

Канафин Д.К.
Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.

Защита государственных секретов и обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь в Республике Казахстан¹

В соответствии с ч. 3 Международного пакта о гражданских и политических правах² каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

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

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

В деятельности органов уголовного преследования и судов в Республике Казахстан используется практика ограничения права гражданина, привлеченного к уголовной ответственности, на свободный выбор адвоката по причине отсутствия у выбранного адвоката допуска к государственным секретам. Известны случаи, когда обвиняемым предлагался список лишь из нескольких адвокатов, имеющих такой допуск. При этом процедура получения допуска, была регламентирована секретной инструкцией, не опубликованной в открытых источниках.

Следует отметить, что ограничение права на свободный выбор адвоката путем манипуляций с процедурами допуска к государственным секретам, по сути является атавизмом советского репрессивного уголовного процесса, в котором эти меры применялись для отправления судопроизводства в обход и без того слабых и декларативных стандартов объективности и состязательности процесса. Обычно такого рода ограничения имели место по политически мотивированным или иным делам, по которым было необходимо исключить публичность разбирательства или контролировать поведение защиты в процессе.

По данному поводу вполне уместно привести высказывание Ю.И. Стецовского: «В обстановке безгласия и секретности правам человека нет места. Возведение секретности (конфиденциальности) в принцип обеспечивает бесконтрольность и ложь власть имущих. Сопряжено это с положением, подрывающим не только физическую, но и моральную силу общества. С помощью секретности чиновники и другие лица уходят от ответственности за свое поведение, скрываются их произвол и некомпетентность».³

¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения NED.

² Ратифицирован Республикой Казахстан Законом № 91-III от 28 ноября 2005 года.

³ Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 431.

В истории советского уголовного судопроизводства известным примером нарушения права на доступ к адвокату посредством злоупотребления допуском к госсекретам является дело правозащитника В. Буковского, которого после долгих лет заключения в специальных психбольницах и тюрьмах в 1976 г. обменяли на первого секретаря чилийской коммунистической партии Л. Корвалана.

После того, как у адвоката Д.И. Каминской⁴, которой он доверял, аннулировали допуск, В. Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях В. Буковский писал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов...»⁵

В современном Казахстане проблема допуска адвокатов к государственным секретам стала предметом общественного обсуждения в связи с уголовным делом по обвинению бывшего руководителя национальной компании «Казатомпром» М. Джакишева и некоторыми другими процессами, имевшими большой общественный резонанс.⁶ Сообщения правозащитных организаций и выступления адвокатского сообщества⁷ привлекли внимание к проблеме на

⁴ Вот что писала о системе допусков сама адвокат Д.И. Каминская: «По действующим законам все адвокаты могут вести во всех существующих в стране судах любые уголовные и гражданские дела. Однако в действительности права адвокатов и подсудимых нарушаются самим государством. Я имею в виду систему допуска. Суть этой системы заключается в том, что по делам, расследование по которым производилось КГБ (это почти все политические дела, а также дела о незаконных валютных операциях, связанных с иностранцами, и некоторые другие), допускаются только те адвокаты, которые получают специальное на то разрешение. Напрасно специалисты по советскому праву стали бы искать в законах СССР какое-либо указание или намек на систему допуска. И уголовно-процессуальный кодекс, и «Положение об адвокатуре» исходят из полного равенства всех членов коллегии. Ни опыт, ни способности не дают никаких преимуществ ни в праве на выступление в любых судах и по любым делам, ни в размере гонорара. Фактически же неравенство существует. И это неравенство определяется лишь степенью политического доверия адвокату. Формальным показателем этого доверия является наличие «допуска» ... Государство, которое строго контролирует любое публичное высказывание, имеющее идеологический или политический характер, не могло дать согласие на неконтролируемое использование судебной трибуны адвокатом, не прошедшим дополнительной проверки на политическое послушание. Я довольно быстро была лишена допуска. Не за разглашение каких-то секретных сведений, которых, кстати, ни в одном деле, рассматривавшемся с моим участием, вообще не было. Я лишена была допуска по той причине, что не выдержала этого экзамена на политическое послушание ... О незаконности допусков впервые публично заговорили в связи с политическими процессами в Советском Союзе. Допуск стал на Западе термином известным. В корреспонденциях и в статьях, посвященных делам Щаранского, Орлова и некоторым другим, неизменно отмечалось, что эти люди были лишены возможности пользоваться помощью тех защитников, которым они доверяли». Д.И. Каминская Записки адвоката. М. Новое издательство. 2009. С. 38-41.

⁵ Цит. по: Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 435

⁶ См. Жамиля Джакишева. Огласите весь список, пожалуйста! Газета «Время» 11.08.2009 г. // Доступно в Интернете <http://www.time.kz/news/archive/2009/08/11/11867>, Комментарий Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности «О недопуске адвокатов Р. Есергепова к участию в процессе из-за отсутствия у них допуска к государственным секретам // Доступно в Интернете по адресу: http://www.bureau.kz/data.php?page=15&n_id=308&l=ru

⁷ См. Открытое письмо Президента Союза адвокатов Казахстана А. Тугел Президенту Республики Казахстан Н. Назарбаеву по вопросу о допуске адвокатов к делам, связанным с государственной тайной // Доступно в Интернете по адресу: <http://www.time.kz/news/archive/2009/06/18/11002>

международном уровне, в результате чего этот вопрос оказался в фокусе внимания Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций (далее – КПЧ, Комитет).

В Рекомендации 20 Заключительных замечаний КПЧ по докладу об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах в отношении Казахстана (102 сессия 11-29 июля 2011 г., Женева), говорится:

«20. Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о необоснованных ограничениях доступа лиц к адвокатам, особенно в делах, связанных с государственной тайной, где юристам, среди прочего, необходимо получать от государства допуск, прежде чем они смогут представлять интересы своих клиентов. Комитет также выражает обеспокоенность в связи с отсутствием у сотрудников полиции правового обязательства сообщать обвиняемым о наличии у них права на юридическую помощь (статья 14).

Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору. Кроме того, государству-участнику следует обеспечивать, чтобы во всех случаях ареста производящие его сотрудники информировали обвиняемых в момент ареста о наличии у них права на услуги адвоката».⁸

Следует отметить, что Казахстан, как государство-участник, в представленной Дополнительной информации по поводу осуществления заключительных замечаний Комитета по правам человека (CCPR/C/KAZ/CO/1), (CCPR/C/KAZ/CO/1/Add.1), от 24 сентября 2012 г., ограничившись поверхностным описанием вопроса, не дал четкого разъяснения на основе каких именно положений национального законодательства применяется практика выдачи допусков к государственным секретам защитникам в уголовном судопроизводстве, не указал на гарантии того, что этот процесс носит своевременный, честный и справедливый характер и не ответил конкретно, как решается проблема ограничения права на доступ к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.⁹

Как уже было отмечено выше, Международный пакт о гражданских и политических правах прямо гарантирует каждому право быть защищенным адвокатом по своему выбору. Это право представляет собой одну из фундаментальных основ справедливого судебного процесса, поскольку обеспечивает главное условие полноценной защиты – доверие между обвиняемым и его адвокатом, а также исключает злоупотребления этим доверием и статусом профессионального защитника вообще.

Возможность обратиться к адвокату по своему выбору не только способствует лучшей защите по конкретному уголовному делу, но и ведет к повышению качества юридической помощи и сохранению этических стандартов профессии, поскольку повышает значимость таких ценностей как репутация и доброе имя адвоката. Оказание квалифицированной юридической помощи без доверительных отношений между адвокатом и подзащитным невозможно. Вмешательство органов уголовного преследования в эти отношения недопустимо, ибо фактически дезавуирует сам институт профессиональной защиты в уголовном процессе.

⁸ Опубликовано в Интернете по адресу: <http://www.adilet.gov.kz/ru/node/30636>. URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Radditionalinfo_kazakhstan2012.html

⁹ URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Radditionalinfo_kazakhstan2012.html

Право на свободный выбор адвоката признавалось задолго до принятия Международного пакта о гражданских и политических правах. Еще в начале XX века И.Я. Фойницкий писал: «При добровольной защите по соглашению какие бы то ни было ограничения того круга лиц, из которого может быть приглашен защитник, представляются неуместными...При ограничении круга лиц, допускаемых в качестве защитников, была бы ограничена сама возможность воспользоваться защитой».¹⁰

Вместе с тем, очевидно, что государство имеет право на сохранение в тайне сведений, имеющих для него принципиальное значение. Разумеется, по делам, по которым предмет обвинения или иные подлежащие исследованию обстоятельства, связаны с государственной тайной, должны быть эффективные гарантии ее сохранности. В этой связи, очевидно, необходим механизм, обеспечивающий соблюдение режима секретности в судопроизводстве, однако, при этом права и свободы человека не должны подвергаться неадекватному, неразумному и несправедливому ограничению.

Цель настоящего заключения обусловлена описанной выше конкретной правоприменительной проблемой и состоит в проведении анализа законодательства Республики Казахстан на предмет определения наиболее оптимального правового режима и юридической формы решения вопроса о доступе к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.¹¹

Конституция Республики Казахстан (далее – «Конституция») в своей первой статье утверждает нашу страну демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы.

Согласно ч. 2 ст. 12 Конституции права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. В соответствии с ч. 3 ст. 13 Конституции каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи.

Признание прав человека высшей ценностью в государстве означает, что все сомнения, возникающие при толковании норм законов, должны разрешаться в пользу защиты прав, свобод и интересов личности.

По статье 4 Конституции действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного совета и Верховного суда Республики. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики. Международные договоры, ратифицированные Казахстаном, имеют приоритет перед его законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

¹⁰ И.Я. Фойницкий Курс уголовного судопроизводства. Санкт-Петербург. Издательство «Альфа». 1996. Том 2. С. 68 (Перепечатано по третьему изданию Спб, 1910).

¹¹ При подготовке данного заключения использованы аргументы, изложенные в позиции адвокатского сообщества по этому вопросу. См.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам // URL: <http://www.zonakz.net/articles/?artid=32502>. Автор настоящего анализа как член президиума Союза адвокатов принимал непосредственное участие в выработке указанной позиции.

В соответствии со ст. 1 Уголовно- процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – «УПК») порядок уголовного судопроизводства на территории Республики Казахстан определяется Конституцией, конституционными законами, УПК, основанном на Конституции и общепризнанных принципах, и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок уголовного судопроизводства, подлежат включению в УПК.

Международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан, а также нормативные постановления Конституционного совета и Верховного суда Республики Казахстан, регулирующие порядок уголовного судопроизводства, являются составной частью уголовно-процессуального права.

Согласно ст. 12 УПК каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод. В соответствии с положениями ст. 26 УПК подозреваемый, обвиняемый имеют право на защиту. Это право они могут осуществлять как лично, так и с помощью защитника, законного представителя в порядке, установленном настоящим Кодексом. Орган, ведущий уголовный процесс, обязан разъяснить подозреваемому, обвиняемому их права и обеспечить им возможность защищаться от обвинения всеми не запрещенными законом средствами, а также принять меры к охране их личных и имущественных прав.

В соответствии со ст. 53 УПК в ходе уголовного судопроизводства могут приниматься предусмотренные законом меры по охране соответствующих сведений, в том числе, составляющих государственные секреты. Как следует из этой же статьи, порядок допуска участников процесса к сведениям, составляющим государственные секреты, определяется законодательством.

Согласно ч. 1 ст. 74 УПК защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, их законными представителями, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Пункт 3 этой же статьи утверждает, что орган, ведущий уголовный процесс, не вправе рекомендовать пригласить в качестве защитника определенное лицо.

Ст. 205 УПК содержит прямое указание на порядок обеспечения сохранности сведений, составляющих государственные секреты: следователь обязан предупредить защитника о недопустимости разглашения без его разрешения имеющихся в деле сведений, о чем отбирается подписка с предупреждением об ответственности. Согласно логике закона, адвокат принимает на себя соответствующие обязательства и должен понести наказание в случае их нарушения.

Исходя из анализа изложенных выше норм Конституции Республики Казахстан и уголовно-процессуального законодательства, можно сделать вывод о том, что порядок вступления адвоката в дело в качестве защитника, как участника уголовного процесса, определен УПК и должен соответствовать положениям Конституции и международным обязательствам Казахстана. Эти правовые документы имеют преимущественную силу по отношению ко всем другим нормативным актам, которые могут применяться только в случае включения их положений в УПК.

При этом следует отметить, что ни в одном законодательном акте нет прямого указания на обязанность адвоката получать допуск к государственным секретам в связи с его участием в уголовном или гражданском судопроизводстве по делам этой категории.

Основным нормативным правовым актом, действующим в области охраны государственной тайны, является Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года № 349-І «О

государственных секретах» (далее – «Закон о государственных секретах»). В нём определяется порядок допуска граждан и должностных лиц к государственным секретам, однако нет ни одного упоминания о допуске к такого рода сведениям адвокатов при осуществлении ими своих профессиональных обязанностей.

Содержание соответствующих положений Закона о государственных секретах (например, ч. 1 ст. 29, ст. ст. 30, 31) позволяет сделать вывод о том, что этот нормативный правовой акт регламентирует порядок допуска к государственным секретам лиц, вступающих в трудовые отношения с предприятиями, учреждениями и организациями, использующими в своей работе сведения секретного характера. Исходя из буквального толкования положений этого нормативного акта, действие Закона о государственных секретах не распространяется на уголовно-процессуальные отношения, возникающие в связи с вступлением в дело адвоката в качестве защитника.

Исходя из описанной выше иерархии нормативно-правовых актов, действующих в Республике Казахстан, поскольку УПК имеет преимущественную силу перед названным законом, и порядок допуска защитника к участию в деле определяется исключительно УПК, в случае нечеткого или пробельного регулирования соответствующих вопросов должны непосредственно применяться нормы УПК как кодифицированного закона.

Кроме того, в ч. 3 ст. 19 УПК прямо говорится, что в пользу обвиняемого должны разрешаться сомнения, возникающие при применении уголовного и уголовно-процессуального законов. В данном случае мы имеем дело с сомнениями в правомерности использования органами уголовного преследования механизмов, ограничивающих конкретное право обвиняемого. Исходя из смысла ч. 3 ст. 19 УПК, отсутствие ограничений на свободный выбор адвоката в законе, должно пониматься, как возможность реализовать это право подозреваемым/обвиняемым непосредственно, без прохождения через необоснованно внедренные в практику заинтересованными ведомствами формальные препятствия.

В соответствии со ст. ст. 29 и 32 Закона о государственных секретах допуск должностных лиц и граждан Республики Казахстан к государственным секретам помимо прочего предусматривает согласие на частичные, временные ограничения права на выезд за пределы республики на срок, предусмотренный трудовым договором при оформлении допуска к государственным секретам, и права на неприкосновенность частной жизни при проведении проверочных мероприятий в период оформления допуска к государственным секретам.

Кроме этого лицо, обращающееся с просьбой о предоставлении допуска к государственным секретам должно предоставить письменное согласие на проведение в отношении себя полномочными органами проверочных мероприятий. В тоже время, согласно ст. 9 Закона о государственных секретах такая специальная проверка отнесена к компетенции органов национальной безопасности. Ст. 29 Закона определяет, что объем проверочных мероприятий зависит от степени секретности сведений, к которым будет допускаться оформляемое лицо.

Таким образом, органы уголовного преследования, а именно органы национальной безопасности, имеют возможность не только оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе, но и получать конфиденциальную информацию об обстоятельствах его частной жизни.

Однако, при этом следует иметь ввиду особенность адвокатской деятельности, состоящую в том, что в общении адвоката с иными лицами невозможно провести четкую грань между его профессиональными и личными контактами, поскольку при этом используются одни и те же технические средства коммуникации: телефон, компьютерные средства связи через Интернет, обычная почта и т.д.

Допускаемое при проведении предусмотренных ст.ст. 29 и 32 Закона о государственных секретах, проверочных мероприятий, вторжение в сферу частной жизни адвоката автоматически является вторжением в сферу его профессиональной деятельности, а значит, нарушает охраняемую законом адвокатскую тайну, к которой относится даже сам факт обращения гражданина за правовой помощью. В этих условиях, очевидно, что адвокат, соблюдающий юридические и нравственные стандарты профессии, не может согласиться с ограничениями, налагаемыми процедурой получения допуска к государственным секретам ибо в случае такого согласия ставит под угрозу права и интересы своих доверителей, в том числе третьих лиц, не имеющих отношения к делам, связанным с государственными секретами.

Очевидно, что искусственно созданные в судопроизводстве процедуры прохождения адвокатов через сито допуска к государственным секретам посягают на особый правовой статус адвоката, основой которого является обязанность хранить адвокатскую тайну и не совершать действий, противоречащих интересам лиц, обратившихся за юридической помощью.

Регламентированный в секретной инструкции и потому нетранспарентный и неясный для адвокатов порядок выдачи допусков дает возможность создавать препятствия защитникам, неудобным органу расследования, является неформальным фильтром для вхождения в дело, грубо и необоснованно нарушает право обвиняемого на выбор адвоката. Адвокатура вполне справедливо считает, что такой порядок в определенной степени подчиняет профессиональных защитников решениям органов национальной безопасности, что прямо противоречит закрепленному в международном праве положению о независимости адвокатской профессии и нарушает фундаментальный принцип равноправия сторон в уголовном процессе.

Адвокат, выполняя важную социальную миссию, состоящую в оказании гарантированной Конституцией квалифицированной юридической помощи и защите прав и свобод граждан, имеет особый правовой статус, установленный Законом Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности» (далее – «Закон об адвокатской деятельности»).

В соответствии со ст. 1 Закона об адвокатской деятельности адвокатура в Республике Казахстан призвана содействовать реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией Республики Казахстан права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение квалифицированной юридической помощи.

Как установлено ст. 3 указанного Закона, организация и деятельность адвокатуры основываются на следующих принципах:

- 1) независимость адвокатов при осуществлении своей деятельности;
- 2) осуществление адвокатской деятельности методами и средствами, не запрещенными законодательством;
- 3) недопустимость вмешательства в деятельность адвокатов со стороны прокуратуры, судов, органов дознания и предварительного следствия, других государственных органов, иных организаций и должностных лиц, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами;

4) соблюдение норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны.

Любые ограничения этих принципов носят недопустимый характер, ибо они в конечном итоге ведут к неправомерному и необоснованному ущемлению права на защиту и квалифицированную юридическую помощь.

Обращаем также внимание на положение ч. 4 ст. 14 Закона об адвокатской деятельности, согласно которому государственный орган или должностное лицо не могут отказать в признании права адвоката представлять интересы лица, обратившегося за юридической помощью. В соответствии с ч. 1 ст. 17 этого же Закона вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую в соответствии с законодательством, либо препятствование этой деятельности каким бы то ни было способом запрещается. Полагаем, что содержание этих норм говорит само за себя и в дополнительном комментировании в свете рассматриваемой проблемы не нуждается.

Пункт 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, предусматривает такие гарантии деятельности адвокатов как:

- а) возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства;
- б) возможность свободно путешествовать и консультировать клиента в своей стране и за границей;
- в) невозможность наказания или угрозы такового обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

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

Предусмотренная Законом о государственных секретах необходимость добровольного обращения гражданина с просьбой об оформлении допуска к работе с государственными секретами и согласия с предусмотренными этим законом ограничениями для адвоката неприемлема, поскольку предполагает возможность спецслужб по собственному усмотрению, то есть, произвольно, ограничивать выезд адвоката за пределы Республики Казахстан, иными способами вмешиваться в его деятельность, что явно противоречит гарантиям, указанным в пункте 16 Основных положений о роли адвокатов.

Таким образом, можно заключить, что в национальном законодательстве нет прямого требования к защитнику о получении им допуска к государственным секретам, как обязательного условия вступления в дело. При этом, в отраслевом нормативном акте закреплено несколько норм, прямо запрещающих неправомерные ограничения полномочий адвокатов и вмешательства в их деятельность. В уголовно-процессуальном законе также в перечне оснований для его устранения из дела (ст. 97 УПК) нет такого основания, как «отсутствие у защитника допуска к государственным секретам». Международное право не признает какие-либо исключения для применения права на свободный выбор адвоката по соображениям секретности. Возможность самостоятельного выбора адвоката, закрепленная в п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, однозначно противоречит установленной органами национальной безопасности практике запрета гражданам на обращение к адвокатам, не имеющим допуска к государственным секретам.

Очевидно, что эта практика исторически изжила себя и неуместна в правовом демократическом государстве, которым провозглашает себя Республика Казахстан.

Второй стороной данной проблемы является использование в судопроизводстве неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс составления этих списков носит абсолютно нетранспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение, которое фактически тоже носит непроцессуальный характер, явно сужает возможности гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор наиболее квалифицированного, по его мнению, адвоката.¹² Не понятно кто, на каком основании составляет такие списки, и по каким именно критериям адвокаты в эти списки попадают. На самом деле эта традиция является близкой не только к упомянутым выше методам советских чекистов, но и похожа на действия латиноамериканских военных хунт второй половины 20-го века.

В частности, КПЧ в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомерной. Например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.¹³

Следует подчеркнуть, что право на доступ к адвокату по своему выбору признается Комитетами ООН как одна из гарантий от применения пыток и иных жестоких и бесчеловечных форм обращения и наказания. Так, например, Комитет ООН против пыток выразил обеспокоенность положением в законодательстве Китайской Народной Республики, которое по делам, затрагивающим государственные секреты, позволяет государственным органам отказывать обвиняемым в их праве на защиту в нарушении обязательства о предотвращении пыток. Комитет ООН против пыток сделал рекомендацию в отношении КНР о том, что государство должно обеспечить право каждого подозреваемого/обвиняемого на немедленный доступ к адвокату, где возможно по своему усмотрению, включая уголовные дела, затрагивающие государственные секреты.¹⁴

Другим настораживающим фактом в использовании режима секретности в уголовном судопроизводстве является отсутствие гарантий обоснованности засекречивания материалов дела и правомочности ограничения доступа участников процесса к этим материалам.¹⁵ В соответствии со ст. 21 Закона о государственных секретах на носителей сведений, составляющих государственные секреты, наносятся реквизиты, включающие следующие данные:

¹² Более подробные аргументы по этому вопросу см.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам // URL: <http://www.advokatura.kz/news/591/>

¹³ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека. // URL: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

¹⁴ Concluding observations of the Committee against Torture CHINA, (CAT/C/CHN/CO/4), 21 November 2008. // URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/CAT.C.CHN.CO.4.pdf>

¹⁵ Адвокат Мухтара Джакишева: Никаких государственных секретов в деле нет. Интернет портал Nur Kz, 17 февраля 2010 г. // URL: <http://news.nur.kz/143747.html>

- о степени секретности содержащихся в носителе сведений со ссылкой на соответствующий пункт действующего в данном государственном органе или организации перечня сведений, подлежащих засекречиванию;
- о государственном органе или организации, осуществивших засекречивание носителя;
- о регистрационном номере;
- о дате или условии рассекречивания сведений либо о событии, после наступления которого сведения будут рассекречены.

При невозможности нанесения таких реквизитов на носители сведений, составляющих государственные секреты, эти данные указываются в сопроводительной документации на этих носителях.

В соответствии со ст. 17 Закона «О государственных секретах» не подлежат засекречиванию сведения о фактах нарушения прав и свобод гражданина; о фактах нарушения законности государственными органами и организациями, их должностными лицами.

Очевидно, что материалы дела, содержащие государственные секреты, должны быть сепарированы от документов, не имеющих грифа, и ограничение на доступ к материалам дела должно действовать для лиц, не имеющих соответствующего допуска, только в части, касающейся секретных сведений и, возможно, ссылок на них. Однако, на практике, как правило, ограничивается доступ ко всему делу, в том числе к той его части, которая к секретам никакого отношения не имеет. Очевидно, что это является примером злоупотребления процедурами засекречивания и недопустимо с точки зрения стандартов справедливого уголовного процесса. Полагаем, что проблема соблюдения прав человека по делам, связанным с государственными секретами, должна решаться в комплексе, в том числе посредством конкретизации ограничений, применяемых при ознакомлении с материалами дела и их копировании участниками процесса.

Необходимо отметить, что в Российской Федерации вопрос о доступе к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственной тайной, был решен в пользу соблюдения этого права без использования излишних и несправедливых ограничений. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 8-П от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина указал:

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

Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск, обусловленные распространением положений ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» на сферу уголовного судопроизводства, неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника (статья 48

Конституции Российской Федерации, статья 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах). Указанные конституционные права в силу статьи 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах».¹⁶

В настоящее время в соответствии со ст. 21.1 Федерального Закона Российской Федерации «О государственной тайне» с изменениями от 6 октября 1997 г. адвокаты, участвующие в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну, допускаются к такого рода сведениям без проведения проверочных мероприятий. Указанные лица предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее разглашения, о чем с них берется соответствующая расписка. Сохранность государственной тайны в таких случаях гарантируется путем установления ответственности указанных лиц федеральным законом.¹⁷

Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами. Кроме того, российский опыт показал, что такой механизм регулирования данных правоотношений достаточно разумен и вполне эффективен.¹⁸ Даже заместитель Генерального прокурора Республики Казахстан признал возможность его использования в нашем законодательстве.¹⁹

В связи с проходящей в настоящее время работой по созданию нового УПК, имели место определенные надежды на то, что в проекте этот вопрос найдет свое разрешение. Однако, исходя из анализа ст. ст. 39 и 57 версии проекта УПК, опубликованной в открытых источниках на момент подготовки настоящего анализа, становится понятно, что пока никаких идей по поводу приведения отечественного законодательства в соответствие с действующими в этой области международными стандартами не предложено.

Попытки Министерства юстиции на практическом уровне урегулировать ситуацию,²⁰ также не снимают с повестки дня наиболее острых вопросов, касающихся соблюдения

¹⁶ Цит. по: Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С.603.

¹⁷ Более подробно см.: Н.М. Кипнис. Правовое регулирование допуска адвокатов к участию в уголовных делах, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственную тайну (национальное законодательство и нормы международного права). Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С. 576-598.

¹⁸ Некоторые представители адвокатуры поддерживают эту идею. Так, по мнению старшего партнера адвокатской конторы «Назханов & Партнеры» «...любой защитник должен получать допуск к делам с госсекретами, и для этого не нужно просить разрешения у КНБ, который выдает их или не выдает на основании каких-то внутренних инструкций. Ситуация с допусками противоречит Конституции, которая дает каждому гражданину право на получение квалифицированной юридической помощи, помощи от того защитника, с которым человек хочет сотрудничать. Пусть защитник дает подписку о неразглашении государственных секретов. Если он нарушит запрет - привлекайте его к ответственности...». Бизнесмены под прицелом УПК. Forbes Казахстан. 31 августа 2013 г. URL: http://forbes.kz/process/expertise/biznes_-_pod_pritselom_upk

¹⁹ См.: ИА Новости-Казахстан. 28.02.2013 г. Астана. Меркель считает российское решение проблемы допуска адвокатов к госсекретам приемлемым для РК. URL: <http://newskaz.ru/politics/20130228/4825104.html>

²⁰ Так, например, в письме Ответственного секретаря Министерства юстиции Республики Казахстан Бекетаева М. начальникам департаментов юстиции областей, направленном в АГКА заместителем начальника Департамента юстиции г. Алматы К. Базарбаевым 8 ноября 2012 г. (№ и-3789-12) // URL: <http://www.agka.kz/navigation/cWaLM7RS.pdf>) признается факт того, что «...в настоящее время в действующем законодательстве отсутствует подробная регламентация порядка доступа адвокатов к государственным секретам, одновременно отсутствует и запрет на такие действия и решения». В

независимости адвокатов и гарантий их деятельности. Считаем, что такое положение вещей нуждается в скорейшем исправлении и надеемся, что сформулированные в настоящем анализе рекомендации будут приняты к сведению уполномоченными государственными органами.

Подводя итог вышеизложенному, допустимо предположить, что с одной стороны специфика правового статуса адвоката, по роду своей профессиональной деятельности вынужденного хранить адвокатскую тайну, не допускает как с юридической, так и с этической точки зрения возможность проведения в отношении него специальных проверочных мероприятий и ограничений в его перемещении и общении.

С другой стороны, безусловно, некие механизмы правовой и организационной ответственности адвоката за разглашение им сведений, содержащих государственные секреты, должны существовать. Учитывая, что в своей повседневной деятельности адвокаты, как правило, не нуждаются в постоянном допуске к государственным секретам и не сотрудничают с носителями такой информации, наложение на них обременений, предусмотренных ст. 205 УПК, а именно, получение от адвокатов подписки о неразглашении таких сведений, вполне достаточно для обеспечения необходимого режима секретности по уголовным делам.

В целях усиления гарантий надлежащего поведения адвокатов-носителей государственных секретов, считаем возможным усилить уголовную ответственность за разглашение ими таких сведений, дополнив соответствующую норму Уголовного кодекса Республики Казахстан необходимым квалифицирующим признаком (специальным субъектом).

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

Следует помнить, что практика ограничения обвиняемого в его общении с адвокатом прямо противоречит решениям Комитета ООН по правам человека. Так, в частности КПЧ постановил, что «все задержанные должны иметь немедленный доступ к адвокату».²¹ Кроме этого, в Общих комментариях Комитета говорится, что «немедленный и регулярный доступ к адвокату является для задержанного важной гарантией против пыток, неподобающего обращения, вынужденного признания и других злоупотреблений».²²

Сформулированный в статье 1 Конституции Республики Казахстан постулат о том, что человек, его жизнь, права и свободы являются высшей ценностью в нашей стране,

письме описываются организационные нюансы оформления допуска адвокатов к секретным сведениям, однако, к сожалению, не решаются такие принципиальные проблемы, как устранение зависимости в этом вопросе адвокатуры от органов национальной безопасности, неприменения дискриминационных ограничений статуса адвокатов, запрета использования списков «адвокатов с допусками» и др. Отрадно, что Министерство юстиции прилагает усилия к урегулированию этого вопроса, но опасаемся, что без изменения самого законодательства, действия профильного ведомства в этом направлении все равно не будут в достаточной степени эффективными.

²¹ См. Заключительные Выводы КПЧ: Грузия, UN Doc. CCPR/C/79/Add/74, 9 апреля 1997г., пар. 28.

²² См. Общие комментарии КПЧ 20, пар. 11; Доклад Специального докладчика ООН по вопросам применения пыток, (E/CN.4/1992/17), 17 декабря 1991г., пар. 28.

предполагает решение вопроса о защите государственных секретов в уголовном процессе только на основе безусловного уважения таких фундаментальных стандартов справедливого уголовного процесса как право на квалифицированную юридическую помощь и защиту посредством адвоката по собственному выбору.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Применяемые органами национальной безопасности ограничения в допуске адвокатов к делам, содержащим государственные секреты, не соответствуют законодательству Республики Казахстан и нормам ратифицированных нашей страной международных договоров. Эти ограничения не предусмотрены Конституцией, международным правом и УПК, носят дискриминационный, неправомерный характер, противоречат принципам независимости адвокатской профессии, адвокатской тайны и недопустимости вмешательства в законную деятельность адвокатов, нарушают такие фундаментальные права человека, как: право на защиту, право на получение квалифицированной юридической помощи и право на справедливое судебное разбирательство.
2. Практика применения в судопроизводстве списков адвокатов с допусками к государственным секретам и рекомендация этих адвокатов подозреваемым/обвиняемым по делам этой категории носит неправомерный и дискриминационный как по отношению к привлеченным к уголовной ответственности лицам, так и к адвокатам, характер.
3. Практика необоснованного и неограниченного конкретными законными рамками засекречивания всех материалов уголовных дел рассматриваемой категории препятствует полноценной реализации права обвиняемого иметь достаточные возможности для подготовки своей защиты и потому подлежит корректировке.
4. Для обеспечения права на защиту при помощи выбранного самим обвиняемым защитника по делам, связанным с государственными секретами, целесообразно использовать опыт, сформированный в Российской Федерации на основе Постановления № 8-П от 27 марта 1996 г. Конституционного Суда, в соответствии с которым в процессуальном законодательстве предусмотрена возможность вступления адвоката в дела этой категории после предоставления соответствующей подписки о неразглашении сведений, составляющих охраняемую законом тайну.
5. Предлагаем внести изменения, дополнения в уголовно-процессуальное законодательство примерно следующего содержания:

Статья _____. Сохранение конфиденциальности и государственных секретов

1. При наличии в материалах дела сведений, относящихся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, адвокат дает письменное обязательство о неразглашении данных сведений и удостоверяет факт предупреждения его о предусмотренной законом ответственности за такое разглашение. Письменное обязательство отбирается органом ведущим уголовный процесс в момент вручения адвокатом ордера на ведение уголовного дела.
2. Перечень и содержание документов, приобщенных к материалам дела и содержащих сведения, относящиеся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, должен быть конкретно определен органом,

ведущим уголовный процесс, о чем на каждой странице документа или на ином носителе такой информации должна быть сделана соответствующая отметка. Необоснованное засекречивание материалов уголовного дела, не содержащих охраняемую законом тайну, не допускается.

Сентябрь 2013 г.