нашей стране действует широкая сеть органов, призванных обеспечить надлежащее исполнение судебных актов. В то же время нет специализированных судов, которые бы осуществляли судебный контроль на этой стадии.

Несмотря на определенные достижения в деле реформирования судебной системы и повышения эффективности и качества правосудия, говорить о том, что сделано все возможное, еще рано. Есть необходимость в принятии еще ряда мер для того, чтобы повысить гарантии независимости судов и судей, обеспечить всем и каждому свободный доступ к правосудию, развить принципы правосудия, обеспечить законность и справедливость судебных актов и их исполнение и тем самым обеспечить подлинную судебную защиту прав и свобод человека и гражданина.

В этих целях подготовлены проекты законов о внесении изменений в действующее законодательство по вопросам судоустройства и судопроизводства.

**21 октября 2011 г.**

---

<sup>106</sup> М.С.Строгович, Уголовный процесс, М., 1946, стр. 483

<sup>107</sup> М.С.Строгович, Курс советского уголовного процесса, М., 1958, стр. 459

### **Перспективы развития судебного контроля на предварительном следствии**

В соответствии со ст. 76 основного Закона страны Конституции Республики Казахстан судебная власть распространяется на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики.

Судебная власть осуществляется от имени Республики Казахстан и имеет своим назначением защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, обеспечение исполнения Конституции, законов и иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики.

Таким образом, Конституцией установлены судебно-контрольные функции над всеми делами и спорами в стране.

Полагаю, что судебно-контрольная деятельность, помимо непосредственной, имеет и политическое значение, поскольку её эффективность прямо пропорционально эффективности государственного аппарата в целом и его авторитета, как во внутреннем, так и во внешнем мире.

Суд оберегает основу экономики современного государства – право собственности и права человека.

Таким образом, само определение судебной власти рождает и соответствующую необходимость к расширению судебного контроля в уголовном судопроизводстве.

В юридической практике выделяют три вида контроля на стадии предварительного расследования и механизмы их реализации, которые подлежат изложению в порядке досудебного производства:

**ПЕРВОЕ.** Контроль над ограничением конституционных прав граждан: право на неприкосновенность достоинства, жилища, частной жизни, личную и семейную тайну, тайну личных вкладов и так далее.

**ВТОРОЕ.** Контроль над применением задержания по подозрению в совершении преступления, заключением под стражу, содержанием под стражей. Имеется в виду санкционирование меры пресечения судами, введённое с 30 августа 2011 года, что стало одним из шагов по расширению судебного контроля на предварительном следствии. Данная стадия требует особого внимания и дальнейшего развития. На чём я остановлюсь позднее.

**ТРЕТЬЕ.** Судебный порядок рассмотрения жалоб на действия (бездействия) органов уголовного преследования и прокурора в порядке статьи 109 УПК. Хотя данная стадия судебного контроля характеризует именно определение судебной власти, но она ограничена только рассмотрением проверки законности и обоснованности действий и решений, связанных с отказом в возбуждении уголовного дела, возбуждением, прекращением и приостановлением производства по делу, производством обыска, наложением ареста на имущество и продлением срока предварительного следствия. Поэтому данный вид контроля необходимо рассматривать в совокупности с общими перспективами судебного контроля предварительного следствия.

#### По первому виду контроля.

Вопрос стоит о дальнейшей передаче в ведомство судов вопроса о санкционировании таких следственных действий, как проведение обыска, негласное прослушивание, ареста корреспонденций и других. В настоящее время санкционирование производства указанных действий, касающихся конституционных прав граждан, согласно действующему законодательству в Республике Казахстан осуществляется прокурором.

Полагается, что для приведения правоприменительной практики в единое русло, используя те же основания, что и при передаче санкционирования суду, необходимо передать право санкционирования указанных действий, затрагивающих конституционные права человека, суду.

#### По второму виду контроля.

При санкционировании подозреваемых и обвиняемых меры пресечения в виде ареста в настоящий момент нет достаточного определения степени обоснованности обвинения. С одной стороны необходимо обращать внимание на обоснованность самого обвинения и иметь возможность отказать в выдаче санкции на арест при наличии серьёзных сомнений в наличии признаков состава преступления или совершения преступления именно лицом, преданным суду. С другой стороны достаточно оснований, предусмотренных ст. 139 УПК – оснований полагать, что обвиняемый скроется от следствия или суда, либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде или будет заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения исполнения приговора суда.

Полагаю правильным, чтобы на этапе санкционирования меры пресечения в суде, судом было бы необходимо законодательно закрепить наличие допустимых доказательств, подтверждающих обоснованность подозрения. Освобождение судов от обязанности оценки обоснованности обвинения при санкционировании ареста и отсутствие проверки связи между обвиняемым и совершённым преступным деянием уничтожает ответственность за осуществление судебного контроля.

Поэтому полагаю, что при санкционировании ареста необходимо ужесточить требования к прокуратуре при решении вопроса о поддержании ходатайства о санкционировании аресте перед судом и увеличении оснований при даче санкции судьями в стороны проверки хотя бы наличия допустимых доказательств, подтверждающих обоснованность обвинения.

В соответствии с Концепцией правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, перспективы развития судебной системы связаны, в том числе, с возможностью поэтапного расширения пределов судебного контроля в досудебном производстве.

В соответствии с реализацией данной Концепции, планируются изменения в УПК, которые ещё не были приняты, но активно обсуждаются в судебном сообществе. Например, исключение из статьи 24 УПК слова «суд».

Несомненно, считаю, данный факт может быть прорывом в судебной системе. И будет по настоящему большим шагом на переход от советской сложившейся карательной функции государства, где даже суд был направлен на сбор доказательств и в основном вины подсудимого, к исполнению требований Конституции по гарантиям прав и свобод граждан и человека. Не говоря уже о том, что данная норма ст. 24 УПК прямо ставит под вопрос принцип состязательности сторон.

Уголовное судопроизводство может быть аналогичным гражданскому судопроизводству по принципу состязательности. Смог прокурор в суде доказать вину подсудимого – виновен, смог защитник доказать невиновность – невиновен. А само уголовное дело должно служить

прокурору только для систематизации доказательств, но никак не основным доказательствам, как происходит в настоящее время.

Так, статья 353 УПК позволяет оглашение показаний потерпевшего и свидетеля в судебном заседании, данных ими при досудебном производстве. Видится это неверным, так как даёт прокурору заведомо выигрышное положение.

Допустим, если сторона обвинения полагает, что в судебном заседании адвокат может вывести свидетеля на ненужные обвинению ответы, то свидетель может просто укрыться от суда. В итоге суд вынужден оглашать показания данного свидетеля. Сторона защиты остаётся ни с чем. Принцип состязательности нарушен.

При условии внесения в закон нормы, позволяющей признавать показания допрошенных в ходе следствия лиц, недопустимыми при непосредственном их отсутствии в судебном заседании, тогда данная норма способствовала бы именно объективности рассмотрения дела в суде, принципа непосредственного представления доказательств суду, принципу состязательности.

Кстати, внедрение данных изменений положительно сыграло бы на искоренение набившего оскомину имиджа коррумпированности судов и правоохранительных органов в целом. И тут встаёт вопрос о досудебном контроле или судебном контроле предварительного следствия. Думаю ни для кого не секрет, что при необходимости направления уголовного дела в суд, следователь или дознаватель допрашивает свидетелей с обвинительным уклоном. И присутствие адвоката обвиняемого обязательно только на допросе самого обвиняемого, или при проведении очной ставки с ним. Адвокат не присутствует на допросах свидетелей обвинения, и данные показания, как говорилось выше, могут быть оглашены в суде. При допросе свидетеля сторона защиты не может задать необходимых им вопросов. Такое возможно только в судебном заседании.

Таким образом, в перспективе видится два пути.

**Первый** – это ответственность суда, если будет соответствующий контроль над предварительным следствием. На настоящий момент судебный контроль в уголовном процессе как самостоятельная часть судебной деятельности не сформирован и ограничен указанными видами контроля.

Необходима работа единого цельного механизма с момента обнаружения признаков преступного деяния и до направления дела в суд.

Все указанные три вида контроля могут быть объединены в один: контроль предварительного следствия на досудебном этапе. В соответствии с Конституцией на суд не будут возложены функции, не свойственные суду, а будут приведены в соответствие с её вышеуказанными нормами, если суд будет осуществлять контроль предварительного следствия со стадии сбора доказательств.

Видится правильным на стадии возбуждения уголовного дела проводить **предварительное слушание** с участием сторон для решения вопроса о дальнейшей целесообразности расследования уголовного дела.

Но при данном пути возможна коллизия между судом и контролем суда над предварительным следствием, так как очень тонка грань между оценкой доказательств, проводимой в суде, и рассматриваемой процедурой оценки обоснованности возбуждения уголовного дела.

Соответственно, важно учитывать, что рассматриваемая процедура не должна предрешать вопросы, могущие являться предметом судебного рассмотрения при разрешении уголовного

дела по существу, а ограничиваться лишь задачей проверки законности и обоснованности принятия дальнейшего процессуального решения.

Безусловно, суд не должен выполнять каких-либо действий, которые свидетельствовали бы об осуществлении им уголовного преследования.

Хотелось бы отметить, чтобы судебный контроль в ходе следствия не превышал оговорённых пределов. Тотальный судебный контроль в общем, и в частности по предварительному следствию, в противном случае, может перерасти в производство суда и не будет в дальнейшем способствовать как проведению предварительного расследования, так и объективному рассмотрению дела в суде.

**Второй путь** – это, как говорилось выше внедрение в судебном процессе принципа состязательности и непосредственности исследования доказательств. Данный путь считаю более целесообразным.

Говоря о судебном контроле, нельзя забывать и про функции прокуратуры, которая осуществляет высший надзор в стране за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативно-правовых актов.

Считаю достаточным оговорённых условий.

Потому что с учётом предложенных изменений контроль сможет, и вынуждена будет осуществлять сама система правоохранительных органов в целом.

Любой образованный человек знает, что эффективнее прямого контроля – это прямая конкуренция. Добьёмся конкуренции между защитой и обвинением, тогда придём к настоящей защите прав субъектов, попавших в водоворот уголовных событий, как обвиняемого, так и потерпевшего, регламентированных статьёй 14 Конституции о равенстве всех перед законом и судом.

**21 октября 2011 г.**

## **Предложения по Концепции проекта УПК РК**

### **1. По первому пункту:**

Представляется не целесообразным исключение стадии доследственной проверки. В противном случае в правоохранительные органы будет поступать значительное количество необоснованных заявлений, по которым без всякой проверки и без всяких на то оснований, будут возбуждаться уголовные дела.

Не исключено, что в дальнейшем производства по делам будут прекращены по реабилитирующим основаниям, но факт привлечения к уголовной ответственности в установленном законном порядке будет удостоверен (спец.учет), что в дальнейшем приведет к возникновению у данного лица проблемам различного свойства, к примеру, при получении кредита, открытия виз, устройстве на государственную службу и т.д.

### **2. По третьему пункту:**

Представляется нецелесообразным введение в УПК термина «разумные» сроки, т.к. термин несет в себе высокую степень субъективизма.

### **3. По пятому пункту:**

Вопрос об исключении из УПК института направления дела на дополнительное расследование, является преждевременным.

Пока не будет изменена практика постановки только или почти только обвинительных приговоров, о чем свидетельствует статистика, возможность направления дела на проведение дополнительного расследования сохраняет для привлеченного лица возможность прекращения производства по делу.

### **4. По шестому пункту:**

Сокращение количества следственных действий, проводимых с участием понятых, нецелесообразно. В противном случае, это может привести к нарушению прав лиц, вовлеченных в орбиту уголовного преследования.

Следует искоренить существующую практику привлечения «штатных» понятых. Повысить критерии к лицам, которые могут стать потенциальными понятыми.

Таким образом, правильное применение действующего УПК РК по данному вопросу, способно устранить возникающие на практике проблемы и стать дополнительной гарантией соблюдения прав лиц, привлекаемых к уголовной ответственности.

### **5. По восьмому пункту:**

Следует конкретизировать понятие «усиление координирующей роли прокуратуры». Между какими ведомостями, и между какими субъектами уголовно-правовой отношений должна быть усилена координирующая роль прокурора?

Более того, Концепция проекта УПК РК не содержит никаких нововведений по вопросу расширения прав защитника в уголовном процессе и по вопросу механизма реализации прав, уже предусмотренных в действующем УПК РК к числу которых относятся:

- порядок сбора доказательств стороной защиты и их процессуальное оформление (представляется целесообразным введение в УПК термина «частный протокол», который будет вправе составлять защитник по итогам, к примеру, опроса лица с его согласия по интересующим вопросам),

- порядок сбора и представления органу, ведущему уголовный процесс, предметов, подпадающих под признаки вещественных доказательств и обязательности признания их таковыми с сохранением, естественно права за судом на оценку данных доказательств.

**6.** Судебные акты апелляционной инстанции должны вступать в законную силу не с момента их оглашения, а с момента их вручения (получения) сторонами.

**7.** Факт не обжалования актов суда первой инстанции в апелляционной и кассационной инстанции – не должен стать препятствием для дальнейшего обращения в Верховный Суд с ходатайством о пересмотре актов в порядке судебного надзора.

**8.** Корректировка норма, определяющих судопроизводство с участием присяжных заседателей, должна быть направлена не только на увеличение количества категорий дел, подлежащих рассмотрению с участием присяжных, усовершенствования процедуры отбора присяжных, но и на изменение самой модели суда:

- С представлением присяжным права вынесения самостоятельного вердикта, без участия профессионального судьи,

- Изменения процедуры формирования коллегии присяжных в процессе (сторонами следует делегировать право лично задавать интересующие вопросы к кандидатам в присяжные, а не через председательствующего) и многое другое.

**21 октября 2011 г.**

## **Судебная защита прав человека в стадии предварительного следствия и перспективы расширения судебного контроля на досудебном этапе уголовного процесса**

### **Уважаемые участники регионального семинара!**

Сегодня значимый день не только для Актюбинской области, но и для всего Казахстана, собрались видные деятели юриспруденции, чтобы обсудить важные вопросы, касающиеся судебной защиты прав человека, в том числе на предварительном следствии. Перспективы расширения судебного контроля на досудебном этапе уголовного процесса.

Закрепление в статье 1 Конституции Республики Казахстан цели утверждения Республики демократическим, светским, правовым и социальным государством выдвигает на первый план задачу формирования сильной, независимой судебной власти.

В правовом государстве суд должен быть авторитетным, властным, самостоятельным, подлинно независимым, и в кем люди должны видеть не бюрократическое учреждение, а реального гаранта их прав, надежного защитника их интересов.

Вхождение Республики Казахстан в мировое сообщество в качестве независимого субъекта обусловила необходимость приведения действующего законодательства в соответствие с общепризнанными международными стандартами, в том числе и в отношении отправления правосудия, поскольку именно эта деятельность является индикатором демократизма и гуманизации любого общества.

В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан № 858 от 24 августа 2009 года, в пункте 2.9 указано, что эффективная уголовная политика государства невозможна без оптимальной модели уголовного судопроизводства. Поэтому, говоря о перспективах развития уголовно-процессуального права, необходимо подчеркнуть, что действующий Уголовно-процессуальный кодекс республики в основном привел систему уголовной юстиции в соответствие с характеристиками современного демократического, правового государства. Главная цель законодателя заключалась в формировании уголовно-процессуального закона, основанного на признании конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина непосредственно действующими, определяющими смысл, содержание и применение законов и обеспечиваемыми правосудием.

Поэтому приоритетом развития уголовно-процессуального права остается дальнейшая последовательная реализация основополагающих принципов уголовного судопроизводства, направленных на защиту прав и свобод человека.

Для определения направлений дальнейшего развития отечественного уголовно-процессуального закона следует, прежде всего, дать оценку его современного состояния.

В связи с этим уместно напомнить, что действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан (далее – УПК) был призван привести систему уголовной юстиции в соответствие с характеристиками современного демократического, правового государства.

Задача гуманизации уголовной политики вряд ли может быть достигнута, если в ходе реформ не будет создана эффективная и отвечающая современным стандартам модель

уголовно – процессуальной системы. В противном случае многие механизмы либерализации уголовного правоприменения (альтернативы уголовному преследованию, альтернативные меры пресечения, альтернативные санкции) просто не удастся адекватно «вписать» в структуру уголовной юстиции – они останутся для нее «инородным телом». Уголовно – процессуальная система должна быть рациональной, устойчивой и сбалансированной, чтобы успешно освоить меры, специально направленные на гуманизацию уголовной политики.

Важнейшей задачей здесь является разграничение трех фундаментальных функций : полицейской, прокурорской и судебной. Это особенно важно для досудебных стадий уголовного процесса. В настоящий момент данные функции, оказались в значительной степени смешаны.

В действующем уголовно – процессуальном законодательстве Казахстана судебная защита прав человека на предварительном следствии находится в узких рамках. Доступ к судебной защите на данном этапе урегулирован только в части применения меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста, принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно – психиатрической экспертизы, а также при рассмотрении жалоб на действия (бездействия) и решения прокурора, органов следствия и дознания.

При этом, рассматривая проблему меры пресечения, мы сталкиваемся с общеинституциональными проблемами. Разные меры пресечения длительного характера применяют здесь как суд, так и следователь с прокурором. Скажем так, что суд обладает «исключительной монополией» принимать решения о заключении под стражу и домашнем аресте. Но, если речь идет о других альтернативных мерах пресечения, то в предварительных стадиях уголовного процесса решение об их применении остается прерогативой следователя с прокурором. В этом смысле «иные меры пресечения» есть не столько находящиеся в руках суда «альтернативы», сколько проявление «параллельной» репрессивной компетенции. В такой ситуации суд не выполняет отведенную ему роль институционального ограничителя и не служит надлежащим фильтром на пути неоправданного и не подкрепленного реальной потребностью заключения под стражу.

В связи с введенными изменениями в статью 109 УПК РК, также уменьшился круг действий (бездействий) которые могут быть обжалованы, и их сроки.

В связи с этим представляется, что для реализации конституционных принципов правосудия все большую актуальность должно приобретать направление защиты прав лиц, вовлеченных в орбиту процесса, на досудебных стадиях. Конкретным выражением этой тенденции должно явиться усиление различных форм судебного контроля - как предварительного (санкционирование процессуальных действий, относящихся к правам и свободам человека), так и последующего (обжалование процессуальных действий и решений органов, ведущих процесс).

Судебный контроль подразумевает усиление контрольных функций суда как органа самостоятельной ветви государственной власти. Представителями судебной ветви власти, осуществляющими производство по уголовному делу и судебный контроль, должны являться разные судьи, а еще лучше – судьи, представляющие разные коллегиальные органы, а в потенциале - разные ведомства судебной системы (что, кстати, может служить началом постепенного формирования института следственных судей).

При осуществлении преобразований в направлении усиления состязательности процесса в досудебной стадии необходимо по-новому взглянуть на подход к достижению равноправия сторон.

В настоящее время закон пытается обеспечить его за счет формального наделения сторон равными процессуальными правами. На деле равные права автоматически не влекут равные возможности сторон в процессе. Ярким примером тому является проблема реализации предусмотренных законом (статья 125 УПК) возможностей защитника в доказывании.

При выборе приоритетов дальнейшего развития законодательства в области уголовной юстиции следует исходить из диалектического единства и противоположности задач правоохранительных органов по контролю над преступностью и охране прав, свобод и законных интересов участников процесса.

Анализ фигурирующих в глобальном правовом пространстве уголовно-процессуальных теорий и законов свидетельствует, что одной из характерных черт в развитии уголовного судопроизводства является правовая интеграция. Она обусловлена тем, что перед большинством государств стоят одинаковые задачи в сфере уголовной юстиции, в том числе, повышение требовательности к органам уголовной юстиции с точки зрения соблюдения прав человека, необходимость оптимизации механизма производства по уголовному делу. Однако при естественной тенденции к сближению национальных законодательств, нельзя недооценивать требование развития собственной культурно-исторической модели уголовного процесса.

Важным вопросом является выбор самой модели уголовного процесса, которой предстоит следовать при дальнейшем его совершенствовании.

Последние изменения в сфере уголовно-процессуального закона в западно-европейских странах в большинстве своем направлены на конвергенцию континентальной и англо-американской процессуальных моделей, а точнее – на последовательное развитие принципа состязательности на досудебные стадии процесса. Процесс преобразований в указанном направлении повсеместно сопряжен со значительными сложностями, сопровождаемых и контрреформами. Сказанное обусловлено тем, что принцип состязательности и равноправия сторон относительно несложно реализуется при судебном рассмотрении дела, когда процессуальные функции сторон определены и разделены достаточно четко. В стадиях же, предшествующих рассмотрению дела в суде, процессуальная компетенция участников процесса определена неоднозначно.

Одним из основных направлений совершенствования уголовно-процессуального права Концепцией правовой политики определено упрощение и повышение эффективности уголовного процесса, в том числе упрощение порядка досудебного производства.

Знаковыми инновациями в совершенствовании уголовного судопроизводства установлены следующие основные направления:

- кардинально изменяется первоначальная стадия уголовного процесса путем исключения стадии доследственной проверки и возбуждения уголовного дела.
- исключается предъявление следователем обвинения подозреваемому на стадии следствия. Вместо этого, прокурор, получив и тщательно изучив материалы расследования, представленные следователем, будет предъявлять обвинение и затем квалифицированно поддерживать его в суде.
- кардинально упрощается досудебное производство: вводится понятие «досудебное расследование».
- все следственные действия, затрагивающие конституционные или иные права и свободы человека, будут проводиться исключительно с санкции прокурора (с последующей поэтапной передачей всех этих функций суду в соответствии со сроками, определенными Концепцией правовой политики).
- исключается возвращение судом дел на дополнительное расследование.
- резко сокращается количество следственных действий проводимых с участием понятых.

- в уголовный процесс вводится институт следственного судьи, который будет решать вопросы санкционирования ареста в качестве меры пресечения, его продления, принудительного помещения, не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-психиатрической экспертизы.

Предполагается передача следственному судье право санкционирования: объявления международного розыска, эксгумации трупа, помещения несовершеннолетнего обвиняемого в специальное детское учреждение, принудительного помещения не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-медицинской экспертизы и ряда других следственных действий, проводимых органами расследования.

Если рассуждать уже более конкретно, то основной задачей в перспективе расширения судебного контроля на досудебном этапе уголовного процесса, является разграничение полицейских, прокурорских и судебных функций.

При этом разграничение данных функций определяет не только объем процессуальных полномочий соответственно полиции, прокуратуры и суда в позитивном смысле, но и ограничения их компетенции в негативном смысле, то есть те действия и решения, которые они не могут совершать и принимать.

В перспективе же разграничения данных функций и полномочий можем представить в следующем виде.

**Функция полиции**, являющейся представителем одного из тех подразделений исполнительной власти, в обязанности которых входит силовое поддержание общественного порядка, может сводиться в уголовном процессе исключительно к физическому пресечению преступной деятельности и квалифицированному собиранию доказательственных сведений о гипотетических преступлениях. При этом только при выполнении первой из названных функций полиция вправе ограничивать на очень непродолжительное время, исчисляемой часами, конституционные права личности на свободу. При собирании доказательств такого права у полиции уже нет.

В такой ситуации становится ясно, что уголовно – процессуальная деятельность полиции может быть эффективной и безопасной для добропорядочных граждан только в том случае, когда она введена в жесткие функциональные рамки, сопряженные с отсутствием у полиции следующих прав и полномочий :

- права самостоятельно применять любые формы ограничения свободы или, иначе говоря, «меры процессуального принуждения», кроме кратковременного полицейского задержания, исчисляемого часами;

- права самостоятельно производить следственные и подобные им действия по собиранию доказательственной или любой иной информации, сопряженные с ограничением конституционных прав и свобод личности, такие как неприкосновенность жилища, тайна на частную жизнь, личную и семейную тайну, личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров и т.д.;

- права давать запрещенному законом деянию, по которому полиция проводит расследование, официальную уголовно – правовую оценку, то есть право самостоятельно осуществлять уголовно – правовую квалификацию деяния и составлять по этому вопросу какие либо официально правоустанавливающие акты, кроме как предварительную оценку деяния в качестве преступного.

**Функции прокуратуры**, определяются более высоким институциональным статусом, прокурор должен являться подлинным правоведом, призванным осуществлять правоприменения, толковать нормы права, оценивать наличие или отсутствие в уголовном преследовании публичного интереса, представлять в ходе уголовного процесса государство и общество и т.д.

Уголовно – процессуальные полномочия прокурора в ходе досудебного производства по уголовному делу определяются его ролью «фильтра» между полицией с ее большей мере неюридическими (техническими) функциями по собиранию доказательственной информации и судом, стоящим на вершине правоприменения. С одной стороны, прокурор контролирует полицию, иначе говоря «надзирает» за ней, как с точки зрения эффективности расследования и защиты публичного интереса, так и с точки зрения гарантий прав личности. С другой стороны, он «процессуализирует» собранную полицией информацию и решает вопрос о передаче дела в суд. Именно прокурор дает деянию официальную уголовно – правовую оценку по итогам и с учетом полицейского расследования, то есть квалифицирует его по нормам материального уголовного права. При этом «процессуализация» прокурором материалов полицейского расследования, сопряженная с официальным выдвижением обвинения, может иметь характер как окончательный, когда дело передается в суд для рассмотрения по существу, так и промежуточный, когда прокурор обращается в суд за применением соответствующей меры пресечения или разрешением на производство соответствующего следственного действия.

**Функции суда** определяются конституционно – правовым статусом судебной власти, с одной стороны, призванной быть гарантом прав и свобод личности, а с другой стороны, являющейся единственным инструментом окончательного разрешения всех правовых споров. Полномочия в уголовном процессе суда нередко устанавливаются не позитивно путем определения некоей исчерпывающей компетенции, а негативно путем возложения на него тех функций, которые не вправе выполнять полиция и прокуратура. К примеру, если соответствующее действие, скажем прослушивание телефонных переговоров или производство обысков в жилище, совершенно необходимо для эффективного функционирования системы уголовной юстиции, но при этом ни полиция, ни прокуратура не вправе самостоятельно ограничивать право граждан на неприкосновенность частной жизни или на неприкосновенность жилища, то единственным выходом является возложение данного полномочия на суд. Если же действие, скажем производство экспертизы, не сопряженной с помещением лица в психиатрический или медицинский стационар, не требует ограничения ничьих конституционных прав, то ест никакого резона обременять суд дополнительными функциями в виде «санкционирования экспертиз» и т.д.

В такой ситуации, если рассматривать только досудебное производство и не затрагивать вопросы разрешения уголовных дел по существу, то становится ясно, что в любой развитой современной уголовно – процессуальной системе к исключительным полномочиям суда относится :

Во первых, принятие решение о применении любых форм ограничения прав и свободы лица, от заключения под стражу до принудительного привода, включая так называемые «альтернативные меры пресечения», подписка о невыезде, залог и т.д. Единственным исключением, разумеется является кратковременное полицейское задержание.

Во вторых, дача разрешения на производство следственных и подобных им действий по собиранию доказательственной или любой иной информации, сопряженных с ограничением конституционных прав и свобод личности.

Именно данными полномочиями судебной власти, основанными на конституционно – правовой роли суда как гаранта индивидуальных прав и свобод, определяются в современных правовых системах пределы так называемого «предварительного судебного контроля».

При реформировании уголовно-процессуального права Казахстана, возникают стратегические задачи, касающиеся роли суда на досудебном производстве по уголовным делам, а именно :

- 1) обеспечить принципиально одинаковый уровень судебного контроля как для уголовно – процессуального предварительного расследования, так и для «непроцессуальной» оперативно – розыскной деятельности (поскольку оперативно – розыскная деятельность имеет, как известно, негласный (конфиденциальный) характер, судебный контроль не может иметь здесь форму традиционного «обжалования» (лицо просто не знает о применении в его отношении соответствующих мер), приобретая существенную специфику. Он проявляется в том, что либо дела рано или поздно поступает с обвинением в суд, который контролирует законность оперативно – розыскных мероприятий (недопустимость доказательств и т.д.), либо если дело в суд так и не поступает (нет оснований для обвинения), лицо по истечении определенного срока уведомляется о произведенных в его отношении мероприятиях, вправе требовать уничтожения соответствующих документов, возмещение вреда и т.д. (здесь уже возможны разнообразные формы судебного вмешательства, в том числе по жалобам заинтересованного лица);
- 2) предусмотреть судебный контроль в отношении любых уголовно – процессуальных и оперативно – розыскных действий и мер, ограничивающих фундаментальные права личности – право на физическую неприкосновенность, право на неприкосновенность личной жизни, право на тайну корреспонденции и др., отталкиваясь при этом не от «исчерпывающего стандартного списка» действий и мер, требующих судебного санкционирования, а от современного международно – правового понимания объема защищаемых ценностей. Скажем, с точки зрения современных стандартов, специальное видеонаблюдение (фотосъемка) за человеком, гуляющим по городу, есть вторжение в сферу личной жизни, требующее предварительного судебного решения, а допустим, понятие «жилище» включает не только дом или квартиру, но и частный офис компании и т.д. При этом объем защищаемых ценностей является категорией не статической, раз и навсегда установленной, но динамической, подлежащей постоянной переоценке.
- 3) предусмотреть судебный контроль в его современных и рациональных формах и с учетом прежде всего обязанности любого государства обеспечить соблюдение фундаментального «права на доступ к судье»;
- 4) обеспечить судебный контроль за применением любых мер пресечения, включая так называемые «альтернативные», причем независимо от того, сопряжены они или нет с предварительным полицейским задержанием, в силу чего любое полицейское задержание должно приводить либо к освобождению лица по истечении нескольких часов без применения меры пресечения ( с правом требовать возмещения государством вреда за необоснованное задержание), либо к доставлению лица в суд для решения вопроса о наличии оснований для применения меры пресечения, включая заключение под стражу.

Данные направления и определены в Концепции правовой политики Казахстана и таким видится на наш взгляд в перспективе судебный контроль на досудебном этапе уголовного процесса.

28 октября 2011 г.

## **Практика по судебному обжалованию действий правоохранительных органов на предварительном следствии по статье 109 УПК РК**

Рассмотрение судами жалоб на процессуальные действия и решения в стадии досудебного производства по уголовным делам является одним из способов реализации закрепленного в пункте 2 статьи 13 Конституции Республики Казахстан и в статье 12 Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан права каждого на судебную защиту, поэтому суды должны обеспечивать правильное применение норм закона, предусматривающих основания обращения с жалобами в суд и регулирующих порядок их рассмотрения.

С момента провозглашения реформы уголовно-процессуального законодательства и по сей день главным ее направлением является изменение места и роли суда в уголовном процессе. В результате исследования полномочий, предоставленных суду на досудебных стадиях процесса сделан вывод об осуществлении контроля на этой стадии уголовного процесса только при реализации судом полномочий, закрепленных в статье 109 УПК РК, то есть при рассмотрении судом жалоб на неправомерные действия, решения следователя, дознавателя, прокурора, руководителя следственного органа, кроме усеченных прав суда по санкционированию ареста.

Статистические данные по работе суда №2 города Актобе свидетельствуют об увеличении количества жалоб, поданных в суд в порядке статьи 109 УПК РК. К примеру, если в 2010 году таких жалоб поступило в суд 67, то на 25 октября 2011 года - 85.

Согласно части 1 статьи 109 УПК РК лицо, чьи личные права и свободы непосредственно затрагиваются действием (бездействием) и решением прокурора, органов следствия и дознания вправе обратиться в суд жалобой на отказ в приеме заявления о преступлении, а также на нарушения закона при отказе в возбуждении уголовного дела, возбуждении, приостановлении и прекращении уголовного дела, принудительном помещении в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской экспертизы, производстве обыска и выемки, наложении ареста на имущество, применении залога, совершении иных действий (бездействия) и принятии решений, если отложение проверки законности таких действий (бездействия) и решений до стадии судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав и свобод человека и гражданина затруднительным или невозможным.

Закон предоставляет право гражданам и юридическим лицам обращаться с жалобами на нарушения закона по своему усмотрению либо к соответствующему прокурору, а в случае принятия прокурором решения об оставлении жалобы без удовлетворения обжаловать его в суд, либо сразу обратиться с жалобой на нарушения закона непосредственно в суд.

Жалоба может быть подана в районный суд по месту нахождения органа, ведущего уголовный процесс, в течение пятнадцати суток со дня ознакомления с решением, с которым лицо не согласно, либо в этот же срок после получения уведомления прокурора об отказе в удовлетворении жалобы, поданной на его имя или со дня истечения пятнадцати суток после подачи жалобы прокурору, если не был получен на нее ответ.

Граждане и организации вправе обратиться в суд с жалобой на нарушение закона, допущенные как при совершении процессуальных действий (бездействия), перечисленных в данной норме, так и при совершении иных действий, затрагивающих их конституционные права и законные интересы, в том числе неприкосновенность личности, частной жизни,

жилища, собственности, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телефонных и иных сообщений.

Исходя из требования части 2 статьи 109 УПК РК не подлежат рассмотрению в данном порядке жалобы об отмене процессуальных действий и решений, обжалование которых предусмотрено законом в ином порядке, в частности, жалобы, в которых содержится просьба о признании доказательств недопустимыми в связи с получением их без соблюдения требований закона, о неправильной формулировке обвинения либо о его недоказанности, о неправильном применении закона при квалификации деяния, на решение прокурора, вынесенного в соответствии со статьей 169 Уголовно-исполнительного Кодекса РК по вопросу об условно-досрочном освобождении осужденных от наказания или замене наказания более мягким наказанием, о незаконности судебных актов и другие. Пределы судебной проверки ограничены выяснением соблюдения норм закона при совершении действий (бездействия) и принятии решений, указанных в части 1 настоящей статьи, то есть законности самой процедуры.

Допустим, если в жалобе указано о нарушениях закона при принятии решений в результате рассмотрения сообщений о совершении преступлений, суду при рассмотрении жалобы в порядке статьи 109 УПК РК необходимо проверить, были ли соблюдены органами уголовного преследования требования статей 186-187 УПК РК, а также истекли ли к моменту подачи сроки, указанные в статье 184 УПК, в течение которых органы уголовного преследования вправе проводить проверочные действия для принятия решения по сообщению о преступлении. Жалоба поданная по истечению этого срока, подлежит оставлению без рассмотрения.

При рассмотрении в порядке статьи 109 УПК жалоб на решение орган уголовного преследования, вынесенное в соответствии с пунктом 3 части 11 статьи 185 УПК, следует учитывать, что передача сообщения о преступлении по подследственности или подсудности допускается только в случаях предусмотренных статьей 188 УПК. В этой связи решение о направлении сообщения о преступлении по подследственности или подсудности по другим основаниям подлежит признанию незаконным.

В последнее время часто поступают жалобы на постановления правоохранительных органов о возбуждении уголовного дела. При рассмотрении этой категории жалоб необходимо проверить имеются ли повод и основания, предусмотренные статьей 177 УПК РК, является ли наличие данных, указывающих на признаки преступления, достаточным для возбуждения уголовного дела, нет ли обстоятельств, указанных, в статье 37 УПК, исключающих производство по делу. Наряду с этим, суду следует убедиться в том, что при принятии решения о возбуждении уголовного дела соблюден предусмотренный процессуальным законом порядок предусмотренный статьями 33-35 и глава 53 УПК, а также соответствует ли постановление о возбуждении уголовного дела по форме и содержанию требованиям, указанным в части 2 статьи 186 УПК. При соблюдении органом уголовного преследования вышеуказанных требований не может влечь признание постановления о возбуждении уголовного дела незаконным по причине несообщения лицу, по отношению которого возбуждено уголовное дело о принятом решении либо непризнания лица потерпевшим, гражданским истцом, ли неразъяснение указанным лицам их процессуальных прав и обязанностей.

Судебная практика показывает, что в основном судьями соблюдаются требования закона при рассмотрении данной категории жалоб. Вопросы об удовлетворении либо отказа в удовлетворении жалобы ясны, однако следует напомнить о требованиях закона, что в постановлении об удовлетворении жалобы с возложением на соответствующего прокурора обязанности устранить допущенные нарушения прав и законных интересов гражданина, организации должно быть четко указано, какие нарушения необходимо устранить, а также при необходимости должно быть указано, какие в этих целях действия и в какой срок должен совершить прокурор. Об исполнении этих постановлений орган и должностное лицо, чьи

действия обжалованы должны известить суд вынесший постановление с указанием конкретно, какие меры или какие действия были совершены в целях устранения нарушений прав и законных интересов заявителей. При этом руководители, должностные лица правоохранительных органов могут быть привлечены к ответственности, предусмотренной законом за неуважение к суду или злостное неисполнение судебного акта.

Не урегулированным остается вопрос о приостановлении обжалованного действия (решения), хотя нет запрета на принятие такого решения судьей, только необходимо выносить при этом мотивированное постановление о необходимости приостановления действия (решения) правоохранительного органа до разрешения по существу жалобы судом.

Кроме того, изучением практики судов установлено, что судьи при рассмотрении жалоб о нарушении при производстве по уголовным делам прав и законных интересов граждан и организации выносят частные постановления, руководствуясь при этом статьей 387 УПК РК, забывая при этом, что полномочия суда на этой стадии процесса закреплены в статье 59 УПК РК, согласно части 4 которой при выявлении обстоятельств, способствовавших нарушения прав, и свобод гражданина, а также другие нарушения закона, допущенные в ходе дознания, предварительного следствия суд выносит частное постановление, указывая на нарушения закона, требующие принятия необходимых мер.

Если вернуться к рассматриваемой статье УПК, то в соответствии с частью 8 статьи 109 УПК РК судья по результатам рассмотрения жалобы выносит одно из следующих постановлений: об отмене признанного незаконным процессуального решения; о признании действия (бездействия) соответствующего должностного лица незаконным и необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение, о возложении на прокурора обязанности устранить допущенное нарушение прав и законных интересов гражданина и организации и об оставлении жалобы без рассмотрения.

Однако, как при принятии жалобы к производству, так и в его процессе могут быть выявлены обстоятельства, препятствующие ее рассмотрению судом по существу. Такими обстоятельствами могут стать несоблюдение заявителем пределов обжалования в порядке статьи 109 УПК, наличие имеющегося уже судебного решения, разрешившего данный процессуальный конфликт, нарушение территориальности, невозможность установления их содержания жалобы «необходимого минимума реквизитов», и так далее, что требует соответствующей реакции суда. Однако суд, согласно части 8 статьи 109 УПК может принимать только четыре указанных выше решения. Этот перечень не является открытым, он исчерпывающий и не предполагает возможности принятия каких-либо еще процедурных решений. Предлагаем устранить эту проблему путем расширения перечня принимаемых судом решений в рамках судебного контроля за счет постановлений об оставлении жалобы без движения, о передаче жалобы по подсудности, об отказе в приеме жалобы, о возвращении жалобы, о прекращении производства по жалобе, о приеме жалобы к производству. Рассмотрение жалобы, соответствующей всем предметно-формальным требованиям, производить в рамках судебного заседания. Отмеченный пробел в законе предлагаем восполнить путем внесения изменения в действующую норму закона, а именно в статью 109 УПК РК, либо в целях ускорения решения вопроса рассмотреть вопрос о вынесении Нормативного постановления о рассмотрении судами жалоб в досудебной стадии уголовного процесса.

Пределы судебно-контрольной формы деятельности можно определить исходя из следующих процессуальных параметров: предмет обжалования, то есть круг действий и решений органов предварительного расследования, который подлежит обжалованию, субъектный состав, то есть круг лиц, которые обладают правом обжалования и временные рамки контроля процесса.

Процессуальной особенностью действий стороны обвинения, как предмета жалобы в порядке статьи 109 УПК РК является очень большое разнообразие, объем и вариативность действий и связанных с ним нарушений, что влечет принципиальную невозможность определения какого-либо их общего перечня, а значит выделение и закрепление в законе обжалуемых в суд действий правоохранительных органов на предварительном следствии не представляется возможным. Другие же способы обозначения действий подлежащих обжалованию или не подлежащих обжалованию крайне субъективны и неэффективны, тем более в отношении действий органов прокуратуры, дознания и следствия. В такой ситуации при определении контрольной функции суда в этой части наиболее правильным решением будет принять сторону процессуалистов, выступающих за «беспробельность» судебного контроля, что в конечном итоге означало бы для суда возможность рассматривать жалобы на любое действие (бездействие), нарушающее по мнению участника уголовного процесса его законные права и интересы. Предложенная модель позволит избежать казуальности уголовно-процессуальных норм, споров при определении действий, подлежащих судебному обжалованию, следовательно расхождения судебной практики при решении этого вопроса, а также устранил ряд других проблем при определении контрольной компетенции суда. На сегодняшний день предмет статьи 109 УПК РК достаточно широк, так как кроме перечня действий (бездействия) правоохранительных органов, обжалуемых в суд, указанных в части 1 указанной нормы обжалуются совершение иных действий (бездействия) и принятия решений, если отложение проверки законности таких действий (бездействия) и решений до стадии судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав и свобод человека и гражданина затруднительным или невозможным.

Что же касается субъектного состава, то его можно считать также достаточно широким и определенным, так как кроме граждан- участников уголовного процесса, субъектами данной нормы закона могут быть все лица, чьи интересы затронуты, также и юридические лица.

Временную рамку контроля уголовного процесса также считаем установленной и определенной, так как этот контроль берет начало с момента передачи в правоохранительный орган сообщения о готовящемся либо совершенном преступлении и заканчивается рассмотрением частного протеста либо жалобы судьей апелляционной инстанции областного суда, чье решение окончательное и обжалованию не подлежит.

**28 октября 2011 г.**

### **Актуальные вопросы совершенствования УПК РК с учетом правоприменительной практики адвокатов<sup>108</sup>**

Законом установлены основные процессуальные полномочия адвоката как защитника в статье 74 УПК РК, а также в отдельных статьях Уголовно-процессуального кодекса. Ст.125 УПК РК: «Защитник, представитель потерпевшего, допущенные в установленном настоящим Кодексом порядке к участию в уголовном деле, вправе получать сведения, необходимые для осуществления защиты, путем:

1) истребования справок, характеристик, иных документов от организаций.

Справки, характеристики и иные документы могут быть истребованы защитником, представителем потерпевшего от государственных органов, общественных объединений, а также иных организаций. Указанные юридические лица обязаны представить защитнику, представителю потерпевшего запрошенные ими документы или их заверенные копии в течение десяти суток;

2) инициирования на договорной основе производства судебной экспертизы в соответствии с частями четвертой - шестой статьи 242 настоящего Кодекса;

3) привлечения на договорной основе специалиста;

4) опроса с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу».

Сведения, полученные в ходе опроса, могут быть использованы в качестве доказательств после допроса лица органом, ведущим уголовный процесс, проведенного в порядке, установленном настоящим Кодексом. При невозможности допроса ранее опрошенного лица указанные сведения могут быть использованы в качестве доказательств непосредственно, при этом подлинность подписи ранее опрошенного лица должна быть удостоверена в установленном законом порядке.

Так и не определен процессуальный порядок сбора и представления органу ведущему уголовный процесс, предметов подпадающих под признаки вещественных доказательств, порядок сбора доказательств стороной защиты и их процессуальное оформление (протокол опроса по аналогу РФ). Если обратиться к практике реализации вышеуказанного положения, то можно обнаружить, что единственный существенный характер носит лишь право адвоката опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией по уголовному делу. Однако и эта норма фактически является мертвой, ни к чему не обязывающей, так как полученные адвокатом сведения не могут быть использованы просто в качестве доказательств.

Закон не дает понятие того, что из себя представляет опрос адвокатом лиц и каким образом он должен производиться. Однако из названия указанного процессуального действия следует, что опрос представляет собой работу адвоката по выяснению обстоятельств дела у лиц, осведомленных о нем или являющихся непосредственными очевидцами произошедшего, а также работу по разрешению спорных вопросов по делу. Таким образом, адвокат вправе опрашивать лиц как с помощью средств фиксации опроса, так и не записывая их показания ни на какой носитель информации. Адвокат вправе опросить лиц об обстоятельствах дела и самостоятельно принять решение о том, фиксировать ли ответы лица, данные в ходе опроса документально или нет. Практически это означает проведение адвокатом параллельного расследования

<sup>108</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

Таким образом, полномочия защитника остаются ограниченными, что не позволяют ему выступать в роли активной и равноправной стороны в процессе доказывания, в свою очередь сторона обвинения имеет огромные преимущества и возможности. Фактически заложенный в законодательстве принцип равноправия и состязательности остается под большим вопросом, что несомненно требует своего разрешения. Считаю, что в УПК должна быть предусмотрена процессуальная форма фиксации этого процессуального действия и разработан бланк соответствующего процессуального документа. Но форма фиксации хода и результатов этого процессуального действия в УПК не предусмотрена, а бланк такового в приложениях к УПК отсутствует. Полагаю, что опрос лиц с их согласия, производимый адвокатом - аналог следственного допроса.

В настоящее время основные пути решения указанной проблемы возможны при наличии следующих условий: следует расширить полномочия защитника ввести понятие адвокатское расследование, дать защите возможность вести собственное «параллельное расследование» с оформлением юридически значимых результатов, под которым можно понимать действия, проводимые защитником по выявлению оправдывающих или смягчающих ответственность обстоятельств с изложением своих выводов в оправдательном заключении или в заключении о смягчении ответственности обвиняемого». Такое «заключение» и другие представленные адвокатом документы должны направляться в суд вместе с уголовным делом и обвинительным заключением, составляемым следователем.

Также, полагаю, существенной будет являться проблема использования в качестве доказательства по делу заключения специалиста, полученное защитником. Заключение специалиста - представленное в письменном виде суждение по вопросам, поставленным перед специалистом сторонами. В соответствии с этим законодательным определением никаких препятствий по производству исследования специалистом по инициативе защитника нет. Но проблемы заключаются в отсутствии должного законодательного регламентирования как документа, на основании которого специалист будет проводить исследование, так и самого заключения специалиста как источника доказательства. В ст. 242 УПК РК указано что экспертиза может быть назначена в том случае если будут представлены вопросы следователю по которым должно быть дано экспертное заключение. А почему бы не предоставить адвокату право обратиться к эксперту самостоятельно и считать полученное заключение доказательством тем самым будет соблюден принцип равенства сторон. Таким образом, несмотря на законодательное закрепление права защитника участвовать в собирании доказательств, отсутствие механизма его осуществления не позволяет в полной мере реализовать такие конституционные принципы, как состязательность и право обвиняемого на защиту.

Что касается прав адвоката закрепленных в законе. Доступ адвоката в административные здания государственных органов, судов, прокуратуры, органов дознания и предварительного следствия осуществляется в порядке, установленном этими органами и судами, по предъявлении им удостоверения адвоката. Однако, согласно ст. 17 Закона об адвокатской деятельности «Адвокатское делопроизводство и иные связанные с ним материалы и документы адвоката и имущество не подлежат досмотру, осмотру, выемке, изъятию и проверке, кроме случаев, прямо предусмотренных законодательными актами». Однако на практике это положение нарушается сплошь и рядом. Происходят незаконные досмотры и обыски адвокатов в следственных изоляторах и при входе в помещения органов следствия и дознания.

Полагаю что следует убрать ограничения по проходу адвоката во все административные здания при предъявлении удостоверения. Установленное Законом условие соблюдения установленного порядка позволяет администрации соответствующих органов ограничивать прохождение в здания ( фин.пол - сдавать телефоны и сумки, ГОВД - досмотр сумок).

Цель уголовного судопроизводства - установление всех обстоятельств по делу полно и объективно. Цель достигнута лишь тогда, когда с этим согласны или вынуждены согласиться стороны - как обвинения, так и защиты. Это возможно лишь в том случае, если стороны обладают равными возможностями достижения этой цели, если они состязаются на равных. Состязание на равных и есть реализация одного из принципов процесса — принципа состязательности, который в нашем судопроизводстве декларируется особенно на досудебных стадиях уголовного процесса, но еще далек от полного и действительного воплощения во всем уголовном судопроизводстве. Причин тому много: это и не полная обеспеченность его реализации в правовом отношении, это и приверженность старым взглядам на роли обвинителя и защитника.

Именно поэтому адвокаты озабочены в первую очередь поисками упущений, пробелов, ошибок следствия, доказательств того, что следствие проведено не объективно, не полно. Их цель, показать несостоятельность обвинения и добиться в лучшем случае оправдательного приговора, а в худшем - направления дела на дополнительное расследование а каком равенстве можно говорить если как сказано выше мы не самостоятельно собираем доказательства а вынуждены искать ошибки. И зачастую приходится слышать что адвокаты переворачивают дело с ног на голову, но ведь мы и не обязаны способствовать утверждению обстоятельств, на которых настаивает обвинение, мы используем все средства и способы защиты для того, чтобы доказать, что обвинение несостоятельно и неправомерно. Уголовное дело, изобилующее следственными ошибками, упущениями, проблемами в системе доказательств - «больное», нежизнеспособное дело, оно не должно иметь жизненной перспективы.

Принятие изменений в УПК РК несомненно необходимо, однако не всеми пунктами предложенной на обсуждение концепцией проекта УПК РК, можно согласиться.

1. Полагаю, что исключение стадии доследственной проверки приведет только к увеличению необоснованных заявлений по которым без всяких оснований будут возбуждаться уголовные дела. Конечно можно предположить, что в последующем данные дела будут прекращены по реабилитирующим основаниям, однако факт привлечения к уголовной ответственности будет отражен в стат.данных.

2. Передача функции предъявления обвинения прокуратуре приведет к нежелательному усилению, в концепции не отражена возможность обжалования, если останется форма обжалования в прокуратуру, то это по меньшей мере не логично.

3. Введение в УПК термина «разумные сроки» непонятно и не целесообразно, кто и как будет определять эту разумность фактически уг.дело одной и той же категории можно будет расследовать как за 1 день так и за 30.

4. Считаю очень положительным предложение о проведении, следственных действий затрагивающих конституционные права граждан, исключительно с санкции прокурора

5. Что касается вопроса исключения из УПК РК института направления дела на дополнительное расследование полагаю в настоящее время исключение данного института преждевременно по следующим основаниям, не секрет что в настоящее время количество оправдательных приговоров по сравнению с обвинительными фактически ничтожна, и о чем свидетельствует статистика. Положительно на количество оправдательных приговоров повлияло только введение суда с участием присяжных заседателей

По словам Председателя Верховного Суда за 6 месяцев текущего года рассмотрено 183 уголовных дела с участием присяжных заседателей, и, как показывает практика, в сравнении с прошлым годом резко возросло их количество. По этим делам осуждены 248 человек, 39 – оправданы. В Казахстане наблюдается положительная тенденция роста

оправдательных приговоров по уголовным делам. По данным ВС, в 2009 году на 75 лиц, проходящих по уголовным делам, оправдано больше (в 2008 году - 538, в 2009 году - 613). «Процент оправдания составляет 1,5%, в 2008 году - 1,4%, а в 2007 году - 1,2%. То есть наблюдается тенденция роста оправдательных приговоров».

6. Сокращение количества следственных действий, проводимых с участием понятых, может привести к нарушению прав лиц участвующих в уголовном процессе.

7. Введение в уголовный процесс понятия «процессуальное соглашение» в настоящий момент преждевременно так как исходя из практики англосаксонской системы права где наиболее ярко выражена состязательность в процессе и равноправие по сбору предоставлению доказательств именно при фактическом равенстве сторон в процессе и может идти речь о заключении соглашения. Для этого как уже говорилось выше необходимо усилить роль адвокатуры, а также необходимо четко разработать возможность применения таких процедур, в концепции не указано ни категории дел ни сторона от которой должно происходить инициатива такого соглашения. И не будут ли нарушаться такой сделкой права других участников процесса.

8. Крайне непонятно определение «усиление координирующей роли прокуратуры», что именно это означает, что усиливать и между кем и кем проводится координация. Если усиливается роль прокуратуры (обвинения), как же тогда быть с основополагающим принципа равенства сторон в процессе, авторы Концепции не привели ни одного довода или предложения для усиления роли адвокатуры. Прежде всего считаю что необходимо разработать механизм осуществления прав уже имеющихся в УПК РК.

Что касается предложения о том, что отсутствие обжалования актов суда первой инстанции в апелляционной и кассационной инстанции – будет препятствием для дальнейшего обращения в Верховный суд с ходатайством о пересмотре актов в порядке судебного надзора. Данная норма будет прямо ущемлять права лиц участвующих в процессе. Если провести аналогию с введением суда присяжных, когда изначально ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей представлялось только при ознакомлении с материалами уг.дела при завершении предварительного следствия, позднее данная норма была расширена и дает право заявить такое ходатайство на предварительном слушании.

Согласен с расширением категорий дел рассматриваемых судом с участием присяжных заседателей. Наряду с предлагаемой нормой следовало бы внести изменение в процедуру формирования коллеги присяжных и предоставить право сторонам самостоятельно задавать вопросы при отборе кандидатам, а не через председательствующего. Также следует наконец-то предоставить присяжным право самостоятельно выносить вердикт, а не с участием профессионального судьи, что неоднократно уже вызывало недоумения, судья сам формулирует вопрос, а затем сам же на него отвечает.

Необходимо внести изменения в УПК РК и обязать следователя и прокурора поддерживающего ходатайство о применении меры пресечения представить доказательства наличия оснований для избрания меры пресечения, согласно ст. 139 141 УПК РК, на которые ссылаются (к примеру, подтвердить наличие возможности скрыться).

Таким образом предложенная Концепция изменений в УПК РК содержит в себе как положительные моменты так и ряд недостатков и принятие в таком виде может крайне отрицательно сказаться на качестве отправления правосудия.

**28 октября 2011 г.**

## **Судебно-правовые механизмы защиты прав человека в уголовном судопроизводстве: проблемы и перспективы<sup>109</sup>**

Конституция Республики Казахстан провозглашает, что наше государство является правовым и светским, что наивысшей ценностью в государстве является человек, его жизнь, права и свободы.

Провозглашая верховенство права, Конституция РК признает ее действие на всей территории страны, а также соответствующих ей законов и ратифицированных международных договоров.

При этом высшая юридическая сила принадлежит Конституции, которая имеет прямое действие на всей территории страны, а международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

Наделяя человека правами и свободами с рождения, Конституция РК закрепляет важное положение о том, что они признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов.

Конституция, предусматривая механизмы защиты прав и свобод человека, в этом вопросе исходит из того, что человечеством не придуман более эффективный способ защиты прав и свобод прав людей, чем судебный.

Международный Пакт о гражданских и политических правах, ратифицированный Республикой Казахстан, содержит ряд норм, направленных на установление каждым государством гарантий права каждого человека на судебную защиту.

Так, в пунктах а), b), с) пункта 3 статьи 2 Пакта содержатся положения, обязывающие каждое государство, участвующее в Пакте, следовательно, и Республику Казахстан, ратифицировавшую Пакт, обеспечить любому лицу эффективное средство правовой защиты компетентным судебным органом.

В ряде других норм международного Пакта закреплено также право человека в ряде случаев иметь доступ к правосудию. В частности, в Пакте предусмотрено:

- приговоренный к смертной казни имеет право просить о смягчении наказания;
- право каждого на судебное обжалование примененного к нему ареста и судебное рассмотрение его жалобы в разумные для данного случая сроки;
- право каждого, кто был незаконно подвергнут аресту или иным образом незаконно лишен свободы, на получение компенсации;
- равенство каждого перед судом,
- право каждого на справедливое, публичное разбирательство его дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона и др.

---

<sup>109</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

Таким образом, нормами Конституции Республики Казахстан и международным Пактом, ратифицированным Республикой Казахстан, predeterminedено основное содержание и направленность принимаемых и действующих в стране законов, призванных обеспечивать механизмы и гарантии осуществления каждым человеком права на доступ к правосудию.

Применительно к теме сегодняшнего заседания круглого стола, посвященной защите прав человека на досудебных стадиях уголовного процесса, представляется возможным проанализировать нормы УПК, касающиеся гарантий права на судебную защиту, определить, насколько эти нормы соответствуют Конституции РК, международному Пакту и всегда ли они создают реальную возможность доступа каждого к правосудию.

Рассмотрение принципов уголовного процесса, уяснение их сущности и их правового и практического значения позволяет прийти к выводу о том, что уголовное судопроизводство основано на гарантиях прав и свобод человека и гражданина. Достаточно для этого обратить внимание на некоторые принципы, устанавливающие ведение судопроизводства по уголовному делу: принцип законности, презумпция невиновности, обеспечение состязательности и равноправия сторон, обеспечение права каждому на защиту, получение квалифицированной юридической помощи, соблюдение принципа осуществления правосудия только судом, равенство каждого перед законом и судом, утверждение принципа независимости и беспристрастности судьи, т.д.

Но наряду с этим следует обратить внимание и на то, как определены задачи уголовного судопроизводства в статье 8 УПК. **На первое место выдвигаются быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших, справедливое судебное разбирательство и правильное применение уголовного закона.** И только после этой основной задачи к другим задачам, касающимся прав и свобод лиц, в отношении которых осуществляется уголовное преследование, отнесены обеспечение защиты от необоснованного обвинения и осуждения, от незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина, а в случае незаконного обвинения и осуждения – незамедлительная и полная реабилитация.

#### **1) О праве на судебную защиту.**

В статье 13 Конституции РК указано, что «каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод». Особенно важно, что данное право согласно пункту 3 статьи 39 Конституции РК не подлежит ограничению ни в каких случаях. Эта конституционная норма predeterminedляет невозможность принятия законов и иных нормативных правовых актов, в той или иной мере ограничивающих право человека на доступ к правосудию.

***Аналогичное конституционному праву на судебную защиту в ходе уголовного судопроизводства содержится в статье 12 УПК, дополненное запретом на изменение подсудности, предусмотренной законом, без согласия человека. Также особо подчеркнуто право потерпевшего на доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба.***

Право на доступ к правосудию означает возможность каждого на обращение в суд по поводу рассмотрения вопросов гражданско-правового характера и доступ к судебным инстанциям по вопросам, касающимся любых прав и свобод человека в ходе уголовного судопроизводства.

**Применительно к уголовному процессу** доступ к правосудию обеспечивается тем, что нормы уголовно-процессуального закона предписывают незамедлительно принимать сообщения и заявления о совершенном или готовящемся преступлении и принимать предусмотренные законом соответствующие меры. Уголовное преследование приведет к судебному разбирательству, в ходе которого пострадавшее от преступления лицо может восстановить свои нарушенные преступлением права, получить компенсацию за причиненный преступлением вред. Отказ в принятии такого заявления, а также отказ в

возбуждении уголовного дела заинтересованными лицами в соответствии со ст. 109 УПК может быть обжалован в суд.

Лицо, в отношении которого возбуждено уголовное дело, может также воспользоваться своим правом на судебную защиту и обжаловать постановление о возбуждении уголовного дела в суд.

Следует отметить, что досудебное производство в упрощенном порядке, предусмотренное главой 23-1 УПК, а также предлагаемые в Концепции нового УПК новеллы о возможности осуществления сбора материалов о событии преступления, причастности к его совершению конкретного лица без возбуждения уголовного дела исключает стадию возбуждения уголовного дела и тем самым лишает человека права обжаловать эти действия в судебном порядке.

***В этой связи представляется, что в новом УПК необходимо предусмотреть положение об уведомлении лица о том, что в отношении него начато совершение действий органов уголовного преследования по установлению фактических обстоятельств совершения им преступления, чтобы он имел возможность обжалования их в суд.***

## **2) О праве на признание правосубъектности человека.**

Это право гарантировано статьей 13 Конституции РК. Каждый, кого касается судопроизводство по делу, должен быть признан соответствующим участником процесса, лишь только после этого он приобретает соответствующие права и обязанности, предусмотренные законом. Нормы уголовно-процессуального закона предписывают органам, ведущим уголовный процесс, своевременно принимать процессуальные решения, облекать их в соответствующую процессуальную форму, на основании которых соответствующие лица возводятся в статус подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего или другого участника процесса, либо исключаются из числа таковых. При этом в качестве гарантии правосубъектности лиц, не признанных участниками процесса, статья 113 УПК предусматривает возможность судебного обжалования такого решения, этим самым им гарантирован доступ к правосудию еще на стадии предварительного расследования дела.

***При отказе от стадии возбуждения уголовного дела лица могут определенное время не получить соответствующий статус, а это, в свою очередь, может привести к тому, что они, не являясь ни подозреваемым, ни обвиняемым, ни потерпевшим, не смогут воспользоваться предусмотренными для их статуса правами.***

## **3) О равенстве всех перед законом и судом.**

Это конституционное положение о равенстве прав получило закрепление в уголовно-процессуальном законе, ***однако в несколько измененном виде.***

Дискриминация по любым основаниям запрещена статьей 14 УПК, которая провозглашает равенство каждого перед законом и судом.

Но, если в Конституции указано о равенстве всех перед законом и судом безотносительно к чему либо, к конкретной ситуации, то в УПК (ст. 21) принцип равенства всех перед законом и судом относится только к осуществлению правосудия. Выходит, что в стадии досудебного производства по уголовному делу, которое правосудием не является, принцип равенства не действует. И это наблюдается в реальности: например, сторона обвинения обладает более широкими полномочиями по сбору доказательств и приобщению их к делу, нежели сторона защиты. К тому же, способы установления фактических данных, сбора доказательств и облечение их в соответствующую процессуальную форму для органа, ведущего уголовный процесс в стадии предварительного расследования дела регламентированы законом. Что же касается стороны защиты, то о порядке и способах получения ею доказательств, их

процессуального оформления и, главное, введению в дело в законе не указывается. В этой связи усилия стороны защиты (и так не всегда очень-то активные) по этому вопросу наталкиваются на дискреционные полномочия органа уголовного преследования. В итоге добытые стороной защиты сведения, материалы зачастую в дело не попадают и, естественно, не исследуются и в внимание не принимаются.

***Ну и наличие в законе привилегий и иммунитетов уголовного преследования некоторых категорий лиц перечеркивает принцип равенства всех перед законом и судом.***

#### **4) О праве каждого быть выслушанным в суде.**

Это право вытекает из п.п. d) пункта 3 статьи 14 МПГПП, который закрепляет положение о том, что каждый имеет право быть судимым в его присутствии.

В Конституции РК это право интерпретируется через закрепление права каждого быть выслушанным в суде (пп.4) пункта 3 статьи 77).

Анализ норм УПК показывает, что данное право гарантировано не во всех случаях. Так, если в ст. 315 УПК прямо указано, что главное судебное разбирательство должно происходить при обязательном участии подсудимого, допуская только в двух случаях возможность разбирательства дела в его отсутствие, связанных с личным нежеланием самого подсудимого воспользоваться этим правом, то в других судебных инстанциях это право законом гарантировано не каждому. Например, в апелляционной инстанции обязательное участие осужденного отдано на усмотрение этого суда, за исключением двух случаев обязательного участия осужденного: при исследовании новых доказательств и рассмотрении жалоб, протестов, направленных на ухудшение положения осужденного (ч. 2 ст. 408 УПК). Аналогичное положение об участии осужденного и в кассационной инстанции закреплено в ч. 2 ст. 446-5 УПК.

Соблюсти право каждого на рассмотрение дела с его участием в указанных инстанциях позволяет наличие научно-технических средств, обеспечивающих дистанционное участие лиц в рассмотрении дела.

При рассмотрении дела надзорной инстанцией, в том числе по протесту прокурора или жалобе потерпевшего, направленных на ухудшение положения осужденного, закон не предусматривает обязательное участие самого осужденного (даже дистанционное). В ст. 467-1 УПК в таких случаях предусматривается только обязательное участие адвоката.

В стадии исполнения наказания при рассмотрении вопросов, связанных с исполнением приговора, не во всех случаях гарантировано участие самого осужденного. Законом не предусмотрено и обеспечение права осужденного обязательным участием в этих стадиях процесса его адвоката. При всем этом участие стороны обвинения в лице государственного обвинителя во всех судебных инстанциях законом признается обязательным.

В итоге суды вправе в ряде случаев без участия осужденного и в отсутствие его защитника рассматривать дело и принимать решение не в пользу осужденного. Такое положение закона не только не гарантирует право доступа к правосудию человека в разных инстанциях, но и устанавливает неравенство положения стороны защиты и стороны обвинения, причем, последняя находится в более привилегированном положении.

**Что касается права быть выслушанным в суде потерпевшего** (согласно Конституции РК такое право принадлежит каждому безотносительно его процессуального положения по делу), то каких-либо четких гарантий в УПК по этому вопросу не имеется. Указывается, что потерпевший извещается о времени и месте рассмотрения дела в соответствующей инстанции, но его неявка не препятствует рассмотрению дела. Сравним: неявка прокурора всегда исключает рассмотрение дела без его участия, а неявка потерпевшего, осужденного,

не находящегося под стражей, его защитника таких последствий в обязательном порядке не предусматривает.

А все - пресловутые сроки, нагрузка, требование к оперативному рассмотрению дел без отложения судебных заседаний и т.п. и отсутствие специализированных судей, которые могли бы осуществлять судебный контроль на досудебных стадиях уголовного процесса и за исполнением приговоров.

Применительно к данному вопросу можно привести постановление Конституционного Суда Российской Федерации, принятое еще 10 декабря 1998 года<sup>110</sup> и 14 февраля 2000 года<sup>111</sup> в отношении участия защитника при рассмотрении уголовных дел в кассационном и надзорном порядке, который признал необходимым обеспечивать участие осужденного, содержащегося под стражей, в рассмотрении дела в апелляционной и надзорной инстанциях, если он об этом заявляет, независимо ни от характера дела, доводов жалоб, ни от участия в деле адвоката.

Конституционный Суд РФ в своем постановлении указал: «Принципы состязательности и равноправия сторон распространяются на все стадии уголовного судопроизводства. Это означает, что на разных стадиях уголовного процесса, в том числе в надзорной инстанции, прокурор и обвиняемый (осужденный, оправданный) должны обладать соответственно равными процессуальными правами.»

***Надо бы в новом УПК придерживаться указанной точки зрения, а также отказаться от жесткого регламентирования сроков рассмотрения дел в судах, заменить термином «разумный срок», как это давно уже делается во многих странах мира. Почему-то в этих странах доверяют своим судьям определять самим разумный срок, а у нас вечный страх по поводу того, что судьи без жесткой лимитации срока будут непременно волокитить рассмотрение дел.***

***Введение специализированных судей по судебному контролю за соблюдением прав и свобод на досудебных стадиях уголовного процесса и за исполнением судебных актов давно уже назрело.***

##### **5) О праве на неприкосновенность личности.**

В статье 9 МПГПП предусмотрены следующие гарантии неприкосновенности личности:

1. Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей. Никто не должен быть лишен свободы иначе, как на таких основаниях и в соответствии с такой процедурой, которые установлены законом.

2. Каждому арестованному сообщаются при аресте причины его ареста и в срочном порядке сообщается любое предъявленное ему обвинение.

3. Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. ***Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора.***

<sup>110</sup> Постановление Конституционного суда РФ по делу о проверке конституционности ч. 2 ст. 335 УПК РСФСР. //Собрание законодательства РФ 1998. № 51.с. 6341

<sup>111</sup> Постановление Конституционного суда РФ по делу о проверке конституционности ч. 3, 4 и 5 ст. 377 УПК РСФСР. //Собрание законодательства РФ 2000. № 8.с. 991

Изменения, внесенные в статью 16 Конституции РК, допускающую возможность ограничения права на личную свободу теперь только по постановлению суда, укрепляет гарантии права человека и гражданина на свободу, также обеспечивает доступ к правосудию лица, в отношении которого только еще предполагается установить ограничения этого права, что, несомненно, более важно для человека, который посредством доступа к правосудию на данной стадии уголовного процесса может получить судебную защиту своего конституционного права на свободу, не будучи еще арестованным.

Но сравним, насколько в МПГПП, Конституции РК и УПК совпадают основания для ограничения права на личную свободу и неприкосновенность. В МПГПП арестованное или задержанное лицо имеет право на рассмотрение его дела в разумный срок или же на освобождение из-под стражи, т.к. содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом.

Законодательство РК не предусматривает оперативного рассмотрения дела в отношении арестованных или задержанных, наоборот, в угоду нерасторопности органов уголовного преследования (иначе не назовешь) в статье 153 УПК предусматривается содержание лиц под стражей до суда в течение 2, 3, 6, 9, 12 месяцев.

МПГПП допускает освобождение лица из-под стражи до суда и ставит решение этого вопроса в зависимость от представления гарантий явки его на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора.

В УПК основания применения ареста в качестве меры пресечения расширены: тут и отсутствие постоянного места жительства, и пресечение преступной деятельности, и сама по себе тяжесть обвинения, предъявляемого лицу, и много других оснований.

Попытки сузить основания применения ареста не приводят к значимым позитивным результатам. А все потому, что не повсеместно могут применяться электронные средства слежения, у суда нет возможности незамедлительно рассмотреть дело в отношении арестованных лиц ввиду большого объема работы и необходимости соблюдения процессуальных сроков, поэтому т. н. «арестантские» дела в судах рассматриваются по мере поступления в порядке очередности, т.к. для всех дел срок рассмотрения един и его необходимо одинаково соблюдать как по этим, так и по делам, по которым обвиняемые не под стражей.

Нарекания на практику судов по санкционированию меры пресечения в виде ареста, несмотря на устойчивую тенденцию сокращения числа арестованных лиц до суда, будут продолжаться, т.к. суды «загнаны» в такие процессуальные ограничения, которые не позволяют им безотлагательно, тщательно и объективно исследовать представленные органом уголовного дела материалы, оценить все основания и обстоятельства и взвешенно принять решение. Ведь судьям предписывается при рассмотрении ходатайств о санкционировании ареста ограничиваться исследованием обстоятельств, учитываемых при избрании данной меры пресечения (ч.7 ст. 150 УПК).

И все потому, что ввиду отсутствия специализированного судьи этот же судья попозже будет рассматривать дело по существу и решать вопрос о виновности и наказании ранее арестованного по его санкции лица.

Экономия на правосудии, как известно, не дает положительных результатов. Отложение вопроса о введении в структуру судов специализированных следственных судей по причине его финансовой затратности приводит нередко к необоснованному ограничению права людей на личную свободу. Надо бы Правительству РК на этот вопрос посмотреть с этой точки зрения.

## **6) О праве обжалования действий и решений**

На стадии предварительного расследования уголовных дел, или как принято выражаться, на досудебной стадии уголовного процесса, заинтересованным лицам предоставлено право на обращение в суд за защитой своих прав и свобод.

МППП, Конституция РК это право провозглашают и закрепляют, не обременяя никакими условиями. Что же касается уголовно-процессуального закона, то заметим, что в статье 109 УПК, согласно которой каждый вправе обратиться в суд с жалобой на нарушения закона при производстве процессуальных действий по уголовному делу, затрагивающих права и законные интересы граждан или организаций, это право ограничивается некоторыми условиями.

Прежде всего, дан перечень действий и решений, которые могут быть обжалованы лицами, прав и свобод которых они непосредственно касаются. Это нарушения закона:

- при отказе в приеме заявления о преступлении,
- при отказе в возбуждении уголовного дела,
- при приостановлении производства по делу,
- при прекращении производства по делу,
- при принудительном помещении в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской экспертизы,
- при производстве обыска и (или) выемки, наложения ареста на имущество,
- применении залога.

Когда же при совершении иных действий (бездействий) и решений, затрагивающих права и законные интересы граждан и организаций, были допущены нарушения закона, то заинтересованные лица могут их обжаловать в суд на досудебной стадии уголовного процесса лишь в том случае, «если отложение проверки законности таких действий (бездействий) и решений до стадии судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав и свобод человека и гражданина затруднительным или невозможным».

Право на судебную защиту в МППП и Конституции не ограничивается никакими сроками. Но в части 5 ст. 109 УПК право подачи жалобы в суд на нарушения закона может быть осуществлено лицом только в течение 15 суток с момента ознакомления с решением, нарушающим или незаконно ограничивающим его права. При этом продление данного срока законом не предусмотрено даже при наличии объективных уважительных причин. Получается, что если не успел человек в течение 15 суток подать жалобу в суд – нарушенное право не подлежит судебной защите. Так, конечно, не должно быть.

Особенно важно в связи с этим напомнить, что право на судебную защиту согласно статье 12 Конституции является абсолютным и неотчуждаемым правом, которое в соответствии с пунктом 3 статьи 39 Конституции РК ни при каких обстоятельствах не подлежит никакому ограничению. И именно это в соответствии с пунктом 2 статьи 12 Конституции должно определять содержание уголовно-процессуального закона и его применение. ***В новом УПК это следует учесть.***

## **7) О праве на получение квалифицированной юридической помощи.**

Права, как известно, не только должны провозглашаться, но и быть надлежаще обеспеченными. В этой связи необходимо закреплять в законе гарантии, которые должны действовать на всех стадиях уголовного процесса (ст. 15 УПК).

Далеко не каждый сможет самостоятельно обратиться за судебной защитой своего права в силу неграмотности, возраста, других причин. Поэтому одной из гарантий реализации права на доступ к правосудию является обеспечение лиц квалифицированной юридической помощью, что также гарантировано Конституцией и МППП.

В этом смысле сразу следует обратить внимание на то, что обеспечение права на получение квалифицированной юридической помощи осуществляется в основном с помощью адвокатуры, которая включает в свою систему территориальные коллегии адвокатов, юридические консультации, адвокатские конторы. Юридическую помощь населению оказывают и юристы, не состоящие в органах адвокатуры.

Численность специально подготовленных для оказания правовой помощи населению юристов хотя и увеличивается, но не соответствует темпам возникновения новых правоотношений, их активного и стремительного развития.

Недостаточная обеспеченность населения квалифицированными юридическими кадрами, которые бы специализировались в вопросах оказания юридической помощи, приводит к тому, что даже такой вид помощи, получаемый посредством реализации права иметь защитника в ходе осуществления судопроизводства, на разных стадиях уголовного процесса нормами УПК обеспечивается неодинаково: в ходе предварительного расследования дела и рассмотрения в судах первой инстанции оно обеспечивается более полно, нежели в судах апелляционной и надзорной инстанций и в стадии исполнения приговора.

***В этой связи представляется, что количество адвокатов в стране должно быть увеличено, причем, должны быть адвокаты, бесплатно для гражданина оказывающие помощь по назначению органа, ведущего уголовный процесс, но получающие за свой труд фиксированную плату за счет государства, максимально приближенную к среднему размеру гонорара.***

Заслуживает внимания еще одно положение закона, которое влияет на обеспечение права на доступ к правосудию, - на установленный уголовно-процессуальным законом перечень судебных актов, подлежащих пересмотру в порядке надзора и на основания их пересмотра.

Само по себе осуществление надзорного порядка пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, создает парадоксальную ситуацию: с одной стороны судебный акт вступает в законную силу, обладает силой преюдиции и подлежит неуклонному исполнению, с другой – он может быть пересмотрен.

Надзорное производство состоит в обращении заинтересованных лиц к прокурору или к судьям надзорной инстанции с просьбой представить им возможность осуществить свое право на пересмотр дела в порядке надзора (т.е. возбудить надзорное производство). Такой порядок приводит к тому, что сам осужденный фактически правом инициирования пересмотра дела в надзорном порядке не обладает. Пересмотр дела в порядке надзора зависит не от осужденного, а от воли прокурора, который может внести, а может и не внести протест в соответствующую надзорную инстанцию, или от усмотрения судей, осуществляющих предварительное рассмотрение надзорных жалоб, которые по своему усмотрению могут принять решение о наличии оснований к пересмотру дела в порядке надзора, либо решение об отсутствии таковых.

К тому же при наличии надзорных судебных инстанций в двух органах судебной системы (в областных и Верховном Суде) право доступа к инстанции Верховного Суда обеспечено не каждому. В результате для одних правосудие заканчивается на уровне областного суда, тогда как для других закон предоставляет право и реальную возможность оспорить вступивший в законную силу судебный акт еще и в надзорную инстанцию Верховного Суда, т.е. дважды.

Думается, что в связи с этим в законе заложено не только ограничение права на доступ к правосудию определенной категории лиц, что запрещает Конституция РК, но и присутствует элемент их дискриминации, основанной на различии их по тяжести совершенного преступления.

Сужение права на доступ к правосудию в надзорной судебной инстанции связано еще и с тем, что в статье 459 УПК указан ограниченный перечень оснований к пересмотру вступивших в законную силу судебных актов. В соответствии с этим, при явном нарушении уголовного или уголовно-процессуального законов, прав и свобод человека судебный акт не подлежит пересмотру, если это не повлекло указанных в законе последствий.

Конечно, такие ограничения приемлемы тогда, когда законность и справедливость правосудия реально обеспечена при рассмотрении дел в предшествующих судебных инстанциях, когда все нарушения закона исправляются до вступления судебных актов в законную силу. Если такое положение в реальности будет достигнуто, то тогда укрепится уверенность в том, что конституционные права и свободы человека надежно защищены при рассмотрении дел в судах первой и второй инстанций, тогда сама по себе отпадет и необходимость в пересмотре судебных актов после их вступления в законную силу. Но пока этого еще нет, и при существовании надзорного порядка пересмотра судебных актов, вступивших в законную силу, то доступ во все существующие судебные инстанции для устранения любого нарушения закона должен быть дозволителем каждому и по любому факту нарушения закона, в противном случае доступ к правосудию незаконно ограничивается.

В подавляющем большинстве европейских стран пересмотр судебных актов осуществляется в апелляционном порядке, где проверяются фактические обстоятельства дела, после чего возможен кассационный пересмотр по вопросам права.

Может быть, и в Казахстане нужно последовать этому примеру?

**10 ноября 2011 г.**

## **Рекомендации по реформированию уголовно-процессуального законодательства с учетом правоприменительной практики адвокатов<sup>112</sup>**

Ситуация, сложившаяся на сегодняшний день в правоприменительной практике по уголовным делам, подтверждает вывод о необходимости реформирования уголовно-процессуального закона. Следует признать, что в действительности мы продолжаем руководствоваться устаревшим УПК, который в действительности за годы реформ подвергся всего лишь косметической коррекции и сохранил многие атавизмы советского времени, в том числе и основную идею об исключительно репрессивном разрешении уголовно-правового конфликта. Такой неоправданно инквизиционный метод судопроизводства ведет лишь к ожесточению нравов и наполнению тюрем, но не способствует устранению социальных причин преступности и снижению ее роста.

Отрадно, что государственные органы Республики Казахстан с заслуживающим уважением рвением взялись за трансформацию процедуры уголовного процесса. Многие из предложенных в Концепции нового УПК (далее – Концепция) идей, например, такие как расширение судебного контроля, сокращение бюрократических рудиментов процесса, введение должности следственного судьи, отказ от возвращения дел из суда на дополнительное расследование вызывают безусловную поддержку.

Вместе с тем, как практикующий адвокат хотел бы заострить внимание на тех моментах, которые остались за кадром реформы, или рассматриваются ее авторами исключительно в следственно-прокурорском, ведомственном контексте, без учета необходимости соблюдения прав человека и стандартов справедливого уголовного процесса.

Похвально, желание разработчиков Концепции сократить сроки судопроизводства, ограничив их «разумными» рамками. Вместе с тем, непонятно, кто будет определять их разумность? Как и всякое оценочное понятие, этот термин в действительности может создавать условия для злоупотреблений, волокиты и в конечном итоге стать не решением проблемы, а самой ее сутью. Даже сейчас, казалось бы при существующих временных ограничениях сроков следствия, известны случаи, когда по делам, по которым не применялись меры пресечения, связанные с заключением обвиняемых под стражу, следствие длилось неоправданно длительные сроки.

По поводу упразднения так называемой доследственной проверки. Можно с удовольствием присоединиться к радостному хору тех, кто оправдывает ее отмену. Но эта проверка в настоящий момент является пусть не очень эффективной, не всегда адекватной, но гарантией от необоснованного нарушения конституционных прав и свобод граждан, интересов юридических лиц. Отмена проверки и предоставление возможности применять весь комплекс правоограничительных действий, создаст условия для ничем не контролируемого произвола со стороны органов уголовного преследования как в отношении граждан, так и субъектов финансово-хозяйственной деятельности. Существует опасение того, что после реформы одного лишь заявления об якобы совершенном преступлении будет достаточно для того, чтобы произвести обыск, задержание, прослушивание

---

<sup>112</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

переговоров, наложение ареста на имущество и т.д. Это может закончиться масштабной репрессивной экспансией в общество, чего разумеется нельзя допускать. Как быть с решением этой проблемы? Необходимо создать дополнительные механизмы защиты прав граждан от необоснованного ограничения. Например, предусмотреть судебное санкционирование всех действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, права собственности или личной свободы. Здесь мы подходим к другому узловому вопросу реформы – проблеме судебного контроля.

Авторы Концепции предлагают пока оставить судебное санкционирование следственных действий, ограничивающих конституционные права и свободы человека, в компетенции прокуратуры. Собственно сейчас так оно и есть и ничего нового в этом предложении, кроме опять высказанного желания сохранить старое, нет. Очевидно, что в этой части мы видим лишь псевдореформу, которая стала возможной благодаря тому, что разработчик концепции – Генеральная прокуратура пытается защищать свой ведомственный интерес и сохранить в этой части нынешние полномочия прокуроров. Хотя в таком важном деле как совершенствование уголовно-процессуального законодательства необходимо руководствоваться в первую очередь интересами граждан нашей страны, нуждающихся в дополнительной защите их конституционных прав и свобод.

В действительности давно обсуждаемая идея судебного контроля состоит в том, что во всех случаях, когда исполнительная власть в лице правоохранительных органов пытается ограничить 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 нарушением права собственности, неприкосновенности жилища, тайны переговоров и пр.

Многие адвокаты могут согласиться с тем, что существующая сейчас практика прокурорского санкционирования таких процессуальных действий далека от стандартов объективности и беспристрастности. Например, постановления органов дознания о прослушивании переговоров, выносимые в рамках оперативно-розыскной деятельности, которые мы защитники видим в материалах уголовных дел, как правило, весьма просты, лаконичны и незамысловаты. Это явно указывает на отсутствие необходимости по-настоящему обосновывать перед надзорным органом потребность в проведении такого рода мероприятий. Полагаем, что только судебное санкционирование этих действий может быть надлежащей гарантией соблюдения прав человека в уголовном процессе.

Кстати, не совсем понятно, в случае расширения перечня следственных действий за счет так называемых негласных, что произойдет с оперативно-розыскной деятельностью? Надеемся, что все действия, связанные с вторжением в сферу охраняемых Конституцией прав, будут процессуально унифицированы. В противном случае можно говорить о том, что инструментарий правоограничения просто неоправданно расширится и соблюдению прав личности будет угрожать серьезная опасность. Уповаем в этой части на здравомыслие разработчиков реформы.

По поводу идеи об отмене понятых полагаем необходимым сказать следующее. Понятно, что при некоторых следственных действиях, особенно осуществляемых с участием защитника, например, при предъявлении для опознания, от этого института можно отказаться. Но в Концепции говорится о «резком» сокращении, что не может не настораживать. Считаем, что быть «резкими» в этом вопросе не нужно. Скорее наоборот, стоит очень аккуратно подойти к рассмотрению этой проблемы и сохранить участие этих лиц при производстве обысков, осмотров, выемок и др. действий, нарушающих право на неприкосновенность личности, собственности и жилища.

Необходимо расширить права адвокатов в уголовном процессе. Просто возмущает тот факт, что этот вопрос в Концепции даже не упоминается! Профессиональные защитники до сих

пор продолжают быть пасынками отечественного правосудия. Адвокатура настаивает на введении в закон возможности альтернативного собирания доказательств стороной защиты посредством получения показаний от участников процесса, самостоятельного назначения экспертиз и проведения иных подобных действий. Необходимо более конкретно оговорить гарантии адвокатской деятельности в уголовном процессе, такие как свидетельский иммунитет и неприкосновенность служебных помещений, транспорта и жилища адвокатов, закрепить в законе недопустимость привлечения адвокатов в качестве лиц, сотрудничающих на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Давно пора урегулировать вопрос о свободном допуске адвокатов в здания судов и правоохранительных органов при осуществлении ими своих профессиональных обязанностей.

Полагаем необходимым не только расширение подсудности суда присяжных за счет тяжких преступлений, но и настаиваем на переходе к нормальной классической модели суда присяжных. Уверены, что наши граждане давно заслужили доверие и право на самостоятельное принятие решения в совещательной комнате без опеки со стороны профессиональных судей.

Мы надеемся на то, что задуманная нашим государством реформа не станет чем-то неполноценным и половинчатым. Очень важно, чтобы предпринимаемые в этом направлении шаги не закончились очередным распиливанием полномочий между ведомствами, а привели к созданию полноценной и эффективной модели уголовного судопроизводства. Давайте совместными усилиями создадим такой Уголовно-процессуальный кодекс, который позволит многим поколениям граждан нашей страны почувствовать себя под охраной закона и рассчитывать на скорое, честное и справедливое уголовное правосудие.

**10 ноября 2011 г.**

## **Современные тенденции в области уголовно-процессуального права с позиции усиления прав человека в европе**

Права человека не являются исключительной сферой в группе некоторых стран или регионов в мире. Они являются универсальным образцом и целью с Севера на Юг, с Запада на Восток. Это постоянные ежедневные усилия со стороны полицейских, прокуроров, судей и юристов с целью получения достоверности информации.

Тенденцией в Европе, расширенной прецедентным правом Суда по защите Прав Человека в Страсбурге, является обеспечение того, чтобы концепцией правосудия была прозрачность и беспристрастность. Правосудие становится все больше и больше «Хрустальным Дворцом Правосудия», то есть легкий общий ДОСТУП к правосудию и ПУБЛИЧНОСТЬ решений суда и статистики. Европа, наш континент, является тигелем между системами общего и гражданского права. Это часть нашего общего наследия. Одна система дополняет другую и наоборот (сделка между сторонами о признании подсудимым своей вины и нормы доказательственного права). Однако, рассматривая Билль о Правах, судебный приказ о доставлении в суд лица, содержащегося под стражей, для выяснения правомерности содержания его под стражей, из Великобритании и Декларацию о защите Прав Человека из Франции, имеет значение то, как права человека соблюдаются на месте, то есть в полицейских участках, судах и тюрьмах.

В обеих системах увеличилось понимание необходимости подвести баланс между правами на защиту и эффективностью расследований, чтобы привлечь преступника к судебной ответственности. Важная тенденция встречается в Европе в криминальных вопросах. Она связана со структурой расследований на этапе предварительного слушания дела.

Прокурор ведет расследование под наблюдением «судьи предварительного слушания дела», компетентного во всех интрузивных мерах таких как, обыск дома; определенных техниках расследования, то есть перехват расследований; прослушивание разговоров в местах частного пользования; или устройствах отслеживания. Конечно, одна из основных составляющих власти «судьи предварительного слушания дела» связана с мерами касательно свободы подозреваемых и обвиняемых. Только независимый судья может назначить меры, которые ограничивают свободу, например, арест с содержанием под стражей для продолжения расследования или домашний арест.

Важно, что в Европе, концепция «следственного судьи», то есть судьи, который ведет расследование, в настоящий момент сохраняется только в Бельгии, Испании и Франции. Швейцария совсем недавно отказалась от модели «следственного судьи». Заслуживает внимания тот факт, что во Франции идут дискуссии, следует ли отменять «следственного судью». Это действительно тонкий вопрос. Условием аннулирования «следственного судьи» во Франции является обеспечение того, чтобы прокурор, ведущий расследование под наблюдением «судьи расследования и свободы», был независим по отношению к исполнительной власти. Суд Страсбурга постановил, что прокуратура во Франции не является судебной властью. Эта новая структура прокуратуры будет возглавляться новым лицом таким как, «государственный прокурор». Механизм назначения «государственного прокурора» сложный, чтобы гарантировать его/ее независимость.

Дополнительной тенденцией является расширение власти «судьи предварительного слушания дела», который наблюдает за расследованием и принимает важные интрузивные меры. Вовлечение судьи в назначение вышеуказанных интрузивных мер является гарантией по отношению к вопросам прав человека.

Суд по защите прав человека в Страсбурге оказал воздействие на национальное законодательство. Это важная тенденция, которая способствует схождению юридических концепций в Европе таких как, разумное время проведения процессуальных действий; права подозреваемого или обвиняемого. Сосредоточение внимания на этапе предварительного слушания дела является важным фактом, так как большинство нарушений прав человека происходит на этом этапе уголовного судопроизводства. Тем не менее, суд Страсбурга постановил, что обвинительный приговор не должен основываться только на показаниях анонимных свидетелей.

Законодатели в Европе извлекли несколько уроков из решений суда в Страсбурге. Конкретным примером является право сохранять молчание согласно статье 6 Европейской конвенции о защите прав человека и присутствие юриста в тюрьме (включая начало вышеуказанных мер, ограничивающих свободу). Французское законодательство недавно предоставило указанные права на основании прецедентного права Суда в Страсбурге. В результате, утверждения, данные в нарушение этих прав, являются недействительными. Доказательства не допускаются в судах. Другими словами, нарушение прав человека также приводит к обратным результатам в процессе расследований и наносит ущерб достоверности правосудия.

Опыт показывает, что четкие законы и решения суда способствуют лучшему пониманию прав обвиняемых и жертв, и уголовно-процессуального кодекса. Ясность судебных постановлений снижает риск нарушения прав человека. Формализм криминально-процессуального кодекса является гарантией юридической безопасности обвиняемого и юридической ответственности полицейских и прокуроров.

С практической точки зрения, тенденцией в Европе является решение вопроса отношений между полицией и прокуратурой. Прокуроры не должны оставаться в «золотой башне», а должны обсуждать стратегические и юридические вопросы с полицейскими. Частые встречи на стратегическом и судебном уровне, подготовка полиции к обыску и аресту дома в присутствии прокуроров поддерживаются. Участие прокуроров в обучении полиции также является хорошей возможностью передать умения и знания.

Юристы много вкладывают в поддержание законов и уважение прав человека. Их занятость в процессе сбора показаний является ключевой в обеспечении равенства властей и гарантии честного судебного процесса.

И последнее, но не менее значимое, международное сотрудничество по уголовным делам имеет положительное воздействие на развитие прав человека, так как принятие концепций в международных конвенциях улучшает существующее национальное законодательство. В результате, увеличивается сфера правосудия. В конце концов, следует подчеркнуть роль неправительственных организаций в процессе создания норм права. Например, прозрачные международные отчеты тщательно защищаются, так как коррупция является очевидной проблемой государства и явным нарушением прав человека.

В заключение, изначально ответственность об укреплении прав человека лежит на законодательстве, которое соответствует международным стандартам, и их внедрении правоприменяющими органами, прокурорами и судьями.

**10 ноября 2011 г.**

## **Вопросы регламентации Уголовно-процессуальным кодексом РК прав при задержании<sup>113</sup>**

Цитата из концепции УПК: «приоритетом развития уголовно-процессуального права остается реализация принципов, направленных на безусловную защиту прав и свобод человека. Важнейшим показателем развития любого государства, стремящегося к достижению общепринятых международных стандартов, является эффективность защиты конституционных прав и свобод граждан».

Концепцией УПК предусмотрено изменение процедур, функций и сроков для достижения цели упрощения досудебного производства и недопустимости передачи дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции.

Между тем, Концепцией, исключаящей «подозреваемого», обойден вопрос о том, **каким статусом и какими правами** при этом **будет обладать** лицо, привлекаемое к уголовной ответственности – тот самый **обвиняемый**. Исключением является единственный момент, когда при изменении объема обвинения прокурором, стороне защиты предоставляется *(без уточнения характеристики периода)* время на подготовку защиты и отстаивание интересов обвиняемого.

**Отведенное для выступления время позволяет сфокусировать внимание на прекрасной возможности имплементации международных стандартов права на свободу и сформулировать 5 рекомендаций:**

1) Важно включить положение п.2 Нормативного постановления Верховного суда РК об определении момента фактического задержания<sup>114</sup> в Уголовно-процессуальный кодекс РК, поскольку всегда имеется опасность произвольного задержания.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

<sup>114</sup> Под фактическим задержанием следует понимать лишение лица возможности свободно передвигаться и совершать иные действия по своему усмотрению (захват, физическое удержание, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т. п.). НП ВС РК от 28.12.2009 г. № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

<sup>115</sup> Однако ограничение свободы признается произвольным, как минимум, в 4-х случаях:

- а) когда оно не основано на законе;
- б) когда оно является следствием приговора или решения, вынесенного за осуществление лицом 7-ми прав и свобод (свободы передвижения- ст. 12 МПГПП; свободы мысли, совести и религии – ст. 18; свободы слова – ст. 19; свободы ассоциации и профсоюзов – ст.22; право без дискриминации на управление делами государства – ст. 25; право на равенство и без дискриминации на равную защиту закона – ст. 26; право меньшинств пользоваться культурой, религией, обрядами и языком – ст. 27).
- в) когда несоблюдение стандартов справедливого судебного разбирательства является настолько грубым, что любое ограничение свободы становится произвольным;
- г) когда заключение под стражу производится на основаниях, определенных неясно или неоднозначно.

Предварительное заключение должно быть не правилом, а исключением.

2) Представляется необходимым закрепить обязанности должностных лиц в момент задержания: а) сообщить о причинах задержания и любых обвинениях; б) сообщить о правах («правила Миранды»);<sup>116</sup> в) обеспечить доступ к адвокату.

Согласно Концепции, обвинение предъявляется прокурором по завершении следствия. В какой момент и на кого возлагается обязанность проинформировать задержанного о предъявленном обвинении?

Ст. 9 МПГПП требует, чтобы именно *в момент самого задержания*, а не после составления протокола (как установлено в ст. 134 УПК РК), и тем более не по завершении следствия, лицо было *проинформировано о реальных, а не вымышленных основаниях задержания, включающих в себя:*

- а) четкое объяснение юридических и фактических оснований для ограничения свободы;*
- б) причины задержания должны быть достаточно детализированы для обжалования ареста в суд;*
- в) на понятном лицу языке.*

Между тем, в случае, если основание задержания не будет соответствовать предъявленному прокурором обвинению, требование Пакта будет нарушено, поскольку очевидность введения в заблуждение задержанного не будет вызывать сомнений. Будет иметь место также и вопрос о том, являлось ли само задержание *необходимым*<sup>117</sup> в случае изменения объема обвинения прокурором.

3) Необходимым представляется экстренное изменение конструкции нормы ст. 70 УПК РК, сегодня требующее привлечение защитника с момента предъявления обвинения прокурором. Важно закрепление гарантии статей 9, 14 МПГПП в части беспрепятственного допуска адвоката *с момента фактического задержания лица*.

Здесь следует говорить о немедленном информировании при задержании о праве на адвоката и обеспечении права на юридическую помощь до суда. При этом должны быть закреплены положения о праве на адвоката по своему выбору; не принимать услуг назначенного адвоката, а в случае назначения - назначенный защитник должен иметь необходимую по делу квалификацию; осуществлять обязанности, независимо от неуместного вмешательства (включая суд); помогать обвиняемому и уважать его интересы.

4) Правило об уведомлении родственников о задержании лица: а) должно быть закреплено как *незамедлительное*, без задержки (а не ставиться в зависимость от 12 часов), б) *не должно иметь исключений* о 72-часовом информационном вакууме (ч.3 ст. 138 УПК РК) «в целях надлежащего обеспечения соблюдения тайны первоначального этапа следствия с санкции прокурора».

Сиракузские принципы толкования ограничений гарантированных МПГПП прав, не признает последнее достаточным условием для ограничения права на связь с внешним миром. Оставление данной нормы в УПК РК влечет содержание задержанного в условиях «инкоммунадо»/содержание в одиночной камере, что запрещено ст.7 МПГПП.

---

<sup>116</sup> Включая права на: доступ адвоката по своему выбору (незамедлительный и регулярный), хранить молчание, медицинское обследование и медицинскую помощь, уведомление членов семьи/консульства об аресте и месте содержания, общение с членами семьи (переписка, свидания), оспаривать в суде законность ограничения свободы посредством habeas corpus, amparo

<sup>117</sup> Заключение под стражу должно: а) не только соответствовать закону, но и б) быть разумным с точки зрения существовавших в то время обстоятельств; в) быть необходимым, например, для предотвращения побега, угрозы целостности доказательств или повторного совершения преступления; г) задержанный должен иметь эффективные средства правовой защиты и возмещение ущерба, включая выплату компенсации.

5) В связи с правом прокурора изменить объем предъявленного обвинения в ходе судебного разбирательства, встает вопрос о том, какое время будет предоставлено стороне защиты на подготовку защиты и отстаивание интересов обвиняемого? Для баланса весьма важно, включение в УПК словосочетания «достаточно» времени и возможностей для подготовки защиты.

Последнее включает 2 компонента:

а) обвиняемому и его адвокату гарантируется доступ ко всей информации, документам и доказательствам, которые сторона обвинения планирует использовать против обвиняемого в суде, а также к доказательствам его невиновности.<sup>118</sup> Не исключены разумные ограничения из данного правила, которые не должны приводить к появлению «секретных» доказательств, свидетелей. б) Обвиняемый должен иметь возможность получать заключения независимых экспертов для подготовки своей защиты.

Другие гарантии задержанного лица:

- Незамедлительно быть доставленным к судье для решения вопроса о законности ареста;
  - Право оспаривать законность задержания;
  - Право на судебное разбирательство в разумные сроки или на освобождение;
  - Права в ходе расследования (запрет на принуждение и свидетельствование против себя, исключение полученных в результате пыток показаний, право на переводчика, доступ к протоколам допросов);
- Кроме того, важно закрепление гарантии обращения с задержанным, как со свободным лицом – презумпция невиновности. В противном случае, Казахстан может иметь решение, как по делу Гридин против России, где в течение 7-ми дней с задержанным обращались как с преступником.
- Право на содержание в местах, официально признанных в качестве мест содержания под стражей,<sup>119</sup>
  - Право на гуманное обращение и свободу от пыток во время содержания под стражей.

10 ноября 2011 г.

---

<sup>118</sup> ЗОП №32, п.33.

<sup>119</sup> ЗОП №20, п.11.

**А. Ахпанов**  
**Член Научно-консультативного совета при**  
**Верховном Суде РК, д.ю.н., профессор,**  
**заслуженный работник МВД РК,**

## **Перспективы расширения судебного контроля на предварительном следствии<sup>120</sup>**

В суверенном Казахстане реализованы следующие модели санкционирования мер процессуального принуждения, связанных с ограничением конституционных прав граждан на досудебных стадиях уголовного процесса:

- 1) дача санкции прокурором;
- 2) судебное обжалование санкции прокурора;
- 3) судебное санкционирование.

Важным положением Концепции новой редакции Уголовно-процессуального кодекса РК (Концепция) является расширение судебного контроля над предварительным расследованием.

В настоящее время УПК РК предусмотрено санкционирование 27 процессуальных действий и решений органов уголовного преследования, в том числе 22 из них – прокурором и 5 – судом.

Вопрос расширения судебного санкционирования не однозначен. Он будет сопровождаться болезненным перераспределением полномочий между ведомствами, затронет достаточно серьезные полномочия прокуратуры, возложит большую ответственность и дополнительную нагрузку на суды.

Примечательно, что острые дискуссии о судебном санкционировании только одного ареста как меры пресечения велись у нас около 7 лет. И совершенно справедливо, что в соответствии с Концепцией правовой политики и проектом Концепции предполагается поэтапное, продуманное расширение сферы судебного санкционирования над досудебным производством.

Безусловно, что внедрение судебного санкционирования мер, ограничивающих основные свободы, необходимо предварить изучением практического опыта судебного санкционирования, анализом правовых последствий и возможных издержек по каждой мере процессуального принуждения.

Разумным представляется согласованное между органами прокуратуры и судом расширение сферы судебного контроля. Её целесообразно распространить на отдельные меры уголовно-процессуального принуждения, связанные с ограничением физической свободы лица, неприкосновенности собственности.

Представляется, что в компетенцию суда в период до 2020 года могут быть переданы:

### **На первом этапе:**

- принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-медицинской экспертизы;

---

<sup>120</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

- помещение несовершеннолетнего обвиняемого в специальное учреждение<sup>121</sup>;
- помещение в специализированное медицинское учреждение, оказывающее психиатрическую помощь, лица, в отношении которого в качестве меры пресечения ранее был применен арест, при установлении факта его психического заболевания.

Такой порядок применения данной группы процессуально-принудительных мер органично впишется в признанные стандарты процедуры Habeas Corpus Act. Когда любое досудебное ограничение физической свободы лица, сопряженное с изоляцией его от общества, должно производиться в судебном порядке.

Ведь согласно части третьей статьи 9 Международного пакта о гражданских и политических правах «каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение».

В данном случае вышеназванные виды досудебного ограничения свободы входят в родовое понятие арест.

#### **На втором этапе:**

- наложение ареста на имущество, ценности и банковские вклады;
- наложение ареста на корреспонденцию.

Государственная политика по защите частного бизнеса требует ужесточения контроля такими уголовно-процессуальными санкциями как **наложение ареста на имущество, ценности и банковские вклады**. Не секрет, что они могут служить инструментом недобросовестной конкуренции и рейдерства в рамках досудебного производства.

Для предупреждения подобных явлений на досудебных стадиях процесса, еще до вынесения судебного решения, а также приведения УПК в соответствие с пунктом 3 статьи 26 Конституции РК (*никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда*) необходимо внедрить данный вид судебного санкционирования.

Кроме того, для исключения приостановления деятельности предприятия в статье 161 УПК РК следует дифференцировать прекращение расходных операций по счетам, подвергнутым аресту. Арест не должен прекращать операции по основной деятельности предприятия, влечь невыплату заработной платы, несвоевременную уплату налогов и перевод пенсионных отчислений, несвоевременное гашение кредитов и выполнение других обязательств. Ведь цель ареста - пресечение расходных операций по выводу и укрытию активов.

Судебное санкционирование обеспечит прозрачность и состязательность избрания такой меры процессуального принуждения, ограничивающей конституционное право на неприкосновенность собственности. Органы уголовного преследования станут придерживаться презумпции невиновности.

Кроме того, будут минимизированы предпосылки необоснованной конфискации подвергнутого аресту имущества. Сегодня конфискация имущества является, по выражению известного адвоката Г. М. Резника, рудиментом большевистской реквизиции (*часть третья статьи 51 УК РК и приложение к УИК РК - Не подлежит конфискации имущество*,

---

<sup>121</sup> С 30 ноября 2011 года данная мера процессуального принуждения применяется по постановлению суда, но в УПК прописан порядок её применения в досудебном производстве (Закон от 09.11.2011 г. № 490-IV ЗРК).

отнесенное уголовно-исполнительным законодательством к предметам первой необходимости).

Не разграничивается благоприобретенная собственность и имущество, ценности, приобретенные в связи с совершением инкриминируемого преступления. Между тем 59 статей Особенной части УК предусматривают конфискацию имущества осужденного по 120 составам преступлений и причем только по субъективному усмотрению суда.

В этой связи заслуживает внимания российский опыт. Суд должен обосновать необходимость ареста того или иного имущества.

**Наложение ареста на корреспонденцию.** В данном случае речь идет о таких следственных действиях как арест, осмотр и выемка почтово-телеграфных отправлений; перехват сообщений; прослушивание и запись переговоров и разговоров. Тем более в перспективе, согласно Концепции, они могут проводиться и до представления собранных доказательств прокурору. Они образуют так называемые тайные следственные действия, проведение которых ныне после возбуждения уголовного дела не всегда эффективно. В новой модели идет интеграция процесса доказывания. Такой синтез следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий исключит необходимость искусственной и сложной легализации в доказательства оперативно-розыскных данных, обусловит непосредственное использование их в качестве доказательств.

**О судебном санкционировании других следственных действий** (обыск, выемка в жилище, принудительный осмотр жилища, эксгумация трупа и т.п.).

Опыт Российской Федерации (исследование проф. Кальницкого В.В.) показал несостоятельность судебного порядка получения разрешений на производство следственных действий, направленных на собирание доказательств.

В этой связи представляется нецелесообразным введение судебного санкционирования названных следственных действий. Данные виды санкционирования несвойственны суду. В таких случаях отсутствует правовой спор между сторонами и не действует принцип состязательности. Судья заведомо соглашается с доводами следователя о необходимости получения доказательственной информации и формально одобряет его ходатайство, к примеру, о производстве обыска. Основаниями последнего являются достаточные данные, к которым может быть отнесена вербальная оперативно-розыскная информация или предположение следователя.

К тому же получение судебного разрешения на совершение указанных действий влечёт в одних случаях риск утраты оперативности, в других - нарушается принцип конфиденциальности. И как следствие – безрезультативность следственных действий и оперативных мероприятий.

По этим же основаниям санкционирование оперативно-розыскных мероприятий не должно входить в компетенцию суда, оставаясь прерогативой органов прокуратуры.

#### **Санкционирование (согласование) процессуальных действий и решений по законодательству РК**

<b>№ № пп</b>	<b>Санкционирование прокурором</b>	<b>Санкционирование судом</b>
1.		арест в качестве меры пресечения (ст. 150 УПК)
2.		продление срока ареста в качестве меры пресечения (ст.

		153 УПК)
3.		домашний арест в качестве меры пресечения (ст. 149 УПК)
4.	неуведомление родственников подозреваемого, посольства, консульства или иного представительства о задержании (ст. 138 УПК)	
5.	залог в качестве меры пресечения (ст. 148 УПК)	
6.	отмена или изменение меры пресечения, санкционированной, примененной прокурором, избранной по его указанию в ходе досудебного производства по уголовному делу (ст. 154 УПК)	
7.	<b>наложение ареста на имущество (ст. 161 УПК)</b>	
8.	продление сроков предварительного следствия (ст. 196 УПК)	
9.	принудительный осмотр жилого помещения (ст. 222 ч.12 УПК)	
10.	эксгумация трупа (ст. 225 УПК)	
11.	принудительное освидетельствование потерпевшего, свидетеля (ст. 226 УПК)	
12.	производство обыска (ст. 232 УПК)	
13.	выемка документов, содержащих государственную или иную охраняемую законом тайну (ст. 232 УПК)	
14.	личный обыск (ст. 233 УПК)	
15.	<b>наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (ст. 235 УПК)</b>	
16.	<b>перехват сообщений (ст. 236 УПК)</b>	
17.	<b>прослушивание и запись переговоров (ст. 237 УПК)</b>	
18.		принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-психиатрической экспертизы (ст. 14, 247 УПК)
19.	<b>принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинское учреждение для производства судебно-медицинской экспертизы (ст. 14, 247 УПК)</b>	
20.	принудительное получение образцов у потерпевшего, свидетеля (ст. 263 УПК)	
21.	объявление международного розыска (ст. 267-1 УПК)	
22.	прекращение уголовного дела по нереабилитирующим основаниям (ст. 38, 269 УПК)	
23.	согласие с обвинительным заключением (ст. 282 УПК)	
24.	утверждение протокола обвинения (ст. 287 УПК)	
25.	<b>помещение несовершеннолетнего обвиняемого в специальное детское учреждение (ст. 490 УПК)</b>	
26.	<b>помещение в специализированное медицинское учреждение, оказывающее психиатрическую помощь, лица, в отношении которого в качестве меры пресечения ранее был применен арест, при установлении факта его психического заболевания (ст. 509 УПК)</b>	
27.		экстрадиционный арест (ст. 534 УПК)

**Прим.:** 1 этап – передача полномочий суду по позициям №№ 19, 25, 26  
2 этап - передача полномочий суду по позициям №№ 7, 15, 16, 17

Остальные полномочия целесообразно сохранить за прокурором.

До начала 1-го этапа необходимо решить вопрос о введении участника уголовного процесса – следственного судьи с полномочиями осуществлять судебный контроль над предварительным расследованием без права рассмотрения уголовных дел по существу.

**10 ноября 2011 г.**

## **Законодательное расширение сферы применения альтернативных мер пресечения и мер наказания, не связанных с лишением свободы<sup>122</sup>**

### **1. Правовые предпосылки.**

В рамках Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года утверждённой Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858.

Эффективная уголовная политика государства невозможна без оптимальной модели **уголовного судопроизводства**.

Говоря о перспективах развития уголовно-процессуального права, необходимо подчеркнуть, что действующий Уголовно-процессуальный кодекс Республики в основном привел систему уголовной юстиции в соответствие с характеристиками современного демократического, правового государства. Главная цель законодателя заключается в формировании уголовно-процессуального закона, основанного на признании конституционных норм о правах и свободах человека и гражданина непосредственно действующими, определяющими смысл, содержание и применение законов и обеспечиваемыми правосудием.

Поэтому приоритетом развития уголовно-процессуального права остается дальнейшая последовательная реализация основополагающих принципов уголовного судопроизводства, направленных на защиту прав и свобод человека.

**Одним из направлений совершенствования уголовно-процессуального права является:**

А). Постепенном введении новых институтов восстановительного правосудия, основанных на примирении сторон и возмещении причиненного вреда; возможности расширения категорий уголовных дел, по которым уголовное преследование и обвинение в суде может осуществляться в частном, а также частно-публичном порядке;

Б). Создание условий для расширения применения мер пресечения, альтернативных аресту, в том числе залога;

### **2. Историческое отступление.**

В рамках Концепции правовой политики одобренной указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года N 949.

**Реализация уголовной политики Республики Казахстан** (с 2002 до 2010 года – А.К.) должна развиваться в соответствии с указанными принципами и включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на: создание необходимых условий введения в действие уголовно-правовых норм, предусматривающих такие новые виды наказания, как ограничение свободы, арест, пожизненное лишение свободы.

**Необходимо дальнейшее совершенствование уголовно-процессуального законодательства:**

---

<sup>122</sup> Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Центра ОБСЕ в Астане.

А) Создание необходимых условий введения в действие уголовно-правовых норм, предусматривающих такие новые виды наказания, как ограничение свободы, арест, пожизненное лишение свободы.

Б) Необходимо более детально регламентировать механизм применения мер пресечений, альтернативных аресту (залог, домашний арест).

### **3. Правовые перспективы.**

В рамках Концепции совершенствования уголовного законодательства Республики Казахстан на период до 2020 года.

#### **Совершенствование системы мер уголовного наказания.**

Система уголовных наказаний играет существенную роль в механизме назначения наказания. Структура системы наказаний лежит в основе реализации принципов индивидуализации наказания, экономии мер уголовной репрессии.

Следует признать, что система уголовных наказаний в действующем УК не в полной мере оправдала себя. В УК наблюдается нелогичность структуры системы наказаний, ее количественная и качественная усложненность, неработоспособность в значительной части видов наказаний.

Идею создания системы уголовных наказаний, предоставляющей судье широкий выбор видов наказания в целях индивидуализации уголовно-правового воздействия на подсудимого, не удалось реализовать в должной мере. Введение в действие положений о таких наказаниях, как ограничение свободы и арест, откладывалось неоднократно. До сих пор отсутствуют арестные дома, где должны отбывать наказание осужденные, которым назначено наказание в виде ареста. Это снижает эффективность наказания в виде ареста, так как в настоящее время условия отбывания ареста мало чем отличаются от условий отбывания лишения свободы.

Важной проблемой является определение вида наказания, промежуточного между лишением свободы и штрафом.

Установлено, что исправительные работы как вид наказания неэффективны. Исправительные работы по месту работы осужденного, по существу, представляют собой штраф в рассрочку, наносящий больший ущерб семье виновного, нежели ему самому.

В современных условиях при наличии безработицы и создании рынка труда исполнение исправительных работ, несомненно, вызовет значительные трудности.

Первоначально в момент принятия действующего УК предполагалось, что наказание в виде ограничения свободы будет отбываться в специальных учреждениях – исправительных домах, где осужденные в условиях полусвободы будут отбывать наказание без изоляции от общества, но в условиях строгого контроля за их поведением. Осужденных предполагалось трудоустроить. Этот вид наказания был бы одним из эффективных.

Однако из-за того, что не были созданы учреждения для отбывания этого вида наказания, содержание этого вида наказания было изменено и теперь условия отбывания ограничения свободы почти не отличается от условий отбывания наказания условно осужденным. Поэтому необходимо восстановить прежнюю редакцию нормы УК, регламентирующую основания назначения и порядок отбывания наказания в виде ограничения свободы.

Неполное введение в действие всех видов уголовного наказания, отсутствие специальных учреждений для отбывания указанных наказаний не позволяет полностью реализовать изложенный в ст. 52 УК принцип приоритета более мягких видов наказаний, чем лишение свободы. Это обстоятельство вынуждает судей в известной мере корректировать

применение закона, использовать во многих случаях такие отложенные меры, как условное осуждение. Применение наказаний, не связанных с лишением свободы, в последние годы неуклонно возрастало (более чем половина назначенных наказаний в виде лишения свободы и исправительных работ реально не отбывались).

Значительное место в УК отводится штрафу как основному виду наказания. Средством расширения сферы материальных взысканий как карательного элемента наказания в качестве альтернативы лишению свободы законодатель избрал более широкое использование именно штрафа. Размеры штрафа в некоторых статьях УК занижены, поэтому следует увеличить верхний предел суммы штрафа как основного наказания.

Требуется расширение сферы применения уголовных наказаний, не связанных с лишением свободы, в том числе исключение из отдельных санкций наказаний в виде лишения свободы либо снижение максимальных сроков лишения свободы; определение штрафа как одного из эффективных видов уголовных наказаний и возможности расширения его применения; установление соразмерности наказаний в санкциях статей Уголовного кодекса, отнесенных к одной категории тяжести, и соответствия их принципу справедливости наказания; внедрение альтернативных уголовному наказанию мер государственного принуждения; продолжение курса на постепенное сужение сферы применения смертной казни; совершенствование институтов освобождения от уголовной ответственности, отбывания наказания, условно-досрочного освобождения от отбывания наказания.

#### **4. Законодательное регулирование мер пресечения (статьи 139-155 УПК РК).**

##### Основания для применения мер пресечения.

При наличии достаточных оснований полагать, что обвиняемый скроется от дознания, предварительного следствия или суда, либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде, или будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения исполнения приговора орган, ведущий уголовный процесс, в пределах своих полномочий вправе применить к этому лицу одну из мер пресечения, предусмотренных статьей 140 настоящего Кодекса.

##### Меры пресечения и дополнительные ограничения

Мерами пресечения являются:

- 1) подписка о невыезде и надлежащем поведении;
- 2) личное поручительство;
- 3) передача военнослужащего под наблюдение командования воинской части;
- 4) отдача несовершеннолетнего под присмотр;
- 5) залог;
- 6) домашний арест;
- 7) арест.

При необходимости в отношении лица, к которому применена мера пресечения, за исключением передачи военнослужащего под наблюдение командования воинской части и ареста, могут быть применены электронные средства слежения.

О применении электронных средств слежения и разъяснении обвиняемому их назначения делается отметка в постановлении о применении меры пресечения.

Применение электронных средств слежения допускается при условии принятия мер к сокрытию их от наблюдения окружающими, должно осуществляться с учетом мест, посещаемых обвиняемым, и путей его перемещения, а также возраста, состояния здоровья, семейного положения и образа жизни.

#### **5. Законодательное регулирование мер наказания не связанных с лишением свободы (статьи 38-64 УК РК).**

Наказание есть мера государственного принуждения, назначаемая по приговору суда. Наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренном настоящим Кодексом лишении или ограничении прав и свобод этого лица.

Наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений как осужденным, так и другими лицами. Наказание не имеет своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства.

#### Виды наказаний (кроме лишения свободы – А.К.).

К лицам, признанным виновными в совершении преступления, могут применяться следующие основные наказания: а) штраф; б) лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью; в) привлечение к общественным работам; г) исправительные работы; д) ограничение по военной службе; е) ограничение свободы; ж) содержание на гауптвахте; з) исключен; **и) лишение свободы**; к) смертная казнь.

Кроме основных наказаний к осужденным могут применяться следующие дополнительные наказания: а) лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина, дипломатического ранга, квалификационного класса и государственных наград; б) конфискация имущества.

Штраф и лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью, и привлечение к общественным работам могут применяться в качестве как основных, так и дополнительных видов наказаний.

#### **6. Историко-правовые предпосылки.**

В уголовном процессе прежнего времени, построенного **на искомом начале** и стремившемся к неумолимому вознаграждению потерпевшего, ставилась задача обеспечить исполнение приговора, и для достижения её применялись соответствующие меры. Начало личной ответственности за исполнение приговора было характерной чертой прежнего процесса, знавшего две меры обеспечения – поручительство и лишение свободы, то есть и поручитель, и пристав или тюремщик, за которым числился обвиняемый, подвергались заслуженному последним наказанию, обыкновенно имущественному взысканию, если обвиняемый уклонялся от приговора.

Ныне каждый несёт ответственность сам за себя, за свои только действия. В настоящее время юридический характер мер пресечения постепенно сузился, это либо имущественное обеспечение, или стеснения, предпринимаемые против самого обвиняемого и направленных к предупреждению побегов с его стороны. Причём в истории уголовного процесса энергия мер пресечения всегда стояла в обратном отношении с развитием гражданской свободы.

Рим времён республики, зная только почётное поручительство, почти не знал лишения обвиняемых свободы.

В истории русского уголовного процесса, в эпоху народовластия меры пресечения отличались мягким характером. Переходную картину представляют меры Свода законов 1857 года, который знал четыре меры пресечения: содержание в тюрьме или при полиции, домашний арест, полицейский надзор и отдачу на поруки.

## **7. Применение альтернативных аресту мер пресечения в Казахстане.**

Вызывает озабоченность крайне редкое использование мер пресечения, не связанных с заключением под стражу. В соответствии со статистическими сведениями по судебному санкционированию ареста за 2008-2010 гг., за период с августа по декабрь 2008 г. судами было выдано 5970 санкций на арест и 23 санкции на домашний арест (0,4%). В 2009 г. суды санкционировали арест в отношении 19510 обвиняемых/подозреваемых. Домашний арест был применен в 152 случаях (0,8%). В 2010 г. с января по март арест был избран в качестве меры пресечения в отношении 3899 человек. Домашний арест был применен в отношении 54 обвиняемых/подозреваемых (1,4%).

Несмотря на то, что Верховный Суд Республики Казахстан прямо указывает, что суд не обязан, а вправе санкционировать применение самой строгой меры пресечения - ареста и удовлетворять ходатайства о даче санкции на арест лишь при наличии предусмотренных законом оснований и в тех случаях, когда применение менее строгих мер пресечения не обеспечит целей, указанных в ст. 139 УПК, меры пресечения, не связанные с заключением под стражу, применяются редко. Существующий порядок оставляет выбор меры пресечения на усмотрение следователя, в связи с чем судья фактически лишен возможности определять вид правоограничения для привлеченного к уголовной ответственности лица. Фактически суд может соглашаться или не соглашаться с принятым органом уголовного преследования решением. По-видимому в связи с тем, что такие меры пресечения как залог и домашний арест требуют более длительного оформления и дополнительных затрат времени со стороны следствия, они используются следователями не часто.

Предоставленное прокурору право просить о применении домашнего ареста в тех случаях, когда суд отказывает в удовлетворении ходатайства об аресте, в действительности не является альтернативой для суда, а представляется скорее возможностью для органов уголовного преследования «сохранить лицо» в ситуациях, которые складываются не в их пользу.

Согласно ст. 150 УПК РК при отказе в санкционировании ареста подозреваемого или обвиняемого судья вправе в ходе судебного заседания по ходатайству прокурора избрать в отношении подозреваемого, обвиняемого меру пресечения в виде домашнего ареста. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором при необходимости непосредственно после оглашения судьей постановления об отказе в санкционировании ареста подозреваемого, обвиняемого в случае, когда он считает нецелесообразным его опротестование.

Следует отметить, что в уголовном процессе многих государств-участниц ОБСЕ, включая Францию, Англию и Германию, судья, осуществляющий контроль за соблюдением прав человека и законности на предварительном следствии, вправе выбрать меру пресечения обвиняемому. Так, например, в Германии суд может применить альтернативные меры процессуального принуждения, такие как обязательство о явке к судье, прокурору, полиции; обязательство не покидать жилище или определенную территорию без разрешения судьи; залог и др.

## **8. Международные стандарты к применению альтернативных мер пресечения.**

В соответствии с п. 3 ст. 9 МПГПП содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от представления гарантий явки на суд, явки на судебное разбирательство в любой другой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора.

Согласно Принципу 38 Свода принципов ООН по задержанию лица, задержанное по уголовному обвинению, имеет право на судебное разбирательство в разумные сроки или на освобождение до суда.

Арест должен применяться как крайняя мера уголовно-процессуального принуждения и только в тех случаях, когда основания полагать, что только лишение свободы обвиняемого может гарантировать нормальное течение судопроизводства по делу. Привлеченным к уголовной ответственности лицам должна быть дана возможность предоставить гарантии своего надлежащего поведения и под эти гарантии оставаться на свободе в течение всего судопроизводства.

Комитет Министров Совета Европы в Рекомендации (2006) 13 утверждает, что «заключение под стражу лиц, подозреваемых в совершении правонарушения должно быть исключением, а не нормой» и определяет следующие условия, необходимые для заключения под стражу: обоснованное подозрение, что лицо совершило правонарушение; существенные основания полагать, что данное лицо, если оно будет освобождено из под стражи, будет скрываться, или совершит серьезное правонарушение, или будет препятствовать осуществлению правосудия, или будет представлять серьезную угрозу общественному порядку; не существует возможности использовать альтернативные меры пресечения для того, чтобы исключить действия, перечисленные выше; и, что эти меры применяются в рамках уголовного процесса. В Пояснительной записке к этой рекомендации отмечается, что эти условия «отражают юриспруденцию Европейского суда по правам человека и являются кумулятивными, означающими, что [заключение под стражу] не может быть применено или продлено, если одно из них отсутствует или прекратит свое существование. Таким образом, например, тяжесть обвинений никогда не может самостоятельно являться достаточным обоснованием для заключения под стражу.

Аналогичной позиции придерживается и Комитет по правам человека ООН. Ниже приводится краткое описание дела *Майкла и Брайана Хилл против Испании*, рассмотренного в 1993 г. Это ведущий прецедент Комитета по правам человека ООН по вопросу законности применения меры пресечения виде ареста.

**Дело Майкл и Брайан Хилл против Испании.** В рассмотренном Комитетом ООН по правам человека деле Майкл и Брайан Хилл против Испании (Сообщение № 526/1993) указанные граждане Великобритании были арестованы за поджог бара, а позднее (17 ноября 1986 года) осуждены Высоким судом провинции Валенсия к шести годам и одному дню тюремного заключения. Братья Хилл не согласились с решением суда и подали апелляцию. 14 июля 1988 года суд на основании ст. 504 УПК освободил их под залог до рассмотрения дела в апелляционной инстанции. После отклонения их апелляции Верховным Судом осужденные выехали из Испании на родину, где обратились с жалобой в Комитет ООН по правам человека на нарушения права на справедливый процесс. В числе прочего Майкл и Брайан Хилл жаловались на то, что вопреки положению п. 3 ст. 9 Международного Пакта, согласно которому содержание под стражей лиц, ожидающих суда, не должно быть общим правилом, им не была предоставлена возможность освобождения под залог.

Государство возражало, обосновывая правомерность ареста тем, что обвиняемые были гражданами другой страны и могли скрыться за пределами Испании, что ими собственно и было сделано в нарушение условий освобождения под залог. Однако, рассматривая жалобу братьев Хилл Комитет ООН по правам человека оценил правомерность и обоснованность применения ареста в отношении этих лиц и пришел к принципиальным выводам.

Комитет подтвердил свое прежнее заключение, что содержание под стражей до суда должно быть исключением и необходимо освобождать под залог, кроме ситуаций, когда есть вероятность того, что обвиняемый скроется от правосудия или уничтожит доказательства, повлияет на свидетелей или окажется вне юрисдикции страны участника. Однако, Комитет

указал на то, что государство участник, утверждая, что были веские причины опасаться, что обвиняемые покинут испанскую территорию в случае освобождения под залог, тем не менее не предоставило никакой информации относительно того на чем основывались такие опасения и почему нельзя было решить проблему установлением соответствующей суммы залога или иного условия освобождения. Комитет заявил, что одно лишь предположение государства участника, что иностранец может оказаться вне его юрисдикции в случае освобождения под залог, не оправдывает несоблюдения общего правила, предусмотренного в п. 3 ст. 9 Пакта.

Таким образом, Комитет признал нарушением Пакта случаи применения ареста без доказывания невозможности применения залога или иной меры пресечения и указал на то, что одного лишь предположения о неправомерном поведении обвиняемого недостаточно для применения ареста в качестве меры пресечения.

### **ВЫВОДЫ:**

1. Уголовная политика, как искусство управления государством в уголовно-правовой, уголовно-процессуальной, уголовно-исполнительной и криминологической сферах на территории Республики Казахстан требует несомненной детализации по срокам исполнения тех или иных направлений совершенствования законодательства в анализируемой области, а также дифференциации правовых основ применения альтернативных мер пресечения и индивидуализации мер наказаний, не связанных с лишением свободы.
2. Необходимо персонифицировать ответственность по управлению основными блоками, связанных с реализацией конкретных пунктов (задач) уголовной политики в целом до 2020 года.
3. Имеются все правовые предпосылки для введения новых по времени альтернативных аресту мер пресечения в Казахстане.
4. Необходимо использовать накопившийся международный опыт в этой области.

### **Использованные источники:**

1. Ковалев Н.П. Судебное санкционирование ареста в Казахстане: Комментарии к проекту закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста».
2. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года».
3. Рекомендация (2006) 13 Комитета Министров Совета Европы «О временном заключении, условиях, в которых оно исполняется и создании гарантий против злоупотреблений».
4. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан № 4 от 25 июня 2010 г. «О судебной защите прав, свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве».
5. Ковалев Н.П. Заключение под стражу по решению суда в ряде европейских стран (Германия, Италия, Англия, Франция).

**10 ноября 2011 г.**