

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2008

ЕЖЕГОДНИК
Центра исследования
правовой политики
2008

Алматы
2009

УДК 340
ББК 67.0
Е 36



Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы,
2009 — 328 с.

ISBN 978-601-7162-08-5



Настоящий Ежегодник содержит аналитические материалы, подготовленные экспертами Центра исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre). Публикация Ежегодника осуществлена при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в Ежегоднике, могут не совпадать с позицией ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

Ежегодник предназначен для представителей законодательной, судебной и исполнительной ветвей власти, ученых, преподавателей, практикующих юристов, активистов гражданского общества и читателей, проявляющих интерес к правовым вопросам. Электронная версия ежегодника размещена на сайте www.lprc.kz.

УДК 340
ББК 67.0

1202000000
00(05)-09

ISBN 978-601-7162-08-5

© Центр исследования правовой политики, 2009

СОДЕРЖАНИЕ

К ЧИТАТЕЛЮ

КАНАФИН Д. К. Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста»

КАНАФИН Д. К. Экспертное заключение по Указу президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 года «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан»

ПАШИН С. А. Экспертное заключение по Указу президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и Постановлению Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан»

ГОЛОВКО Л. В. Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по совершенствованию уголовного, уголовно-процессуального законодательства, законодательства о защите лиц в уголовном процессе и об оперативно-розыскной деятельности»

ГОЛОВКО Л. В. Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам смертной казни»

ГИЛИНСКИЙ Я. Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» и проект Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений»

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего совершенствования системы исполнения наказаний и уголовно-исполнительной системы», *Центр исследования правовой политики*

ПАШИН С. А. Сравнительный анализ законодательства стран Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан) о введении судебного санкционирования ареста

Аналитический доклад «Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан 2000-2008 годах: современное состояние и перспективы развития», *Центр исследования правовой политики*

ПОДОПРИГОРА Р. Аналитический доклад «Либерализация уголовной политики и реформирование законодательства об административных правонарушениях в Республике Казахстан»

ГОЛОВКО Л. В. Аналитическая записка «Институт судебного контроля за предварительным заключением под стражу в континентальных формах уголовного процесса»

БАНЧУК О. А. Аналитическая записка «Право об административных нарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского суда по правам человека и стандарты Совета Европы»

КОВАЛЕВ Н. П. Аналитическая записка «Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм»

КАНАФИН Д. К. Обзорный документ «Юридическая профессия в Казахстане»

ХАКИМОВ Р. М. Обзорный документ «Юридическая профессия в Кыргызстане»

УСМАНОВА М. С. Обзорный документ «Юридическая профессия в Таджикистане»

Отдельные показатели уголовной и уголовно-исполнительной статистики в Республике Казахстан (2000–2008 гг.), *Центр исследования правовой политики*

К ЧИТАТЕЛЮ

Демократические ценности, основанные на принципах гуманизма и уважения прав личности, подпирают собой здание современной цивилизации и служат барьером, отделяющим человечество от призраков тоталитарного прошлого. В странах переходного периода эти идеи нуждаются в особой защите и поддержке, поскольку массовое сознание, государственные институты и правовая традиция, пока еще не избавились от атавизмов советского прошлого, гражданское общество слабо и аморфно, механизмы народовластия не развиты, машина государственного принуждения не ограничена должным образом рамками законности и целесообразности.

Республика Казахстан за последние годы немало сделала для дальнейшей гуманизации законодательства и правоприменительной практики, особенно в сфере уголовного правосудия. Позитивными шагами в этом направлении можно назвать ратификацию Факультативного протокола к Международному пакту ООН о гражданских и политических правах (2009 год) и Факультативного протокола к Конвенции ООН против пыток (2008 год), введение судебного санкционирования ареста, создание суда присяжных. Отрадно последовательное признание нашей страной общепринятых в цивилизованном мире стандартов справедливого правосудия. Очевидно, что эти инициативы заслуживают одобрения и поддержки, свидетельствуют о наличии у руководства Казахстана доброй воли на дальнейшее присоединение к международным правозащитным механизмам.

Вместе с тем мы вынуждены констатировать, что в то же самое время основной вектор законодательных инициатив правоохранительных ведомств был направлен в сторону дальнейшего правоограничения и расширения полномочий государственных органов, усиления наказания и ослабления гарантий прав и свобод личности. В качестве примеров такого наступления на демократические институты можно назвать введение в качестве наказания пожизненного лишения свободы за преступления в сфере незаконного оборота наркотических средств, расширение возможностей правоохранительных органов по прослушиванию переговоров граждан. В области правоприменения настораживает тенденция роста количества заключенных в пенитенциарных учреждениях и стабильно низкий процент оправдательных приговоров в судах.

Полноценная судебно-правовая реформа не может и не должна осуществляться только в интересах государственных ведомств, без учета потребностей и чаяний гражданского общества. Процесс принятия законов должен носить публичный характер, народ Казахстана вправе принимать в нем участие посредством обсуждения на публичных форумах и в средствах массовой информации, изучения мнения представителей науки и политических деятелей. Для обеспечения качества правотворческой деятельности важно привлечение экспертных кругов и создание открытых дискуссионных площадок.

Центр исследования правовой политики — созданная в 2008 году неправительственная организация, главной целью которой является продвижение либеральных реформ в области права. Одно из основных направлений нашей деятельности — влияние на процесс принятия решений по вопросам правовой политики посредством проведения исследований и экспертного обсуждения.

В рамках указанных задач Центр в 2008 году активно участвовал в анализе законопроектов и общественной полемике по поводу законотворческих инициатив государственных органов в сфере прав человека и демократических стандартов справедливого судопроизводства. Осознавая необходимость диалога и применения прогрессивных научных технологий в деле совершенствования национального законодательства, Центр исследования правовой политики сделал упор на широком вовлечении в процесс оценки нормативных актов лучших представителей юридической науки, создании условий для квалифицированного и свободного обмена мнениями по наиболее актуальным вопросам правовой реформы. В рамках проектов Центра были проведены круглые столы, конференции и экспертные встречи с участием членов Парламента, Верховного суда, Конституционного совета, сотрудников администрации президента и других государственных ведомств Республики Казахстан, экспертов, уче-

ных и общественных деятелей. При поддержке Центра проведены экспертные оценки целого ряда законопроектов, подготовлены и распространены среди заинтересованных лиц аналитические материалы по наиболее актуальным вопросам правотворчества.

Настоящий ежегодник представляет собой сборник документов научно-практического характера, разработанных экспертами Центра в течение 2008 года, и в определенной степени отражает результаты работы нашей организации за данный период. Главная цель этой публикации — донести до людей, принимающих решения в области правовой политики, мнение гражданского общества, обеспечить процесс нормотворчества научной поддержкой, а также оказать содействие дальнейшему продвижению начал гуманизма и демократии в судебно-правовой реформе в Республике Казахстан. Мы надеемся, что разумные идеи, высказанные авторами ежегодника, найдут свое воплощение в законодательстве и послужат процветанию стран Центральной Азии.

Данная публикация предназначена для представителей законодательной, судебной и исполнительной ветвей власти, ученых, преподавателей, практикующих юристов и активистов гражданского общества.

Вера ТКАЧЕНКО, директор Центра исследования правовой политики

Д.К. Канафин, к.ю.н., доцент

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста»¹

Предметом настоящего исследования является текст законопроекта, возвращенный Сенатом в Мажилис Парламента Республики Казахстан для дальнейшей доработки.

Целью анализа является определение степени соответствия предлагаемой в проекте закона процессуальной формы судебного санкционирования ареста международным стандартам справедливого уголовного процесса, таким как: право на слушание дела независимым, компетентным и беспристрастным судом, право на защиту и квалифицированную юридическую помощь, равенство сторон и др. Порядок применения меры пресечения также рассмотрен через призму соответствия его основным параметрам процедуры *Habeas Corpus*.

Анализ и рекомендации

1. Имплементация в законодательство Казахстана стандартов справедливого уголовного процесса, установленных Международным пактом о гражданских и политических правах, безусловно, является позитивным шагом, заслуживающим одобрения и всемерной поддержки. Внесение изменений в Конституцию Республики Казахстан от 25 мая 2007 года, согласно которым санкционирование ареста передается в компетенцию суда, относится к числу шагов, направленных на развитие упомянутых стандартов. Судебное санкционирование ареста по сути своей представляет основную форму реализации института *Habeas Corpus*, имеющего ярко выраженную демократическую природу и потому сохранившего свою эффективность в течение многих столетий.

Согласно теории разделения властей, являющейся фундаментом, на котором покоятся здания современных демократий, основное предназначение судебной ветви – разрешение правовых конфликтов, в том числе между гражданином и органами исполнительной власти. Судебное санкционирование ареста в определенной степени есть способ регулирования спора между правоохранительными структурами, настаивающими на ограничении права на личную неприкосновенность, и гражданином, не согласным с посягательством государства на это право. Очевидно, что в такой ситуации только суд в состоянии выступить в качестве независимого арбитра. Поэтому предусмотренная законопроектом передача полномочий по санкционированию ареста в компетенцию суда, соответствует демократическому духу международных стандартов и предполагает наиболее приемлемый с точки зрения должного обеспечения прав человека порядок применения данной меры пресечения. При детализа-

¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Представительства *Freedom House* в Республике Казахстан 8 апреля 2008 года.

ции в национальном законодательстве процедуры судебного санкционирования важно закрепить весь комплекс гарантий соблюдения права человека на неприкосновенность личности и сохранить в полном объеме правозащитный потенциал этого института.

Представленный на исследование законопроект помимо прочих критериев, на наш взгляд, в первую очередь должен быть оценен с точки зрения его соответствия идее *Habeas Corpus*. В свете последних изменений в Конституцию Республики Казахстан, а также введения судебного санкционирования в уголовный процесс Узбекистана и Кыргызстана ссылки на указанный термин стали очень популярными. Однако насколько предложенный разработчиками законопроекта порядок судебного санкционирования соответствует духу этой древней процедуры?

Habeas Corpus в переводе с латинского означает: «пусть ты имеешь тело». Формально основой для возникновения этого института стали положения Великой Хартии вольностей, подписанной Иоанном Безземельным под давлением баронов в 1215 году. Согласно ст. 39 этого документа: «Ни один свободный человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен владения, или объявлен вне закона, или изгнан, или каким-либо иным способом обездолен, и мы не пойдём на него и не пошлём на него иначе как по законному приговору равных его и по закону страны».

В специальной литературе вопрос о том, когда процедура *Habeas Corpus* начала применяться, носит дискуссионный характер. Некоторые авторы утверждают, что юридическая основа этого института была заложена еще в общем праве англосаксов, и этим последнее сильно отличается от европейского права, развившегося из римского (юстинианского) права, ставившего общественную власть выше, чем интересы индивидуума².

По мнению известного дореволюционного исследователя британского права В.Ф. Дерюжинского, несмотря на отдельные сведения о том, что этот институт существовал в Англии еще до Великой Хартии, этот факт не подтвержден солидными данными, и «с полной достоверностью известно, что приказ *H. Corpus* был в частом употреблении в первой половине XV века; в это время судьи уже свыклись с ним и прекрасно понимали его значение»³. Однако процессуальная форма применения приказа не была четко определена, использование этого института оставлялось на усмотрение суда. Поскольку судьи до Английской буржуазной революции не обладали реальной независимостью, в условиях абсолютной монархии использовать весь правозащитный потенциал данного института не представлялось возможным.

Полное юридическое оформление процедуры судебной проверки законности ареста произошло в «Акте о лучшем обеспечении свободы подданного и о предупреждении заточений за морями» (*Habeas Corpus Act*), принятом 26 мая 1679 года английским парламентом. В этой связи для настоящего анализа интересной представляется практика, сформировавшаяся в результате применения *Habeas Corpus* со времен Английской буржуазной революции по настоящее время и то, в каком виде этот институт нашел свое закрепление в международном праве прав человека.

В соответствии с *Habeas Corpus Act* каждый задержанный человек мог лично или через лиц, действующих в его интересах, требовать от суда выдачи приказа *Habeas Corpus*, суть которого состояла в требовании к должностному лицу учреждения, в котором находилось лишенное свободы лицо (шерифу, тюремщику, надзирателю и т.п.), «...доставить или велеть доставить личность арестованного к лорду-канцлеру или лорду-хранителю печати Англии, или к судьям, или к баронам того суда, откуда будет выдан означенный приказ и одновременно удостоверить истинные причины задержания или заключения»⁴. Иными словами, данный закон давал каждому подданному британской короны право на проверку судом законности и обоснованности задержания. При этом лишенному свободы предоставлялась возможность предстать перед судом лично и выслушать причины, по которым он заключен под стражу. Следует иметь в виду, что согласно устоявшейся традиции, судья рассматривал вопрос о законности задержания через призму интересов гражданина, а не государственного органа или частного лица, осуществившего задержание (*The judge is the counsel for the prisoner*)⁵. Таким образом, процедура *Habeas Corpus* практически представляет собой форму судебного контроля за соблюдением прав человека при задержании.

Данный институт подробно описан в современном международном праве прав человека, в практике международных судебных органов детализированы нюансы его применения. В соответствии со 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 должност-

² Robertson, J. D. Habeas Corpus The most extraordinary writ. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.habeascorpus.net/asp/>.

³ Дерюжинский В.Ф. Habeas Corpus. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.vehi.net/brokgauz/all/024/24346.shtml>.

⁴ Акт о лучшем обеспечении свободы подданного и о предупреждении заточений за морями. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.krotov.info/acts/17/3/16790526.html>.

⁵ См. Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права / Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – СПб.: «Альфа», 1995. – С. 422.

ному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение»⁶.

Авторы Руководства Международной амнистии по справедливому судопроизводству называют следующие цели этой процедуры:

- определить, имеются ли достаточные правовые основания для ареста;
- определить, является ли необходимым задержание до суда;
- обеспечить нормальные условия для задержанного;
- предотвратить нарушения основных прав задержанного⁷.

Согласно, установившейся традиции обеспечивается незамедлительное доставление лица в суд для решения вопроса о законности его задержания. Согласно п. 3 ст. 5 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод: «Каждый задержанный или заключенный под стражу в соответствии с подпунктом (с) пункта 1 настоящей статьи **незамедлительно** (выделено мной – Д.К.) доставляется к судье или к иному должностному лицу, наделенному согласно закону судебной властью, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда».

Под «незамедлительностью» понимается максимально короткий промежуток времени между лишением свободы человека и его появлением перед судьей для рассмотрения вопроса о законности задержания. Так, например, Европейский суд по правам человека указал, что содержание лица под арестом в течение четырех дней и шести часов не соответствовало этому требованию⁸. Во многих демократических странах, как правило, срок доставления в суд задержанного не превышает 48 часов⁹.

Сопоставление вышеперечисленных стандартов применения института *Habeas Corpus* и порядка судебного санкционирования ареста, предлагаемого рассматриваемым законопроектом в Казахстане, позволяет сделать вывод о его не соответствии общепринятому в международном праве толкованию. Очевидно, что сохранившаяся с советских времен дифференциация мер принуждения на задержание и арест в действительности не соответствует правовой природе *Habeas Corpus*, поскольку предполагает две различные формы ограничения права на личную свободу и не предусматривает при этом единого механизма защиты гражданина от необоснованного применения этих мер.

Так, в частности, согласно устоявшемуся инквизиционному порядку досудебного лишения свободы в ходе предварительного расследования, возможно задержание лица по подозрению в совершении преступления на срок до 72 часов при наличии установленных в законе оснований. Задержание относится к компетенции следователя или дознавателя, при этом закон прямо не обязывает суд проверять правомерность и обоснованность его применения. Надзор за законностью задержания остается в сфере ответственности прокуратуры. В соответствии с законопроектом, если следователь, орган дознания или прокурор признают арест необходимым, они выносят соответствующие постановления. Прокурор обосновывает перед судом позицию следствия. Суд, рассматривая обращение надзорного органа, либо дает санкцию на арест, либо отказывает в этом (ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан). Таким образом, суд выполняет роль субъекта, соглашающегося или не соглашающегося с предложением стороны обвинения о заключении под стражу подозреваемого, обвиняемого. Теоретически можно предположить, что если органы следствия (дознания) решат не арестовывать подозреваемого, обвиняемого, и применяют в отношении него меру пресечения, не связанную с заключением под стражу, то суд вообще будет лишен возможности оценить законность задержания. Значит, в этом случае процедура *Habeas Corpus* не будет применена. Очевидно, что предлагаемая модель судебного санкционирования ареста в действительности носит ограниченный, ущербный характер, так как не гарантирует гражданину право во всех случаях лишения его свободы предстать перед судом и выслушать мнение органа правосудия о правомерности действий обвинителей. Это прямо противоречит содержанию ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, где прямо говорится, что «**Каждое** (выделено мной – Д.К.) арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье...».

Мы вынуждены признать, что во всем законопроекте нет прямого указания на то, что суд обязан оценивать законность и обоснованность задержания. Такой порядок явно противоречит п. 4 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, в котором сказано: «Каждому, кто лишен

⁶ Международный пакт о гражданских и политических правах; принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН 16.12.1966 года / Права человека: сборник международных документов. – Варшава, 2002. – С. 90.

⁷ Руководство по справедливому судопроизводству. Международная амнистия. – М.: Издательство «Права человека», 2003. – С. 49.

⁸ Там же. – С. 50.

⁹ См. Замечания к законопроекту Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста», Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ), Варшава, 17 сентября 2007 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.lexkz.net/UserFiles/File/noteKAZarrestlawsept2007.pdf>.

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». По законопроекту суд практически не наделен в должном объеме полномочиями защищать законность и конституционные права граждан, то есть осуществлять полноценный судебный контроль за расследованием, суд здесь просто сведен до уровня хранителя печати, с надписью «санкционирую». Очевидно, что предлагаемая законопроектом процедура не соответствует содержанию института *Habeas Corpus* и нуждается в доработке.

Рекомендация: необходимо предусмотреть такой порядок судебного санкционирования, при котором каждый задержанный в порядке ст. 132 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан гражданин не позднее 48 часов с момента реального лишения свободы доставлялся в суд и участвовал совместно с приглашенным или назначенным судом защитником в оценке обоснованности и законности произведенного задержания, имея при этом возможность, не только узнать аргументы стороны обвинения, но также подготовить и представить свои доказательства в пользу защитительной версии. Аналогичный порядок следует предусмотреть и применительно к административному задержанию за правонарушения, наказываемые административным арестом.

2. В качестве другого критического замечания по существу законопроекта, считаем необходимым указать на следующее. Предполагается, что принимать решение о санкционировании ареста будут судьи районного суда (ч. 5 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан проекта Закона). Очевидно, что это будут судьи, находящиеся в одном составе с судьями, которые впоследствии будут рассматривать это дело по существу. Авторы законопроекта игнорируют тот факт, что судьи, работающие в одном коллективе, связаны друг с другом неформальными отношениями, взаимными обязательствами, в том числе, возможно, и коррупционного характера. Согласно сложившейся практике, оценка качества работы судьи и его карьерный рост основан на учете количества отмененных судебных решений. Кроме того, оправдание лица, в отношении которого был применен арест, автоматически влечет ответственность всех должностных лиц, принимавших решение об его применении. Таким образом, судья, рассматривающий дело по существу, вынося оправдательный приговор в отношении арестованного подсудимого, создает проблемы для своего коллеги, ранее санкционировавшего арест, так как принимает решение прямо противоположное по содержанию и фактически отменяющее ранее вынесенное решение о заключении обвиняемого под стражу. В условиях отечественной системы правосудия это приведет к усилению репрессивных начал уголовного процесса, поскольку корпоративная солидарность судей, скорее всего, будет препятствовать вынесению оправдательных приговоров по арестантским делам. И без того чрезвычайно низкий процент оправданий может еще более сократиться. Кроме этого, законопроект, к сожалению, вообще не исключает возможности решения вопроса о санкции и рассмотрении дела по существу одним и тем же судьей, что ставит под еще большую угрозу соблюдение принципа объективности и беспристрастности отправления правосудия.

Рекомендация: для устранения этой проблемы необходимо создать специализированные суды, организационно не связанные с районными и приравненными к ним судами, и ответственные только за соблюдение законности и прав граждан на предварительном следствии. Такое решение в перспективе подготовило бы судебную систему к передаче санкционирования всех иных следственных действий и мер принуждения, ограничивающих конституционные права и свободы граждан.

3. Отрадно, что законопроект предполагает поэтапное решение вопроса об избрании ареста в качестве меры пресечения: следователь обращается к прокурору с просьбой о применении этой меры пресечения, после чего прокурор, если он согласен с решением следователя, ходатайствует об этом в суде. Такой порядок заслуживает поддержки, поскольку предоставляет возможность государственному обвинению осуществлять контроль над законностью и обоснованностью применения ареста и солидарно распределяет ответственность за использование наиболее суровой меры государственного принуждения между органами уголовного преследования. Кроме того, участие прокурора явится дополнительным фильтром, через который не пройдут дела явно не нуждающиеся в применении ареста, что в целом снизит нагрузку на судебную систему. Однако вызывает сомнение целесообразность предоставления возможности органу предварительного расследования обжаловать решение прокурора у вышестоящего прокурора (ч. 3 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан). Такого рода полномочия следователя излишне усложняют процедуру судопроизводства, создают условия для ненужной волокиты и бюрократизации процесса. Очевидно, что в абсолютном большинстве случаев такого обжалования вовсе не будет, поскольку следователи не заинтересованы в ухудшении отношений с надзирающим органом.

Рекомендация: исключить из законопроекта норму о возможности обжалования отказа прокурора в даче согласия на избрание меры пресечения у вышестоящего прокурора.

4. Законопроект не регламентирует возможности стороны защиты по представлению оправдательных доказательств. Не предусмотрено право этой стороны на ознакомление с материалами, представленными прокуратурой суду. Кроме того, согласно буквальному толкованию текста законопроекта, возможно решение вопроса о санкционировании ареста в отсутствие защитника, также до-

пускается решение вопроса о продлении сроков ареста без участия обвиняемого и защитника. Это существенно ограничивает право на защиту и квалифицированную юридическую помощь, ущемляет принцип состязательности сторон и по сути означает сохранение ранее существовавшего порядка, когда вопрос решался без активного вовлечения защиты.

Законопроектом не оговорена обязательность участия законного представителя по делам о несовершеннолетних, не предусмотрены иные дополнительные гарантии обеспечения прав данной категории лиц.

Рекомендация: для полноценной реализации стандартов справедливого уголовного процесса необходимо установить обязательное участие адвоката и самого подозреваемого, обвиняемого как при решении вопроса о санкционировании, так и обсуждении возможности продления сроков ареста, а также изменении или отмены меры пресечения. Также должно быть оговорено обязательное присутствие законного представителя несовершеннолетнего в указанных процедурах. Возможно, стоит определить сокращенные сроки рассмотрения вопроса о санкции для несовершеннолетних¹⁰.

5. К сожалению, законопроект не указывает прямо на то, что решение вопроса о санкционировании ареста будет проходить в открытом судебном заседании. Это является пробелом действующего законодательства и чревато последующим ограничением прав участников процесса на практике, особенно с учетом проблем, существующих со свободным доступом граждан в здания судов и залы судебных заседаний.

Рекомендация: в ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан прямо указать на то, что санкционирование ареста должно осуществляться в открытом судебном заседании, за исключением случаев, указанных в ст. 29 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

Подводя итог вышеизложенному, следует признать, что предусмотренная в проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста» процедура судебного санкционирования ареста большей частью не соответствует стандартам справедливого уголовного процесса, установленным в международных документах. Предлагаемые изменения в законодательство, к сожалению, представляют собой демократическую декорацию в остающемся репрессивным по сути уголовном судопроизводстве. Авторам законопроекта не удалось в полном объеме имплементировать в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан основные гарантии соблюдения прав человека, которые содержит в себе институт *Habeas Corpus*.

¹⁰ Согласно п. 10.2. Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила»): «Судья или другое компетентное должностное лицо или орган незамедлительно рассматривают вопрос об освобождении». / Права человека: сборник международных документов. – Варшава, 2002. – С. 266.

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 года «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан»¹¹

Предметом настоящего исследования является текст Указа Президента Республики Узбекистан «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» (далее – Указ), а также Закон Республики Узбекистан от 27 декабря 1996 года № 349-I «Об адвокатуре», Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» от 25 декабря 1998 года № 721-1 и Постановление Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 года № 112 «Об организации деятельности палаты адвокатов Республики Узбекистан» (далее – Постановление)¹².

Целью анализа является определение рекомендаций по обеспечению принципов свободы, независимости и самоуправления адвокатской профессии при осуществлении реформы, предлагаемой Указом. Настоящий анализ не претендует на полное и всестороннее исследование вопросов реформирования адвокатуры в Республике Узбекистан.

Анализ и рекомендации

Изучение Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре» позволяет сделать вывод о том, что адвокатура в Узбекистане состоит из «независимых, добровольных, профессиональных объединений лиц, занимающихся адвокатской деятельностью, и отдельных лиц, занимающихся частной адвокатской практикой»¹³.

Для получения статуса адвоката достаточно иметь высшее юридическое образование, сдать квалификационный экзамен и получить лицензию, выдаваемую квалификационной комиссией, действующей на уровне органов юстиции автономной республики, области или столицы¹⁴. При этом адвокат может работать индивидуально либо открыть адвокатское бюро, либо на добровольной основе образовать с другими адвокатами (партнерами) коллегии и фирмы¹⁵.

Очевидно, такая система организации адвокатской деятельности позволяет говорить о том, что в Узбекистане адвокаты не должны в обязательном порядке состоять в членстве профессиональных организаций на региональном уровне. Перечисленные в законе коллегии и фирмы являются организационными формами осуществления правоприменительной практики. Ассоциация адвокатов Узбекистана, правовой статус которой на законодательном уровне не определен¹⁶, представляет собой общественное объединение и реальными полномочиями по управлению адвокатским сообществом в настоящее время не обладает.

Такое положение вещей говорит о том, что в действительности в Узбекистане адвокатура носит корпускулярный характер и система менеджмента в виде палат, как в России, или областных коллегий, как в Казахстане, отсутствует. Эксперту известно, что примерно схожее положение существует в настоящее время в Кыргызстане.

Возможно, поэтому одним из направлений реформирования адвокатуры Указом Президента выбрано «создание действенной централизованной системы самоуправления адвокатуры» (ст. 1 Указа) и высказано одобрение предложению Министерства юстиции Республики Узбекистан и Ассоциации адвокатов Узбекистана о создании Палаты адвокатов Узбекистана на базе упомянутой ассоциации на основе обязательного членства всех адвокатов (ст. 2 Указа).

В соответствии с принятым на основании данного Указа Постановлением предполагается признать Конференцию высшим органом Палаты адвокатов Республики Узбекистан, исполнительным органом – Правление, а органом финансового контроля – Ревизионную комиссию. Правительство считает необходимым избирать председателя Палаты адвокатов Республики Узбекистан и его заместителей Конференцией Палаты адвокатов Республики Узбекистан по представлению Министерства юстиции сроком на пять лет из числа избранных Конференцией членов Правления. В Республике Каракалпакстан, областях и г. Ташкенте планируется образовать территориальные управления Палаты адвокатов Республики Узбекистан со статусом юридического лица, действующие на основании положений,

¹¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Представительства *Freedom House* в Республике Казахстан 20 августа 2008 года.

¹² Все указанные нормативные акты доступны на сайте <http://www.lawyer.uz>.

¹³ См. ст. 1 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

¹⁴ См. статьи 3 и 13 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

¹⁵ См. ст. 4 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре».

¹⁶ В ст. 13 Закона Республики Узбекистан «Об адвокатуре» и ст. 12 Закона Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» есть только упоминания о «республиканском общественном объединении адвокатов».

утверждаемых Палатой адвокатов Республики Узбекистан. Руководители территориальных управлений будут назначаться на должность (из числа действующих на соответствующей территории адвокатов) и освобождаются от должности председателем Палаты адвокатов Республики Узбекистан (п. 1 Постановления).

Следует отметить, что в правовой теории вопрос о наиболее приемлемых формах организации адвокатуры относится к числу весьма дискуссионных¹⁷. Природа адвокатской профессии весьма специфична. С одной стороны, адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека. Поэтому адвокатура определяется как институт гражданского общества и в специальной литературе четко обособляется от государства¹⁸. В этом есть определенная логика, ибо адвокаты иногда остаются последним рубежом, обороняющим гражданина от произвола со стороны репрессивных органов исполнительной власти. С другой стороны, адвокатура представляет собой союз профессионалов со своей этикой, корпоративными интересами и правилами поведения. Коммерческая составляющая в этой профессии играет немаловажную роль, и порой цеховые интересы могут преобладать над идеалами служения обществу. Поскольку любая корпорация стремится к максимальному доминированию в своей сфере деятельности, гипотетически можно предположить, что без определенных ограничительных механизмов адвокатура с удовольствием монополизировала бы право на оказание юридической помощи и при этом диктовала бы наиболее выгодные для себя условия в этом сегменте рынка¹⁹. Поэтому при решении вопроса о реформировании системы адвокатуры необходимо найти, а затем сохранить весьма хрупкий баланс между интересами граждан, имеющих право на защиту, общества, заинтересованного в эффективном обеспечении этого права, и адвокатуры, справедливо претендующей на достойные условия труда и адекватную оплату этого труда. Проблема самоорганизации адвокатуры сложна, так как непосредственным образом связана с обеспечением независимости как самого адвоката, так и адвокатских формирований.

Независимость – необходимое условие для нормального осуществления адвокатской деятельности, поскольку в абсолютном большинстве случаев работа профессионального защитника связана с производственным конфликтом с правоохранительными органами, а значит с государством как таковым. В этих условиях, для того чтобы представлять своего доверителя должным образом, выражать его интересы свободно и честно, адвокат должен обладать определенными гарантиями неприкосновенности от необоснованного уголовного, административного и гражданско-правового преследования. Адвокат должен иметь особый правовой статус, оберегающий его от неправомерного давления со стороны оппонентов. В материальном и организационном плане адвокаты не должны зависеть от государства, механизм привлечения адвокатов к юридической ответственности за действия, связанные с осуществлением своих профессиональных обязанностей, должен предусматривать дополнительные гарантии соблюдения прав адвоката.

Очевидно, что в первую очередь адвокат вправе рассчитывать на защиту своего сословия, коллег по цеху, и именно поэтому в течение всей истории адвокатуры профессиональные защитники стремились к самоорганизации²⁰. Осознавая важность этого процесса, государство всегда принимало жи-

¹⁷ См.: Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. – С. 85; Яртых И.С. Адвокатура и власть. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. – С. 92-93; Адвокатские коллегии: общественные объединения или юридические фирмы? // Российская юстиция. – 1998. – № 12. – С. 35.

¹⁸ «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди «свободной профессии». Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве». *Цит. по:* Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.: Юрист, 2007. – С. 83.

¹⁹ «Не секрет, что сами представители юридической профессии заинтересованы в извлечении прибыли путем значительного ограничения предложения на рынке юридических услуг и установления высоких расценок. Это – тоже способ регулирования рынка юридических услуг, направленный на извлечение прибыли. Установлению и поддержанию такого способа регулирования профессиональной юридической деятельности способствует высокая организованность групп, заинтересованных в извлечении прибыли посредством оказания профессиональных юридических услуг, а также отсутствие информации о профессиональной юридической деятельности, доступной пониманию широкой публики» // Регулирование профессиональной юридической деятельности в США и Европе: сравнительный анализ по материалам статьи Нуно Гарупа, Университет Нова, Лиссабон, Португалия, опубликованной *Berkley Electronic Press* на сайте <http://law.bepress.com/alea/14th/art42> в 2004 г. в переводе Т. Чернобил (Нью-Йорк, 2005 год).

²⁰ Особенно интересны, на наш взгляд, примеры из нового времени. Первой американской организацией адвокатов стала Ассоциация адвокатов города Нью-Йорка. «Она была основана в 1870 году группой людей, названной одним юристом «порядочными представителями профессии». Эта «порядочная часть» кипела негодованием по поводу укоренившейся коррупции среди адвокатов, судей и политиков Нью-Йорка. Несколькими годами позже, в 1878 году «семьдесят пять джентльменов» из адвокатуры, встретившись в Саратоге (штат Нью-Йорк), образовали национальное сообщество – Американскую ассоциацию юристов». Фридман Л Введение в американское право. – М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. – С. 201.

вейшее в нем участие. Порой такое взаимодействие носило весьма драматический характер²¹. Иногда оно заканчивалось фактическим уничтожением адвокатуры как института²². Именно поэтому любые попытки государства реформировать адвокатуру сверху должны оцениваться осторожно и критически. Адвокатура обязана участвовать в этом реформировании и максимально отстаивать свои интересы всеми доступными способами.

Основной идеей рассматриваемого Указа является создание на базе Ассоциации адвокатов Узбекистана Палаты адвокатов. Предполагаемый круг полномочий этой ассоциации описан достаточно подробно и нет необходимости цитировать соответствующие части Указа в настоящем анализе. К сожалению, в Указе нет объяснений того, каким образом будет обеспечиваться независимость адвокатуры и как будет организовано обязательное членство адвокатов в Палате.

В ранее упомянутом Постановлении Министерству юстиции поручено совместно с Ассоциацией адвокатов Узбекистана в двухмесячный срок провести учредительную Конференцию Палаты адвокатов, «предусмотрев утверждение устава, и формирование Правления и Ревизионной комиссии, а также избрание председателя Палаты адвокатов Республики Узбекистан и его заместителей; обеспечить в установленном порядке государственную регистрацию Палаты адвокатов Республики Узбекистан» (п. 2 Постановления). По мнению эксперта, для обеспечения юридической безупречности и легитимности, создаваемых таким образом структур, более целесообразным было бы осуществление этих действий после внесения соответствующих изменений в законодательство, поскольку правовой статус адвокатуры как судопроизводственного и отчасти судоустройственного института, должен быть урегулирован на уровне законов, а не нормативных актов органов исполнительной власти.

Основной вопрос, который должен быть исследован в этой связи – насколько необходимо создавать объединение адвокатов на республиканском уровне, каковы при этом будут полномочия его местных (на уровне области, автономной республики и г. Ташкента) подразделений и как это отразится на независимости и свободе адвокатской профессии?

Для ответа на этот вопрос представляется интересным изучить опыт некоторых государств в области организации адвокатуры. В связи с ограниченным объемом настоящего исследования мы рассмотрим практику нескольких европейских стран, США и отдельных постсоветских республик.

Во Франции гражданин, желающий стать адвокатом должен получить высшее юридическое образование, не иметь судимости и взысканий за серьезные административные или дисциплинарные проступки, пройти обучение в течение года в Центре профессиональной подготовки, и сдать соответствующие экзамены. После этого он принимается в ассоциацию (орден) адвокатов и принимает присягу. Затем уже в качестве адвоката он проходит двухгодичную стажировку по специальности и получает свидетельство. Адвокаты объединены в ассоциации, существующие в каждом судебном регионе. Каждая ассоциация является независимой, самостоятельной организацией, действующей на основании собственного регламента, и обладает собственностью. Численный состав ассоциаций может быть разным – от нескольких человек до нескольких тысяч адвокатов. Руководит деятельностью ассоциации Совет, возглавляемый председателем. Члены совета и председатель избираются самими членами ассоциации путем тайного голосования. На национальном уровне действует Совет ассоциаций адвокатов²³.

В Германии адвокатом может стать лицо, имеющее высшее юридическое образование, прошедшее стажировку в органах суда, прокуратуры, нотариата или адвокатуре, и сдавшее экзамен при Министерстве юстиции соответствующей административно-территориальной единицы (земли). Допуск к адвокатской практике выдает Министерство юстиции с учетом мнения коллегии адвокатов. Коллегия может отказать соискателю в его просьбе при наличии установленных в законе оснований. Характерно, что адвокат может работать только в том суде, к которому он приписан. Коллегии адвокатов образованы по территориальному признаку и объединяют адвокатов, работающих в суде конкретной «земли». Все коллегии входят в Федеральную палату адвокатов²⁴.

²¹ Народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал о своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозащитников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности». *Цит. по:* Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. – С. 40-41.

²² «...на самом деле период 1917-1920 годов ознаменовался тотальным уничтожением русской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов прошлого столетия... Многие бывшие присяжные поверенные были уничтожены физически, кто-то погиб в годы гражданской войны, сражаясь в основном в рядах Белой армии, кто-то умер от болезней, находясь в концентрационных лагерях, кое-кому удалось эмигрировать за границу. За период гражданской войны численность адвокатов в России сократилась с 13 тысяч в 1917 году до 650 адвокатов в 1921 году». Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. – С. 42.

²³ Более подробно см.: Адвокатура во Франции. Доступно в Интернете по адресу:

http://www.sherbakova.ru/?_page=57.

²⁴ Там же.

В Великобритании²⁵ адвокатская профессия «является монополией определенной группы лиц, имеющей характер замкнутой корпорации»²⁶. Юридическая профессия делится на две различные группы: солиситоров и барристеров. Как правило, только барристер имеет право непосредственно участвовать в процессе и представлять интересы доверителя. Солиситоры оказывают юридические услуги населению и могут выступать в судах низшей юрисдикции. Поскольку барристеры ближе по своему правовому статусу к адвокатам в традиционном для постсоветского пространства понимании этого термина, рассмотрим организацию деятельности барристеров, хотя сообщество солиситоров сформировано на основе схожих принципов. Согласно сложившейся много веков назад традиции барристер должен состоять в одной из четырех судебных корпораций, называемых Иннами. Из членов этих корпораций, как правило, формируется судейский корпус, в прошлом барристеры приглашались также для выступления в качестве государственных обвинителей. Руководство Иннов осуществляет прием новых членов, проводит испытания вновь прибывших, организует обучение и стажировку, осуществляет дисциплинарный надзор за деятельностью адвокатов²⁷.

В США в связи со сложным федеративным устройством государства и относительно большой автономией штатов в определении собственного судебно-правового устройства порядок получения статуса адвоката и организация адвокатуры носят весьма разнообразный характер. Однако можно определить некие общие признаки, суть которых состоит в том, что допуск к профессии разрешается специальной комиссией, формируемой либо ассоциацией адвокатов штата (*Bar Association*), либо по назначению суда или губернатора штата. Как правило, эта комиссия состоит из практикующих юристов. В большинстве штатов приобретение статуса адвоката возможно при вступлении в ассоциацию после сдачи соответствующего экзамена. Кроме этого, комиссия вправе провести проверку моральных качеств соискателя, представленных им документов, отсутствие у него судимостей, приводов в полицию и т.п. Разрешение на ведение дел в судах выдается лицам, допущенным к адвокатской практике в штате. Кроме нескольких штатов членство в ассоциации является обязательным. Характерно, что членство в ассоциации дает право не только на адвокатскую, но и на юридическую практику вообще. То есть прокурорская служба и судебная должность также доступны только для членов *Bar Association*, и нормы профессиональной этики носят универсальный для всех характер, хотя, конечно, применяются в зависимости от того, где именно в зале суда юрист занимает свое место. Ассоциации не только осуществляют контроль за соблюдением юристами профессиональной этики, но и защищают интересы профессионального сообщества, разрабатывают стандарты адвокатской деятельности, содействуют совершенствованию права, осуществлению правосудия и т.п. На общенациональном уровне действует организация, основанная на добровольном членстве - Американская ассоциация юристов²⁸.

В России статус адвоката вправе приобрести лицо, имеющее высшее образование, стаж работы по юридической специальности либо прошедшее стажировку в адвокатском образовании. На основании заявления лица, удовлетворяющего вышеперечисленным требованиям, квалификационная комиссия, проведя при необходимости проверку достоверности представленных им документов, допускает соискателя к квалификационному экзамену, который состоит из тестирования и устного собеседования. Экзамен принимается квалификационной комиссией, которая действует на уровне региональной адвокатской палаты и состоит из тринадцати членов, семеро из которых – адвокаты, а остальные представители органов юстиции, суда и законодательного собрания. Успешно сдавший экзамен претендент приносит присягу, принимается в состав коллегии и таким образом приобретает статус адвоката. Основным органом управления адвокатским сообществом является адвокатская палата субъекта Российской Федерации. Для российских адвокатов членство в палате носит обязательный характер. Решения органов адвокатской палаты обязательны для всех ее членов. Высшим органом адвокатской палаты является собрание (конференция) адвокатов, которая тайным голосованием формирует совет адвокатской палаты и другие ее органы.

На общероссийском уровне адвокатура представлена Федеральной палатой адвокатов, которая объединяет палаты субъектов федерации. Высшим органом Федеральной палаты является Всероссийский съезд адвокатов, который созывается из представителей региональных палат, имеющих равные права и равное представительство на съезде. Решения Федеральной палаты адвокатов и ее органов, принятые в пределах их компетенции, обязательны для всех адвокатских палат и адвокатов²⁹.

²⁵ А также в Ирландии и большинстве территории Австралии.

²⁶ Чельцов-Бebutov М.А. Курс советского уголовно-процессуального права / Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. – СПб., «Альфа», 1995. – С. 408.

²⁷ Там же. – С. 409.

²⁸ Более подробно см.: Адвокатура в США // Доступно в Интернете по адресу: http://www.sherbakova.ru/?_page=57, Бернам У. Правовая система США. – 3-й выпуск. – М.: «Новая юстиция», 2006. – С. 247-248; Фридман Л. Введение в американское право. – М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. – С. 201-202.

²⁹ См. Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ // Адвокатская деятельность и адвокатура. Сб. норм. актов и док. / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Юрист, 2005. – С. 30-64.

В Казахстане адвокатом признается гражданин Республики Казахстан, имеющий высшее юридическое образование, получивший лицензию на право осуществления адвокатской деятельности, обязательно являющийся членом коллегии адвокатов, оказывающий юридическую помощь на профессиональной основе. Лицензия выдается Министерством юстиции на основе решения аттестационной комиссии. Состав аттестационной комиссии и регламент ее работы утверждается Министром юстиции. Лицензия выдается лицам, прошедшим стажировку от трех месяцев до одного года в коллегии адвокатов. Адвокатура в Казахстане организована на региональном уровне. В каждой области, городе республиканского значения действуют коллегии адвокатов, являющиеся некоммерческими, независимыми, профессиональными, самоуправляемыми и самофинансируемыми организациями адвокатов. Высшим органом коллегии адвокатов является общее собрание членов коллегии, которое тайным голосованием избирает исполнительный орган коллегии – Президиум, сроком на четыре года, и другие органы³⁰. На национальном уровне действует общественное объединение адвокатов – Союз адвокатов Казахстана, который, однако, какими-либо властно-распорядительными полномочиями по отношению к коллегиям адвокатов не обладает и выполняет лишь представительскую функцию. В принципе, коллегии являются автономными в своей деятельности, какие-либо иные структуры, правомочные руководить адвокатурой в Казахстане, отсутствуют.

Таким образом, в рассмотренных нами странах, адвокаты объединены в профессиональные организации и, как правило, членство в этих организациях является обязательным для получения статуса профессионального защитника. Очевидно, что это не только дань традиции, но и продиктованная практикой потребность. Как справедливо замечено в Основных положениях о роли адвокатов, принятых Восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступлений в 1990 году.: «Профессиональные ассоциации адвокатов играют жизненную роль в поддержании профессиональных стандартов и этических норм, защищают своих членов от преследований и необоснованных ограничений и посягательств, обеспечивают юридическую помощь для всех, кто нуждается в ней, и кооперируются с Правительством и другими институтами для достижения целей правосудия и общественного интереса»³¹.

Согласно некоторым исследованиям, в Европе только в Швеции и Финляндии³² нет ограничений в отношении лиц, осуществляющих юридическую практику. Несмотря на определенные различия в степени организации адвокатских сообществ, можно констатировать наличие профессиональных объединений на региональном уровне (коллегий, палат, ассоциаций). Следует признать, что, как правило, именно на этом уровне сконцентрированы основные полномочия адвокатских организаций по управлению сообществом: лицензирование, прием в членство, дисциплинарная практика, менеджмент и др. Очевидно, это самая оптимальная форма самоорганизации, поскольку только так можно добиться эффективного обеспечения основных демократических принципов существования адвокатских сообществ: выборности и сменяемости органов управления, их подотчетности коллективу, невмешательства в деятельность адвокатов, коллегиальность и своевременность принятия решений.

Как показывает анализ международного опыта, создание общенациональных адвокатских объединений необходимо в большей степени для осуществления функции представительства в органах законодательной и исполнительной власти, отстаивания интересов профессионального сообщества в процессе правотворчества и взаимодействия с центральными органами государственного управления. В то же время защита прав и законных интересов адвокатов, организация правовой помощи гражданам, управление профессиональным сообществом и решение кадровых вопросов наиболее эффективно на региональном уровне. Объективно приходится признать, что формирование общенациональных органов адвокатуры, типа Федеральной палаты адвокатов в России, происходит опосредованно для рядовых членов адвокатского сообщества, такого рода органы действуют в столице, что весьма способствует удалению этих структур от интересов и чаяний простых «избирателей». По мнению известного российского правоведа С.А. Пашина, на республиканском уровне «...общее собрание адвокатов ... из-за их многочисленности и организационных проблем заведомо не может быть высшим органом управления адвокатуры»³³. Адвокаты через собирающихся раз в год представителей в действительности не в состоянии по настоящему управлять деятельностью такой организации и в определенной степени становятся заложниками ее исполнительных органов. В итоге возникает риск бюрократизации профессионального сообщества, с которым по определению этого не должно происходить. Адвокат как представитель свободной профессии, не должен быть подчинен многочисленным вышестоящим инстанциям и ограничен плодами их порой обильного нормотворчества. На наш

³⁰ См. статьи 7, 9, 20, 22 и 24 Закона Республики Казахстан от 05.12.1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности».

³¹ Доступно в Интернете по адресу: <http://zakon.kuban.ru/private/advokat/opra90.htm>.

³² См.: Регулирование профессиональной юридической деятельности в США и Европе: сравнительный анализ по материалам статьи Нуно Гарупа, Университет Нова, Лиссабон, Португалия, опубликованной *Berkley Electronic Press* на сайте <http://law.bepress.com/alea/14th/art42> в 2004 г. в переводе Т. Чернобил (Нью-Йорк, 2005 год).

³³ Рекомендации эксперта Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) в связи с проектом Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Кыргызской Республики». Доступно в Интернете по адресу: <http://www.lexkz.net/UserFiles/File/pashin2RECkg2005augLawyers.pdf>.

взгляд, следует с осторожностью отнестись к чрезмерной централизации адвокатуры и формированию жестких иерархических структур сверху, контролируемых или аффилированных с органами государственной власти.

Идея создания Палаты адвокатов Узбекистана на основе обязательного членства всех адвокатов, аналогична той, которая предлагалась кыргызским законодателем в проекте Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Кыргызской Республики». Как справедливо указал по этому поводу С.А. Пашин: «Очевидно, что такое образование не может не бюрократизироваться, оно довольно быстро приобретет квазигосударственные черты, оказавшись вместо органа самоуправления адвокатов инструментом их финансового и профессионального угнетения»³⁴. В случае наделения Палаты адвокатов Узбекистана в полном объеме полномочиями по руководству адвокатурой, такого рода опасения станут вполне обоснованными и в отношении этого органа. Особенно актуальны эти риски в связи с предусмотренным в Постановлении правом Председателя Палаты назначать и освобождать от должности руководителей региональных управлений. Это право фактически ограничивает свободу этих структур и превращает Палату адвокатов в «Министерство адвокатуры» с подчинением нижестоящих звеньев вышестоящим. Очевидно, что ни о какой самостоятельности подразделений Палаты адвокатов на местном уровне в такой ситуации говорить не приходится.

Считаем, что основу организации адвокатского сообщества должны составлять объединения, формируемые непосредственно самими адвокатами на уровне области (столицы), и полагаем наиболее правильным отнести к их компетенции защиту прав и законных интересов адвокатов, вопросы приема новых членов, контроль за дисциплинарной практикой, организацию стажировки и повышения квалификации адвокатов и др. насущные аспекты деятельности. При этом очень важно посредством открытых и простых процедур формирования исполнительных органов адвокатских объединений обеспечить исполнение ст. 24 Основных положений о роли адвокатов, в которой говорится: «Адвокатам должно быть предоставлено право формировать **самоуправляемые** ассоциации для представительства их интересов, постоянной учебы и переподготовки и поддержания их профессионального уровня. Исполнительные органы профессиональных ассоциаций избираются их членами и осуществляют свои функции **без внешнего вмешательства** (выделено мной – Д.К)».

В этой связи вызывает большую настороженность, отраженная в Постановлении идея избрания Председателя Палаты адвокатов и его заместителей по «представлению Министерства юстиции», а также назначение, а не избрание руководителей территориальных управлений Палаты адвокатов. Такой порядок может быть определен как не демократичный и указывает на желание исполнительной власти опосредованно вмешиваться в кадровую политику адвокатуры. Адвокатура, как ранее было замечено, является институтом гражданского общества, представляет собой самофинансируемое, не государственное сословие профессионалов, которое вправе самостоятельно определять лиц, полномочных осуществлять управленческие функции в своей среде. В действительности отсутствуют какие-либо разумные причины для наделения Министерства юстиции правом представлять кандидатуры Председателя Палаты и его заместителей для избрания на Конференции. Инициатива о выдвижении соответствующих кандидатур должна идти снизу, от самого адвокатского сообщества, а не зависеть от рекомендаций чиновников от юриспруденции. Эксперту неизвестно из практики развитых демократических стран ни одного подобного примера вмешательства государства в деятельность адвокатуры. Считаем данные нормы Постановления противоречащими ст. 24 Основных положений о роли адвокатов.

Рекомендации

- При создании адвокатских объединений следует предусмотреть четкое разделение полномочий между региональными подразделениями и общегосударственным органом, отнеся к компетенции последнего только представительские функции, одновременно закрепив за местными объединениями адвокатов право на самоуправление и контроль за деятельностью адвокатов (прием в члены, дисциплинарная практика, регулирование вопросов финансового и материально-технического обеспечения деятельности адвокатуры).

- Предусмотреть формирование объединений адвокатов исключительно по инициативе самих адвокатов посредством тайного прямого голосования без какого-либо участия в этом процессе государственных органов и их представителей.

- Предусмотреть выборность и сменяемость представителей исполнительных органов адвокатских сообществ как на региональном, так и на общенациональном уровне, а также их подотчетность рядовым членам корпорации.

- Предусмотреть механизмы, исключающие влияние государства на исполнительные органы адвокатских объединений.

Неудачное и непродуманное реформирование адвокатуры может привести к непоправимым последствиям. Следует помнить, что адвокатура – институт гражданского общества, стоящий на страже

³⁴ Там же.

прав человека и демократических ценностей. Любые кардинальные трансформации в этой области должны быть осуществлены на основе сотрудничества государства, общества и профессиональных объединений адвокатов с учетом мнения всех участников этих важных и сложных правовых отношений.

С.А. Пашин, к.ю.н.
член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Московского института экономики,
политики и права,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

по Указу президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 года «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и Постановлению Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 года «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан»³⁵

Международные принципы адвокатуры

Международное сообщество придает важнейшее значение доступности для человека квалифицированной юридической помощи и, соответственно, эффективности и демократичности институтов, призванных такую помощь предоставлять. В соответствии с подпунктом «с» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, каждый обвиняемый имеет право «защищать себя лично или посредством выбранного им самим защитника или, если у него нет достаточных средств для оплаты услуг защитника, защитник должен быть ему предоставлен бесплатно» (аналогично – подпункты «b» и «d» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах).

В принятом резолюцией Генеральной ассамблеи ООН 9 декабря 1988 года Своде принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, провозглашаются права всякого задержанного или находящегося в заключении лица «пользоваться помощью адвоката, как это предусмотрено законом» (принцип 11), «на получение юридической помощи со стороны адвоката» (принцип 17), «связываться и консультироваться с адвокатом» (принцип 18); «Несоблюдение этих принципов при получении доказательств принимается во внимание при определении допустимости таких доказательств против задержанного или находящегося в заключении лица» (принцип 27).

Как справедливо отмечается в подпункте 1.2.2 Общего кодекса правил для адвокатов стран Европейского сообщества «...В большинстве случаев в основе правил различных объединений адвокатов лежат одни и те же ценности и общие для всех положения». Наиболее значимые правила, касающиеся адвокатской профессии и профессиональных объединений адвокатов, были сформулированы Восьмым конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 года в Основных положениях о роли адвокатов. В преамбуле Основных положений, в частности, говорится: «Профессиональные ассоциации адвокатов играют жизненную роль в поддержании профессиональных стандартов и этических норм, защищают своих членов от преследований и необоснованных ограничений и посягательств, обеспечивают юридическую помощь для всех, кто нуждается в ней, и кооперируются с правительством и другими институтами для достижения целей правосудия и общественного интереса».

Узбекское законодательство об адвокатуре

Для обеспечения конституционных гарантий права человека и гражданина на квалифицированную юридическую помощь 27 декабря 1996 года был принят Закон Республики Узбекистан «Об адвокатуре» (изменения в него вносились 15 декабря 2000 года, 25 апреля и 12 декабря 2003 года). Важное значение в регулировании вопросов адвокатуры имеет также Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» от 25 декабря 1998 года.

Согласно узбекскому законодательству, допуск имеющих высшее юридическое образование лиц к адвокатской профессии осуществляется в республике на основании лицензии, выдаваемой квалификационной комиссией при региональных органах юстиции после успешной сдачи претендентом ква-

³⁵ Анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Представительства *Freedom House* в Казахстане 23 августа 2008 года.

лификационного экзамена (статьи 3 и 13 Закона «Об адвокатуре»). После получения лицензии адвокаты вольны создавать различные образования (бюро, коллегии, фирмы), практиковать индивидуально. Поэтому законодатель определяет, что адвокатура в стране состоит, во-первых, из «независимых, добровольных профессиональных объединений лиц, занимающихся адвокатской деятельностью», а во-вторых, из «отдельных лиц, занимающихся частной адвокатской практикой» (ст. 1 Закона «Об адвокатуре»).

Ныне существующая Ассоциация адвокатов Узбекистана является, очевидно, «республиканским общественным объединением адвокатов», упоминаемым, в частности, в ст. 12 Закона «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов». Однако на законодательном уровне структура и полномочия Ассоциации адвокатов Узбекистана сколько-нибудь подробной регламентации не получили. Как видно из содержания рассматриваемых Указа Президента от 1 мая 2008 года и Постановления Кабинета министров от 27 мая 2008 года, планируется преобразование ассоциации в Палату адвокатов Республики Узбекистан, «основанной на обязательном членстве всех адвокатов Республики Узбекистан».

Реформа адвокатуры: удачные решения

Как говорится в преамбуле Указа Президента Республики Узбекистан, реформа национальной адвокатуры задумана и осуществляется в благородных целях «дальнейшей либерализации судебно-правовой системы, реализации конституционной нормы, закрепляющей право граждан на профессиональную юридическую помощь на любой стадии судопроизводства, обеспечения организационной самостоятельности адвокатуры, укомплектования ее высококвалифицированными кадрами, усиления гарантий независимости адвокатов, повышения авторитета и престижа адвокатской профессии». Постановление Кабинета министров от 27 мая 2008 года № 112 принято во исполнение данного Указа.

Основные демократические положения рассматриваемых нормативных актов, которыми очерчены направления реформирования адвокатуры, заслуживают поддержки. В частности, нельзя не согласиться с выраженными в Указе от 1 мая 2008 года идеями:

- о причислении адвокатуры к институтам гражданского общества;
- о стажировке претендентов в адвокатских формированиях и повышении квалификации практикующих адвокатов;
- об обеспечении равенства процессуальных прав сторон обвинения и защиты в уголовном процессе (разумеется, при условии соблюдения старого правила *favor defensionis* – С.П.);
- о статусе Палаты адвокатов Республики Узбекистан как некоммерческой организации, пользующейся правами юридического лица;
- об источниках финансирования деятельности Палаты адвокатов;
- о законосовещательных направлениях деятельности Палаты адвокатов;
- об участии Палаты в правовом просвещении населения;
- о невмешательстве Палаты и ее органов в деятельность адвокатов;
- о необходимости изменения законодательных актов об адвокатуре.

Реформа адвокатуры: спорные положения

1. Само по себе создание Палаты адвокатов Республики Узбекистан на базе менее влиятельной Ассоциации адвокатов Узбекистана является важным шагом вперед на пути реформирования адвокатуры. Вызывают, однако, определенное беспокойство закладываемые уже на начальном этапе тенденции огосударствления данной «некоммерческой организации».

Так, из содержания Постановления Кабинета министров следует, что в образовании Палаты значительная роль отводится Министерству юстиции Республики Узбекистан; региональные и центральные государственные органы обязываются обеспечить Палату помещениями, а также средствами связи, «включая правительственную». В соответствии с п. 1 Постановления, Минюст Республики представляет к избранию председателя Палаты адвокатов и его заместителей.

Действительно, корпоративные адвокатские органы «должны кооперироваться с правительствами для обеспечения права каждого на равный и эффективный доступ к юридической помощи, чтобы адвокаты были способны без неуместного вмешательства со стороны давать советы и помогать своим клиентам в соответствии с законом и признанными профессиональными стандартами и этическими правилами» (п. 25 Основных положений о роли адвокатов). Однако, как представляется, такое кооперирование не должно заходить слишком далеко: в противном случае, независимость негосударственной организации утрачивается. Не исключается также возникновение, пусть и со временем, жесткого противостояния Конференции Палаты и Министерства по поводу ключевой кандидатуры председателя Палаты адвокатов.

Возможно, авторы Постановления подразумевали, что председатель Палаты адвокатов, его заместители и члены Правления Палаты будут избираться исключительно из числа адвокатов, однако из текста Постановления Кабинета министров это с бесспорностью не вытекает.

Пятилетний срок полномочий председателя Палаты адвокатов и его заместителей чрезмерен, будет иметь своим побочным эффектом бюрократизацию всей структуры. Необходима ротация хотя бы после двухлетнего отправления полномочий (может быть, переизбрание председателя Палаты или обновление трети состава Правления). Надо отметить, что не имеющие определенного срока полномочий, но постоянно обновляемые органы не редкость в мире: треть членов Сената США переизбирается каждые два года³⁶; Совет Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации избирается Всероссийским съездом адвокатов тайным голосованием в количестве не более 30 человек и подлежит обновлению (ротации) один раз в два года на одну треть³⁷.

2. Весьма сомнительна идея построения органов адвокатского самоуправления как возводимой сверху пирамидальной структуры. По замыслу Правительства, предстоит образовать вертикаль, начиная от Палаты адвокатов, которая будет иметь территориальные управления в Республике Каракалпакстан, областях и в столице – городе Ташкенте (п. 1 Постановления Кабинета министров). Такая «пирамида» не отвечает интересам адвокатского сообщества и служит причиной бюрократизации отношений внутри управленческой структуры, подразделению коллег на «начальников» и «рядовых».

Адвокатуре как институту гражданского общества свойственна самоорганизация снизу, когда местные адвокатские ассоциации, объединяющие адвокатов того или иного региона, делегируют полномочия своей выборной общенациональной структуре. Членство в такой структуре, как бы она ни называлась, может быть коллективным, то есть в ее состав входят региональные образования адвокатов. Таковы Федеральные палаты адвокатов в Российской Федерации и ФРГ, таков Совет ассоциаций адвокатов во Франции. Именно благодаря данному построению адвокатуры председатели (президенты) и члены общенациональных ассоциаций адвокатов не присваивают и не отправляют командных чиновничьих функций, а воспринимаются как первые среди равных.

Неоправданно включение адвокатских формирований в организационную структуру Палаты адвокатов (приложение к Постановлению Кабинета министров). Адвокатские бюро, коллегии, фирмы, будучи независимыми формами осуществления профессиональной адвокатской деятельности, не могут являться структурными подразделениями Палаты адвокатов, как и ее территориальных управлений. Эти формы не насаждаются сверху, а создаются в результате добровольного почину самих адвокатов. Поэтому весьма спорно возложение на Палату адвокатов функции «централизованной координации деятельности адвокатских формирований» (п. 3 Указа Президента). Сохраняется неопределенность в вопросе об обеспечении представительства на Конференции адвокатов, практикующих частным образом.

Подразделениями Палаты адвокатов могли бы оказаться создаваемые ею на основании п. 3 Указа президента юридические консультации, но и это нежелательно с точки зрения требований независимости юридической профессии. Особенно неудачной практикой стала бы выплата практикующим в юридических консультациях адвокатам фиксированной зарплаты вместо гонорара.

3. В соответствии с п. 1 анализируемого Постановления Кабинета министров, председатель Палаты адвокатов наделяется властью назначать и освобождать от должности руководителей территориальных управлений Палаты.

Таким образом, организация органа адвокатского самоуправления, по сути, копирует устройство системы государственной службы, а председатель коллегиального Правления превращается в единоначальника, что недопустимо. Конечно, глава Правления должен быть наделен правом приема и увольнения технических работников (секретарей, делопроизводителей, специалистов), но не занимающих посты в системе самоуправления коллег-адвокатов.

4. Насколько можно понять из анализируемых документов, реформа адвокатуры не коснется практики лицензирования: в п. 1 Указа президента Республики Узбекистан речь идет лишь о совершенствовании лицензирования.

Между тем корпоративные начала построения адвокатуры предполагают существенное влияние адвокатского сообщества на допуск к профессии претендентов, что важно также для снижения коррупционных возможностей в системе государственной службы. Поэтому было бы целесообразно решить вопрос о создании квалификационных комиссий для приема у претендентов экзаменов при органах адвокатского самоуправления (пусть с участием наряду с адвокатами представителей органов юстиции, судей).

5. В пункте 1 Указа президента говорится о совершенствовании «механизма контроля за соблюдением адвокатами правил профессиональной этики и системы дисциплинарного производства в отношении адвокатов».

³⁶ Раздел 3 Конституции Соединенных Штатов Америки.

³⁷ См.: ч. 2 ст. 37 Федерального закона от 31.05. 2002 года «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

В связи с данным положением Указа необходимо процитировать пункты 26 и 29 Основных положений о роли адвокатов:

«26. Кодексы профессионального поведения адвокатов должны устанавливаться профессией через свои соответствующие органы или в соответствии с законодательством, отвечающим положениям национального права и обычая и признаваемым международными стандартами и нормами.

...29. Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суде».

В свете изложенного было бы целесообразно предоставить Палате адвокатов право выработать Кодекс профессиональной этики адвокатов, а также установить порядок дисциплинарной ответственности адвокатов перед органами профессионального сообщества (например, квалификационными комиссиями при региональных органах адвокатского самоуправления). Данное замечание сделано с учетом президентского поручения, содержащегося в п. 6 Указа.

6. Как уже говорилось выше, реформаторы узбекской адвокатуры правильно обозначали среди направлений деятельности Палаты адвокатов возможность участия в законотворческом процессе путем внесения «предложений по совершенствованию законодательной базы реформ и правоприменительной практики», подготовки предложений по проектам нормативно-правовых актов (п. 3 Указа Президента).

Представляется, однако, что законсовещательной функции для Палаты адвокатов, представляющей адвокатуру как важнейший институт гражданского общества, недостаточно. Следовало бы путем внесения поправок в законодательство делегировать Конференции Палаты адвокатов право издавать, по меньшей мере, некоторые обязательные для адвокатов акты, в частности: Кодекс профессиональной этики адвокатов (о нем речь уже шла); Положение о квалификационном экзамене для претендентов на статус адвоката; Список вопросов (заданий) квалификационного экзамена.

7. Далеко неоднозначную оценку вызывает отраженная в п. 1 Указа Президента позиция о поэтапном сокращении с перспективой полного исключения участия «в судопроизводстве лиц, не обладающих специальными знаниями в сфере юриспруденции».

Не следует забывать, что подпункт «d» п. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах признает за каждым человеком право на выбор своего защитника. Участие не адвокатов и даже не юристов в судопроизводстве в качестве защитников и представителей на постсоветском пространстве обусловлено многими факторами, среди которых не последнюю роль играют:

- нехватка адвокатов;
- невозможность государства обеспечить гражданам квалифицированную юридическую помощь адвокатов, в частности, из-за низкой оплаты труда назначенных адвокатов;
- распространенность «черной адвокатуры», то есть смычки адвокатов с сотрудниками силовых структур во вред клиентам;
- недоверие адвокатам со стороны людей, предпочитающих услуги правозащитников и даже несведущих в уголовном и гражданском процессах лиц;
- бедность населения, не способного оплачивать труд адвокатов, в особенности, представляющих интересы потерпевших, истцов и ответчиков.

При наличии в стране перечисленных проблем поспешное упразднение института «ходатаев», не принадлежащих к адвокатскому сообществу, в конечном счете, плохо скажется на интересах граждан, вовлеченных в орбиту судопроизводства.

8. В числе основных направлений реформирования института адвокатуры в п. 1 Указа Президента Республики Узбекистан называется «обеспечение равенства процессуальных прав сторон обвинения и защиты в уголовном процессе», однако ни в данном Указе, ни в Постановлении Кабинета министров данное положение не раскрывается и не сопровождается указанием на соответствующие законодательные и организационные меры.

Представляется, что уголовно-процессуальное законодательство и Закон Республики Узбекистан «О гарантиях адвокатской деятельности и социальной защите адвокатов» необходимо дополнить нормами, обеспечивающими адвокату возмещение расходов, понесенных им при собирании доказательств (в частности, на приглашение специалиста). Особенно важно, чтобы адвокат-защитник получил возможность быстро добиваться независимого медицинского освидетельствования доверителя, утверждающего, что к нему применялись пытки в ходе предварительного расследования³⁸.

Основные рекомендации

³⁸ См.: Принцип 25 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме. Свод принят Резолюцией Генеральной ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года.

1. Реформирование узбекской адвокатуры должно происходить на основании положений Конституции Республики Узбекистан и международных актов в области прав человека, с учетом опыта организации и деятельности адвокатуры в других странах, в особенности – на постсоветском пространстве.

2. Демократическая природа адвокатуры требует организации Палаты адвокатов снизу, что может означать коллективное членство региональных адвокатских образований (местных адвокатских палат) в общенациональной Палате адвокатов.

3. Региональные адвокатские образования целесообразно оснастить квалификационными комиссиями (возможно, включив в их состав представителей судейского сообщества и органов юстиции) для приема квалификационных экзаменов у претендентов и решения вопроса о дисциплинарном преследовании практикующих адвокатов.

4. Помимо законосовещательных и представительских полномочий Палата адвокатов Республики Узбекистан должна получить в порядке делегированного законодательства право издавать и корректировать нормативные акты, обязательные для адвокатов и правоприменительных органов, разбирающих их жалобы. К числу таких актов, принимаемых Палатой в результате делегирования полномочий, должен относиться, в первую очередь, Кодекс профессиональной этики адвокатов.

5. Государственные органы не должны участвовать в избрании председателя Палаты адвокатов и других ее должностных лиц. При этом избрание председателя Палаты может происходить и непрямым образом (например, на Конференции избирается Правление, а члены Правления – председателя и его заместителей). Сроки полномочий руководства Палаты адвокатов стоит уменьшить с 5 лет до 2-3 лет; возможно также переизбрание части членов Правления Палаты с периодичностью в 1-2 года.

6. Председатель Палаты адвокатов не может быть наделен единоличной властью по назначению и смещению коллег-адвокатов с постов руководителей территориальных управлений Палаты. Адвокатские формирования (бюро, коллегии, фирмы) не следует включать в организационную структуру Палаты адвокатов; исключение может быть сделано только для юридических консультаций.

7. Нужен взвешенный подход при решении вопроса о вытеснении с рынка юридических услуг лиц, не принадлежащих к адвокатскому сообществу. Есть основания полагать, что форсировать этот процесс в обозримый период времени опасно, в особенности, если население страны небогато и относится настороженно к адвокатам-защитникам.

8. Нуждается в дальнейшем развитии положение Указа Президента Республики Узбекистан, касающееся обеспечения равенства прав сторон обвинения и защиты в уголовном судопроизводстве.

Позвольте выразить надежду, что приведенные выше соображения и рекомендации будут способствовать демократической реформе узбекской адвокатуры в соответствии с высокими стандартами юридической профессии ради обеспечения беспрепятственного доступа людей к квалифицированной юридической помощи.

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ

на проект Закона Республики Казахстан «О внесении дополнений и изменений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по совершенствованию уголовного, уголовно-процессуального законодательства, законодательства о защите лиц в уголовном процессе и об оперативно-розыскной деятельности»³⁹

Суть законопроекта

Представленный законопроект предполагает внесение изменений в ряд законодательных актов Республики Казахстан: Уголовный кодекс, Уголовно-процессуальный кодекс, Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» и Закон «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе». При этом составители законопроекта собираются усовершенствовать именно законодательство о защите лиц в уголовном процессе и отчасти уголовно-процессуальное законодательство. Что касается уголовного законодательства и законодательства об оперативно-розыскной деятельности, то вносимые в них изменения имеют сугубо акцессорную природу, связаны с предполагаемым изменением подходов к регулированию защиты лиц в уголовном процессе и вряд ли нуждаются в специальном анализе, по крайней мере, в рамках данного заключения. Именно по этой причине мы не будем отдельно останавливаться на изменениях, вносимых в Уголовный кодекс Республики Казахстан и Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности».

Нельзя также не обратить внимания, что дополнение, вносимое в ч. 4 ст. 223 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, стоит в анализируемом законопроекте особняком, поскольку напрямую не связано с защитой лиц в уголовном процессе и применением мер безопасности. В то же время оно заслуживает внимания, поэтому будет нами рассмотрено в данном заключении отдельно.

Представляется, что составители законопроекта преследуют **две цели**:

А) провести техническую ревизию положений казахстанского законодательства о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, и уголовно-процессуального законодательства (в части опять-таки защиты лиц в уголовном процессе), уточнить некоторые детали, усовершенствовать отдельные нормы и институты и т. д. (данную цель мы обозначим в качестве *технической составляющей* законопроекта);

Б) расширить сферу применения механизмов защиты лиц, участвующих в борьбе с преступностью, распространив их не только на уголовно-процессуальную деятельность, но и на оперативно-розыскную деятельность (данную цель мы обозначим в качестве *концептуальной составляющей* законопроекта).

Не вызывает сомнений, что именно концептуальная составляющая законопроекта, прежде всего, требует анализа и оценки, хотя нельзя, конечно, обойти вниманием и его техническую составляющую.

Однако отраженную в законопроекте концепцию невозможно рассматривать в отрыве от подхода, заложенного в *действующем* Законе Республики Казахстан от 5 июля 2000 года «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», поскольку, с теоретической и сравнительно-правовой точек зрения, данный подход отличается немалой спецификой.

Специфика казахстанского законодательства о защите лиц в уголовном процессе

В теории уголовного процесса (если пока абстрагироваться от казахстанского законодательства) проблема защиты участников уголовного процесса рассматривается исключительно в контексте сложной и до конца еще не решенной дилеммы. *С одной стороны*, современное уголовно-процессуальное право содержит немало общеизвестных принципов, повсеместно считающихся сегодня непреложными и не подлежащих сколько-нибудь существенным ограничениям, таких как гласность и непосредственность судебного разбирательства, обеспечение сторонам права на доступ ко всем материалам уголовного дела и, что, быть может, особенно важно, обеспечение обвиняемому права непосредственно допросить показывающих против него свидетелей (данное право

³⁹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) 1 июля 2008 года.

закреплено, например, в § 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). С другой стороны, по некоторым категориям уголовных дел попадающие в орбиту уголовного судопроизводства люди, от которых государство требует определенного поведения в качестве не их профессиональных обязанностей, а гражданского долга⁴⁰, все чаще и чаще подвергаются давлению и угрозам, иногда даже сопряженным с риском для жизни. Речь в данной ситуации, прежде всего, идет о свидетелях, потерпевших и отчасти экспертах, хотя здесь надо учитывать, что в некоторых процессуальных системах все названные участники уголовного судопроизводства рассматриваются в качестве «свидетелей» в широком смысле (например, в англосаксонских уголовно-процессуальных системах).

Данная дилемма с большим или меньшим успехом решается в последние десятилетия в разных странах с помощью специальных правовых норм, направленных на поиск баланса между хрестоматийными уголовно-процессуальными гарантиями при осуществлении уголовного преследования и необходимостью не подвергать опасности жизнь и здоровье свидетелей и потерпевших. Законодатели, не ставя под сомнение фундаментальные права обвиняемого, либо одновременно создают сугубо процессуальные механизмы, смягчающие жесткую обязанность свидетеля давать показания непосредственно в зале суда под пристальным наблюдением обвиняемого или ограничивающие доступ к персональным данным свидетеля в открытых для изучения материалах дела, либо защищают свидетеля не процессуальными методами (так называемая «физическая защита свидетеля», в том числе включающая ставшие уже почти легендарными на постсоветском пространстве «изменение внешности» или «переселение на другое место жительства»). В то же время подобные механизмы и методы могут применяться только в качестве исключения из общего правила, то есть лишь по отдельным категориям уголовных дел (скажем, по делам, связанным с организованной преступностью) или в отношении отдельных категорий свидетелей и потерпевших (допустим, несовершеннолетних). Столь осторожный и продуманный подход нашел, например, отражение в объяснительной записке к испанскому Закону о защите свидетелей и экспертов в уголовных делах от 23 декабря 1994 года, где сказано: «очевидно, что гарантии, предусмотренные в отношении свидетелей и экспертов, не могут иметь абсолютного и неограниченного характера, то есть не могут нарушать принципы уголовного процесса. Отсюда вытекает, что настоящий закон направлен на то, чтобы сделать возможным разумный баланс между правами обвиняемого и правами свидетелей, экспертов, а также членов их семей»⁴¹. Аналогичные идеи в обобщенном виде проведены в Рекомендации № R (97) 13 «Давление на свидетелей и право на защиту от обвинения», принятой в 1998 году Комитетом министров государств-членов Совета Европы и адресованной национальным законодателям данных государств.

Таким образом, теоретический и сравнительно-правовой анализ показывает, что специальные нормы о защите участников уголовного процесса (имеющие уголовно-процессуальную природу и включаемые по этой причине в текст уголовно-процессуального закона или ее не имеющие и реализуемые на уровне автономного законодательного акта) необходимы и оправданы только при *одновременном* наличии двух условий:

1) данные нормы должны касаться только тех участников уголовного процесса, которым угрожает или может угрожать опасность, для которых уголовно-процессуальная деятельность *не является деятельностью профессиональной*, но без которых невозможно достичь целей уголовной юстиции или, говоря более конкретно, невозможно установить обстоятельства, подлежащие доказыванию (к таким участникам относятся, прежде всего, свидетель и потерпевший, но также, допустим, обвиняемый, дающий показания в отношении другого обвиняемого, или эксперт, не являющийся сотрудником правоохранительных органов и т. д.)⁴²;

2) данные нормы должны появляться только в тех ситуациях, когда в силу хрестоматийных принципов уголовного процесса информация, исходящая от непрофессиональных участников уголовного процесса не может не иметь *открытого* характера, а сами эти участники не могут не быть легко *идентифицируемы* (самый характерный пример – показания свидетеля, которые он обязан дать в суде в присутствии обвиняемого; другой пример – право обвиняемого знакомиться со всеми материалами дела по окончании предварительного расследования, в том числе со всеми протоколами допросов, где в обязательном порядке указываются личные данные о свидетеле).

⁴⁰ Не будем здесь подробно останавливаться на отличиях, так как, по нашему мнению, они очевидны: профессиональные обязанности, даже самые трудные и опасные, есть результат осознанного выбора человека (к тому же результат оплачиваемый), тогда как гражданский долг никакого выбора не предполагает. Так, случайно что-то увидевший человек не имеет никакого права на выбор в вопросе о даче свидетельских показаний, если его показания необходимы для расследования и разрешения уголовных дел.

⁴¹ Цит. по: Pradel J. *Droit pénal comparé*. 2 éd. Paris. Dalloz. 2002. p. 520 (здесь же см. сведения по некоторым другим странам. Отметим лишь, что испанский подход концептуально **типичен**).

⁴² Именно в силу данного условия, интересующие нас нормы объединяются в большинстве стран в рамках института, обозначаемого не в качестве института «защиты лиц в уголовном процессе» или «защиты участников уголовного процесса», но в качестве института «**защиты свидетелей**», под которыми чаще всего понимается любое лицо, дающее в ходе уголовного дела **показания**.

При отсутствии данных условий конструирование специальных норм о защите участников уголовного процесса либо бессмысленно и курьезно (скажем, следователю по каким-то причинам можно рекомендовать носить бронежилет, но для этого специальный закон не нужен), либо представляет опасность с точки зрения прав личности и фундаментальных принципов уголовного процесса (допустим, полное засекречивание материалов уголовного дела).

Теперь необходимо выяснить, в какой мере *действующее* казахстанское законодательство соответствует названным условиям.

Если с точки зрения второго условия оно на данном этапе вполне вписывается в классические представления об интересующем нас институте, то этого никак нельзя сказать в отношении первого условия (круг защищаемых лиц), где наблюдается немалая специфика.

В соответствии со ст. 3 Закона Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе» такой защите подлежат не только свидетель, потерпевший, подозреваемый, обвиняемый (что нормально), но также **все** профессиональные участники уголовного судопроизводства: судья, прокурор, следователь, дознаватель, лицо, осуществляющее оперативно-розыскную деятельность. Более того, законодатель не проводит никакого концептуального разграничения между профессиональными и непрофессиональными участниками уголовного процесса с точки зрения возможных мер, которые подлежат применению для их защиты. При буквальном прочтении Закона выясняется, что, допустим, «ограничение доступа к сведениям о защищаемом лице», предусмотренное ст. 9 Закона и выражающееся в изъятии из материалов дела сведений об анкетных данных об этом лице и использовании им псевдонима, может применяться не только в отношении свидетеля или потерпевшего, но также в отношении судьи или следователя. Иными словами, получается, что уголовное дело может быть рассмотрено полностью «засекреченным» судьей или расследовано «засекреченным» следователем. Но как тогда быть с вопросом о законном или незаконном составе суда, с институтом отвода и т. д.? Можно, конечно, пойти еще дальше и распространить на судей в целях их безопасности правило о допросе свидетелей вне визуального контакта с ними. Мы не будем судью видеть, не будем о нем ничего знать, не будем даже уверены в его существовании, зато будем убеждены в его полной безопасности. Но имеет ли такая ситуация какое-либо отношение к правосудию? Автор данного заключения, разумеется, убежден, что в казахстанской правоприменительной практике ничего подобного нет и быть не может. Автор данного заключения также убежден, что ст. 9 Закона никогда не применялась ни к судьям, ни к следователям. Не ясно другое: *зачем нужны правовые нормы, единственное достоинство которых заключается в полном отсутствии их применения?*

Государство, безусловно, должно по мере возможностей заботиться о безопасности всех своих граждан, в том числе судей или сотрудников правоохранительных органов. Но их безопасность обеспечивается не столько процессуальными средствами, сколько средствами сугубо организационно-техническими (качественная подготовка личного состава, профессионализм, институт судебных приставов, надежная техника и т. д.). Они находятся в другом правовом положении по сравнению с непрофессиональными участниками уголовного процесса, их обязанности в уголовном процессе определяются их служебным статусом, а не гражданским долгом, за ними стоит государственный аппарат и т. д., поэтому в их отношении не могут и не должны действовать уголовно-процессуальные и внепроцессуальные меры, известные во всем мире как «меры защиты свидетелей». В этом смысле оригинальность казахстанского законодательства вряд ли обоснованна.

Нельзя также не упомянуть о российском опыте. В России, как известно, действует два *автономных* закона: Закон Российской Федерации от 20 апреля 1995 года «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов» и Закон Российской Федерации от 20 августа 2004 года «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства». Иными словами, защита профессиональных и непрофессиональных участников уголовного процесса совершенно справедливо рассматривается российским законодателем в качестве самостоятельных и существующих отдельно друг от друга правовых институтов. При этом если Закон от 20 августа 2004 года (наряду с соответствующими уголовно-процессуальными положениями, перечисленными в ст. 11 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации) полностью соответствует сравнительно-правовым подходам и теоретическим воззрениям на институт «защиты свидетелей»⁴³, то Закон Российской Федерации от 20 апреля 1995 года, который в сравнительно-правовом плане гипотетически мог отчасти повлиять на казахстанского законодателя, не относится к числу удач российской законотворческой техники. Данный Закон был принят на заре российской постсоветской истории, многие его положения сыроваты, если не сказать наивны, и он вряд ли должен служить образцом для законодателей других стран. Отдельные нормы данного Закона, скажем, о «переселении» судей, следователей и др., об изменении их внешности, замене документов и т. д., никогда не применялись, да и не могли применяться (как, допустим, замена документов судьи соотносится с его статусом, который всегда

⁴³ Мы имеем в виду его полное соответствие на макроуровне. На микроуровне данный закон далеко не свободен от недостатков, активно обсуждаемых в российской правовой доктрине.

персонален?). Другие нормы оказались просто-напросто излишни: например, нормы о физических средствах защиты сотрудников правоохранительных органов (наличие у этих сотрудников физических средств защиты, очевидно, и не требует принятия специального закона, как не требует принятия специального закона принятие армией на вооружение новых танков или замена солдатам сапог на более качественные, хотя такие меры, безусловно, повышают боеспособность армии). Единственная реальная польза от Закона Российской Федерации от 20 апреля 1995 года заключается в содержащихся в нем положениях о социальной защите судей и сотрудников правоохранительных органов (концепция «платы за риск»), но как раз эти положения внимание казахстанского законодателя не привлекли. Не исключено, что их отсутствие в казахстанском законе объясняется как раз концептуальным смешением защиты профессиональных и непрофессиональных участников уголовного судопроизводства: социальные меры в духе «платы за риск» (к слову, весьма эффективные) могут, разумеется, применяться только к профессиональным участникам, но не к свидетелю или потерпевшему.

В целом, на наш взгляд, действующее казахстанское законодательство о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе, страдает безусловными концептуальными изъянами, требуя реформирования и совершенствования. В такой ситуации представленный законопроект, направленный именно на совершенствование указанного законодательства, не может не вызывать повышенного внимания.

Концептуальная составляющая законопроекта

Вопреки возможным предположениям, законопроект *ни в коей мере* не устраняет отмеченные выше концептуальные недостатки действующего казахстанского законодательства о государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе. С точки зрения первого из выделенных нами условий, он по-прежнему полностью смешивает защиту непрофессиональных участников уголовного процесса, не по своей воле попавших в орбиту уголовного судопроизводства и обязанных дать показания, с профессиональными участниками уголовного процесса, защита которых должна осуществляться совершенно другими правовыми и даже в большей мере организационно-техническими средствами.

Более того, законопроект только усугубляет концептуальные изъяны соответствующего казахстанского законодательства, *посягая на второе условие* его существования, которое до сего момента выполнялось без каких-либо отклонений.

Напомним, что концептуальная составляющая законопроекта сводится, главным образом, к распространению института «защиты» не только на уголовно-процессуальную, но и на оперативно-розыскную деятельность, в связи с чем должно измениться само название Закона Республики Казахстан от 5 июля 2000 года. И вот здесь возникает основной вопрос: **зачем?**

Приходится вновь напомнить обозначенное нами выше «второе условие»: сам институт специальной защиты лиц, помогающих установить обстоятельства уголовного дела, раскрыть или предотвратить преступление и т. д., имеет смысл только тогда, когда мы имеем дело с информацией, которую по определению нельзя засекретить, поскольку такое засекречивание противоречит фундаментальным правовым принципам (праву знакомиться с материалами уголовного дела, праву допросить показывающего против тебя свидетеля и т. д.). Но такие ситуации просто-напросто не могут возникнуть в ходе оперативно-розыскной деятельности, поскольку данная деятельность по природе своей секретна или, иначе говоря, построена на принципе «конспирации» (ст. 3 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»). Зачем засекречивать то, что уже и так секретно? Обвиняемые, представители организованных преступных группировок и т. д. юридически не имеют и не могут иметь доступа к материалам оперативно-розыскной деятельности (в отличие от материалов уголовных дел). Можно, конечно, принять во внимание существование недобросовестных сотрудников правоохранительных органов или отдельные случаи «сращивания» организованных преступных групп и правоохранительных органов. Эта печальная реальность иногда, к сожалению, имеет место. Но что даст в такой ситуации принятие предлагаемого законопроекта? Если некие сотрудники правоохранительных органов незаконно раскрыли кому-то секретную оперативно-розыскную информацию, то что мешает им сделать то же самое в отношении защищаемого лица? Ровным счетом ничего. Если организованная преступная группа через своих «агентов» получила сведения оперативно-розыскного характера, то она получит эти сведения через тех же «агентов» и в том случае, если мы приставим к «защищаемому» лицу хоть роту полицейских. Безопасность лиц, сотрудничающих с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в целях раскрытия и предупреждения преступлений, обеспечивается исключительно закрытым (секретным) характером самой оперативно-розыскной информации и ни в каких других специальных мерах не нуждается.

Другое дело, что оперативно-розыскная информация может при определенных условиях стать доказательством по уголовному делу и быть «раскрытой» через уголовно-процессуальное доказывание. Но в таком случае лицо должно быть защищено именно как участник уголовного процесса,

а не участник оперативно-розыскной деятельности. В данной ситуации предполагаемое законопроектом концептуальное расширение института «защиты» и его распространение на оперативно-розыскную также оказывается излишним.

В то же время участник уголовного процесса, давший важные показания и поставивший в результате этих показаний под угрозу свою жизнь и здоровье или жизнь и здоровье своих близких, должен быть, конечно, в соответствующих случаях защищен не только в ходе производства по уголовному делу, но и за его пределами. Иными словами, он должен быть защищен не только как *действующий*, но и как *бывший* участник уголовного судопроизводства. В этом смысле некоторые предлагаемые нововведения технического характера видятся нам вполне разумными и оправданными (мы о них еще упомянем), но к заложенной в законопроекте концепции «защиты участников оперативно-розыскной деятельности» они никакого отношения не имеют.

Каковы последствия реализации предлагаемой в законопроекте концепции? Здесь возможны два варианта: а) при благоприятном развитии событий (оптимистичный вариант) концептуальные изменения казахстанского законодательства, предлагаемые составителями законопроекта, просто-напросто не приведут ни к каким последствиям, то есть, как и многие другие положения действующего казахстанского или, допустим, российского законодательства, они останутся лишь на бумаге, доказывая бессмысленность реформы; б) при неблагоприятном развитии событий (пессимистичный вариант) принятие закона принесет немалый вред с точки зрения реальной защиты свидетелей и потерпевших в тех ситуациях, когда они действительно нуждаются в защите со стороны государства.

На наш взгляд, основная проблема здесь заключается в том, что сама идея защиты в соответствующих случаях свидетелей и потерпевших все более и более выхолащивается в казахстанском законодательстве. Свидетели, потерпевшие и др., т. е. *простые граждане*, открыто дающие ценные показания и помогающие расследовать и разрешать важные уголовные дела, иногда подвергая при этом себя и своих близких немалому риску, оказываются на правовом уровне защищены наряду с «платными секретными агентами» (как правило, никаких показаний не дающими), сотрудниками правоохранительных органов, в чьи профессиональные обязанности входит борьба с преступностью, судьями, имеющими массу льгот и гарантий и т. д. В результате такого «разрастания» правового регулирования, причем разрастания ничем не оправданного и ничем не обоснованного, свидетель, потерпевший и др., действительно, подчас нуждающиеся в защите, оказываются на втором плане правового регулирования, что, безусловно, нельзя признать нормальным, в том числе с точки зрения прав личности.

Следует признать, что заложенная в законопроекте концепция лишь формально выглядит шагом вперед на пути совершенствования казахстанского законодательства в соответствующей области. На самом деле, *она еще дальше отодвигает казахстанское право* от теоретических и сравнительно-правовых достижений в сфере защиты лиц, попавших (часто не по своей воле) в орбиту уголовной юстиции и вынужденных давать показания в целях надлежащего отправления правосудия.

Техническая составляющая законопроекта

Оставим в стороне те конкретные технические положения законопроекта, которые являются отражением его концептуальной составляющей, рассмотренной выше (изменения п. 3 ст. 23 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»; изменение наименования и преамбулы Закона Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», новая ст. 1-2, новая редакция ч. 1 ст. 1 данного Закона и т. д.).

Большинство остальных положений законопроекта представляет собой, в сущности, редакционную правку действующего казахстанского законодательства, которая, быть может, иногда оправдана с точки зрения удобства пользования законодательным текстом, но которая не приводит к появлению новых правовых норм или изменению норм действующих.

Скажем, дополнения соответствующих статей Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан о правах участников уголовного процесса (ч. 6 ст. 75, ч. 4 ст. 77 и др.) указанием о праве заявлять о принятии мер безопасности можно обсуждать лишь с редакционной точки зрения, поскольку само по себе наличие такого права уже вытекает из текста действующей ст. 100 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

То же самое можно сказать о предполагаемом тексте ст. 1-1 или дополнении в ст. 2 Закона Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», а также, допустим, предполагаемой редакции ст. 26-1 названного Закона. Не думаю, что такого рода изменения и дополнения имеет смысл обсуждать в данном заключении, поскольку ни к каким *реальным* юридическим последствиям они не приведут, то есть их наличие или отсутствие для казахстанской правовой системы, по сути, значения не имеет.

В то же время в тексте законопроекта встречаются технические положения, принятие которых приведет или может привести к появлению реальных юридических последствий.

Во-первых, к таким положениям относится предполагаемая ч. 6 ст. 100 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. Идея, выраженная в данном дополнении уголовно-процессуального закона, сама по себе возражений не вызывает. Однако ее техническое решение не выглядит удачным. Согласно действующей редакции ст. 100 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан процессуальные меры безопасности отменяются мотивированным постановлением соответствующего должностного лица, и только после этого о данном решении уведомляется заинтересованный участник уголовного процесса. Иными словами, он уведомляется уже об *отменном* постановлении. В такой ситуации приостановление исполнения решения в случае его обжалования большого смысла не имеет, так как между отменой решения и его обжалованием неизбежно возникает интервал времени, в течение которого скрывавшаяся ранее информация становится общедоступной и ее повторное «засекречивание» является чистой формальностью. Видимо, лицо должно уведомляться *перед* отменой соответствующих мер. При этом должен быть предусмотрен срок на обжалование (очень небольшой), в течение которого постановление продолжает действовать. Оно вступает в силу по истечении данного срока или (в случае обжалования) после отклонения жалобы. В целом, данное нововведение требует редакционной доработки.

Во-вторых, к таким положениям относятся изменения, вносимые в п. 14 ст. 3, и новая ч. 2 ст. 3 Закона Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе». Это едва ли не самые удачные положения законопроекта. В уголовно-процессуальной науке давно отмечено, что защита участников уголовного процесса не может быть эффективной при очень узком (формальном) понимании их статуса. Скажем, лицо, сообщившее о преступлении (заявитель), не сразу признается потерпевшим, поэтому абсурдно защищать его только с момента признания таковым (ведь заявление, где указаны личные данные заявителя остается в деле, и если не защищать «заявителя», то нет тогда смысла защищать и потерпевшего). То же самое касается очевидцев, которым лишь предстоит стать свидетелями, или, допустим, «бывших» участников уголовного процесса, скажем, бывшего обвиняемого, в отношении которого дело прекращено или который стал, допустим, оправданным. В целом, данное законодательное решение, безусловно, заслуживает поддержки, в том числе с точки зрения прав личности.

В-третьих, к таким положениям относится новая ч. 2 ст. 7 Закона Республики Казахстан «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе», согласно которой некоторые меры безопасности могут применяться только в виде исключения (если безопасность не может быть обеспечена другими мерами). Данное положение законопроекта также юридически *оправданно и разумно*, поскольку речь идет о мерах безопасности (изменения внешности, переезд и др.), применение которых само по себе крайне нежелательно и негативно сказывается на правах защищаемого лица, его социальном статусе и т. д. Такого рода меры, действительно, могут иметь только исключительный характер, и это в законе следует отразить. Другое дело, что составители законопроекта по-прежнему обходят молчанием другой важнейший вопрос. Указанные меры безопасности могут, как известно, применяться только с *согласия* защищаемого лица (наряду с исключительным характером, который собирается предусмотреть казахстанский законодатель, согласие – другая важнейшая гарантия, уже предусмотренная действующим законодательством Республики Казахстан). Каковы процессуальные последствия отсутствия согласия? Ни в законе, ни в законопроекте об этом ничего не сказано, что является существенным пробелом. Иными словами, *если лицо не согласно на переезд или изменение внешности, но при этом ему угрожает опасность, то по-прежнему ли оно обязано давать показания под страхом уголовной ответственности или нет?* На наш взгляд, ответ здесь может быть только отрицательный (обязанность прекращается), иначе концепция «согласия» теряет какой-либо смысл, и согласие фактически превращается в принуждение. Но в любом случае именно данные проблемы и вопросы (а не бесконечные «принципы» и повторные отсылки к международному праву, лишённые какой-либо юридической нагрузки) требуют первоочередного законодательного вмешательства, хотя в интересующем нас случае они вновь игнорируются составителями законопроекта.

Наконец, с технической точки зрения, обращает на себя внимание еще один фрагмент законопроекта. Его составители достаточно подробно регламентируют особенности обеспечения безопасности военнослужащих и иных приравненных к ним лиц (новая ст. 21-1), но при этом в отношении лиц, содержащихся под стражей или в местах отбывания наказания, ограничиваются ничего не значащей отсылочной нормой (новая ст. 21-2), напоминающей элементарную законодательную «отписку». Такой дисбаланс может объясняться лишь тем, что в первом случае имеется соответствующая инфраструктура, позволяющая обеспечить реальную безопасность военнослужащих, тогда как во втором случае она отсутствует. В то же время обеспечение безопасности обвиняемого, давшего показания в отношении своих «подельников» и находящегося под стражей или в местах отбывания наказания (в случае его осуждения), – это важнейшая проблема, требующая государственного вмешательства, причем такое вмешательство не может ограничиваться лишь нормотворчеством (надо строить специальные и абсолютно безопасные места заключения, где обвиняемый, сотрудничающий со следствием, был бы полностью избавлен от мести и других негатив-

ных проявлений преступной среды). Это лишний раз доказывает малую практическую ценность анализируемого законопроекта: подлинная забота об эффективности, с одной стороны, расследования и доказывания опасных преступлений и об обеспечении, с другой стороны, безопасности, допустим, лиц, поверивших следствию и идущих на сотрудничество с ним, лежит совершенно в иной плоскости. Здесь недостаточно легковесных отсылочных норм – здесь требуются подлинные организационно-технические, финансовые и др. меры и усилия, причем усилия нормотворческие стоят в данном ряду *едва ли не на последнем месте*, поскольку в противном случае они превращаются в пустой звук.

Дополнение части 4 статьи 223 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

Данное дополнение не имеет непосредственного отношения к проблеме защиты участников уголовного судопроизводства. Здесь решается другой вопрос: что делать с «излишками» наркотических, психотропных и др. веществ, которые затруднительно хранить, но которые уже не нужны ни следствию, ни суду?

Для решения указанного вопроса составители законопроекта предлагают весьма оригинальный механизм отбора (с участием понятых, специалиста и с применением видеозаписи), в результате которого будут выделяться образцы, «равные величине особо крупного размера», а остальные вещества уничтожаться.

Данный механизм можно было бы считать интересным новшеством, в том числе со сравнительно-правовой точки зрения, если бы не несколько неизбежно возникающих вопросов. Как понятой (простой гражданин) может отличить наркотическое средство от, скажем, зубного порошка, что совершенно необходимо при производстве данного процессуального действия? Если предположить, что он должен будет их отличить друг от друга по вкусу, запаху и т. д., то вытекает ли из этого, по замыслу составителей законопроекта, что в качестве понятых должны приглашаться лишь опытные наркоманы? При отрицательном ответе на данный вопрос неизбежно возникает следующий вопрос: поскольку участие понятых оказывается здесь пустой формальностью (определенным ритуалом), то какие тогда существуют другие гарантии при производстве данного процессуального действия с учетом того, что видеозапись такой гарантией также не является (на ней мы точно не отличим друг от друга наркотическое средство от зубного порошка)? Наконец, непонятно, как быть, если наркотическое средство окажется смешанным с зубным порошком или чем-то иным, то есть когда их нельзя отделить друг от друга сугубо механически? Непонятно, как поступать и в том случае, когда мы имеем дело с сырьем, из которого еще необходимо выделить «чистое» наркотическое вещество (крупный или особо крупный размер здесь будет определяться не путем «взвешивания», а в результате сложной лабораторной работы).

Все эти вопросы, ответ на которые непросто найти при анализе текста законопроекта, позволяют сделать вывод, что при всей своей оригинальности предлагаемый в законопроекте механизм весьма несовершенен с процессуальной точки зрения.

Общий вывод

Несмотря на то, что отдельные частные положения законопроекта возражений не вызывают, в целом **нельзя одобрить** ни его генеральную концепцию, ни многие из предложенных в нем технических решений. Представляется, что совершенствование казахстанского законодательства о защите участников уголовного процесса должно проводиться в **совершенно ином** направлении, не затрагивая при этом оперативно-розыскную деятельность.

Л. В. Головкин, д. ю. н.,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова

**Экспертное заключение
на проект Закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики
Казахстан по вопросам смертной казни»⁴⁴**

Представляется, что в данном заключении не имеет смысла специально обсуждать вопросы, связанные с оценкой смертной казни как вида уголовного наказания. Каково бы ни было субъективное или, если угодно, эмоциональное отношение к смертной казни, совершенно очевидно, что с научной точки зрения отказ от данной формы реакции государства на преступления, в том числе самые опасные, является *объективной и необратимой* тенденцией, наблюдаемой в общемировом масштабе. Совершенно очевидно также, что значение смертной казни как превентивного фактора, сдерживающего преступность, сильно преувеличено на т. н. «постсоветском пространстве». В этом смысле можно утверждать, что опасения, связанные с возможными негативными последствиями полной отмены смертной казни, имеют здесь не столько рациональный, сколько сугубо психологический характер. Если же оценивать ситуацию исключительно рационально, то становится ясно, что смертная казнь уже не имеет и не может иметь в Казахстане никакого криминологического значения, поскольку в настоящее время она *фактически не применяется*: как свидетельствуют статистические данные, приведенные в досье на анализируемый законопроект, за последние четыре года смертная казнь назначена в отношении 6 осужденных, причем ни один из этих приговоров не исполнен в связи с введением 17 декабря 2003 года. Президентом РК моратория на исполнения смертной казни. Та же самая ситуация имеет место, допустим, в Российской Федерации, где смертная казнь не только не приводится в исполнение в течение более десяти лет (с 1997 года), но и юридически не может с 1999 года назначаться судами в качестве меры наказания на основании Постановления Конституционного суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года. Таким образом, и в Казахстане, и в России смертная казнь ныне *реальным* наказанием не является, хотя она формально и упоминается в уголовных законодательствах и даже Конституциях двух государств. Привело ли это к каким-либо серьезным криминологическим последствиям, не говоря уже о некоей «криминологической катастрофе»? Можно ли сказать, что криминогенная ситуация в Казахстане отчетливо делится на периоды «до 17 декабря 2003 года» и «после 17 декабря 2003 года», а в России соответственно – «до 2 февраля 1999 года» и «после 2 февраля 1999 года», причем периоды «после» значительно менее благоприятны с точки зрения уровня и структуры преступности, нежели периоды «до»? Ясно, что данные вопросы имеют сугубо риторический характер, поскольку отказ от исполнения и даже назначения судами (применительно к России) смертной казни ни к каким сколько-нибудь заметным криминологическим последствиям не привел. Чем же тогда объясняется сопротивление так называемых «сторонников смертной казни» ее полной отмене, все еще наблюдаемое и в Казахстане, и в России? Объясняется оно, на наш взгляд, исключительно причинами психологического и иррационального свойства.

Нельзя не отметить, что казахстанский законодатель прекрасно отдает себе отчет как в необратимости общемировой тенденции, связанной с отказом от смертной казни, так и в невозможности рационально объяснить необходимость ее сохранения в качестве ординарной меры уголовного наказания. Именно поэтому, как отмечается в досье на законопроект, «начиная с 1994 года, придерживаясь *общепризнанного международного курса* (курсив наш – Л. Г.), государство проводит политику поэтапной отмены смертной казни». Стремление Казахстана постепенно отказаться от смертной казни нашло отражение и в Концепции правовой политики, одобренной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года. *Таким образом, у нас есть все основания оценивать анализируемый законопроект в качестве очередного шага на пути поэтапной отмены смертной казни в Республике Казахстан*, о чем прямо говорится в сопровождающем законопроект досье. По этой причине основной целью настоящего экспертного заключения будет анализ содержащихся в законопроекте юридико-технических положений на предмет их соответствия данному программному тезису. Однако, прежде чем приступить к анализу собственно положений законопроекта, необходимо вкратце остановиться на конституционно-правовом регулировании института смертной казни в Республике Казахстан.

Конституционно-правовые основания законопроекта

⁴⁴ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Представительства *Freedom House* в Республике Казахстан 4 ноября 2008 года.

Помимо совершенствования уголовного законодательства, связанного с реализацией политико-правовой задачи по поэтапной отмене смертной казни, анализируемый законопроект преследует также иную цель: привести Уголовный Кодекс Республики Казахстан в соответствие с Конституцией Республики Казахстан после внесения в последнюю изменений от 21 мая 2007 года, касающихся смертной казни. Об этом прямо говорится в Пояснительной записке Мажилиса Парламента Республики Казахстан от 22 сентября 2008 года № 23/3831.

Напомним, что после внесения в Конституцию Республики Казахстан указанных изменений соответствующая конституционная норма ныне гласит, что смертная казнь устанавливается законом как исключительная мера наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время (п. 2 ст. 15). При этом мы здесь ни в коей мере не собираемся обсуждать текст самой конституционной нормы: для нас это правовая данность, которую необходимо учитывать при оценке рассматриваемого законопроекта.

Основная правовая проблема, которая возникает при анализе п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан, сводится к вопросу о том, создает ли данная конституционная норма *обязанность* законодателя предусматривать смертную казнь за каждое «террористическое преступление», сопряженное с «гибелью людей», и за каждое «особо тяжкое преступление», совершенное «в военное время», или речь лишь идет о *пределах* возможного законодательного регулирования применения смертной казни, выйти за которые законодатель не вправе, но «внутри» которых он самостоятельно решает, необходима и целесообразна ли смертная казнь как вид уголовного наказания в каждом конкретном случае? В зависимости от ответа на первый вопрос решается тогда и другой вопрос: что следует понимать под «приведением Уголовного кодекса Республики Казахстан в соответствие с Конституцией Республики Казахстан» по вопросу о смертной казни? Следует ли под ним понимать *механическое* перенесение в Уголовный кодекс текста конституционной нормы или законодателю необходимо лишь отменить смертную казнь за все преступления, не являющиеся «террористическими» и не «сопряженные с гибелью людей», а также не «совершаемые в военное время», то есть необходимо отменить смертную казнь во всех случаях, выходящих за пределы, жестко очерченные п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан.

Для нас не вызывает сомнений, что п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан *не обязывает и не может обязывать* законодателя сохранять в Уголовном кодексе Республики Казахстан какие бы то ни было положения о смертной казни, в том числе и в тех случаях, которые названы в соответствующей конституционной норме.

Во-первых, установление того или иного уголовного наказания не является целью конституционного регулирования. Установление наказаний – задача уголовного законодательства. Цель конституционного регулирования в другом – очертить для законодателя рамки, выход за которые противоречит фундаментальным конституционно-правовым принципам. Конституция, будучи *основным* законом, не может превращаться в закон *уголовный*, вводя какие бы то ни было уголовные запреты или наказания. Не может она превращаться и в уголовно-политический документ. Иное понимание Конституции, которое мы позволим себе назвать «вульгарным», способно привести только к снижению роли и Конституции как основного закона государства, и конституционно-правового регулирования в целом.

Во-вторых, толкование п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан как «обязывающей» законодателя нормы невозможно и по сугубо техническим причинам. Правовые категории, указанные в данной конституционной норме, слишком неопределенны с уголовно-правовой точки зрения, чтобы их можно было механически перенести в уголовный закон в качестве «исполнения обязанности». Что означает понятие «террористического преступления»? Что означает категория «гибель людей» (например, с точки зрения форм вины – умышленное лишение жизни, гибель по неосторожности и т. д.)? Что означает понятие «военного времени (официальное объявление войны иностранным государством; межгосударственный военный конфликт; иной вооруженный конфликт, например, на этнической почве)? Как можно в такой ситуации говорить об «обязанности», если сама «обязанность» требует толкования со стороны законодателя? Получается, что не Конституция якобы налагает обязанность, а сам законодатель определяет, что считать для себя обязанностью. Думается, что конституционный законодатель намеренно уходил при редактировании п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан от точных уголовно-правовых формулировок, чтобы, с одной стороны, не превращать Конституцию в уголовный кодекс, а, с другой стороны, не порождать у законодателя иллюзию «обязанности».

В-третьих, слово «устанавливается», используемое в п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан и способное породить превратное толкование ее смысла, *не было введено* Законом от 21 мая 2007 года. Оно, образно говоря, досталось в наследство от прежней редакции п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан, где говорилось, что «смертная казнь *устанавливается* (курсив наш – Л. Г.) законом как исключительная мера наказания за особо тяжкие преступления». Однако из этого никто не делал вывода, что смертная казнь должна быть установлена за **все** особо тяжкие

преступления, предусмотренные Уголовным кодексом Республики Казахстан (она и не была за них установлена). Более того, Конституционный совет Республики Казахстан в своем Постановлении № 10 от 30 января 2003 года четко разъяснил, что законодатель не обязан устанавливать смертную казнь за все особо тяжкие преступления – он обязан лишь не устанавливать ее за иные категории преступлений. Что же изменилось с внесением изменений в п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан? Почему слово «устанавливается» должно приобрести после этих изменений иную правовую нагрузку, особенно, если учесть, что изменения в Конституции были обусловлены стремлением Республики Казахстан ограничить применение смертной казни, а не расширить его? Думается, что на данные вопросы невозможно дать юридически выверенный ответ.

Учитывая изложенное, ясно, что п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан должен толковаться лишь в смысле *максимально возможных* пределов применения законодателем смертной казни при отсутствии у него обязанности устанавливать смертную казнь даже за террористические преступления, повлекшие гибель людей и особо тяжкие преступления, совершенные в военное время. Обязанность законодателя в другом – *не устанавливать* смертную казнь во всех остальных случаях. Именно из такого понимания смысла п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан мы и будем исходить при оценке положений анализируемого законопроекта.

При этом нам представляется, что составители законопроекта не совсем точно определили для себя смысл и пределы конституционного регулирования. В какой-то мере возникает впечатление (быть может, ошибочное), что они испытывали в данном вопросе определенную неуверенность. В результате они, с одной стороны, не стали корректировать текст особенной части Уголовного кодекса Республики Казахстан, совершенно справедливо посчитав, что Конституция не предполагает расширения применения смертной казни путем, к примеру, введения квалифицирующего признака «в случае совершения в военное время» ко всем особо тяжким преступлениям и добавления в этих случаях в санкции соответствующих статей смертной казни. Но, с другой стороны, они просто-напросто полностью, причем *механически*, перенесли в общую часть Уголовного кодекса Республики Казахстан (ст. 49) конституционную формулировку, не учитывая при этом, что, как мы уже отмечали, данная формулировка не содержит собственно уголовно-правовой терминологии. В результате, возникла разбалансированность общей и особенной частей Уголовного кодекса, которая *в любом случае* не позволяет говорить о достижении провозглашенных в досье к законопроекту целей.

В предлагаемой законопроектом редакции ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан повторяется конституционный тезис о том, что «смертная казнь как исключительная мера наказания устанавливается только за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время...».

Поскольку законопроект, вслед за Конституцией, предполагает сохранение смертной казни в двух случаях, причем случаи эти различны по юридической природе, целесообразно рассмотреть их отдельно друг от друга.

Положения, касающиеся применения смертной казни за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время

Представляется, что в вопросе о возможности применения смертной казни в военное время в законопроекте имеется явная *непоследовательность*.

С одной стороны, составители законопроекта предполагают отмену смертной казни за *воинские* преступления, совершенные *в военное время* (статьи 367, 368, 369, 373, 374, 375 и 380 Уголовного кодекса Республики Казахстан). Этот шаг, разумеется, следует приветствовать. Он свидетельствует не о том, что изменилась общественная опасность данного рода деяний сама по себе, а том, что составители законопроекта, думается, прекрасно понимают, что подобного рода уголовно-правовой запрет не имеет в настоящее время никакого практического смысла.

Но, *с другой стороны*, авторы законопроекта, противореча сами себе, вводят в Общую часть Уголовного кодекса Республики Казахстан норму об «установлении» смертной казни за совершенные в военное время особо тяжких преступлений. И вот здесь возникает вопрос – **зачем?**

Если предположить, что составители законопроекта исходят из того, что Республике Казахстан необходимо «на всякий случай» иметь заранее разработанное и принятое законодательной властью эффективное уголовное законодательство, которое не действует в мирное время, но автоматически вступает в силу при наступлении военного времени, то данная гипотеза полностью опровергается отмеченным выше стремлением отменить смертную казнь за совершенные в военное время воинские преступления. О каком эффективном военно-уголовном законодательстве может тогда идти речь?

Если предположить, что составители законопроекта исходят из того, что Республика Казахстан при наступлении военного времени в любом случае будет нуждаться в специальном военно-уголовном законодательстве, где, в частности, будет решаться вопрос о применении смертной казни за совершение наиболее опасных в условиях военного времени воинских преступлений, то

зачем тогда вообще включать в уголовный закон отрывочные упоминания о смертной казни «в военное время»? Какой в этом практический и теоретический смысл?

Полагаем, что воспроизведение в ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан конституционного положения о возможности установления в военное время смертной казни за совершение особо тяжких преступлений представляет собой классический пример избыточного правового регулирования, которое, как известно, не только бесполезно, но и опасно. Вопрос даже не в том, что «военного времени» в Казахстане нет, и с учетом миролюбивой внешней политики государства оно вряд ли когда-либо наступит. Вопрос в другом: даже если исходить из худшего, то при наступлении военного времени в любом случае требуется разработка **специального** или даже **чрезвычайного** военно-уголовного законодательства, причем разрабатывать его придется не в «кабинетных условиях», а в условиях «полевых», то есть с учетом реальной ситуации, в том числе на театре военных действий. Предсказать в такой ситуации общественную опасность того или иного деяния, необходимость санкционирования его смертной казнью и т. д. сейчас просто-напросто невозможно. Между тем отрывочные ссылки на «военное время» в уголовном законодательстве мирного времени не только не ускорят разработку специального военно-уголовного законодательства, а лишь замедлят ее, поскольку неизбежно придется снимать противоречия между реальными и «кабинетными» военно-уголовными нормами, не говоря уже о возможных пробелах, коллизиях и т. п.

И вот здесь возникает *главный вопрос*: если упоминание в тексте действующего в мирное время Уголовного кодекса смертной казни за совершение особо тяжких преступлений в военное время не имеет никаких положительных последствий, то в чем рациональный смысл такого правового регулирования? *Зачем вводить норму, которая заведомо неэффективна и способна лишь вызвать негативные комментарии на международной арене?* Ссылка на конституционное регулирование в любом случае не является убедительной, поскольку Конституция государства продолжает действовать и в условиях войны, тогда как уголовное законодательство приобретает специальный характер (таков печальный опыт фактически всех стран, оказавшихся в условиях военного времени, включая опыт советский).

Представляется, что много рациональнее либо вовсе отказаться от упоминания о смертной казни в военное время в действующем Уголовном кодексе Республики Казахстан (оптимальный вариант), либо сделать отсылочную норму к специальному закону (компромиссный вариант), которая могла бы выглядеть примерно следующим образом в качестве самостоятельного пункта ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан: *«Смертная казнь может быть также установлена в военное время за совершение особо тяжких преступлений специальным законом Республики Казахстан о введении военного положения».*

Положения, касающиеся применения смертной казни за террористические преступления

Имплементация законопроектом в уголовное законодательство конституционной нормы о возможности применения смертной казни за «террористические преступления, сопряженные с гибелью людей», представляет собой много более сложную проблему. Здесь составители законопроекта не только воспроизвели в предлагаемой редакции ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан конституционную формулировку (как в случае с «военным временем»), но и попытались ее раскрыть, сконструировав п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан, где дается перечень так называемых «террористических преступлений». На наш взгляд, именно *п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан является ключевым положением* анализируемого законопроекта.

В чем здесь видится серьезная опасность? Целью конституционной реформы п. 2 ст. 15 Конституции Республики Казахстан было, как известно, *ограничение* применения смертной казни, что отразило политическую волю, направленную на *позитивную отмену* данной меры уголовного наказания. Однако законопроект создает ситуацию, при которой *конституционные* ограничения легко будет преодолеть на *сугубо законодательном* уровне. Иначе говоря, с помощью предлагаемой законодательной конструкции можно будет просто-напросто «обойти» соответствующие конституционные положения о смертной казни. Для этого достаточно всего-навсего *расширить понятие* «террористических преступлений». В принципе, при таком подходе (через чрезмерно широкое понимание в уголовном законе категории «террористические преступления») можно не только не ограничивать реальное применение смертной казни, но, напротив, *расширять ее применение*, объявляя при этом о «позитивной отмене» данной меры наказания. Вряд ли такие цели были заложены при проведении конституционной реформы от 21 мая 2007 года.

Являются ли наши опасения сугубо гипотетическими? К сожалению, ознакомление с текстом законопроекта вынуждает нас констатировать обратное. При этом мы совершенно не утверждаем, что его составители намеренно стремились «обойти» соответствующие конституционные положения и в «скрытой форме» расширить применение смертной казни. Мы настаиваем лишь на техническом несовершенстве законопроекта, которое способно привести к *непредвиденным* правовым

последствиям, никак не вписывающимся в политико-правовое движение по поэтапной отмене смертной казни в Республике Казахстан.

Во-первых, перечень «террористических преступлений», сконструированный составителями законопроекта в предлагаемой редакции п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса и насчитывающий 11 составов преступлений, сам по себе для нас *необъясним*. Скажем, какое отношение к «террористическим преступлениям» имеет наемничество, предусмотренное ст. 162 Уголовного кодекса Республики Казахстан? В общественной опасности данного деяния никто не сомневается, но совершается оно не в террористических целях, а сугубо по *корыстным мотивам* (это видно даже по этимологическим корням термина «наемничество», поскольку речь идет о «найме»)?

Впрочем, мы бы категорически не хотели вступать в дискуссию о том, является ли тот или иной состав «террористическим» или не является. Дело не в отдельных составах преступлений. Проблема здесь в том, что любой вариант перечня «террористических преступлений» *a priori субъективен*. Достаточно хотя бы бегло ознакомиться с постсоветской уголовно-правовой литературой, чтобы понять, что различные специалисты понимают под «террористическими преступлениями» неодинаковый набор составов преступлений. Строго говоря, для такого вывода не требуются даже какие бы то ни было научные исследования. Можно ограничиться лишь прочтением сопровождающего законопроект досье, где содержатся экспертные заключения на законопроект: некоторые эксперты предлагают убрать те или иные составы из предложенного перечня, а некоторые, напротив, настаивают на том, что отдельные «террористические составы» оказались обойдены вниманием составителей законопроекта. Да и сам законопроект по мере своего прохождения уже успел подвергнуться изменениям с точки зрения перечня «террористических преступлений», который оказывался то шире, то уже.

В целом, ясно, что для выделения в отдельный перечень «террористических преступлений» нет и не может быть **никаких объективных критериев**. Ясно и то, что законодательная формализация подобного перечня также его окончательно не объективизирует, поскольку можно ожидать в последующем *постоянное внесение в п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан изменений и дополнений*, причем выглядеть такие изменения и дополнения нередко будут как сугубо технические, хотя на деле они неизбежно затрагивают интерпретацию соответствующих конституционных положений о пределах применения смертной казни. В такой ситуации законодатель получит с помощью «перечня террористических преступлений» возможность незаметно и без широкого обсуждения корректировать норму более высокого (конституционного) уровня.

Во-вторых, остается совершенно непонятным как ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан в качестве нормы общей части уголовного закона будет соотноситься с положениями его особенной части, предусматривающими наказания за конкретные составы преступлений.

Проиллюстрируем суть проблемы на конкретном примере. Если взять, скажем, ст. 234 Уголовного кодекса Республики Казахстан (захват заложника), то здесь содержится такой квалифицированный состав преступления как «захват заложника, повлекший по неосторожности смерть человека». *С одной стороны*, в качестве наказания за данное преступление смертная казнь не предусмотрена и предусмотрена не будет (максимальное наказание – 15 лет лишения свободы). *С другой стороны*, ст. 234 включена в перечень «террористических преступлений», предусмотренный п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан. Кроме того, в данном случае речь идет о преступлении, «повлекшем гибель людей», пусть и по неосторожности. Иными словами, оба условия, названные в ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан, здесь имеют место. *Означает ли это, что в данном случае суды получают право назначать в качестве меры наказания смертную казнь со ссылкой на ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан, то есть норма общей части о наказании подлежит здесь непосредственному применению независимо от наличия или отсутствия указания на смертную казнь в санкции соответствующей статьи особенной части Уголовного кодекса?* Вот здесь-то и возникает ключевой (если не сказать – фундаментальный) вопрос, на который в законопроекте ответа нет. Обратим также внимание, что в перечне «террористических преступлений» имеется целый ряд составов преступлений, предусматривающих особую ответственность за неосторожное причинение «смерти человека», что подразумевает смерть одного или более лиц (см. статьи 163, 234, 238 и 239 Уголовного кодекса Республики Казахстан).

При **отрицательном ответе** на поставленный вопрос, который представляется нам единственным правильным, неизбежно возникает другой вопрос: какую юридическую нагрузку имеют тогда ст. 49 и п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан в предлагаемой редакции? В чем тогда смысл соответствующих законодательных положений, если они в любом случае не подлежат самостоятельному применению (судье можно не обращать внимания ни на «перечень», ни на ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан – ему достаточно только заглянуть в санкцию соответствующей статьи особенной части Уголовного кодекса). При полном отсутствии практического смысла такого правового регулирования оно создает *правовую неопределенность*, поскольку поставленный здесь вопрос вполне может возникнуть и в правоприменительной практи-

ке. При этом правовая неопределенность коснется такого важнейшего вопроса как применение смертной казни, что тем более недопустимо. В более общем смысле непонятно, зачем законодатель намеренно закладывает в закон коллизии, противоречия, правовую неопределенность, несоответствие общей и особенной частей Уголовного кодекса и т. д., ссылаясь при этом на «совершенствование уголовного законодательства» и его «приведение в соответствие с Конституцией»?

При **положительном ответе** на поставленный вопрос практический *смысл* предлагаемой редакции ст. 49 и п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан *появляется*, но *недоумение* от этого только *возрастает*. В такой ситуации предлагаемые изменения в Уголовный кодекс Республики Казахстан не имеют никакого отношения к «поэтапной отмене» смертной казни, о чем следует сказать открыто. Закон, отменяя смертную казнь за некоторые составы преступлений, *одновременно* вводит ее за другие составы преступлений, где она предусмотрена не была (статьи 163, 234, 238, 239). Причем закон опять-таки создает условия для «завуалированного» расширения смертной казни, когда законодатель прямо и открыто не упоминает о смертной казни в санкции соответствующей статьи особенной части Уголовного кодекса, а действует через п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса, одновременно, например, оговаривая «неосторожное причинение смерти» или нечто подобное в описании самого состава преступления. *Парадокс* при таком понимании предлагаемого текста закона заключается также в том, что смертная казнь *отменяется* за *умышленное* убийство при отягчающих обстоятельствах (единственное преступление, за которое она реально назначается в настоящее время в Казахстане), но *вводится* за *неосторожное* причинение смерти, то есть деяние много менее общественно опасное.

В целом, предлагаемое регулирование применения смертной казни за «террористические преступления, сопряженные с гибелью людей», страдает техническим несовершенством и недопустимой для уголовного закона степенью правовой неопределенности.

Если казахстанский законодатель не считает в настоящее время возможной полную отмену смертной казни, придерживаясь доктрины ее «поэтапной отмены», то такая «поэтапная отмена» должна быть реальной, а не мнимой, для чего требуется достаточно тщательная доработка и переработка анализируемого законопроекта. На наш взгляд, необходимо, прежде всего, отказаться от п. 2 примечания к ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан или какой-либо иной попытки формализации перечня «террористических преступлений», поскольку подобная попытка в любом случае обречена с теоретической точки зрения на неудачу, а с практической точки зрения способна привести к непредвиденным последствиям. Кроме того, в ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан необходимо указание на то, что речь идет только о тех террористических преступлениях, которые привели к *умышленному* лишению жизни *двух или более лиц*, с обязательной оговоркой в ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан, что смертная казнь может применяться за такого рода террористические преступления только в «случаях, специально предусмотренных санкциями соответствующих статей Особенной части настоящего кодекса». В конечном итоге, не вызывает сомнений, что с учетом всех заложенных в п. 2 ст. 15 Конституции критериев смертная казнь может быть сохранена только в санкции ст. 233 Уголовного кодекса Республики Казахстан. При понимании данного обстоятельства перечень остальных «террористических преступлений» становится бессмысленным и излишним.

Я. Гилинский, д. ю. н.,
проф. Санкт-Петербургского юридического
института (филиала) Академии генеральной
прокуратуры Российской Федерации,
зав. кафедрой уголовного права Российского государственного
педагогического университета им. А.И. Герцена,
главный научный сотрудник Социологического
института Российской академии наук,
член Европейского союза криминологов,
член Нью-Йоркской академии наук.

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» и проект Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений»⁴⁵

Идея создания законодательной базы профилактики правонарушений представляется весьма плодотворной. В нынешней редакции проекта Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» есть немало положений, заслуживающих одобрения и поддержки. Это многократно повторяющееся требование проведения криминологической экспертизы нормативных актов; значительное внимание правовому обучению, воспитанию, формированию правосознания граждан; разработка мер виктимологической профилактики. Соответствует мировой практике разграничение профилактики на первичную (общие меры), вторичную (специальные меры) и третичную (индивидуальные меры). Положительным представляется обозначение задач и функций субъектов профилактики. Чрезвычайно важно осуществлять подготовку кадров для осуществления профилактики (ст. 39 Законопроекта).

Вместе с тем ряд положений проекта Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» вызывает возражения.

Ст. 1, п. 1, п/п 3, 5. Понятия «социально опасное положение» и «лицо, находящееся в социально опасном положении» - исторически обременены тяжелым наследием: понятие «опасное состояние лица» приводило в фашистской Германии и сталинском Советском Союзе к многочисленным репрессиям, включая «превентивное» заключение невиновных в концентрационных лагерях. Кроме того, определенную опасность нарушения прав и свобод человека в процессе правоприменения внушает *слишком широкая* трактовка «лица, находящегося в социально опасном состоянии». Если с тем, что это «лицо, которое находится в обстановке, представляющей опасность для его жизни, здоровья, либо не отвечающей требованиям к его воспитанию или содержанию» еще можно согласиться, то включение в это понятие лица, «утратившего родственные, социальные связи, постоянное место жительства» безгранично расширяет круг лиц, находящихся «под подозрением». Сам по себе факт утраты родственных и социальных связей *юридически* нейтрален, и не может влечь каких бы то ни было правовых последствий. Что касается утраты «постоянного места жительства», то согласно ст. 13 п. 1 Всеобщей декларации прав человека (1948 год), «Каждый человек имеет право свободно передвигаться и выбирать себе место жительства в пределах каждого государства».

Ст. 1, п. 1, п/п 9. Понятие «антиобщественные действия» также не безупречно. «Нарушение установленных социальных норм и правил поведения» может влечь правовые последствия, включая применение мер профилактики, *только* в случаях, *прямо предусмотренных* в соответствующих нормативных актах. «Негативное влияние на психику и/или здоровье» человека могут оказывать переизбыток (обжорство), занятие экстремальными видами спорта, голодание и множество других юридически не значимых факторов. «Систематическое употребление алкогольных напитков» возможно согласно медицинским рекомендациям (бокал красного сухого вина в сутки для лиц, страдающих гипотонией; 30-50 граммов водки в сутки для профилактики некоторых сердечно-сосудистых заболеваний). Очевидно, разработчики Закона имели в виду *пьянство*, но это не оговорено и юридически понятие «пьянство» не определено. «Занятие бродяжничеством, попрошайничеством» само по себе *юридически* нейтрально и не может влечь правовых последствий, включая меры профилактики, предусмотренные ст. ст. 25-29 Законопроекта. Соответственно должны быть пересмотрены те статьи настоящего Законопроекта, которые включают указание на меры, применяемые к «лицам, совершающим антиобщественные действия». Повторимся: такое определение слишком широко и позволяет произвольно толковать многочисленные поступки и действия, *воспринимаемые* правоприменителями как «антиобщественные действия». Это не исключает воз-

⁴⁵ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе в Астане 16 июля 2008 года.

возможности применения профилактических мер в тех случаях, когда определенные виды «антиобщественных действий» прямо противоречат тем или иным нормам права.

Ст. 5, п. 1, п/п 1. Всеи мировой практикой (включая практику СССР, в состав которого входила ныне независимая Республика Казахстан) доказано, что принудительное лечение *неэффективно* и существенно *нарушает права* человека. Лечение от алкоголизма, наркомании, токсикомании и т.п. чрезвычайно сложно и редко дает положительный результат даже при добровольном лечении, даже когда больной или члены его семьи мечтают об исцелении. *Принудительное* же «лечение» в принципе совершенно бесполезно с медицинской точки зрения и неправомерно – с юридической. Согласно ст. 3 Всеобщей декларации прав человека «Каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и на личную неприкосновенность», а согласно ст. 12 Всеобщей декларации «Никто не может подвергаться произвольному **вмешательству в его личную и семейную жизнь...**» (выделено мною – Я. Г.). С моей точки зрения, потребление алкоголя, наркотических средств и психотропных веществ является **личным** делом каждого. Этой позиции придерживаются многочисленные зарубежные и некоторые российские исследователи (например: *Кристи Н., Бруун К.* Удобный враг. Перевод с норвежского. М., 2004; *Тимофеев Л.* Наркобизнес: Начальная теория экономической отрасли. М., 1998; *Требац А.* Примирение с наркотиками // Социологические исследования, 1991, № 12; *Schur E.* Crimes Without Victims. Englewood Cliffs, 1985, и др.).

Ст. 8, п. 1, п/п 2. Разработка и реализация комплексных программ предупреждения *наркомании, алкоголизма и токсикомании* не может быть отнесена к компетенции органов внутренних дел, т. к. наркомания, алкоголизм и токсикомания – **заболевания**, т. е. компетенция органов здравоохранения (ст. 15 Законопроекта).

Ст. ст. 8 и 12, с моей точки зрения, должны включать обеспечение таких профилактических мер, как исключение применения пыток и иных незаконных методов выявления, расследования преступлений и осуществления уголовно-исполнительной деятельности. Во-первых, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий категорически запрещено признанными международно-правовыми актами (ст. 5 Всеобщей декларации прав человека; Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, 1984 года.; ст. 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Во-вторых, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий *при производстве расследования* по уголовному делу нередко приводит к осуждению невиновного, признающего себя «виновным» и безнаказанности действительного виновника преступления. В-третьих, применение пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство действий *в пенитенциарных учреждениях* не только не способствует реализации целей наказания, но приводит к противоположным результатам, порождая злобу, ненависть, массовые беспорядки. Опыт Российской Федерации последних лет свидетельствует о массовых бунтах в пенитенциарных учреждениях как следствии репрессивной политики органов исполнения наказания. Только в 2007 году было зафиксировано свыше 30 массовых выступлений (бунтов), неповиновения с человеческими жертвами. К сожалению, эта преступная практика продолжается и в 2008 году, (ж. «Неволя», 2007, № 13 (с. 61-69), № 14 (с. 24-30), 2008, № 15 (с. 75-81)).

Ст. 15, п/п 5. Как отмечалось выше, полагаю категорически недопустимым организацию *принудительного* лечения (исключение могут представлять больные, угрожающие безопасности других лиц в силу *психического* расстройства). Кроме того, желательно включить положение, обеспечивающее *анонимность* добровольного лечения и *неразглашение* медицинским персоналом и правоохранительными органами сведений о заболеваемости алкоголизмом, наркоманией, токсикоманией, венерическими заболеваниями, ВИЧ-инфекцией, СПИДом и психическими расстройствами.

Ст. 15, п/п 9. Неясно, почему органы здравоохранения должны вести учет и осуществлять профилактический контроль в отношении лиц, занимающихся проституцией. Это возможно только в том случае, если в Республике Казахстан проституция полностью легализована, открыты публичные дома и органы здравоохранения обеспечивают регулярное медицинское освидетельствование проституток.

Ст. 20, п. 3, п/п 6. По изложенным выше соображениям следовало бы исключить слова «и антиобщественных действий» в силу их юридической неопределенности.

Ст. 24, п/п 2. По изложенным выше соображениям следовало бы исключить слова «утративших родственные, социальные связи и место жительства».

Ст. 25, п. 2, п/п 6. По изложенным выше соображениям следует исключить слова «направление на принудительное лечение».

Ст. 30, п. 1, п/п 3, 8; п. 2, п/п 3. Подпункты 3 и 8 п. 1 и подпункт 3 п. 2 должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

Ст. 32, п. 1, п/п 3, 8. Подпункты 3 и 8 п. 1 должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

Ст. 33, п. 3. Слова «В местах прохождения принудительного лечения» должны быть исключены по вышеназванным соображениям.

В современных государствах вообще, бывших республиках Советского Союза в особенности, каждый законопроект должен оцениваться и с точки зрения его «коррупциогенности». Поэтому те положения Законопроекта, которые предполагают безмерное расширение категорий граждан потенциально подпадающих под его действие, включая постановку на учет, расширяют и коррупционные возможности правоприменителей.

Выводы

Принятие проекта Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» в целом является целесообразным, но при *обязательном* условии доработки и изменений в соответствии с вышеназванными замечаниями. Эффективность данного Закона, как и большинства иных правовых мер, направленных на сокращение правонарушений, всегда сомнительна. Следует расстаться с иллюзиями возможности добиться серьезных изменений общественно значимого поведения граждан только правовыми, а тем более запретительными средствами. Как справедливо заметил крупнейший социолог XX столетия Никлас Луман: «Следует отказаться от надежд, связанных с иллюзией контроля». *Все* формы человеческой жизнедеятельности *социально* (экономически, политически, культурологически) *обусловлены*. Только совершенствование социальных условий может способствовать сокращению нежелательных проявлений. Это не исключает попыток противодействия правонарушающему поведению. Но при этом необходимо трезво оценивать реальные возможности таких попыток. Законопроект лишь частично соответствует международно-правовым требованиям. При доработке проекта Закона необходимо учесть вышеназванные замечания в части соблюдения прав человека. Принятие проекта Закона «О профилактике правонарушений» без необходимых изменений приведет к *существенному* нарушению прав и свобод человека в Республике Казахстан.

Ниже приводятся конкретные замечания по законопроекту «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам профилактики правонарушений», которые должны рассматриваться во взаимосвязи с вышеперечисленными замечаниями к проекту Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений»

1. Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях. Отказаться от дополнения ст. 355 Кодекса пунктом 3 (в связи с неопределенностью понятия «антиобщественные действия»).

2. Закон Республики Казахстан от 9 июля 2004 года № 591 «О профилактике правонарушений среди несовершеннолетних и предупреждении детской безнадзорности и беспризорности».

- В **ст. 19-1. Меры индивидуальной профилактики** – п. 3 может быть сохранен только при условии уточнения понятия «социально опасное положение» (см. мои замечания по проекту Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений»).

- В **ст. 19-2. Профилактическая беседа** – п. 4 подлежит исключению («совершение антиобщественных действий»).

- В **ст. 19-3. Профилактический учет и контроль** – из п. 1 исключить слова «или занимающихся антиобщественными действиями».

- В **ст. 19-5. Прекращение контроля и снятие с профилактического учета** – в п. 1, п/п 1 исключить слова «антиобщественных действий или».

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего совершенствования системы исполнения наказаний и уголовно-исполнительной системы»⁴⁶

Рассматриваемый проект закона содержит положения, направленные на дальнейшее совершенствование правового регулирования: 1) исполнения наказаний в виде общественных работ, ограничения свободы, ареста, лишения свободы на определенный срок и пожизненного лишения свободы; 2) порядка применения условно-досрочного освобождения от наказания и отсрочки исполнения наказания осужденным беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей; 3) социальной адаптации и реабилитации лиц, отбывших уголовные наказания; 4) ответственности за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества. Наряду с этим, вносятся предложения по совершенствованию законодательства Республики Казахстан в части уточнения правового статуса сотрудников уголовно-исполнительной системы, расширения объема предоставляемых им социальных гарантий и льгот.

При этом целый ряд предлагаемых в законопроекте изменений в уголовное, уголовно-процессуальное, уголовно-исполнительное и административное законодательство, а также в законодательство о местном государственном управлении восполняет имеющиеся пробелы в нормативном правовом регулировании общественных отношений, улучшает правовое положение осужденных, а также сотрудников уголовно-исполнительной системы и поэтому заслуживает принципиальной поддержки.

Вместе с тем, представленный на наше изучение текст законопроекта не имеет соответствующего приложения в виде утвержденной концепции и технического задания, пояснительной записки и финансово-экономического обоснования. Вероятно, прежде всего, по этой причине обоснованность и целесообразность некоторых из предлагаемых изменений вызывает определенные сомнения. В качестве таковых изменений можно выделить нижеследующие.

1. Изменения, связанные с введением в действие наказания в виде ареста

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что ст. 1 проекта Закона предусматривает введение в действие только положений о наказании в виде ареста, содержащихся в Уголовно-исполнительном кодексе Республики Казахстан, не затрагивая соответствующих норм Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Республики Казахстан. Между тем применение ареста зависит, прежде всего, от введения в действие норм уголовного права.

Кроме того, ст. 2 проекта Закона предлагается существенно изменить порядок исполнения этого наказания. В частности, из норм Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан исключаются положения об исполнении ареста в специально созданных для этого учреждениях – арестных домах. Вместо этого предлагается исполнять данное наказание в следственных изоляторах, которые в настоящее время предназначены главным образом для исполнения меры уголовно-процессуального пресечения в виде содержания под стражей в отношении лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений. Можно предположить, что такое изменение вызвано стремлением к экономии финансовых и иных материальных затрат, необходимых для строительства арестных домов.

Следует, однако, учитывать, что введение в действие наказания в виде ареста, скорее всего, повлечет за собой общий прирост численности лиц, находящихся в местах изоляции от общества, за счет некоторого сокращения числа условно осужденных и осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы. В этом случае неизбежен рост государственных расходов на содержание арестованных, независимо от того, находятся ли они в арестных домах или в следственных изоляторах.

Обращают на себя внимание и те изменения, предлагаемые законопроектом в статьи 64 и 65 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, которые приближают правовой статус лиц, отбывающих арест, с правовым статусом осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы на определенный срок в тюрьме. В свете предложения авторов законопроекта в будущем содержать всех совершеннолетних осужденных к лишению свободы только в тюрьмах (о чем более подробно будет сказано ниже), различия между наказанием в виде ареста и наказанием в виде лишения свободы на определенный срок еще более стираются. По сути, арест становится

⁴⁶ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане 6 августа 2008 года.

краткосрочным лишением свободы, назначаемым осужденным, достигшим совершеннолетия, на срок до шести месяцев.

Однако изучение опыта США и стран Западной Европы показывает крайне низкую эффективность краткосрочного лишения свободы (рецидив среди освобожденных достигает в среднем 75-85%). В основном по этой причине в Российской Федерации принято решение отказаться от введения в действие наказания в виде ареста (соответствующий закон принят в первом чтении Государственной Думой по инициативе Правительства Российской Федерации).

2. Изменения, связанные с введением в действие правовых норм о назначении отбывания наказания в виде лишения свободы для осужденных совершеннолетних лиц, в тюрьмах

Статья 48, ч. 5 Уголовного кодекса Республики Казахстан предусматривает следующие виды исправительных учреждений для отбывания наказания в виде лишения свободы: исправительные колонии-поселения, исправительные колонии общего, строгого и особого режимов, тюрьмы, а также воспитательные колонии для несовершеннолетних. При этом отбывание части срока наказания в тюрьме может быть назначено только наиболее опасным категориям преступников и лишь на срок не более пяти лет.

В рассматриваемом законопроекте предлагается дополнить данную статью новой ч. 5-1, предусматривающей отбывание наказания в виде лишения свободы совершеннолетними мужчинами и женщинами соответственно в открытых, полужакрытых и закрытых блоках тюрьмы. При этом сравнительный анализ частей 5 и 5-1 ст. 48 Уголовного кодекса Республики Казахстан показывает: в открытых блоках тюрьмы будут содержаться те же категории осужденных, которые содержатся в исправительных колониях-поселениях; в полужакрытых блоках – те, кто содержится в исправительных колониях общего режима; в закрытых блоках – те, кто сейчас содержится в исправительных колониях строгого, особого режима и в тюрьмах.

В связи с этим ст. 4 Закона Республики Казахстан «О введении в действие Уголовного кодекса Республики Казахстан» предлагается дополнить предложением следующего содержания: «Положения Уголовного кодекса Республики Казахстан о назначении отбывания лишения свободы в блоках тюрьмы, предусматривающих содержание в пределах одного учреждения мужчин, осужденных к лишению свободы, вводятся в действие законом Республики Казахстан по мере создания необходимых условий, но не позднее 2025 года».

Обращает на себя внимание определенное противоречие между предлагаемыми редакциями ч. 5-1 ст. 48 Уголовного кодекса Республики Казахстан и ст. 4 вышеназванного Закона Республики Казахстан, поскольку, во-первых, ч. 5-1 распространяется не только на мужчин, но и на женщин, а во-вторых, в ней не сказано об отбывании наказания «в пределах одного учреждения». Более того, в пункте г) ч. 5-1 прямо указано, что лица, осужденные к пожизненному лишению свободы, а также осужденные, которым смертная казнь в порядке помилования заменена пожизненным лишением свободы, отбывают наказание в отдельных тюрьмах.

Из текста изменений, вносимых в этой связи в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан, остается неясным, чем условия содержания в исправительной колонии того или иного вида и современной тюрьме будут отличаться от условий содержания в соответствующем блоке тюрьмы. Единственное изменение, которое в этой связи предлагается, это дополнение ч. 1 ст. 95 словами (далее выделены в тексте), с учетом которых окончательная редакция данной части примет следующий вид: «1. Норма жилой площади в расчете на одного осужденного в исправительных колониях не может быть менее двух квадратных метров, в тюрьмах - двух с половиной квадратных метров, в колониях, предназначенных для содержания женщин, - трех квадратных метров, **в тюрьмах с по камерным содержанием – не менее семи квадратных метров**, в воспитательных колониях – трех с половиной квадратных метров, в исправительных учреждениях, осуществляющих принудительное лечение, - трех квадратных метров».

Из предлагаемого текста неясно, во-первых, чем обыкновенные тюрьмы (в которых согласно закону осужденные содержатся в камерах) отличаются от, так называемых, «тюрем с по камерным содержанием» и, во-вторых, почему для осужденных мужчин, содержащихся в тюрьмах с по камерным содержанием, нормы жилой площади предлагается установить значительно более высокими, чем для осужденных женщин и несовершеннолетних, отбывающих наказание в колониях.

В целом же из текста предлагаемых изменений остается непонятным, какова цель преобразования исправительных колоний для мужчин в тюрьмы, и какую конкретную пользу это может принести в деле исправления осужденных. При отсутствии пояснительной записки к законопроекту можно лишь предположить, что замысел состоит в содержании всех осужденных к лишению свободы мужчин (составляющих основную массу отбывающих данное наказание) в запираемых помещениях (камерах), что позволит несколько облегчить работу по предупреждению побегов и других правонарушений, уменьшить плотность охраны (особенно в ночное время, в выходные и праздничные дни) и тем самым снизить нагрузку на персонал учреждений, исполняющих наказа-

ния. Однако действующее уголовно-исполнительное законодательство и сейчас позволяет размещать в запираемых помещениях определенные категории осужденных, наиболее склонных к правонарушениям. Перевод же всех осужденных в такие условия существенно ухудшит правовое положение большинства из них и вряд ли оправдан с финансово-экономической точки зрения. Вообще же переход от исправительных колоний к тюрьмам потребует более глубокой переработки уголовного, уголовно-исполнительного законодательства и организации деятельности уголовно-исполнительной системы, чем та, которая предлагается в рассматриваемом законопроекте.

3. Изменения порядка применения условно-досрочного освобождения от отбывания наказания

В статью 169 Уголовно-исполнительного кодекса предлагается внести изменения, в основном аналогичные тем, которые были внесены в ст. 175 Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации в декабре 2003 года Федеральным законом № 161-ФЗ (кстати, этот российский опыт отнюдь не безупречен и мог бы стать предметом отдельного анализа). Отличие от российского законодательства состоит здесь в дополнении части 9 данной статьи следующим предложением: «О возможности условно-досрочного освобождения осужденного, отбывшего установленную законом часть срока наказания, замене неотбытой части наказания более мягким, администрация учреждения или органа, исполняющего наказание, уведомляет потерпевшего или его представителя почтой заказным письмом по адресу, представленному судом, вынесшим приговор».

К сожалению, из текста законопроекта остается неясным, во-первых, какие юридические последствия может повлечь за собой такое уведомление, во-вторых, какие последствия для администрации могут наступить в случае не уведомления потерпевшего и, в-третьих, почему такую обязанность предлагается возложить на администрацию, которая формально отстранена от участия в решении вопросов досрочного освобождения, а не на суд, правомочный принимать такие решения.

4. Изменения, вносимые в законодательство о местном государственном управлении в Республике Казахстан

Предлагается возложить на органы местного государственного управления обязанности по организации и осуществлению социальной адаптации и реабилитации лиц, отбывших уголовные наказания.

Очевидно, при этом, что речь идет о решении важной социально-профилактической задачи, необходимость решения которой в принципе не вызывает сомнений. Сами учреждения и органы УИС делать это не в состоянии и могут осуществлять лишь подготовку осужденных к предстоящему освобождению. Поэтому, всецело поддерживая идею оказания постпенитенциарной помощи освобожденным, предлагается рассмотреть следующие замечания:

- изменения, вносимые в законодательство о местном государственном управлении явно выходят за рамки концепции законопроекта;
- в тексте законопроекта не разъясняется содержание терминов «социальная адаптация» и «реабилитация», что может создать трудности для работников органов местного государственного управления, мало знакомых с проблемами уголовно-исполнительного права;
- возлагая на работников органов местного государственного управления указанные выше задачи, проект закона не наделяет их какими-либо специальными полномочиями для их решения;
- учитывая, что оказание социальной помощи освобожденным потребует привлечения в органы местного управления специалистов из числа социальных работников, педагогов, психологов и др., может потребоваться более чем 10 дней после опубликования закона для того, чтобы эти органы смогли подготовиться к выполнению новых функций. Поэтому в законопроекте целесообразно установить срок его вступления в силу в части п. 9.

5. Изменения, вносимые в название и часть 1 статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан

Предлагаемые изменения, по видимому, направлены на выполнение постановления Конституционного совета Республики Казахстан, признавшего неконституционными ч. 1 и ч. 4 ст. 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан. В новой редакции устанавливается ответственность за дезорганизацию деятельности учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества, **путем участия в массовых беспорядках, сопровождавшихся насилием, не опасным для жизни или здоровья, причинением вреда здоровью** и др. общественно опасными действиями (погромами, поджогами, разрушением, уничтожением имущества). Такое решение имеет ряд недостатков.

Прежде всего, действия, перечисленные в предлагаемой редакции ч. 1 ст. 361, охватываются ч. 2 ст. 241, устанавливающей ответственность за участие в массовых беспорядках независимо от места их совершения.

Кроме того, применение насилия не опасного для жизни и здоровья, а также причинение вреда здоровью сотрудников уголовно-исполнительной системы и осужденных уже криминализовано в частях 2 и 3 ст. 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан.

6. Изменения, вносимые в Закон Республики Казахстан от 18 марта 2002 года «Об органах юстиции»

В целом данные изменения заслуживают поддержки. Вызывает сомнения лишь предлагаемая редакция п. 5 ст. 29-4, которой всем сотрудникам уголовно-исполнительной системы выплачивается компенсация для оплаты расходов на содержание жилища. Такая норма ставит сотрудников уголовно-исполнительной системы в явно привилегированное положение по сравнению с другими категориями граждан Республики Казахстан, требует значительных расходов из государственного бюджета. Кроме того, остается неясным, будет ли эта льгота распространяться на проживающих совместно с сотрудником уголовно-исполнительной системы членов его семьи и др. лиц.

С.А.Пашин, к. ю. н.
член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Московского института экономики,
политики и права,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке

Сравнительный анализ законодательства стран Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан) о введении судебного санкционирования ареста⁴⁷

Объект исследования – институт заключения под стражу и продления срока содержания под стражей на основании судебного решения в странах Центральной Азии (Казахстан, Узбекистан, Кыргызстан).

Предмет исследования – соответствие новелл Уголовно-процессуальных кодексов Республики Казахстан, Кыргызской Республики и Республики Узбекистан демократическому институту *Habeas Corpus*.

Материалы для исследования – Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 года № 65-IV РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в виде ареста, домашнего ареста»; Закон Кыргызской Республики от 25 июня 2007 года № 91 «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Кыргызской Республики, Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики, Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности, Уголовно-исполнительный кодекс Кыргызской Республики, в законы Кыргызской Республики «О Верховном суде Кыргызской Республики и местных судах», «О прокуратуре Кыргызской Республики», «О порядке и условиях содержания под стражей лиц, задержанных по подозрению и обвинению в совершении преступлений»; Закон Республики Узбекистан, принятый Законодательной палатой 15 июня 2007 года, одобренный Сенатом 29 июня 2007 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Узбекистан в связи с передачей судам права выдачи санкции на заключение под стражу».

Право на свободу и личную неприкосновенность, запрет произвольных и незаконных арестов провозглашены ст. 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

⁴⁷ Сравнительный анализ подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе 17 сентября 2008 года.

освобождении, если задержание незаконно». 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».

В первом десятилетии XXI века государства Центральной Азии, утвердившиеся на постсоветском пространстве, предприняли значительные усилия по созданию уголовно-процессуальных норм, базирующихся на принципах гуманизма и уважения достоинства личности, отвечающих требованиям международного сообщества. Не последнюю роль в становлении правового государства в любой стране играет закрепление в законодательстве и использование в практике правоохранительных органов и судов института *Habeas Corpus*. На постсоветском пространстве вопрос о заключении подозреваемых (обвиняемых) под стражу традиционно находился в ведении прокуроров, и передача соответствующих полномочий судам означает укрепление судебной власти и усиление гарантий прав личности в уголовном судопроизводстве.

Общие и схожие процессуальные элементы в законодательстве трех государств Центральной Азии в санкционировании меры пресечения в виде ареста

Важнейшим фактором схожести законодательства типа *Habeas Corpus* Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана является провозглашение решения вопроса о заключении человека под стражу (санкционирования ареста) *исключительной прерогативой суда*⁴⁸. В этой связи правовое регулирование данного института в этих государствах аналогично, хотя и отличается в некоторых случаях своеобразием. Можно утверждать, что ряд отраженных в национальном законодательстве особенностей обусловлен установленной в той или иной стране системой судов (судебных инстанций) и организацией взаимоотношений в правоохранительной сфере; немаловажную роль в этом смысле играют правовое положение прокуроров и глубина состоявшихся преобразований прокуратуры и следствия.

Целесообразно выделить следующие схожие институты в законодательстве типа *Habeas Corpus* Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана.

Органы уголовного преследования обращаются с ходатайством об аресте в суд

По буквальному смыслу одной из норм уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан, избирают меру пресечения в виде ареста в отношении обвиняемого (подозреваемого) органы уголовного преследования (следователь, орган дознания, прокурор), а суд лишь санкционирует их решение⁴⁹. Фактически же из положений ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан вытекает, что решение в конечном счете принимает судья. Однако до судебного санкционирования решение вопроса об аресте проходит несколько фаз: вынесение следователем (органом дознания) постановления о возбуждении перед судом ходатайства о санкционировании ареста с приложением материалов, подтверждающих обоснованность ходатайства; проверка прокурором законности, обоснованности и необходимости такого ходатайства, причем прокурор вправе не только изучить подобранные следователем материалы, но и допросить обвиняемого (подозреваемого); свою позицию прокурор излагает в постановлении; при отказе прокурора в поддержании ходатайства обвиняемый (подозреваемый) немедленно освобождается из-под стражи⁵⁰.

Уголовно-процессуальное законодательство Кыргызстана предполагает непосредственное, минуя прокурора, обращение следователя в суд с ходатайством о заключении подозреваемого (обвиняемого) под стражу; к ходатайству следователь прилагает материалы, подтверждающие его обоснованность⁵¹.

В Узбекистане следователь, вынося постановление о возбуждении перед судом ходатайства о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, должен предварительно заручиться согласием прокурора, который и направляет постановление с необходимыми обосновывающими материалами в суд; следователь вызывается в заседание суда «при необходимости»⁵². При рассмотрении вопроса о возбуждении ходатайства о применении меры пресечения в виде заключе-

⁴⁸ Пункт 4 ч. 2 ст. 59, ч. 1 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, п. 1 ч. 2 ст. 32 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ч. 2 ст. 18 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан, ч. 3 ст. 10 Закона Республики Узбекистан от 2 сентября 1993 года «О судах».

⁴⁹ Пункт 4 ч. 2 ст. 59 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁵⁰ Часть 3 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁵¹ Часть 2 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁵² Части 2 – 4, 7 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

ния под стражу в отношении несовершеннолетнего прокурор обязан лично ознакомиться с материалами дела, убедиться в исключительности случая и допросить обвиняемого⁵³.

Подсудность и «надлежащий судья»

И в Казахстане, и в Кыргызстане вопрос об аресте подсуден суду по месту задержания подозреваемого или по месту производства предварительного расследования⁵⁴. В Узбекистане речь идет о судах «по месту совершения преступления или производства предварительного следствия»⁵⁵.

Согласно казахстанскому процессуальному законодательству, вопрос о заключении обвиняемого (подозреваемого) под стражу разрешается единолично судьей районного (иногда - областного) суда⁵⁶. Единоличное рассмотрение судьей подобных обращений органов уголовного преследования предусмотрено также в Кыргызстане и Узбекистане⁵⁷.

Таким образом, подавляющее большинство обращений о заключении под стражу и продлении срока содержания под стражей рассматривается судьями, находящимися на нижних ступенях судебной пирамиды и потому наиболее близкими к населению.

Недопустимость заочного рассмотрения судом вопроса об аресте

По общему правилу в Казахстане не допускается заочное рассмотрение вопроса об аресте. Исключения составляют случаи, когда обвиняемый объявлен в розыск или, находясь за пределами страны, уклоняется от явки в суд⁵⁸. Аналогичное правовое регулирование осуществляет и узбекский законодатель, позволяя также рассматривать ходатайство о продлении срока содержания под стражей без участия обвиняемого, помещенного в психиатрический стационар⁵⁹. Напротив, в Кыргызстане в суд доставляется задержанный, а неявка без уважительных причин обвиняемого на судебное заседание, если он не задержан и своевременно извещен о месте и времени слушаний, «не является препятствием для рассмотрения ходатайства»⁶⁰.

Рассмотрение судом вопроса об аресте в судебном заседании с участием сторон

Судья в Казахстане разрешает вопрос об аресте в судебном заседании при обязательном участии сторон (прокурора, а также обвиняемого (подозреваемого) и его защитника; потерпевший, законные представители и представители уведомляются о месте и времени судебного заседания), происходящее протоколируется⁶¹. Требования кыргызского законодательства не столь строги: в судебном заседании участвуют обвиняемый, прокурор, защитник, может участвовать представитель несовершеннолетнего обвиняемого, однако неявка без уважительных причин сторон, за исключением защитника, своевременно извещенных о времени судебного заседания, не является препятствием для рассмотрения ходатайства; об участии потерпевшего и его представителя в заседании суда в ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики не упоминается⁶². Судебное заседание по вопросу о заключении под стражу проходит в Узбекистане также при участии сторон: прокурора, защитника, если он участвует в деле, задержанного подозреваемого или обвиняемого; в судебном заседании вправе участвовать законный представитель подозреваемого или обвиняемого, а также следователь⁶³.

Решение вопроса об аресте на основе представленных сторонами материалов

Судья, решающий вопрос об аресте, черпает информацию согласно казахстанскому Уголовно-процессуальному кодексу из трех основных источников: из материалов, представленных органами уголовного преследования; из материалов уголовного дела, которое он вправе истребовать; из объяснений сторон⁶⁴. Кыргызское и узбекское законодательство не предусматривает право судьи истребовать уголовное дело на этом этапе судопроизводства.

⁵³ Часть 2 ст. 558 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁵⁴ Часть 6 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁵⁵ Часть 3 ст. 247 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁵⁶ Часть 6 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁵⁷ Часть 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ч. 5 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан, ч. 2 ст. 37 Закона Республики Узбекистан от 2 сентября 1993 года «О судах».

⁵⁸ Часть 8 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁵⁹ Часть 8 ст. 243 и ч. 4 ст. 365, а также ч. 6 ст. 247 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁶⁰ Часть 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁶¹ Часть 5 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁶² Часть 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁶³ Часть 7 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁶⁴ Части 4 и 9 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

К сожалению, во всех рассматриваемых законодательных актах описание судебного заседания, в ходе которого решается вопрос об аресте, приводится суммарно и неконкретно, причем нигде не подразумевается вызов и допрос свидетелей⁶⁵.оборот «заслушиваются другие явившиеся в судебное заседание лица» после выступления прокурора⁶⁶ означает восприятие устной аргументации сторон, но не полноценное исследование доказательств. Лишь в Узбекистане «исследуются представленные материалы»⁶⁷ и этим, по-видимому, подчеркивается, что заседание суда не сводится к монологам сторон. Но и в узбекском законодательстве «представленные материалы» не именуются доказательствами, что не исключает использования при решении вопроса об аресте результатов оперативно-розыскной деятельности и вообще материалов, полученных с нарушением уголовно-процессуального закона, например, агентурных донесений, справок о прослушивании телефонных переговоров и тому подобных бумаг.

Обжалование решения судьи в сокращенные сроки

В Казахстане сторонам, в том числе обвиняемому и потерпевшему, принадлежит право обжаловать (опротестовать) в вышестоящем суде постановление суда о санкционировании меры пресечения в виде ареста или продлении срока ареста, об отказе в даче санкции на арест или продлении срока ареста⁶⁸. В Кыргызстане сторонам принадлежит право обжаловать постановление судьи об избрании меры пресечения или об отказе в этом в вышестоящем суде в течение 5 суток⁶⁹. В Узбекистане соответствующий судебный акт именуется определением, и его можно оспорить в апелляционном порядке⁷⁰.

Казахстанский законодатель установил сокращенные, а именно трехсуточные сроки: обжалования постановлений судьи об аресте; рассмотрения вышестоящим (областным и приравненным к нему) судом соответствующих жалоб и протестов прокурора⁷¹. В Кыргызстане сокращенный пятисуточный срок касается лишь жалобщиков⁷². В Узбекистане процедура апелляции по вопросам заключения под стражу подчиняется общим правилам⁷³, но сроки обжалования (опротестования) и рассмотрения жалобы (протеста) апелляционной инстанцией сокращенные и равняются 72 часам⁷⁴.

Недопустимость безосновательных повторных ходатайств об аресте

Во всех рассматриваемых источниках содержится норма, согласно которой повторное обращение органа уголовного преследования в суд с ходатайством о заключении под стражу в отношении того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в аресте возможно лишь при открытии новых обстоятельств, диктующих необходимость применения данной меры пресечения⁷⁵.

Аналогичность порядка продления срока содержания под стражей

Продление срока содержания под стражей осуществляется в Казахстане, Кыргызстане и Узбекистане в рамках процедуры, повторяющей в основных своих чертах порядок решения вопроса о первоначальном заключении под стражу⁷⁶.

Элементы института *Habeas Corpus* в законодательстве Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана

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

⁶⁵ Часть 9 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 4 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ч. 7 и 9 ст. 243 УПК Республики Узбекистан.

⁶⁶ Часть 4 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁶⁷ Часть 9 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁶⁸ Часть 1 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁶⁹ Часть 10 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁷⁰ Часть 11 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁷¹ Части 1 и 2 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁷² Часть 10 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁷³ Часть 11 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁷⁴ Часть 2 ст. 241 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁷⁵ Часть 12 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 7 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ч. 13 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁷⁶ Статья 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 4 ст. 111 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, части 3 – 6 ст. 247 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

лишен имущества, и мы не пойдем на него⁷⁷ 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 самозванного претендента на английский престол «герцога» Монмута⁷⁸. 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*⁷⁹, родоначальниками которого выступили вестминстерские судьи во времена Вильгельма Завоевателя и позднейшие.

Сегодня институт *Habeas Corpus* в той или иной форме закреплён в законодательстве подавляющего большинства государств на всех континентах. Не будет преувеличением утверждать, что уголовно-процессуальные законы Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана вобрали в себя основные элементы 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 процессуальных кодексах названных стран Центральной Азии.

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 *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. Кажется парадоксальным, что наиболее быстрой формой оспаривания задержанным фактического заключения под стражу выступает во многих странах СНГ, в том числе в России, Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане, не обращенная к судье жалоба стороны защиты, а ее аргументация по поводу ходатайства следователя и прокурора об аресте. Даже если сторона защиты подает отдельную жалобу на задержание, законность задержания будет проверена судьей в срочном порядке именно в рамках процедуры санкционирования ареста, для участия в которой обвиняемый (подозреваемый) будет доставлен в суд в кратчайший срок. После заключения лица под стражу по постановлению (определению) судьи, целесообразность и возможность проверки законности задержания по самостоятельной жалобе стороны защиты практически утрачиваются.

Хотя правовое регулирование института *Habeas Corpus* в Казахстане, Кыргызстане и Узбекистане не всегда можно назвать абсолютно безупречным, о чем речь пойдет ниже, оно достаточно фундаментально и имеет хорошие перспективы для развития.

Новое законодательство о судебном санкционировании ареста и основные требования справедливого уголовного судопроизводства

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: 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.

Представляется, что институт *Habeas Corpus*, введенный в законодательство Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана, сконструирован в общих чертах с учетом данных правовых предписаний.

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. Арест может, тем не менее, быть результатом произвола с точки зрения международных норм, например, если уголовно-процессуальный закон в соответствующей части оказы-

⁷⁷ То есть не снарядим против него карательную экспедицию.

⁷⁸ Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – С. 326.

⁷⁹ (Англ.) – букв.: «общее право». По сути, выработанное английскими судьями прецедентное право.

ваются 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 непредсказуемости⁸⁰.

Уголовно-процессуальное законодательство Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана обеспечивает подробное правовое регулирование правоотношений, связанных с задержанием и заключением под стражу подозреваемых (обвиняемых). Однако в этом регулировании имеется существенный пробел: законодатели перечисленных стран Центральной Азии не приводят компактно перечень обстоятельств, входящих в предмет доказывания при рассмотрении вопроса об аресте. Бремя доказывания таких обстоятельств лежит на стороне обвинения (прокуроре, явившемся в заседание суда следователе), и необходимо, чтобы закон четко устанавливал круг фактов, каждый из которых нужно подкрепить весомыми уликами, прежде чем удовлетворить ходатайство органов уголовного преследования о заключении человека под стражу. Данные обстоятельства, конечно, можно установить, изучив разные статьи уголовно-процессуального кодекса, но это не так удобно.

Попытка определить предмет доказывания при рассмотрении судом вопроса о заключении под стражу предпринята в Узбекистане, где лаконичный закон гласит: «При рассмотрении всех указанных ходатайств суд учитывает обоснованность представленных материалов, а также соблюдение процессуальных норм и требований»⁸¹. К сожалению, редакцию этой нормы нельзя признать удачной, хотя бы потому, что собранные следователем и представленные прокурором в суд материалы должны обосновывать правомерность и необходимость заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу, то есть быть «основательными», а не «обоснованными». Главный же недостаток данной формулировки в том, что она не содержит перечня фактов, которые обязан установить суд, опираясь на представленные сторонами материалы. В анализируемой процессуальной норме не говорится, что прокурор должен доказать разумность, основательность подозрений о причастности лица к приписанному ему преступлению.

Самый же серьезный пробел в законодательном регулировании процедуры судебного санкционирования заключения под стражу состоит в отсутствии в кодексах Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана прямого требования проверять достаточность оснований подозрения (обвинения). 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 подозреваемым (обвиняемым) деяния, квалифицированного следователем по определенной статье Особенной части Уголовного кодекса, подчас «с запасом». Доказанность подозрения (обвинения) и правильность квалификации приписанного человеку деяния не могут произвольно исключаться из сферы судебного контроля при ограничении неотъемлемого права человека на свободу и личную неприкосновенность.

Данная позиция постоянно звучит в решениях международных органов по защите прав человека. Так, признавая Россию виновной в нарушении Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека последовательно подчеркивает, что «Наличие разумных подозрений в том, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non*⁸² 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 стражей⁸³.

В Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан специально подчеркивается, что «При решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения»⁸⁴. В ряде государств СНГ аналогичные предписания, включая прямой запрет вдаваться в вопрос о виновности задержанного, можно обнаружить в разъяснениях высших судебных органов⁸⁵. 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

⁸⁰ Алберт Вома Муконг против Камеруна, 21 июля 1994 года.

⁸¹ Часть 3 ст. 245 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁸² (Лат.) – «без которого не», то есть обязательным условием.

⁸³ См., например, постановления Европейского суда по правам человека по делам: от 8 февраля 2005 года *Панченко против Российской Федерации*; от 2 марта 2006 года *Долгова против Российской Федерации*; от 26 октября 2006 г. *Худобин против Российской Федерации*; от 24 мая 2007 года *Соловьев против Российской Федерации* и мн. др.

⁸⁴ Часть 7 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁸⁵ См., например: О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 5 марта 2004 г. № 1. Пункт 4 // Российская газета. – 2004. – 25 марта. – С. 11.

разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Судья должен 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. Разумеется, такой подход предполагает не только выслушивание «явившихся в судебное заседание лиц», но и исследование доказательств в условиях устности и непосредственности: допрос потерпевшего и свидетелей, изучение вещественных доказательств, оглашение протоколов и других документов (например, доклада социального работника об условиях жизни несовершеннолетнего подозреваемого).

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 (определении) 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). В свете сказанного нельзя не отметить, что узбекское законодательство содержит следующую верную по замыслу норму: «В постановлении о возбуждении ходатайства о продлении срока содержания под стражей должны быть указаны причины затянувшегося расследования, версии и обстоятельства, подлежащие проверке...»⁸⁶. Казахстанский и кыргызский законодатели по соответствующему поводу используют менее категоричные, более обтекаемые формулировки⁸⁷.

Право лица на освобождение из-под стражи до суда

Согласно п. 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 форме⁸⁸.

К сожалению, в уголовно-процессуальном законодательстве Казахстана, Кыргызстана, Узбекистана не удалось найти норму, недвусмысленно признающую субъективное право обвиняемого пребывать до суда на свободе.

Признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости

Казахстанский законодатель проводит мысль об исключительном характере ареста как меры пресечения, допуская ее применение: по делам об умышленных преступлениях, когда обвиняемому (подозреваемому) грозит наказание в виде лишения свободы на срок свыше 2 лет; по делам о неосторожных преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет; по делам о преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на меньшие сроки – при наличии особых обстоятельств, связанных с личностью обвиняемого (подозреваемого) либо его ненадлежащим поведением⁸⁹. При этом арест применяется, если нет возможности использовать более мягкую меру пресечения⁹⁰.

Подобная же позиция отражена в кыргызском законе: заключение под стражу может применяться, когда обвиняемому грозит наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет, либо на меньший срок, но лишь при наличии особых обстоятельств (обвиняемый не имеет постоянного места жительства в Кыргызстане; или его личность не установлена; или он скрылся). Арест избирается «при невозможности применения иной более мягкой меры пресечения», и следовательно должен обосновать в адресованном судье ходатайстве, что «избрание иной меры пресечения невозможно»⁹¹.

В Узбекистане задержанный подозреваемый может быть арестован лишь «в исключительных случаях судом»⁹². Арест в качестве меры пресечения применяется «лишь в отношении задержан-

⁸⁶ Часть 2 ст. 247 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁸⁷ Часть 8 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 4 ст. 111 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁸⁸ Принят Резолюцией Генеральной ассамблеи ООН 9 декабря 1988 года.

⁸⁹ Часть 1 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁹⁰ Часть 3 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁹¹ Часть 1 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

⁹² Часть 3 ст. 226 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

ного подозреваемого или лица, привлеченного к участию в деле в качестве обвиняемого»⁹³. В этой стране заключение под стражу допустимо по делам об умышленных преступлениях, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3 лет, и о преступлениях, совершенных по неосторожности, за которые предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 5 лет; если санкция соответствующей нормы уголовного материального права предусматривает меньшие предельные сроки лишения свободы, арест допустим, как и в Казахстане, и в Кыргызстане, лишь при наличии особых обстоятельств, причем одно из них («преступление совершено в период отбывания наказания в виде ареста либо лишения свободы») специфично для Узбекистана⁹⁴. Главным условием заключения под стражу выступает в Узбекистане невозможность применения иной меры пресечения⁹⁵.

Незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье

Прежде всего, исключительно важно, что законодатели Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана 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. Европейский суд по правам человека неоднократно констатировал нарушение Конвенции о защите прав человека и основных свобод в случаях, когда «другое должностное лицо, уполномоченное законом для осуществления судебной власти», оказывалось не судьей, а, например, военным аудитором или государственным обвинителем, которые могли вмешаться в последующее судебное разбирательство в качестве представителей прокуратуры⁹⁶. Комитет по правам человека постановил, что проверка обоснованности офицером высшего командного состава дисциплинарных мер с применением ареста, не отвечает требованиям п. 4 ст. 9 Международного пакта о правах человека⁹⁷.

Уголовно-процессуальное законодательство каждой из трех названных центральноазиатских стран устанавливает сроки доставления подозреваемого (обвиняемого) к судье, отвечающие критерию незамедлительности.

Так, в соответствии с нормами Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан 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 задержания⁹⁸. Судья обязан рассмотреть ходатайство органов уголовного преследования об аресте в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд⁹⁹.

Срочность определяет и содержание кыргызского уголовно-процессуального закона. Ходатайство следователя с приложенными к нему материалами представляется судье «не позднее двух часов до истечения срока задержания», а судья располагает лишь 2 часами для рассмотрения обращения органа уголовного преследования¹⁰⁰.

Узбекский законодатель придерживается того же подхода: ходатайство в отношении задержанного и обосновывающие материалы должны быть представлены прокурором в суд не позднее чем за 12 часов до истечения срока задержания (то есть после 36 часов пребывания подозреваемого под стражей); суд рассматривает ходатайство в течение 12 часов с момента поступления материалов, но не позднее предельного срока задержания¹⁰¹.

Необходимо отметить, однако, что в Уголовно-процессуальном кодексе Республики Узбекистан имеется и спорная норма, позволяющая откладывать рассмотрение вопроса об аресте фактически задержанного подозреваемого после срочного доставления его к судье. Допускается отложение судьей разрешения вопроса об избрании меры пресечения и продление срока задержания на 48 часов «для представления сторонами дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности применения меры пресечения в виде заключения под стражу»¹⁰². Это положение неудачно не только потому, что затягивается вынесение акта судебного контроля по поводу свободы человека, но также и поскольку судья, фактически солидаризуясь с обвинением, не освобождает из-под стражи человека, в отношении которого не представлены веские улики, требующие заключения его под стражу. Прокурору и следователю тем самым отпускается дополнительный срок на подготовку изобличающих материалов. Думается, прокурор обязан доказать необходимость заключения лица под стражу в момент доставления подозреваемого в суд, а не впоследст-

⁹³ Часть 1 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁹⁴ Статья 242 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁹⁵ Часть 3 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

⁹⁶ *Бринкат против Италии*, 26 ноября 1992 г.; *де Джонс, Белджет и ван дер Бринк*, 22 мая 1984 г.

⁹⁷ *Вуоланн против Финляндии*, 7 апреля 1980 г.

⁹⁸ Часть 4 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

⁹⁹ Часть 6 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹⁰⁰ Части 2 и 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹⁰¹ Части 4 и 6 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

¹⁰² Пункт 3 ч. 10 ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

вии; если же следственные материалы оказались неубедительными, подозреваемый должен быть судьей немедленно освобожден и в ходатайстве о его заключении под стражу справедливо отказать.

Доступность помощи адвоката

В анализируемых источниках законодатель стремился обеспечить подозреваемому (обвиняемому) своевременный доступ к квалифицированной юридической помощи. Досадное исключение составляет одна из норм кыргызского Уголовно-процессуального кодекса.

Уголовно-процессуальное законодательство Кыргызстана допускает отсутствие защитника в судебном заседании при рассмотрении вопроса об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, если защитника нет «по уважительным причинам» (болезнь, командировка и т.д.)¹⁰³. Данное решение не только нарушает права подозреваемого (обвиняемого), фактически лишая его доступа к квалифицированной юридической помощи в один из самых драматических моментов производства по делу, но также противоречит: принципу состязательности процесса и равноправия сторон, создавая перекося в пользу обвинения; общим условиям непосредственности и устности, так как позволяет заменить живое общение защитника с судом приобщением к уголовному делу письменного ходатайства адвоката. С точки зрения требований профессиональной этики, упреочно поведение адвоката-защитника, отказывающегося «по уважительной причине» от представительства в суде интересов доверителя, которому грозит заключение под стражу, и знающего, что клиенту в этой ситуации суд может не обеспечивать участия в процессе другого адвоката: замена защитника на другого предусмотрена лишь при его тяжелой болезни или смерти¹⁰⁴. Представляется, что отсутствие защитника в судебном заседании не должно допускаться, кроме случаев добровольного и разумного отказа от адвоката самого подозреваемого (обвиняемого), если он способен самостоятельно организовать свою защиту.

Кроме того, нуждается в уточнении вопрос о том, на каком должностном лице лежит обязанность обеспечить участие защитника в судебном заседании: на следователе (прокуроре) или на судьей.

Непродолжительность ареста

К сожалению, во всех трех странах Центральной Азии предусматриваются чрезмерно продолжительные сроки ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев¹⁰⁵. Фактически время пребывания под стражей, особенно по уголовным делам со множеством обвиняемых, может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник (и, вероятно, другие обвиняемые)¹⁰⁶. В Кыргызстане предельный срок содержания под стражей при расследовании уголовного дела составляет 1 год независимо от тяжести инкриминированного деяния, но «Срок ознакомления обвиняемого с материалами дела... засчитывается в срок содержания его под стражей»¹⁰⁷. В Узбекистане в случаях расследования дел особой сложности в отношении лиц, обвиняемых в совершении тяжких и особо тяжких преступлений, срок содержания под стражей на досудебных стадиях процесса может составить 1 год, а по делам о прочих преступлениях – до 9 месяцев¹⁰⁸.

В анализируемых текстах уголовно-процессуальных кодексов не конкретизирован в достаточной степени срок (в особенности, первоначальный), который судья может определить для содержания под стражей. В качестве общего правила провозглашается, что срок ареста на стадии предварительного расследования уголовного дела не должен превышать 2 месяцев¹⁰⁹, а в Узбекистане – 3 месяцев¹¹⁰. Это позволяет органам уголовного преследования испрашивать, а судьям сразу же определять чрезмерно длительные сроки содержания обвиняемых под стражей. Между тем, английский судья на этапе расследования уголовного дела возвращается к проверке необходимости содержания лица под стражей каждые 8 суток¹¹¹.

¹⁰³ Часть 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹⁰⁴ Часть 3 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹⁰⁵ Часть 4 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹⁰⁶ Часть 15 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹⁰⁷ Части 1, 2 и 4 ст. 111 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹⁰⁸ Часть 2 ст. 245 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

¹⁰⁹ Часть 1 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 1 ст. 111 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹¹⁰ Часть 1 ст. 245 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

¹¹¹ См.: Гуценко К.Ф., Головкин Л.В., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. Изд. 2-е, доп. и испр. – М.: Издательство «Зерцало – М», 2002. – С. 111.

Продолжительность фактического пребывания лица под стражей зависит не только от определяемых судьями сроков ареста, но и от действенности механизмов освобождения из-под стражи арестованных лиц.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство возлагает на руководителя администрации места содержания под стражей обязанность освободить обвиняемого из-под стражи, если истекли сроки его содержания под стражей¹¹². Очень важно, чтобы подобная норма содержалась не только в специальном законодательстве о содержании под стражей обвиняемых и подозреваемых, но была также возведена в ранг процессуального требования.

Представляется неоправданным искусственное усложнение процедуры освобождения из-под стражи обвиняемого, когда органы уголовного преследования не видят более смысла в дальнейшей изоляции подсудимого. Так, Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, по сути, возлагает на суд функцию органа уголовного преследования, требуя от следователя и прокурора не освобождать арестованного из-под стражи до получения санкции суда; при этом наиболее заинтересованное в освобождении лицо – обвиняемый – доставляется в судебное заседание лишь «в случае необходимости»¹¹³. Более расплывчатая по формулировке, но допускающая такое же истолкование норма имеется в законе Кыргызстана: «Мера пресечения, избранная на основании судебного решения, может быть изменена или отменена по решению суда»¹¹⁴. Думается, предпочтительнее нормы узбекского права, согласно которым отменить или изменить меру пресечения в виде заключения под стражу вправе прокурор или следователь с его согласия, о чем суд информируется¹¹⁵.

Сохранение контактов с внешним миром

Изучив в 1996 году законы Перу, 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». 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, Кыргызстана и Узбекистана предусматривает уведомление родственников обвиняемого (в Узбекистане при их отсутствии можно информировать также близких арестованному лиц) о факте избрания самой радикальной меры пресечения, а кыргызский Уголовно-процессуальный кодекс требует сообщить родственникам и о месте содержания обвиняемого под стражей¹¹⁶. Данное положение законодательства названных стран служит необходимой предпосылкой для сохранения контактов заключенного подозреваемого (обвиняемого) с внешним миром.

Основные выводы и рекомендации

Введение в практику уголовного судопроизводства Казахстана, Кыргызстана и Узбекистана процедур типа *Habeas Corpus* является для этих стран значительным шагом вперед на пути приведения национального законодательства в соответствие с международными стандартами в области защиты прав и свобод человека. Можно сделать вывод, что анализируемые законодательные акты, не будучи свободными от некоторых недостатков, все-таки обеспечивают надлежащее правовое регулирование института судебного санкционирования избрания ареста в качестве меры пресечения и продления срока содержания обвиняемого под стражей.

Развитие национального законодательства типа *Habeas Corpus* могло бы происходить с учетом следующих соображений и рекомендаций.

1. В числе субъективных прав подозреваемого (обвиняемого) необходимо упомянуть в тексте процессуального закона его право пребывать до суда на свободе, кроме исключительных случаев, когда заключение под стражу необходимо по соображениям безопасности других лиц, а также в интересах правосудия.

2. Срок заключения под стражу справедливо было бы исчислять не «с момента доставления в орган следствия», а с момента фактического задержания лица.

3. Поскольку на постсоветском пространстве традиционно большое значение имеет прокуратура и в законодательстве типа *Habeas Corpus* надзирающим прокурорам обычно придается роль

¹¹² Часть 13 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹¹³ Часть 5 ст. 154 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹¹⁴ Часть 3 ст. 112 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹¹⁵ Часть 1 ст. 36, ч. 2 ст. 240 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

¹¹⁶ Часть 14 ст. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ч. 10 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ч. 1 ст. 217 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

фильтра на пути адресованных суду ходатайств о заключении под стражу, было бы целесообразно предусмотреть возможность предварительного допроса (заслушивания) прокурором лица, в отношении которого испрашивается применение ареста. Такой порядок мог бы распространяться на задержанных лиц, и как в Узбекистане - на несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых).

4. Недостаточно указывать в законе общие (предельные) сроки заключения под стражу в качестве меры пресечения. Необходимо точно прописать, какими порциями может судья расходовать запас сроков ареста. Реализация данного предложения будет означать, что арест станет единовременно применяться не на несколько месяцев, а на 7-10 дней с последующей проверкой необходимости содержания обвиняемого под стражей. Результатом такой проверки будет либо освобождение обвиняемого из-под стражи, либо продление срока содержания под стражей еще на 7-10 суток. Такой порядок активизирует производство следственных действий и ускорит уголовное судопроизводство, исключив ситуации, когда арестованный месяцами не допрашивается и не выводится из камеры для производства с его участием следственных действий.

5. Важная, основанная на прецедентах международных органов по защите прав человека оговорка, ограничивающая предельный срок содержания под стражей максимальным сроком лишения свободы, предусмотренного за совершение приписанного обвиняемому преступления, имеется в законодательстве Казахстана¹¹⁷. Данная норма могла бы быть заимствована и законодателями других стран Содружества.

6. Решительно следует отказаться от заочного, в отсутствие подозреваемого (обвиняемого) рассмотрения ходатайства о заключении его под стражу. Исключение могут составлять случаи объявления его в розыск, и тогда судья вправе избрать в отношении разыскиваемого лица меру пресечения в виде заключения под стражу, но лишь до момента судебной проверки необходимости ее сохранения. При этом фактически заключенный под стражу получит право на новое слушание в суде первой инстанции по вопросу о мере пресечения.

Так, процессуальное законодательство Кыргызстана содержит следующее правовое положение: лицо, в отношении которого судья заочно вынес постановление о заключении под стражу, в течение 48 часов «с момента его фактического доставления в орган следствия должно быть доставлено в суд для проверки законности и обоснованности его задержания»¹¹⁸. Данное демократическое положение сильно выиграло бы, если бы предмет рассмотрения *post factum* включал в себя не только формальный вопрос о правомерности задержания (взятие под стражу лица, в отношении которого избрана соответствующая мера пресечения, практически всегда законно), но также и о необходимости и юридической возможности сохранения в силе решения об аресте.

7. При рассмотрении судьей ходатайства органов уголовного преследования о заключении лица под стражу (продлении срока ареста) необходимо обеспечить в обязательном порядке очное участие защитника, не ограничиваясь, как в Кыргызстане, оглашением его письменного заявления. При этом нужно точно определить в законе, какое должностное лицо обязано обеспечить участие защитника в суде. Такая обязанность, представляется, может быть возложена на следователя, а в случае неисполнения им данного требования защитника назначить должен суд.

8. Условием справедливости процедуры типа *Habeas Corpus* выступает предварительное ознакомление стороны защиты с материалами, приложенными стороной обвинения к ходатайству о мере пресечения.

К сожалению, ни в с. 150 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, ни в ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, ни в ст. 243 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан не говорится, на каком этапе процедуры решения вопроса об аресте и какое именно должностное лицо (следователь, прокурор, судья) обязаны ознакомить сторону защиты с материалами, представляемыми в суд в обоснование необходимости заключения лица под стражу. Думается, следователь мог бы вручать стороне защиты копии представляемых им материалов, а судья, если копия не вручена, - знакомить подозреваемого (обвиняемого) и его защитника по их ходатайству с соответствующими документами в суде.

9. Нет причин рассматривать вопрос о заключении под стражу исключительно в закрытых судебных заседаниях.

В узбекском законе специально оговаривается, что «Ходатайство о применении меры пресечения в виде заключения под стражу рассматривается в закрытом судебном заседании», как и ходатайство о продлении срока содержания под стражей¹¹⁹. Такое ограничение гласности *a priori* недопустимо в свете требований справедливого судебного разбирательства, пока не будет установлено, что соответствующий запрет обусловлен целями, предусмотренными частью 4 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

10. На практике встают вопросы, связанные с поведением суда, во-первых, при несвоевременном (после истечения предельного срока задержания) обращении органов уголовного преследо-

¹¹⁷ Часть 5 ст. 153 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹¹⁸ Часть 9 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики.

¹¹⁹ Часть 6 ст. 243, ч. 4 ст. 247 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан.

вания в суд с ходатайством об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу, а во-вторых, при истечении срока задержания до вынесения судьей постановления (определения).

Представляется, что судья в этих случаях обязан своей властью освободить подозреваемого (обвиняемого) из-под стражи.

11. Необходимо отказаться от норм, позволяющих судье в угоду следователю и прокурору продлять срок задержания лица для поиска стороной обвинения новых улик. Неполное обоснование в заседании суда необходимости заключения под стражу может иметь только одно последствие – отказ в удовлетворении ходатайства об аресте.

12. Целесообразно конкретно и полно описать предмет доказывания при рассмотрении ходатайства о заключении под стражу (продлении срока содержания под стражей). Необходимым элементом его выступает установление обоснованности подозрения (обвинения). На этом этапе производства стандарт доказанности обвинения не столь высок, как в главном разбирательстве. Речь может идти, во-первых, о вероятной причастности подозреваемого (обвиняемого) к приписанному ему деянию, а во-вторых, о правильности квалификации органами расследования приписанного деяния.

13. В судебном заседании при рассмотрении ходатайства об аресте должны по ходатайству сторон исследоваться доказательства, в том числе допрашиваться потерпевший и свидетели.

14. В процессуальном законе полезно было бы иметь формулировки, исключающие использование при продлении срока пребывания под стражей тех же доводов и обстоятельств, которые использовались при первичном заключении лица под стражу: по мере расследования уголовного дела многие из ранних аргументов утрачивают свое значение и отпадают.

15. Близкие заключенному под стражу подозреваемому (обвиняемому) лица должны уведомляться не только о самом факте ареста, но и о месте содержания его под стражей. По просьбе заключенного под стражу человека органы уголовного преследования обязаны уведомить об этих обстоятельствах также адвоката, с которым у подозреваемого (обвиняемого) имеются доверительные отношения.

16. Жалобу на постановление (определение) судьи о заключении под стражу (о продлении срока содержания под стражей) вышестоящая судебная инстанция должна рассматривать в экстренном порядке, в кратчайшие сроки, не превышающие 72 часов.

17. Весьма важным представляется предписание казахстанского законодателя о ведении протокола в суде областного уровня при рассмотрении жалобы (протеста) на постановление нижестоящего судьи об аресте¹²⁰.

18. Законодатель мог бы признать за стороной защиты право возбудить перед судом вопрос о незаконности содержания доверителя под стражей в любой момент, не дожидаясь обращения в суд органов уголовного преследования с ходатайством о продлении срока содержания обвиняемого под стражей¹²¹.

19. Целесообразно обдумать возможность включения в уголовно-процессуальные кодексы ключевых правил о режиме содержания лица под стражей, в особенности, гарантирующих его свободу от пыток и запугивания, а также о порядке его контактов с адвокатом и вообще с внешним миром. Условия содержания обвиняемого под стражей выступают, например, неотъемлемой частью Уголовно-процессуального ФРГ.

20. Суд не должен решать вопрос о санкционировании освобождения лица из-под стражи, когда надобности в сохранении данной меры пресечения не видят органы уголовного преследования. В противном случае он превращается в орган репрессии и попадает в ложное положение, противоречащее основным началам состязательности процесса. Следовательно, орган дознания, прокурор, как представляется, вправе своей властью отменить и изменить на менее радикальную всякую меру пресечения, даже избранную по их ходатайству судом.

Среди процессуальных норм, обеспечивающих неприкосновенность личности, нет мелких и незначительных. В данном исследовании удалось проанализировать только важнейшие из положений законодательства типа *Habeas Corpus*, принятого в Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане. Позвольте выразить надежду, что изложенные выше соображения и предложения *de lege ferenda* будут полезны уважаемым коллегам в развитии демократических положений уголовно-процессуальных кодексов их стран.

¹²⁰ Часть 6 ст. 110 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

¹²¹ См.: принцип 32 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме. Принят Резолюцией Генеральной ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.

Аналитический доклад «Уголовно-исполнительная система Республики Казахстан 2000-2008 годах: Современное состояние и перспективы развития»¹²²

Введение

Согласно Закону Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 209-І с 1 января 1998 года введен в действие Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан. Следует отметить, что с момента обретения суверенитета и до 1998 года в Казахстане действовал Исправительно-трудовой кодекс Казахской ССР 1971 года, основу которого, в свою очередь, составляло Исправительно-трудовое законодательство Союза СССР и Союзных республик. Одновременно с 1 января 1998 года в республике был введен в действие Уголовный кодекс Республики Казахстан, которым был определен исчерпывающий перечень видов наказаний.

Таким образом, в 2008 года исполнилось десять лет с момента принятия нового уголовно-исполнительного законодательства и фактически создания системы исполнения наказаний суверенного Казахстана. Срок достаточно большой, чтобы проанализировать пройденный этап, эффективность деятельности уголовно-исполнительной системы в новых политических и экономических реалиях.

Вместе с тем развитие уголовно-исполнительной системы Казахстана невозможно рассматривать вне общей стратегии развития правовой политики Республики Казахстан, которая осуществляется посредством разработки и принятия программных документов и совершенствования законодательства.

1. Стратегия развития правовой политики Республики Казахстан в сфере назначения и исполнения уголовных наказаний

Важнейшим документом, определившим развитие и становление уголовно-исполнительной политики, является Постановление Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 года № 69 «О Государственной программе правовой реформы в Республике Казахстан». Реализация положений программы нашла свое отражение в Уголовном и Уголовно-исполнительных кодексах Республики Казахстан, вступивших в действие с 1 января 1998 года.

В Уголовном кодексе Республики Казахстан претерпел значительные изменения перечень видов наказаний. Из него были исключены, как это и предусматривалось Программой реформирования, такие виды наказаний как общественное порицание и увольнение от должности, а также условное осуждение и условное освобождение с обязательным привлечением к труду на стройках народного хозяйства.

В то же время система наказаний была дополнена такими видами, как привлечение к общественным работам, ограничение свободы, ограничение по воинской службе, арест. При этом введение в действие наказаний в виде привлечения к общественным работам, ограничения свободы и ареста было отсрочено до создания необходимых условий.

В Уголовно-исполнительном кодексе Республики Казахстан была законодательно закреплена прогрессивная система отбывания наказания. В исправительных колониях общего и строгого режимов создаются согласно законодательству четыре вида условий отбывания наказания – обычные, облегченные, льготные и строгие, а в исправительных колониях особого режима – обычные, облегченные и строгие. В зависимости от поведения и отбытого срока наказания, осужденные последовательно переводятся из одних условий отбывания наказания в другие. Положительно характеризующиеся могут постепенно быть переведены в льготные условия отбывания наказания, где в целях успешной адаптации к жизни на свободе им разрешается по постановлению начальника исправительной колонии проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором. Они могут свободно передвигаться в пределах границ территории, прилегающей к исправительному учреждению, не ограничиваются в правах на свидания с родственниками. Осужденные, не желающие подчиняться требованиям внутреннего распорядка, помещаются в строгие условия отбывания наказания, где проживают в запираемых помещениях.

Дифференциация условий отбывания наказания внутри одного учреждения позволила сократить количество видов исправительных учреждений – в новом законодательстве не были предусмотрены колонии усиленного режима.

Важным достижением уголовно-исполнительного законодательства является включение в него раздела 2 «Правовое положение осужденных». В ней детализированы права и обязанности лиц, отбывающих уголовные наказания, в том числе в области личной безопасности и обеспечения свободы совести. При этом законодательство впервые ориентировано на соблюдение междуна-

¹²² Аналитический доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане.

родных норм и стандартов, что подчеркивается пунктом 11 статьи 10 УИК РК, устанавливающей, что порядок реализации прав осужденных устанавливается Кодексом, законами Республики Казахстан и иными нормативными правовыми актами, межгосударственными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан.

Следующим документом, определяющим дальнейшее направление развития уголовной и уголовно-исполнительной политики, является Указ Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан».

Концепция определяет, что реализация уголовной политики Республики Казахстан должна развиваться в соответствии с принципами законности, равенства граждан перед законом и судом, справедливости, гуманизма и экономии уголовных репрессий, неотвратимости уголовной ответственности и наказания, защиты прав потерпевших, в том числе и государства, и включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на:

продолжение курса на постепенное сужение сферы применения смертной казни, а также рассмотрение возможности объявления моратория на смертную казнь;

дальнейшую декриминализацию правонарушений, относящихся к преступлениям небольшой тяжести совершенным по неосторожности, в том числе и посредством их перевода в сферу административной и гражданско-правовой ответственности;

расширение применения имущественных санкций за отдельные виды экономических преступлений, а также расширение применения наказаний, не связанных с лишением свободы, в отношении лиц, совершивших преступления небольшой и средней тяжести;

более широкое применение мер поощрительного характера при деятельном раскаянии лиц, совершивших преступления;

исключение применения наказания в виде лишения свободы в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления небольшой тяжести, и сужение сферы применения лишения свободы в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления средней тяжести;

создание необходимых условий введения в действие уголовно-правовых норм, предусматривающих такие новые виды наказания, как ограничение свободы, арест, пожизненное лишение свободы.

Основными направлениями развития уголовно-исполнительной системы определены: совершенствование законодательной базы с целью приведения ее в соответствие с основными положениями международных актов о правах человека и международных соглашений, определяющих основные принципы и порядок обращения с осужденными, а также дальнейшее улучшение ее материально-технической базы, продолжение политики гуманизации.

В целях профилактики рецидивной преступности необходимо создание системы условий и разработка нормативных правовых актов, направленных на социальную адаптацию лиц, освобождаемых из мест лишения свободы, функционирование соответствующих центров по социальной адаптации.

Поскольку реализация указанных направлений развития уголовной и уголовно-исполнительной политики осуществляется посредством принятия законодательных актов, ее результаты будут рассмотрены в главе «Законодательные изменения и их влияние на уголовно-исполнительную систему Республики Казахстан».

2. Программы развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан

Решение стратегических задач развития правовой политики Республики Казахстан в сфере назначения и исполнения уголовных наказаний осуществлялось поэтапно, путем реализации межведомственных программ, утверждаемых Правительством Республики Казахстан.

Первой в ряду этих программ стоит Правительственная Программа по материально-техническому и социально-правовому обеспечению уголовно-исполнительной системы Министерства внутренних дел и мест предварительного заключения под стражу Государственного следственного комитета Республики Казахстан на период до 2000 года, одобренная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 1 октября 1996 года № 1199 «О мерах по стабилизации деятельности учреждений уголовно-исполнительной системы и мест предварительного заключения под стражу в Республике Казахстан».

Следует особо отметить, что данная Программа предусматривала не только мероприятия по улучшению материально-технического оснащения учреждений уголовно-исполнительной системы, но и в ее рамках была утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан. Концепцией предусматривался переход к дифференцированным условиям содержания, имплементация в законодательство международных норм и стандартов обращения с осужденными, введение новых видов наказания и методов исправления осужденных. Так, планом мероприятий предусматривалось строительство арестных домов, введение в штаты исправительных учреждений психологов, укрепление связей с общественными и религиозными организациями, создание медико-реабилитационных центров для сотрудников уголовно-исполнительной системы.

К сожалению, Программа не была в достаточной степени подкреплена ресурсами, и не все мероприятия удалось реализовать в полном объеме. Тем не менее было разработано новое уголовно-исполнительное законодательство, начато строительство новых исправительных учреждений на базе военных городков, заложены новые принципы исправления осужденных, в которых приоритет отдавался не труду, а психолого-педагогическим методам. С этой точки зрения значение первой Программы трудно переоценить.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 22 января 2001 года № 92 была утверждена Программа улучшения материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов Республики Казахстан на 2001-2003 годы.

Целью Программы являлось укрепление материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы МВД Республики Казахстан, обновление инженерно-технических средств охраны, приведение коммунально-бытовых условий содержания осужденных и лиц, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений, а также их перевозки в соответствии с требованиями действующего уголовно-исполнительного законодательства. Для этого предстояло решить следующие задачи:

- 1) снижение плотности содержания осужденных в исправительных учреждениях и следственных изоляторах путем строительства новых и реконструкции действующих исправительных учреждений и следственных изоляторов;
- 2) создание условий для отбывания наказания всех категорий осужденных в пределах того региона, где они были осуждены или проживали до ареста;
- 3) уменьшение количества перевозок осужденных по республике;
- 4) повышение безопасности содержания осужденных в исправительных учреждениях при отбывании наказания;
- 5) снижение количества преступлений среди осужденных, количества их побегов из охраняемых исправительных учреждений и следственных изоляторов.

Для решения этих задач предполагалось выделение из республиканского бюджета 4135 млн. тенге.

Следует отметить, что Программа была направлена именно на укрепление материально-технической базы исправительных учреждений и следственных изоляторов, так как их состояние было довольно плачевным, численность содержащихся в учреждениях превышала установленные лимиты наполнения, улучшение условий содержания осужденных в этих условиях было проблематичным. Эта Программа была успешно реализована, что создало условия для решения других задач.

Постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376 была утверждена «Программа дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы».

Цель Программы: улучшение условий содержания осужденных, содержащихся в исправительных учреждениях; качества исполнения наказаний, не связанных с изоляцией от общества; профессиональной подготовки сотрудников уголовно-исполнительной системы

Задачи:

- 1) совершенствование законодательства в сфере исполнения наказаний, обеспечения прав и законных интересов лиц, содержащихся в исправительных учреждениях;
- 2) максимальное приближение условий содержания осужденных к требованиям международных норм и стандартов;
- 3) строительство новых и реконструкция действующих исправительных учреждений;
- 4) улучшение материально-технической базы исправительных учреждений;
- 5) создание условий для эффективного исполнения наказаний, альтернативных лишению свободы, и мер уголовно-правового воздействия;
- 6) увеличение трудовой занятости осужденных;
- 7) улучшение профессиональной подготовки сотрудников уголовно-исполнительной системы.

В целом реализация Программы успешно завершена. Значительно улучшена нормативная правовая база деятельности УИС, улучшено материально-техническое оснащение, повышена инженерно-техническая защищенность исправительных учреждений и следственных изоляторов.

Вместе с тем в ходе реализации Программы возник ряд проблемных вопросов, не позволивший в полной мере достичь поставленных задач и получить ожидаемые результаты от ее реализации.

Так, пунктами 5, 6, 7 Плана первоначально было предусмотрено увеличение штатной численности уголовно-исполнительных инспекций и контролеров по надзору в исправительных учреждениях, а также преобразование уголовно-исполнительных инспекций в государственные учреждения.

Вместе с тем в связи с уточнением сумм расходов на 2005-2006 годы и с целью приведения в соответствие с законодательством бюджетных расходов на реализацию Программы, постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 «О внесении изменений

в постановление Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376» данные пункты Плана были исключены.

В настоящее время действует «Программа дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2007-2009 годы», утвержденная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 6 августа 2007 года № 673.

Целью Программы является повышение эффективности работы уголовно-исполнительной системы.

Задачи:

1) совершенствование организации управления УИС и улучшение условий содержания лиц в учреждениях УИС;

2) повышение эффективности исполнения уголовных наказаний, обеспечение трудоустройства осужденных, создание условий для социальной реабилитации лиц, освобожденных из мест лишения свободы;

3) повышение эффективности мер уголовно-правового воздействия, не связанных с изоляцией осужденных от общества;

4) укрепление кадрового состава, совершенствование системы профессиональной подготовки сотрудников, повышение правовой и социальной защищенности персонала учреждений уголовно-исполнительной системы, снижение количества коррупционных правонарушений среди сотрудников уголовно-исполнительной системы.

Для достижения поставленных задач разработан План мероприятий по реализации Программы. К сожалению, в Плате мероприятий достаточно широко представлены вопросы капитального строительства и укрепления материально-технической базы, в то время как по повышению эффективности мер уголовно-правового воздействия предусмотрено лишь два пункта, в том числе один по увеличению численности уголовно-исполнительных инспекций, формой реализации которого является внесение предложений в МВК. Фактически данной программой выделение средств на эти цели не предусмотрено.

3. Институциональные изменения в уголовно-исполнительной системе Республики Казахстан

В августе 2000 года главой государства было дано поручение о передаче уголовно-исполнительной системы из ведения Министерства внутренних дел в ведение Министерства юстиции. Данное решение являлось логическим продолжением реализации Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, утвержденной Постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 года № 1569.

В частности, в Программе было сказано: «Продумать иные меры освобождения Министерства внутренних дел от функций, не связанных с охраной общественного порядка, следствия и дознания, предупреждения правонарушений». Реализуя данное положение из Министерства внутренних дел в ведение Министерства по чрезвычайным ситуациям были переданы функции противопожарной охраны, Генеральной прокуратуре – специальные учеты.

Для решения комплекса задач по передаче уголовно-исполнительной системы в ведение Министерства юстиции Постановлением Правительства Республики Казахстан от 1 ноября 2000 года № 1651 была создана межведомственная комиссия по вопросам реформирования пенитенциарной системы.

Комиссии было поручено в срок до 1 декабря 2000 года разработать и внести на рассмотрение Правительства Республики Казахстан пакет проектов нормативных правовых актов, необходимых для осуществления передачи пенитенциарной системы в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан, изучался опыт Российской Федерации, где такая передача была осуществлена в 1997 году.

Основными целями, которые преследовались передачей уголовно-исполнительной системы в гражданское ведомство, являлись:

- разделение функций уголовного преследования и исполнения уголовных наказаний;
- повышение правовой защищенности осужденных, более полная реализация их прав и законных интересов;
- имплементация в национальное законодательство международных норм и стандартов обращения с заключенными;
- демилитаризация уголовно-исполнительной системы.

В законодательном плане передача уголовно-исполнительной системы была осуществлена принятием Закона Республики Казахстан № 244 от 16 июля 2001 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам реформирования уголовно-исполнительной системы и статуса ее работников».

Комитет уголовно-исполнительной системы в составе Министерства юстиции был создан Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 декабря 2001 года № 1755 «Вопросы Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан».

Следует отметить, что уголовно-исполнительная система была передана в ведение Министерства юстиции не в полном составе – следственные изоляторы остались в ведении Министерства внутренних дел. Их передача в Министерство юстиции была осуществлена в 2004 году Постановлением Правительства Республики Казахстан от 8 января 2004 года № 17 «Некоторые вопросы передачи следственных изоляторов Министерства внутренних дел Республики Казахстан в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан» в рамках реализации Указа Президента Республики Казахстан от 23 декабря 2003 года N 1255 «О мерах по дальнейшему совершенствованию системы государственного управления Республики Казахстан».

В настоящее время в состав Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан входят 75 учреждений. В том числе: 19 исправительных колоний общего режима, 19 – строгого, 5 колоний особого режима, 1 тюрьма, 17 колоний поселений, 8 больниц, 4 воспитательные колонии, 2 центра социальной реабилитации для лиц, освободившихся из мест лишения свободы.

4. Законодательные изменения и их влияние на уголовно-исполнительную систему Республики Казахстан

За период, прошедший с момента введения в действие уголовного и уголовно-исполнительного законодательства, изменения в Уголовный кодекс Республики Казахстан вносились двадцать три раза и в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан – двенадцать раз.

Закон Республики Казахстан от 5 мая 2000 года № 47-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с преступностью» в целом был направлен на усиление ответственности за отдельные категории преступлений. Краткий анализ закона позволяет установить следующее. Ужесточение ответственности произошло по тридцати составам преступлений путем увеличения нижнего или верхнего предела наказания в виде лишения свободы. При этом по десяти составам изменилась категория тяжести – из категорий небольшой тяжести в категорию средней тяжести и из категории средней тяжести в категорию тяжких преступлений. Смягчение ответственности произошло по двум составам преступлений, один из которых перешел из категории тяжких в категорию преступлений средней тяжести.

Здесь следует сделать определенную оговорку. Законопроект разрабатывался в период действия Государственной программы правовой реформы в Республике Казахстан, одним из приоритетов которой являлось расширение размеров и сферы применения санкций имущественного характера, как более соответствующих рыночным отношениям. Вероятно, именно этим объясняется то, что санкции десяти составов преступлений были дополнены наказаниями в виде штрафа и конфискации имущества. Санкция еще одного состава преступления была дополнена наказанием в виде исправительных работ.

В плане изменений в системе наказаний необходимо отметить, что данным законом с 1 января 2000 года введено в действие наказание в виде привлечения к общественным работам, введение которого в действие в соответствии с Законом Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 168-I «О введении в действие Уголовного кодекса Республики Казахстан» было отсрочено до создания необходимых условий, но не позднее 2003 года.

Наказание в виде общественно-полезных работ рекомендовано для включения в национальные законодательства пунктом 8.2 Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила, приняты Резолюцией 45/110 Генеральной ассамблеи от 14 декабря 1990 года.).

В Уголовном кодексе Республики Казахстан наказание в виде привлечения к общественным работам входит в санкции более чем семидесяти составов преступлений. Поэтому, исходя из мирового опыта применения данного вида наказания, предполагалось, что общественные работы существенно потеснят традиционные для ранее действующего законодательства виды наказаний. В некоторых странах Западной Европы и Америки удельный вес общественных работ в общей структуре наказаний достигает 20%. При включении в виды наказаний общественным работам придавалось большое значение.

Вместе с тем судебная практика показала, что назначение данного вида наказания происходит достаточно редко, о чем можно судить по статистическим данным, предоставленным Комитетом по правовой статистике и информации при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан.

График 1. Количество приговоров с назначением наказания в виде привлечения к общественным работам

В 2000 году число вынесенных приговоров к наказанию в виде привлечения к общественным работам незначительно вследствие того, что этот вид наказания был введен в действие законом от 5 мая 2000 года и судами не была наработана практика применения этой нормы.

Число вынесенных приговоров к наказанию в виде привлечения к общественным работам в абсолютных цифрах показывает, что в последующие годы этот вид наказания стал применяться несколько чаще, однако их доля в общей структуре наказаний по-прежнему незначительна, что демонстрирует *график 2*.

График 2. Удельный вес наказания в виде привлечения к общественным работам в общей структуре наказаний

Значительным шагом в гуманизации законодательства явилось принятие Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» от 21 декабря 2002 года. В Уголовный кодекс внесено сорок восемь изменений и дополнений.

Так, в связи с ратификацией Казахстаном Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания Уголовный кодекс дополнен ст. 347-1, предусматривающей ответственность за пытки, совершаемые должностными лицами, прежде всего следователями, и лицами, осуществляющими дознание. В этой связи также был декриминализован состав преступления, предусмотренный частью 2 ст. 347 (принуждение к даче показаний), так как данный состав преступления поглощается нормами вновь введенной ст. 347-1.

Часть 3 ст. 32 (необходимая оборона) дополнена нормой, которая позволяет не признавать превышением пределов необходимой обороны причинение вреда лицу, посягающему на жизнь человека, либо при отражении иного посягательства, соединенного с применением оружия или попыткой его применения. Жертве преступного посягательства дается право в случаях, когда такое посягательство направлено на лишение его жизни или сопряжено с применением оружия или попыткой его применения, отражать это нападение любым возможным способом, не боясь быть привлеченным к уголовной ответственности за причинение смерти или вреда здоровью посягающему.

Значительные изменения претерпело содержание института наказания в виде ограничения свободы. После внесения изменений наказание в виде ограничения свободы состоит не в содержании в специализированном учреждении, а в наложении на осужденного судом определенных обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного органа без изоляции от общества сроком от одного года до пяти лет. Суд, назначая наказание в виде ограничения свободы, возлагает на осужденного исполнение обязанностей: не менять постоянного места жительства, работы и учебы без уведомления специализированного органа, не посещать определенные места, в свободное от учебы и работы время не покидать места жительства, не выезжать в другие местности без разрешения специализированного органа. Суд может возложить на осужденного к ограничению свободы исполнение и других обязанностей, способствующих его исправлению: пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании, заболеваний, передающихся половым путем, осуществлять материальную поддержку семьи. Расширен круг лиц, которым оно может быть назначено (несовершеннолетние, беременные женщины и женщины, имеющие малолетних детей, инвалиды, лица пенсионного возраста); в то же время ограничение свободы не применяется к лицам, имеющим судимость за совершение тяжкого и особо тяжкого преступления, к военнослужащим, а также к лицам, не имеющим постоянного места жительства.

В Уголовный кодекс Республики Казахстан внесены изменения, связанные с назначением наказания. Так, ч. 4 ст. 53 (обстоятельства, смягчающие уголовную ответственность) изложена в новой редакции: «4. При наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных пунктами д) оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда, причиненных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного преступлением и к) чистосердечное раскаяние, явка с повинной, активное содействие раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску имущества, добытого в результате преступления) части первой настоящей статьи, и отсутствииотягчающих обстоятельств срок или размер наказания при совершении преступления небольшой и средней тяжести не может превышать половины, при совершении тяжкого преступления - двух третей, при совершении особо тяжкого преступления - трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса». Ранее тяжесть совершенного преступления не учитывалась и максимальный срок наказания ограничивался тремя четвертями от верхнего предела санкции.

Часть 2 ст. 58 Уголовного кодекса Республики Казахстан (назначение наказания по совокупно-

сти преступлений) изложена в новой редакции: «2. Если совокупность преступлений включает в себя только преступления небольшой тяжести и средней тяжести, то окончательно наказание назначается путем поглощения менее строгого наказания более строгим». Ранее поглощение менее строгого наказания более строгим допускалось лишь в отношении преступлений небольшой тяжести, но не исключало частичного или полного сложения наказаний за отдельные преступления. Существовало лишь одно ограничение - окончательное наказание не могло превышать максимального срока или размера наказания, предусмотренного за наиболее тяжкое преступление.

В части 3 ст. 58 Уголовного кодекса Республики Казахстан (назначение наказания по совокупности преступлений) исключены преступления средней тяжести (перешли в ч. 2) и назначение окончательного наказания стало возможным и путем поглощения менее строгого наказания более строгим, чего ранее эта норма не предполагала.

В части 2 ст. 59 Уголовного кодекса Республики Казахстан (назначение наказания при рецидиве преступлений) размеры нижнего предела наказания за совершение преступлений при рецидиве снижены с половины до одной трети, при опасном рецидиве - с двух третей до половины, при особо опасном рецидиве - с трех четвертей до двух третей максимального срока и размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление.

В части 5 ст. 63 Уголовного кодекса Республики Казахстан (условное осуждение) в связи с изменением содержания наказания в виде ограничения свободы исключены части 5 и 7, предусматривающие возложение на осужденных дополнительных обязанностей как при назначении наказания, так и в период его исполнения.

Статья 64 (отмена условного осуждения или продление испытательного срока) приведена в соответствие со ст. 63; отмена условного осуждения или продление испытательного срока стали возможны только за нарушения общественного порядка.

Реализуя положения Концепции правовой политики Республики Казахстан, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года № 949 в части назначения наказания несовершеннолетним правонарушителям ст. 79 (виды наказаний, назначаемых несовершеннолетним) дополнена новым видом наказания - ограничением свободы на срок от одного до двух лет. Часть 7 ст. 79 Уголовного кодекса Республики Казахстан изложена в следующей редакции: «7. Лишение свободы несовершеннолетним может быть назначено на срок не свыше десяти лет, а за убийство при отягчающих обстоятельствах или по совокупности преступлений, одним из которых является убийство при отягчающих обстоятельствах, - двенадцати лет. Лицам, впервые совершившим преступления небольшой тяжести в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет и средней тяжести в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет, лишение свободы не назначается».

Внесены изменения, связанные с освобождением от уголовной ответственности и наказания. Так, ст. 67 Уголовного кодекса Республики Казахстан (освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим) изложена в новой редакции: «1. Лицо, совершившее преступление небольшой тяжести или впервые совершившее преступление средней тяжести, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, подлежит освобождению от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный вред.

2. Лицо, совершившее преступление средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред».

Ранее статья имела только одну часть, и освобождение в случае примирения при совершении преступления небольшой тяжести не носило безусловного характера.

Часть 2 ст. 70 Уголовного кодекса Республики Казахстан (условно-досрочное освобождение от отбывания наказания) приведена в соответствие с изменениями, внесенными в ст. 45 (ограничение свободы) в части возложения судом обязанностей на условно-досрочно освобождаемых от наказания. В части 3 ст. 70 (условно-досрочное освобождение от отбывания наказания) сокращен срок фактического отбывания наказания за преступления небольшой и средней тяжести с половины до одной трети, тяжкие преступления - с двух третей до половины, особо тяжкие - с трех четвертей до двух третей.

В связи с изменениями и дополнениями замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания (ст. 71) стала возможной и для лиц, осужденных за тяжкие преступления. Срок фактического отбывания наказания для применения данной уголовно-правовой нормы за преступления небольшой и средней тяжести сокращен с половины до одной трети, за тяжкие преступления и лицам, ранее условно-досрочно освобождавшимся от отбывания наказания в виде лишения свободы и совершившим новые преступления в период оставшейся неотбытой части наказания, должен составлять не менее половины.

С восьми до четырнадцати лет повышен возраст ребенка, дающий право на отсрочку отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей (ст. 72 Уголовного кодекса Республики Казахстан).

В целом изменениями и дополнениями в Уголовный кодекс Республики Казахстан лишение

свободы исключено из санкций тринадцати составов преступлений небольшой и средней тяжести. Верхний предел санкции в виде лишения свободы сокращен по двенадцати составам преступлений. При этом семь составов преступлений из категории тяжких перешли в категорию средней тяжести, а два состава преступления - из категории средней тяжести в категорию небольшой тяжести. Следует обратить внимание, что изменения коснулись преступлений, наиболее часто встречающихся в судебной практике, кража (ч. 2 ст. 175), мошенничество (ч. 2 ст. 177), неправомерное завладение автомобилем или иным транспортным средством без цели хищения (ч. 3 ст. 185). Санкции тринадцати составов преступлений дополнены альтернативными. С внесением данных изменений состав преступления, предусмотренный ч. 1 ст. 272, из практически безальтернативного (ранее в качестве альтернативы предусматривался только арест, введение которого отложено до 2008 года) перешел в состав альтернативных. Расширение альтернатив по остальным составам преступлений позволяет дифференцировать назначение наказаний в зависимости от личности правонарушителя и обстоятельств совершения преступления.

Исключено наказание в виде содержания в дисциплинарной воинской части из состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 371 (оскорбление военнослужащего), если они не связаны отношениями подчиненности.

В Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан внесено восемнадцать изменений и дополнений.

Так, в связи с изменением содержания наказания в виде ограничения свободы полностью переработана глава 8, определяющая порядок исполнения данного вида наказания в условиях нахождения осужденных под надзором уголовно-исполнительных инспекций. Законодательно определены права и обязанности администрации инспекций, порядок применения мер наказания и поощрения.

Значительно сокращен минимально необходимый отбытый срок для перевода осужденных в колонию-поселение. Теперь перевод осужденных, отбывающих наказания в исправительных учреждениях общего и строгого режимов, в колонию-поселение возможен после отбытия не менее одной четверти срока наказания за преступления небольшой и средней тяжести, не менее одной трети срока наказания - за тяжкие преступления.

Беременным женщинам, осужденным к лишению свободы, право приобретать продукты питания и предметы первой необходимости предоставляется, начиная не с четвертого месяца беременности, а сразу после получения медицинского заключения.

Сняты ограничения по количеству телефонных переговоров. Осужденный, при наличии технических возможностей, может иметь неограниченное количество переговоров продолжительностью до пятнадцати минут каждый.

В целях более полной реализации положений ст. 68 Уголовно-исполнительного кодекса об отбытии осужденными наказания по месту жительства или по месту осуждения внесены изменения, позволяющие осуществлять принудительное лечение осужденных, больных алкоголизмом, наркоманией и токсикоманией в медицинской части исправительной колонии.

Продолжена работа по совершенствованию дифференциации условий содержания осужденных. По действующему ранее законодательству осужденные, отбывающие наказание в облегченных или льготных условиях, признанные злостными нарушителями режима содержания, переводились на строгие условия отбывания наказания. Отсутствовал правовой механизм возврата осужденного в обычные условия: необходимо было обязательно признать его злостным нарушителем, для того чтобы перевести осужденного сразу в строгие условия. Получалось, что даже в случае совершения осужденным нарушения, не относящегося к категории злостных, и водворения его в штрафной изолятор, мы вновь должны были возвращать его в льготные условия. Новым законом этот пробел ликвидирован. Теперь в случае совершения нарушения осужденный, отбывающий наказание в облегченных или льготных условиях, может быть переведен в обычные условия, а признанный злостным нарушителем - в строгие.

Приведены в соответствие с изменениями, внесенными в Уголовный кодекс Республики Казахстан, соответствующие положения, регулирующие порядок осуществления контроля над осужденными беременными женщинами и женщинами, имеющими малолетних детей, исполнение наказания которым отсрочено, и условно осужденными.

Практическая реализация закона привела к значительному сокращению численности осужденных в исправительных учреждениях. На момент принятия Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» в исправительных учреждениях республики отбывало наказание почти шестьдесят тысяч осужденных. Декриминализация, исключение лишения свободы из санкций отдельных составов преступлений, а также изменение верхних пределов санкций по отдельным составам преступлений потребовали пересмотра семи с половиной тысяч дел осужденных, в результате чего полностью освобождено от наказания 150 осужденных, еще 2660 осужденным снижен срок отбывания наказания.

Динамика общей численности осужденных за последние годы приводится на *графике 3*.

График 3. Динамика численности осужденных в исправительных учреждениях и число осужденных, освобожденных от отбывания наказания условно-досрочно

Из графика видно, что в 2002 году численность осужденных в исправительных колониях составляла 65151 человек. В следующем году численность сократилась до 48748 человек, или более чем на 16000 осужденных. Во многом это произошло в связи с более широким применением института условно-досрочного освобождения. Если в 2002 году условно-досрочно от отбывания наказания освобождено 15630 осужденных, то в 2003 году их число увеличилось до 30732 человек. В 2004-2006 годах, как и ожидалось, число условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания несколько сократилось, однако общая численность лиц, отбывающих наказания в исправительных учреждениях продолжала снижаться и в 2006 году составила 43203 человека.

Уменьшение численности осужденных позволило «разгрузить» исправительные учреждения, улучшить условия содержания осужденных.

Интересна сама история разработки Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан» от 21 декабря 2002 года. Во исполнение рекомендаций международной конференции «Альтернативы тюремному заключению», прошедшей в г. Алматы в октябре 1999 года, в Казахстане в апреле 2001 года была создана Рабочая группа по развитию альтернатив тюремному заключению, в состав которой вошли представители Сената, Мажилиса Парламента Республики, Верховного суда, Генеральной прокуратуры, Министерства юстиции, Министерства внутренних дел, Министерства образования и науки, Министерства здравоохранения, Министерства труда и социальной защиты, Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, Казахстанской криминологической ассоциации, Союза адвокатов Республики Казахстан.

Члены Рабочей группы провели ряд встреч, на которых обсудили современное состояние уголовно-исполнительной системы, основные проблемы и причины их возникновения, а также определили приоритетные пути развития системы уголовного наказания.

Всего было проведено пять заседаний рабочей группы, и на заключительном, состоявшемся 26 февраля 2002 года, были выработаны рекомендации по совершенствованию законодательства, основанные на принципах и положениях, сформулированных в международных документах, относящихся к политике в области уголовных наказаний, прежде всего в Минимальных стандартных правилах обращения с заключенными, Токийских правилах ООН, и ориентированных на тенденции развития пенитенциарных систем зарубежных стран и международного опыта в области гуманизации уголовной политики.

Эти рекомендации были направлены в Администрацию Президента, Правительство, Парламент Республики Казахстан и в дальнейшем учтены при разработке проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан».

Представляется важным, что впервые в законотворческой деятельности совместно участвовали как представители различных государственных организаций, так и представители негосударственного сектора и был накоплен опыт взаимного сотрудничества. Об успешности этого опыта свидетельствует то, что в Законе «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан», принятом 21 декабря 2002 года, нашли свое отражение около 60 процентов рекомендаций рабочей группы.

Закон Республики Казахстан от 25 сентября 2003 года N 484-II «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам борьбы с коррупцией» интересен для нас тем, что в Уголовном кодексе Республики Казахстан были внесены изменения в санкции такого вида наказания, как лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью (ст. 41).

Ранее закон определял, что наказание в виде лишения права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок от одного года до пяти лет в качестве основного вида наказания и на срок от шести месяцев до трех лет в качестве дополнительного вида наказания. В новой редакции статья была дополнена и за совершение коррупционных преступлений лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью устанавливается на срок от трех до десяти лет в качестве основного вида наказания и на срок от одного года до семи лет в качестве дополнительного вида наказания.

10 марта 2004 года принят Закон Республики Казахстан № 529-II «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан в связи с введением моратория на исполнение смертной казни».

В соответствии с законом в ст. 49 Уголовного кодекса Республики Казахстан внесены изменения, согласно которым при введении президентом Республики Казахстан моратория на исполнение смертной казни исполнение приговора о смертной казни приостанавливается на время дейст-

вия моратория. Приговор о смертной казни приводится в исполнение не ранее чем по истечении одного года после отмены моратория на исполнение смертной казни.

В целях усиления правовых гарантий осужденных к смертной казни в ч. 5 ст. 49 внесены дополнения, согласно которым лица, приговоренные к смертной казни, в случае отмены моратория на исполнение смертной казни имеют право ходатайствовать о помиловании независимо от того, ходатайствовали ли они об этом до введения моратория или нет.

Дополнениями в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан местом содержания осужденных к смертной казни определена тюрьма. Лица, в отношении которых приговор о смертной казни вступил в силу до введения моратория или во время действия моратория на исполнение смертной казни, содержатся в одиночных камерах изолированно от других осужденных.

В целях реализации Указа главы государства и Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан в связи с введением моратория на исполнение смертной казни» уголовно-исполнительной системой в тюрьме г. Аркалыка был выделен и оборудован отдельный блок для содержания лиц, осужденных к смертной казни, подпавших под действие моратория на ее исполнение.

Для содержания лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, в колонии особого режима п. Житикара Костанайской области был создан локальный участок для содержания указанной категории лиц. Режимные корпуса и камеры оборудованы системами видеонаблюдения и охранной сигнализацией.

Гуманизация законодательства была продолжена Законом Республики Казахстан 9 декабря 2004 года № 10-III «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях по вопросам упрощения процедур расследования уголовных дел, декриминализации некоторых составов преступлений и совершенствования законодательства об административных правонарушениях». В частности, в Уголовный кодекс Республики Казахстан были внесены изменения, согласно которым наказание в виде привлечения к общественным работам (ст. 39) стало возможным назначать как в качестве основного, так и дополнительного вида наказания.

Введение комбинированных санкций рекомендовано пунктом 8.2 Минимальных стандартных правил ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила, приняты Резолюцией 45/110 Генеральной ассамблеи от 14 декабря 1990 года). К сожалению, в законодательстве недостаточно прописаны механизмы применения данной санкции, что создает определенные сложности в правоприменительной практике.

Исполнение наказания в виде ареста в законодательстве сформулировано чрезвычайно жестко, поэтому в статьи 46 и 79 Уголовного кодекса Республики Казахстан внесены изменения, согласно которым данный вид наказания не применяется к лицам, не достигшим восемнадцати лет.

Лица, совершившие преступления по неосторожности, не имели умысла на совершение преступления и не предвидели тяжести последствий. В связи с этим в законодательство (ч. 5 ст. 48 Уголовного кодекса Республики Казахстан) внесены изменения, в соответствии с которыми все лица, совершившие преступления по неосторожности, и осужденные к наказанию в виде лишения свободы, направляются для отбывания наказания в колонии-поселения.

В статью 81 Уголовного кодекса Республики Казахстан внесены изменения, позволяющие освобождать несовершеннолетних от уголовной ответственности и наказания. Ранее данная статья предусматривала лишь освобождение от наказания несовершеннолетних, впервые осужденных за совершение преступлений небольшой и средней тяжести, если судом будет признано, что его исправление может быть достигнуто путем применения принудительных мер воспитательного воздействия. В новой редакции статьи предусмотрено освобождение от уголовной ответственности несовершеннолетних, совершивших преступления небольшой тяжести и впервые совершивших преступление средней тяжести. При этом применение принудительных мер воспитательного воздействия не носит безусловного характера. Часть 2 ст. 81 Уголовного Республики Казахстан предусматривает освобождение от наказания несовершеннолетнего, впервые осужденных за совершение преступлений небольшой и средней тяжести, если будет признано, что его исправление может быть достигнуто путем применения принудительных мер воспитательного воздействия.

Сокращены минимально необходимые сроки отбывания наказания лицами, совершившими преступления в несовершеннолетнем возрасте для применения условно-досрочного освобождения (ст. 84 Уголовного кодекса Республики Казахстан). После внесения изменений условно-досрочное освобождение может быть применено после фактического отбытия:

- а) не менее одной четвертой срока наказания, назначенного судом за преступление небольшой или средней тяжести;
- б) не менее одной трети срока наказания, назначенного судом за тяжкое преступление;
- в) не менее половины срока наказания, назначенного судом за особо тяжкое преступление, не сопряженное с посягательством на жизнь человека;

г) не менее двух третей наказания, назначенного судом за особо тяжкое преступление, сопряженное с посягательством на жизнь человека.

В Особенной части Уголовного кодекса Республики Казахстан декриминализованы составы преступлений, предусмотренные статьями 106 (побои), 111 (причинение средней тяжести вреда здоровью), 154 (отказ от предоставления гражданину информации). Санкции пятнадцати составов преступлений дополнены альтернативами, в санкциях тринадцати составов преступлений исключены нижние пределы наказания в виде лишения свободы.

Особого внимания заслуживает Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 26 марта 2007 года № 240-III ЗРК. Сразу оговоримся, что закон содержит целый ряд норм, направленных на совершенствование деятельности уголовно-исполнительной системы, а также вносящих необходимые редакционные изменения в акты, регулирующие деятельность пенитенциарной системы. В то же время закон содержит ряд норм, содержание которых с точки зрения международных стандартов вызывает определенную обеспокоенность.

Законом от 27 марта 2007 года в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный кодексы внесены изменения, которыми модифицированы основы института условно-досрочного освобождения в Республике Казахстан. В частности, изменены основания и порядок условно-досрочного освобождения лиц, отбывающих уголовное наказание, определен перечень обязанностей, исполнение которых возлагается на условно-досрочно освобожденных в период оставшейся не отбытой части наказания, определен орган, осуществляющий контроль над условно-досрочно освобожденными в период неотбытой части наказания.

Так, согласно ранее действующей редакции ст. 70 Уголовного кодекса Республики Казахстан лицо, отбывающее исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы, может быть освобождено условно-досрочно, если судом будет признано, что для своего исправления оно не нуждается в полном отбывании назначенного судом наказания. При этом лицо может быть полностью или частично освобождено от отбывания дополнительного вида наказания.

Согласно новой редакции лицо, отбывающее исправительные работы, ограничение по военной службе, ограничение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части или лишение свободы, за право-послушное поведение, добросовестное отношение к труду (обучению), активное участие в работе самодеятельных организаций и в воспитательных мероприятиях, принятие мер по возмещению ущерба, причиненного преступлением, и не нуждающееся в полном отбывании назначенного судом наказания, может быть судом освобождено условно-досрочно от отбывания назначенного судом наказания. При этом лицо может быть полностью или частично освобождено от отбывания дополнительного вида наказания.

Безусловно, и ранее при применении условно-досрочного освобождения учитывалось поведение осужденного, его отношение к труду, обучению, участию в воспитательных мероприятиях. Но веллой в этом отношении можно считать введение такого критерия, как возмещение ущерба, причиненного преступлением. Логика законодателя понятна – защита интересов потерпевшего и государства. Но в современных условиях, когда работой в исправительных учреждениях обеспечены едва ли 30% осужденных, вопросы возмещения ущерба самим осужденным весьма проблематичны, и, вполне очевидно, они лягут на плечи родителей или родственников осужденных. Не исключено, что потерпевшие могут использовать предоставленное им право в корыстных интересах. Еще более остро вопрос о возмещении ущерба может стоять, если осужденный в период отбывания наказания находился в лечебном учреждении уголовно-исполнительной системы. Производственная деятельность в них не осуществляется, а вопрос условно-досрочного освобождения часто напрямую связан с возможностью получения более квалифицированной медицинской помощи.

Часть вторая ст. 70 Уголовного кодекса Республики Казахстан определяет, что на лиц, освобожденных условно-досрочно от отбывания наказания, в течение оставшейся неотбытой части наказания возлагаются обязанности, перечень которых устанавливается ст. 178-2 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан.

В статье 178-2 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан приводится закрытый перечень обязанностей, возлагаемых на лиц, условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания в период неотбытой части наказания.

Лица, освобожденные условно-досрочно от отбывания наказания, обязаны:

- 1) в установленном порядке пройти регистрацию в органах внутренних дел по месту жительства;
- 2) не покидать место жительства в определенное органами внутренних дел время;
- 3) не менять постоянное место жительства, работы и учебы без письменного уведомления органов внутренних дел;
- 4) не посещать определенные органами внутренних дел места в свободное от работы и учебы время;

5) не выезжать в другие местности без письменного разрешения органов внутренних дел;
6) принимать меры по возмещению ущерба, причиненного здоровью, имуществу потерпевшего, или материального ущерба государству;

7) по требованию органов внутренних дел представлять объяснения и иные документы, необходимые для осуществления контроля за поведением условно-досрочно освобожденного;

8) являться по вызову в органы внутренних дел, при неявке без уважительных причин условно-досрочно освобожденный может быть подвергнут приводу;

9) в установленном законодательством Республики Казахстан порядке ежегодно представлять в налоговый орган по месту жительства декларацию о доходах и иные сведения об имуществе, являющемся объектом налогообложения, в том числе находящемся за пределами Республики Казахстан, о чем представляется справка в орган внутренних дел.

Таким образом, данными изменениями предусматривается широкий ведомственный контроль за свободой передвижения и личной жизнью лиц, освобожденных условно-досрочно, чем тот, который существовал до принятия Закона от 27 марта 2007 года.

При этом не понятно, с какой целью вводится требование о представлении лицами, освобожденными условно-досрочно от отбывания наказания налоговых деклараций о доходе и имуществе, в том числе, находящемся за пределами Республики Казахстан. Также вызывает вопросы требование к условно-досрочно освобожденным представлять органам внутренних дел объяснения и иные документы, необходимые для контроля за поведением условно-досрочно освобожденного. Право получать такую общую информацию органами внутренних дел без достаточных процессуальных гарантий может привести к необоснованному ограничению прав граждан, включая право не свидетельствовать против себя и др.

Органы внутренних дел на основе поправок, введенных Законом от 27 марта 2007 года получают неоправданно широкие полномочия, связанные с серьезным ограничением личных прав и свобод без судебного контроля, что может привести к злоупотреблениям.

Уголовный кодекс Республики Казахстан до внесения вышеназванных изменений и дополнений предусматривал, что если в течение оставшейся неотбытой части наказания лицо, к которому было применено условно-досрочное освобождение совершило нарушение общественного порядка, наказываемое административным взысканием, или злостно уклонялось от исполнения обязанностей, возложенных на него судом при применении условно-досрочного освобождения, суд, по представлению соответствующих органов, мог постановить решение об отмене условно-досрочного освобождения и исполнении оставшейся неотбытой части наказания.

В новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан законодатель отказался ограничивать основания отмены условно-досрочного освобождения только совершением нарушений общественного порядка, за которые накладываются административные взыскания. В соответствии с новым положением, таким основанием может служить совершение неоднократного административного правонарушения.

Включение совершения административных правонарушений в перечень оснований для отмены условно-досрочного освобождения вызывает определенные сомнения, поскольку в соответствии с международными стандартами лица, выходящие на условно-досрочное освобождение должны нести индивидуальные обязанности, накладываемые на них только судом или специальным независимым органом. Другими словами, даже если учесть, что угроза отмены условно-досрочного освобождения при совершении любых неоднократных административных правонарушений автоматически является частью налагаемых обязательств, то данное условие не соответствует определению условно-досрочного освобождения как меры предусматривающей, в соответствии с международными стандартами, наложение строго индивидуальных обязанностей на условно-досрочно освобождаемых лиц.

В этой связи необходимо обратить внимание на то, что в соответствии с п.п. 30, 31 Рекомендации Совета Европы желательно, чтобы «основания для отмены условно-досрочного освобождения соответствовали налагаемым ранее обязанностям на конкретное условно-досрочно освобожденное лицо. За незначительные нарушения наложенных обязанностей специальный орган, ответственный за контроль, должен реагировать советом или предупреждением. О любом значительном нарушении должно быть сообщено органу, который имеет полномочия решать вопрос об отмене условно-досрочного освобождения. Такой орган должен иметь полномочия дать еще один совет или предупреждение, а также наложить более строгие обязанности, включая временную отмену условно-досрочного освобождения. Данные меры должны рассматриваться в качестве достаточных санкций за несоблюдение наложенных обязанностей». Несмотря на то, что рекомендации Совета Европы не могут быть юридически обязательными для нашего государства, к их содержанию следует прислушаться, поскольку такого рода международные документы формируют универсальные стандарты в сфере обеспечения прав и свобод человека.

Более того, Рекомендация Совета Европы, рассматривая условно-досрочное освобождение как меру, альтернативную лишению свободы, требует, чтобы она осуществлялась в согласии с Европейскими правилами и об общественных санкциях, которые в главе X устанавливают ряд условий

для таких мер. Например, они гласят, что в отношении лица, выполняющего все возложенные на него обязанности, должен предусматриваться механизм пересмотра характера и продолжительности наложенных обязанностей, а в отношении лиц, которые их нарушили не должно применяться автоматически лишение свободы.

В соответствии с п. 2 ст. 178-2 роль суда теперь ограничена только следующими функциями. Он может возложить на лицо, освобожденное условно-досрочно, исполнение других обязанностей, способствующих его исправлению. А именно:

- 1) пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании;
- 2) пройти курс лечения заболеваний, передающихся половым путем;
- 3) осуществлять материальную поддержку семьи.

Очевидно, что изменения и дополнения, внесенные новым Законом в части закрепления единого перечня обязанностей, исполнение которых возлагается на условно-досрочно освобожденных, противоречат общепринятой концепции УДО. Они не предполагают индивидуализированный подход к каждому освобожденному по такому основанию и могут необоснованно нарушать права и свободы лиц, освобожденных условно-досрочно от отбывания наказания, так как устанавливают широкие дискреционные полномочия органов внутренних дел ограничивать свободу передвижения граждан и их право на личную жизнь.

Если раньше условно-досрочное освобождение не применялось только к лицу, которому наказание в виде смертной казни заменено лишением свободы в порядке помилования, то теперь оно не применяется к лицам, которые совершили в период отбывания наказания умышленное преступление, а также к лицам, ранее условно-досрочно освобождавшимся. Такое положение противоречит международным стандартам, которые не ограничивают категории осужденных, к которым может быть применено условно-досрочное освобождение.

Если в течение срока условно-досрочного освобождения лицо выполняло все обязанности, то почему оно должно дискриминироваться в праве на условно-досрочное освобождение в случае отбывания наказания за новое преступление. Таким образом, фактически такое лицо несет повторное наказание за одно и то же преступление. В любом случае подобные меры должны приниматься на основе индивидуального подхода, а не по отношению ко всем осужденным лицам.

В соответствии с изменениями в ч. 6 ст. 70 Уголовного Кодекса Республики Казахстан контроль за поведением лица, освобожденного условно-досрочно, осуществляется органами внутренних дел по месту жительства освобожденного, а в отношении военнослужащих - командованием воинских частей и учреждений. До принятия Закона от 27 марта 2007 года формулировка статьи носила неопределенный характер – специализированный государственный орган. По логике законодателя функции специализированного государственного органа быстрее всего должны были исполнять уголовно-исполнительные инспекции, т.к. осуществление контроля за условно-досрочно освобожденными практически ничем не отличается от контроля за поведением лиц, осужденных к ограничению свободы, и исполнением возложенных на них обязанностей. Однако нормативная правовая база в этом направлении в течение ряда лет не развивалась, и функции специализированного органа в отношении условно досрочно освобожденных лиц не были в должной мере определены.

Минимальные стандартные правила обращения с заключенными, одобренные Экономическим и социальным советом в резолюциях Генеральной ассамблеи ООН № 663 (с) (XXIV) от 31 июля 1957 года и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 года предусматривают в подпункте 2 п. 60 что «желательно, чтобы перед завершением срока наказания принимались меры к постепенному возвращению заключенного к жизни в обществе. Этой цели можно добиться с учетом особенностей каждого нарушителя. Освобождая заключенных на испытательный срок, в течение которого они все же остаются под надзором, при условии, что такой надзор не возлагается на полицейские власти и сочетается с эффективной социальной помощью».

Обновленные в 2006 году Европейские пенитенциарные правила (Рекомендация R (2006)2 Комитета министров Совета Европы государствам-членам в пп. 107.2 и 107.3) требует обеспечить постепенное возвращение к жизни на свободе заключенных, осужденных на длительные сроки заключения. По мнению экспертов Совета Европы эта цель может быть достигнута программой мероприятий, предшествующих освобождению, или частичным, либо условным освобождением под надзором в сочетании с действенной социальной поддержкой.

На основе вышеназванных стандартов можно сделать вывод о том, что специализированным государственным органом по контролю за поведением освобожденного условно-досрочно должно быть ведомство, не обладающее полицейскими функциями, и, кроме того, имеющее возможности оказывать эффективную социальную помощь.

Законом от 27 марта 2007 года ст. 455 Уголовно-процессуального кодекса была дополнена частью 6-1 следующего содержания:

«6-1. При рассмотрении вопроса об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания учитывается мнение потерпевшего либо его представителя.

Суд уведомляет потерпевшего либо его представителя о предстоящем судебном заседании по

почте заказным письмом. В случае невозможности личного участия потерпевшего либо его представителя в суде могут быть рассмотрены письменные заявления и ходатайства. При надлежащем уведомлении потерпевшего либо его представителя и отсутствии с его стороны каких-либо письменных заявлений и ходатайств, а также в случае, если ущерб нанесен интересам государства, по вопросу о соблюдении прав потерпевшего или государства в обязательном порядке требуется заключение прокурора».

Подобные процедуры, позволяющие учитывать мнение потерпевших, в настоящее время существуют в Канаде, Великобритании, Франции, Германии и других странах. Как правило, такое участие потерпевших может заключаться в высказывании своей позиции, о наложении определенных обязанностей на условно-досрочно освобождающееся лицо, о влиянии, оказанным преступлением на потерпевшего, каких-либо продолжающихся последствиях преступления в отношении жертвы и ее семьи, а также влияния, которое может оказать освобождение осужденного на жертву и ее семью. Другими словами, в первом случае мнение жертвы учитывается в момент, когда решение об условно-досрочном освобождении в целом уже принято соответствующим компетентным независимым органом, а во втором - когда вопрос об условно-досрочном освобождении или о смягчении наказания еще только рассматривается. В некоторых государствах, например в Великобритании с 1 сентября 2007 года потерпевшие получили право высказывать в определенных случаях свою позицию по обоим вопросам. В этой связи рекомендуется сделать необходимые уточнения в законодательстве в части содержания данного права потерпевшего.

Кроме того, опыт многих государств показывает, что не является целесообразным распространять данное право потерпевшего на все случаи, когда рассматривается вопрос об условно-досрочном освобождении, а только на дела по тяжким и особо тяжким преступлениям против личности. Такая практика, например, хорошо себя зарекомендовала в Великобритании. При этом законодатель исходит из того, что если характер преступления не представляет большую опасность для жертвы и общины, а сроки отбытия наказания не являются значительными, смысл в усложнении процессуальной формы разрешения вопроса об условно-досрочном освобождении теряется.

Необходимо также предусмотреть реальные механизмы, посредством которых потерпевший мог бы реализовать предоставленное ему право. На практике осужденные к лишению свободы зачастую отбывают наказание достаточно далеко от места жительства потерпевших. Рассмотрение материалов об условно-досрочном освобождении происходит в судах по месту отбывания наказания, следовательно, в большинстве случаев для потерпевших прибыть к месту судебного разбирательства будет затруднительно в силу транспортных и иных материальных причин. В этой связи, государство должно предоставлять компенсацию потерпевшему за расходы по участию в таком судебном разбирательстве. В противном случае данное право останется только на бумаге и не будет в должной мере реализоваться на практике.

Законом от 27 марта 2007 года была введена уголовная ответственность осужденных лиц за совершение акта членовредительства группой лиц. В Уголовный кодекс Республики Казахстан был введен новый состав преступления – «Совершение акта членовредительства группой лиц, содержащихся в учреждениях, обеспечивающих изоляцию от общества, в целях дестабилизации нормальной деятельности учреждений либо воспрепятствования законной деятельности сотрудников учреждений» В качестве санкции он предусматривал лишение свободы на срок от одного года до двух лет.

Как членовредительство может воспрепятствовать законной деятельности сотрудников учреждений и дестабилизировать нормальную деятельность учреждений, закон не уточнял. Таким образом, у тюремных властей оставался широкий простор для произвольной квалификации таких деяний. Подобный подход разрешает любое групповое членовредительство считать направленным на дестабилизацию нормальной деятельности учреждений, либо на воспрепятствование законной деятельности сотрудников учреждений.

Акты группового членовредительства являются симптомами серьезных проблем в управлении исправительным учреждением, и соответственно, способы их решения не лежат в криминализации членовредительства. Криминализация актов группового членовредительства является исключительно карательной акцией, не решающей проблемный характер отношений между заключенными и тюремными властями. Реагировать репрессивными санкциями на применение заключенными крайних мер таких как членовредительство, в условиях, когда у них нет другого способа обратить внимание на свои проблемы негуманно и несправедливо. Это легкий путь устранения кризиса - всю вину за то, что произошло сразу возложить на заключенных. Данная поправка явно защищала ведомственные интересы самой пенитенциарной службы, однако она не оказала позитивного влияния на ситуацию в пенитенциарных учреждениях.

Нормативным постановлением Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2 данная норма была признана неконституционной.

Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан Законом от 27 марта 2007 года был дополнен ст. 180-1 следующего содержания:

«Статья 180-1. Освобождение из учреждения уголовно-исполнительной системы лиц, больных заразной формой туберкулеза, представляющей опасность для окружающих

1. Если освобождаемые из учреждения уголовно-исполнительной системы больные заразной формой туберкулеза, представляющей опасность для окружающих, в период отбывания наказания не прошли полный курс лечения, они подлежат принудительному лечению после освобождения в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

2. Администрация учреждения уголовно-исполнительной системы не позднее чем за месяц до окончания срока наказания в отношении лиц, указанных в пункте 1 настоящей статьи, направляет в суд по местонахождению учреждения представление о назначении принудительного лечения в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

3. Извещения об освобождении из учреждений уголовно-исполнительной системы лиц, больных заразной формой туберкулеза, в отношении которых решением суда установлено принудительное лечение, направляются в специализированные противотуберкулезные лечебно-профилактические организации и органы внутренних дел по местонахождению учреждения».

Новый порядок обеспечения принудительного лечения вызывает ряд вопросов. Во-первых, такое лечение назначается в отношении всех осужденных, кто не прошел полный курс лечения. При этом не учитывается тот факт, что осужденные данной категории могли и не отказываться от завершения такого курса после их освобождения. Таким образом, новым Законом лица, освобождающиеся из уголовно-исполнительных учреждений и уклоняющиеся от прохождения лечения от туберкулеза и лица, которые не собираются уклоняться, а может быть, и проходящие такой курс лечения, приравнены к одному статусу. Такой жесткий подход, своего рода негативная презумпция - противоречит здравой логике, сомнителен с позиции соблюдения основных прав и свобод и неэффективен с точки зрения использования ограниченных государственных ресурсов.

Во-вторых, формулировка и логика самих изменений и дополнений предусматривает, что даже при подтверждении со стороны лица, освобожденного из учреждения уголовно-исполнительной системы его намерений пройти лечение, оно все равно подлежит принудительному лечению. Ранее, лицо, содержащееся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, могло быть подвергнуто принудительному лечению только в случае письменного отказа от добровольного лечения. Однако такая оговорка Законом от 27 марта 2007 года была исключена из закона № 496-І «О принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза».

В этой связи непонятна роль суда, которому администрация уголовно-исполнительного учреждения направляет представление о назначении принудительного лечения. Императивная формулировка «подлежат принудительному лечению» в п. 1 ст. 180-1 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, рассмотрение этого вопроса в суде, тем более без участия самого осужденного или его законного представителя, превращает судебную процедуру в формальность, так как в соответствии с законом все лица, освобожденные из учреждения уголовно-исполнительной системы, больные заразной формой туберкулеза должны быть направлены на принудительное лечение.

Интересно, что совсем иной подход законодатель демонстрирует в отношении других категорий граждан. Для применения принудительных мер в отношении граждан, не пребывающих в учреждениях уголовно-исполнительной системы, органы здравоохранения должны доказывать в суде факт их уклонения от лечения. Закон Республики Казахстан от 10 декабря 1999 года № 496-І «О принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза» в ч. 1 ст. 3 гласит, что «Решение о принудительном лечении граждан, больных заразной формой туберкулеза и уклоняющихся от лечения, принимается судом по представлению органов здравоохранения.». В этой связи обоснованность дискриминации лиц, освобождающихся из уголовно-исполнительных учреждений, вызывает серьезную озабоченность.

Этим же законом внесены изменения в п. 1 ст. 5 Закона Республики Казахстан от 5 октября 1994 года «О профилактике и лечении ВИЧ-инфекции и СПИД» согласно которым «Обязательному конфиденциальному медицинскому освидетельствованию на ВИЧ-инфекцию подлежат граждане, содержащиеся в учреждениях уголовно-исполнительной системы органов юстиции Республики Казахстан».

Данное требование противоречит международным стандартам. Руководящие принципы по ВИЧ/СПИД и правам человека (Консолидированная версия на 2006 год), принятые под эгидой совместной программы ООН по ВИЧ/СПИД и офиса Верховного комиссара ООН по правам человека, в п. 135 прямо запрещают обязательное освидетельствование на ВИЧ-инфекцию. В частности, в этом пункте Руководящих принципов поясняется, что обязательное тестирование на ВИЧ может представлять собой вмешательство в область физической свободы индивида и нарушать право человека на безопасность. Эта принудительная мера часто используется в отношении групп, которые наименее способны защищать себя, потому что они находятся под контролем государственных институтов или подпадают под уголовную юрисдикцию. Это военнослужащие, заключенные, работники коммерческого секса, наркоманы и гомосексуалисты. Не существует оправдания такой практики с позиций обеспечения целей здравоохранения. Уважение к праву на физическую безо-

пасность требует, чтобы проверка была добровольной и, чтобы такой тест проводился исключительно при информированном согласии. Аналогичное требование содержится во всех международных рекомендациях и стандартах по этому вопросу.

Обязательное тестирование не является эффективным средством контроля за распространением ВИЧ инфекции как в уголовно-исполнительных учреждениях, так и за их пределами. Для этого существует целый набор других средств и методик, которые были опробованы и эффективно используются во многих странах мира.

5. Заключительные положения

Передача уголовно-исполнительной системы в ведение Министерства юстиции Республики Казахстан преследовала цель более полного обеспечения прав и законных интересов осужденных. Предполагалось, что гражданское ведомство, не связанное с решением задач борьбы с преступностью, ведомство, ответственное за формирование национального законодательства, обеспечит реализацию государственной политики, направленную на гуманизацию системы исполнения наказаний.

Между тем представленный анализ позволяет отметить, что закон от 27 марта 2007 года вступает в диссонанс с ранее принятыми законами. Если раньше при разработке законопроектов большое внимание уделялось гуманизации законодательства путем декриминализации, депенализации, расширения применения альтернатив по отдельным составам преступлений, повышения правовой защищенности осужденных, то в последних законодательных изменениях явно проявляются тенденции усиления карательного воздействия на правонарушителей и осужденных.

Попытка решить проблемы репрессивными методами свидетельствует о кризисе в уголовно-исполнительной системе, неспособности адекватно и своевременно реагировать на изменение ситуации, зачастую лежащей в плоскости взаимоотношений персонала и осужденных (в данном случае имеется в виду попытка криминализировать групповое членовредительство).

О наличии кризиса говорят и изменения, направленные на модификацию института условно-досрочного освобождения от отбывания наказания. Введение запрета на применение условно-досрочного освобождения в отношении лиц, ранее условно-досрочно освобождавшихся от отбывания наказания, значительно сократило применение данной уголовно-правовой нормы, о чем явно свидетельствует *график 3*, приведенный ранее.

Но достаточно ли обоснованы данные ограничения? Делался ли анализ влияния числа условно-досрочно освобожденных на состояние преступности в стране. Обратимся к данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан. В *таблице 1* приводятся данные о количестве зарегистрированных преступлений и числе лиц, осужденных судами, которые ранее освобождались условно-досрочно и имели неснятую или непогашенную судимость.

Таблица 1 Количество зарегистрированных преступлений и число лиц, осужденных судами, которые ранее освобождались условно-досрочно и имели неснятую или непогашенную судимость.

Годы	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Количество зарегистрированных преступлений	150 790	152 168	135 168	118 485	143 550	146 347	141 271
Число осужденных, ранее условно-досрочно освобожденных от отбывания наказания	2 468	2 912	4 027	5 081	4 992	4 059	3 469

Как видно из данных, приведенных в таблице, число лиц, осужденных судами, ранее освобожденных условно-досрочно в процентном соотношении составляет от 2 до 4,5% от общего количества зарегистрированных преступлений. И еще не факт, что все они совершили новые преступления в период неотбытой части наказания. Для сравнения, уровень рецидивной преступности в рассматриваемые нами годы составлял примерно 35%.

Следует также отметить, что контроль за поведением условно-досрочно освободившимися от отбывания наказания в указанные годы не осуществлялся, т. к. законодательно не был определен специализированный государственный орган, в функции которого он входил. Не проводилась и достаточная экономическая экспертиза закона. Еще на стадии разработки законопроекта можно было прогнозировать увеличение численности осужденных в исправительных учреждениях, что в

настоящее время подтверждается статистическими данными по тюремному населению в Казахстане на июнь 2008 года (*график 4*).

График 4. Динамика численности осужденных в исправительных учреждениях Республики Казахстан 2000-2008 годах.

Согласно данным, неоднократно озвученным Комитетом уголовно-исполнительной системы, содержание одного осужденного в год обходится государству и налогоплательщикам порядка 250 тыс. тенге. Нетрудно подсчитать, что уже сегодня требуется значительное увеличение финансирования тюремной системы, особенно также с учетом увеличения численности следственно арестованных и подозреваемых, содержащихся в следственных изоляторах, которая также имеет тенденцию к росту.

Кроме того, размещение такого количества осужденных в исправительных учреждениях неизбежно повлечет за собой ухудшение условий содержания за счет перелимита.

В Государственной программе правовой реформы в Республике Казахстан и Концепции правовой политики Республики Казахстан подчеркивалось, что реализация уголовной политики должна иметь двухвекторную направленность, применение: - строгих мер наказания к лицам, совершающим тяжкие преступления, ранее судимым и упорно не желающим приобщаться к честной жизни; - мягких мер наказания в отношении лиц, виновных в совершении менее опасных преступлений и способных исправиться без изоляции от общества.

За анализируемый нами период введено в действие два новых вида наказания – привлечение к общественным работам и ограничение свободы. Как уже указывалось ранее, санкции отдельных составов преступлений дополнены альтернативами, однако наказания альтернативные лишению свободы не нашли широкого применения. Как видно из *графика 5*, удельный вес лишения свободы в общей структуре наказаний остался практически на прежнем уровне, претерпевая незначительные колебания.

График 5. Удельный вес лишения свободы в общей структуре наказаний

Попробуем проанализировать причины. Одной из них может быть то, что резервы законодательного применения альтернатив исчерпаны, они заняли свою нишу и возможно лишь их перераспределение по видам, либо механизм реализации данных мер не был достаточно отработан. Однако, по-видимому, это не так. Согласно данным Комитета по правовой статистике и специальным учетам на сроки до 3-х лет лишения свободы в 2000 году осуждалось 19 539 чел., в 2002 году – 14 007 чел., в 2004 году – 9 148 чел., в 2005 году – 8 238 чел., в 2007 году – 6 970 чел. Очевидно, что многим из них можно было назначить наказание, не связанное с лишением свободы.

Представляется, что широкое применение наказаний без лишения свободы сдерживается отсутствием эффективной системы их исполнения. К примеру, в Российской Федерации, имеющей уголовное законодательство, тождественное казахстанскому, удельный вес лишения свободы за последние годы сократился до уровня 32%. При этом только штатная численность уголовно-исполнительных инспекций за последние три года увеличена на 10000 единиц.

В рамках Программы дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы предусматривалось увеличение штатной численности уголовно-исполнительных инспекций на 1183 единицы, однако данное предложение было отклонено Республиканской бюджетной комиссией, и постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2003 года № 1376» данный пункт из Плана мероприятий по реализации Программы был исключен, по-видимому, в этом свою негативную роль сыграл остаточный подход к финансированию уголовно-исполнительных инспекций.

Данный пункт был включен в Программу дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2007-2009 годы, реализуемую в настоящее время, однако, как уже отмечалось ранее, финансирование на него не предусмотрено.

Вместе с тем создание службы пробации в настоящее время чрезвычайно актуально. В связи с введением в законодательство новеллы, предусматривающей учет мнения потерпевшего при решении вопроса о применении условно-досрочного освобождения, возникла потребность в налаживании диалога между потерпевшим и осужденным. Сотрудники исправительного учреждения не могут выполнять эту функцию, так как территориально ограничены, а вызов потерпевшего может вызвать обратную реакцию. В этих условиях функции медиаторов могли бы взять на себя сотрудники уголовно-исполнительных инспекций, преобразованных в службу пробации. Подобный опыт существует в международной практике - и успешно себя зарекомендовал.

По всей вероятности, отсутствием действенной системы исполнения наказаний без лишения свободы и было вызвано то, что контроль над лицами, освобожденными от отбывания наказания

условно-досрочно, передан в ведение Министерства внутренних дел. Здесь следует отметить, что согласно действующей редакции ст. 70 Уголовного кодекса Республики Казахстан, лица, освобожденные условно-досрочно, освобождаются именно от отбывания наказания, а не от наказания как такового. Таким образом, фактически в ведение Министерства внутренних дел передана функция исполнения наказания, и целостность уголовно-исполнительной системы нарушена. Необходимо также учитывать, что МВД является силовой структурой, органом борьбы с преступностью и фактически не осуществляет посткриминальный контроль в отношении лиц совершивших преступление.

Переход уголовно-исполнительной системы в ведение гражданского министерства предусматривал демилитаризацию системы, в частности создание собственных охранных структур. Поэтому во всех вводимых в действие исправительных учреждениях создавались охранные подразделения, инфраструктура для военнослужащих срочной службы не создавалась. В настоящее время принято решение передать функции охраны внутренним войскам МВД. Для этого планом мероприятий по реализации программы предусмотрено строительство военных городков в учреждениях ЖД-158/7, ИЧ-167/9, ЗК-169/5, ЕЦ-166/26, КА-168/5. За уголовно-исполнительной системой остается охрана воспитательных колоний и колоний для содержания женщин.

Данное решение идет вразрез с ранее принимаемыми решениями, требует значительных финансовых затрат, не соответствует международным стандартам обращения с заключенными.

Столь часто и кардинально меняющаяся позиция ведомства наводит на мысль о том, что в самом Комитете уголовно-исполнительной системы нет преемственности в проведении уголовно-исполнительной политики. После ее передачи в ведение Министерства юстиции (2001 год) Комитет возглавляет шестой по счету председатель. У каждого из них свое видение решения проблем, но, к сожалению, частая смена руководства не позволяет им в полной мере их реализовать.

В заключение остановимся на вопросах взаимодействия уголовно-исполнительной системы с общественными организациями. Глава государства, выступая на гражданских форумах, неоднократно подчеркивал, что необходимо развивать на центральном и региональном уровнях постоянно действующие механизмы сотрудничества в виде общественных советов, консультативно-совещательных органов, комиссий, рабочих групп по законотворческой работе, участию в формировании государственных, отраслевых (секторальных) и региональных программ развития, внедрять практику проведения общественных слушаний по социально значимым проблемам.

Все эти вопросы нашли отражение в Концепции развития гражданского общества в Республике Казахстан, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 25 июля 2006 года № 154.

Ранее уголовно-исполнительная система охотно и активно сотрудничала с общественными организациями, выступала инициатором вынесения на международные и республиканские конференции и круглые столы вопросов, связанных с реформированием уголовно-исполнительной системы, совершенствованием законодательства, ознакомлением сотрудников с международными нормами и стандартами. Выше была представлена информация о положительном опыте совместной работы по подготовке предложений и изменений в проекты законов.

28 сентября 2002 году приказом министра юстиции № 147 была создана Общественная наблюдательная комиссия при Министерстве юстиции, которая 3 марта 2004 года приказом министра № 54 была преобразована в Общественный совет по вопросам уголовно-исполнительной системы при министре юстиции Республики Казахстан. Общественный совет имел статус консультативно-совещательного органа, его заседания проводились ежеквартально. На заседания выносились вопросы соблюдения законности, совершенствования уголовно-исполнительного законодательства, общественного контроля и другие. Члены Общественного совета посещали исправительные учреждения, вносили предложения по совершенствованию их деятельности.

Вместе с тем, несмотря на эффективность действия совета, в 2005 году заседания проводиться перестали, а затем Общественный совет был ликвидирован. Причиной ликвидации стало внесение в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан и Закон Республики Казахстан «Об органах юстиции» положений об общественном контроле за деятельностью исправительных учреждений и общественных наблюдательных комиссиях, что стало якобы дублировать их функции. Объяснение не совсем логично, т. к. деятельность общественных наблюдательных комиссий замыкается на уровне территориальных управлений уголовно-исполнительной системы, либо они могут внести предложения в уполномоченный орган уголовно-исполнительной системы, тогда как Общественный совет со статусом консультативно-совещательного органа вносил предложения на уровне министра юстиции и мог оказывать влияние на принятие управленческих решений.

17 июня 2002 года Постановлением Правительстве Республики Казахстан № 655 было утверждено Положение о Попечительском совете при воспитательных колониях уголовно-исполнительной системы, для оказания помощи администрациям воспитательных колоний в организации учебно-воспитательного процесса и укреплении материально-технической базы, содействия решению вопросов социальной защиты осужденных, трудового и бытового устройства освобождающихся лиц. Однако в настоящее время по ряду причин Попечительские советы не выпол-

няют в должной мере подобные функции, и одной из причин является слабое взаимодействие УИС с представителями гражданского общества.

Стоит отметить, что в Программе дальнейшего развития уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан на 2004-2006 годы был заложен пункт о расширении взаимодействия с общественными объединениями, в том числе с правозащитными организациями и благотворительными фондами, однако Постановлением Правительства Республики Казахстан от 11 февраля 2006 года № 97 он был исключен. Неясно только по каким причинам, по-видимому, сказалась бюрократическая недооценка ресурсов гражданского общества.

С этого же времени стали заметно менее активными контакты уголовно-исполнительной системы и общественных организаций. Инициативы со стороны уголовно-исполнительной системы по привлечению общественных организаций к нормативно-правовой деятельности были серьезно ограничены.

Предложения по дальнейшему реформированию уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан

Сегодня представляются целесообразными следующие пути реформирования уголовно-исполнительной системы:

- развитие уголовно-исполнительной системы как целостной структуры, находящейся в рамках гражданского ведомства Министерства юстиции РК;
- проведение дальнейшей демилитаризации уголовно-исполнительной системы путем подготовки концепции и плана работ;
- переход от казарменного содержания осужденных к камерному, обеспечивающему большую безопасность как осужденным, так и персоналу исправительных учреждений. В этом русле целесообразна конвергенция (сближение) колониетской и тюремной систем исполнения наказаний;
- внесение изменений и дополнений в законодательство, направленных на снижение численности осужденных, т. к. в противном случае реформирование невозможно либо слишком затратно;
- принятие законодательных и организационных мер по повышению эффективности исполнения наказаний, не связанных с лишением свободы. В этом направлении важным представляется скорейшее решение вопроса о создании современной и эффективной службы пробации;
- дальнейшее совершенствование форм и методов исправительного воздействия на осужденных, их адаптация и ресоциализация;
- приведение законодательства и практики отбывания наказания к международным стандартам прав человека в сфере охраны здоровья осужденных, в частности реформирование ведомственного здравоохранения уголовно-исполнительной системы;
- совершенствование системы подготовки кадров и проведение анализа эффективности и целесообразности ведомственного образования;
- повышение прикладного и академического уровня пенитенциарной науки, предполагающей разработки проблематики исполнения наказаний как отдельными учеными, так и коллективами научных образовательных учреждений Республики Казахстан;
- налаживание конструктивного диалога с институтами гражданского общества и совершенствование его правовых форм;
- обеспечение прозрачности деятельности учреждений и органов уголовно-исполнительной системы через последовательную реализацию общественного контроля и иных форм сотрудничества с гражданским обществом;
- Обеспечение последовательного курса на гуманизацию уголовно-исполнительной системы, что особенно важно в связи с обязательствами Казахстана по Международному пакту о гражданских и политических правах, которые требуют привести национальное законодательство в соответствие с положениями этого важнейшего документа ООН по правам человека, а также в свете председательства Казахстана в ОБСЕ в 2010 году.

Аналитический доклад Либерализация уголовной политики и реформирование законодательства об административных правонарушениях в Республике Казахстан¹²³

1. История становления законодательства об административных правонарушениях в Республике Казахстан

История законодательства об административных правонарушениях, особенно принимая во внимание его существующий формат, не является продолжительной. Выделение административных правонарушений в отдельную категорию правонарушений, равно как обособление отдельного вида правовой ответственности – административно-правовой ответственности – это большей частью продукт развития советского законодательства.

В досоветский период и в науке административного права, которое определенный период называлось полицейским правом, и в законодательстве не было четких различий между уголовными и административными правонарушениями. Оба эти понятия рассматривались как преступления, различающиеся степенью общественной опасности¹²⁴. С другой стороны, как отмечают ученые, не было разграничений и в предметном различии применяемых полицейскими органами мер административного принуждения: все действия полиции, направленные на предупреждение, пресечение и раскрытие уголовных преступлений и административных проступков относились к разряду административного принуждения¹²⁵ (тогда как в современном понимании эти меры могут охватываться уголовным правом и процессом, уголовно-исполнительным правом).

Первые попытки разделения преступлений и проступков предпринимались и в науке учеными-полицистами, и в законодательстве во второй половине XIX века.

Так, отмечает А. Б. Агапов, в законодательстве России конца XIX века основным критерием разграничения правонарушений была подведомственность дел о проступках и преступлениях (в зависимости от размера причиненного ущерба) волостному или общему суду. В качестве маловажных проступков рассматривались кража, мошенничество, нарушение общественного порядка во время богослужения, нарушение правил торговли крепкими алкогольными напитками, правил противопожарной безопасности, мотовство, пьянство и т. д. Санкции за маловажные проступки были несоизмеримо более гуманными в сравнении с наказаниями за уголовные преступления. К примеру, волостные суды были вправе налагать пять видов наказаний:

- публичный выговор;
- денежное взыскание от 25 копеек до 3 рублей;
- общественные работы на срок до шести суток;
- арест сроком до 15 суток, простой или строгий (в последнем случае с содержанием правонарушителя на хлебе и воде);
- наказание розгами до 20 ударов¹²⁶.

Можно обнаружить некоторую общность санкций с современными административными санкциями (публичный выговор и предупреждение, денежное взыскание и штраф, арест и административный арест).

Следует отметить, что еще в XIX веке правом налагать штрафы за «маловажные проступки» предоставлялось различным несудебным органам и лицам: сельскому старосте, волостному старшине, крестьянскому обществу, полицейским органам, должностным лицам исполнительной власти, особенно в условиях чрезвычайного положения¹²⁷.

Ответственность за маловажные проступки в России конца XIX века регламентировалась различными актами (Лесной устав, Сельский судебный устав)¹²⁸.

В 1864 году императором Александром II был утвержден Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями – акт, который стал прообразом современного КоАП¹²⁹. Устав о наказаниях состо-

¹²³ Аналитический доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане 21 сентября 2008 г.

¹²⁴ Агапов А.Б. Административная ответственность: учебник. – М.: «Статут», 2000. – С. 63.

¹²⁵ Там же. С. 67.

¹²⁶ Там же. С. 77.

¹²⁷ Тарасов И.Т. Очерки науки полицейского права. *Цит.* по Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия / Сост. и вступит. ст. Ю.Н. Старилова. – Воронеж, Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1999. – С. 187; Елистратов А.И. Основные начала административного права. *Цит.* по Российское полицейское (административное) право: Конец XIX – начало XX века: хрестоматия. С. 568-569.

¹²⁸ Агапов А.Б. Указ. раб. С 84.

¹²⁹ Принятию акта предшествовало то, что 23 марта 1861 году в докладной записке императору Александру II, главноуправляющий II отделением Государственного Совета граф Д.Н. Блудов указал на необходимость отграничения преступлений, подведомственных уголовным судам, от «полицейских проступков», подлежащих в

ял из 13 глав, первая из которых содержала общие положения. Особенная часть содержала составы 150 проступков, разделенных в зависимости от объекта посягательства на 12 видов. Уставом о наказаниях были фактически разграничены понятия «преступление и проступок»¹³⁰. В соответствии с этим уставом и другими актами, дела о проступках рассматривались волостными и мировыми судами. Так по Уставу уголовного судопроизводства (1864 год) мировым судьям были подсудны «дела о менее важных преступлениях и проступках, за которые в законах определены только выговоры, замечания и внушения; денежные взыскания, которых высшая мера не превосходит 300 рублей»¹³¹.

Заметим, что вопросы разграничения преступлений и проступков были продолжительное время дискуссионными и в других странах. Так немецкий ученый К. Граалманн-Шеерер пишет, что существующему в настоящее время разграничению уголовного деяния и нарушения общественного порядка предшествовала долгая дискуссия, начало которой восходит к 19 веку. Только с принятием закона о нарушениях общественного порядка в 1952 года, немецкий законодатель впервые свел вместе в рамочном законе принципы административных наказаний¹³².

В советское время вопросы административной ответственности стали активно изучаться в 50-80-е годы прошлого века. Именно в это время сформировалось понятие административной ответственности как разновидности правовой ответственности. Вместе с тем до середины 60-х годов XX века применение административных взысканий не привязывалось к понятию административной ответственности, которая не находила отражения в законодательстве. Только со второй половины 60-х годов в отечественное административное законодательство входит понятие «административная ответственность», которое в 70-90-х годах становится ходовым как в праве, так и в науке¹³³.

Первую монографию по вопросам административной ответственности связывают с именем российского ученого А. Е. Лунева «Административная ответственность за правонарушения» появившуюся в 1961 году.¹³⁴

Вопросы административной ответственности долгое время регулировались отдельными разрозненными нормативными актами. Не существовало единых процедур привлечения к административной ответственности. К моменту первой в СССР систематизации и кодификации законодательства об административных правонарушениях, последнее состояло более чем из 500 разрозненных союзных и республиканских законодательных и правительственных нормативных правовых актов¹³⁵.

Первым кодифицированным актом по вопросам административных правонарушений в СССР стали Основы законодательства об административных правонарушениях Союза ССР и союзных республик об административных правонарушениях, принятые Верховным Советом СССР 23 октября 1980 года.¹³⁶ Из всех Основ советского законодательства (а их было 16), только Основы жилищного законодательства были приняты позднее Основ законодательства об административных правонарушениях.

Спустя несколько лет после принятия Основ, в республиках бывшего СССР принимаются Кодексы об административных правонарушениях (КоАП). Следует отметить, что Казахстан первым из всех советских республик принял соответствующий Кодекс – 22 марта 1984 года.¹³⁷ Уместно вспомнить, что другие фундаментальные кодексы были приняты почти на 20 лет раньше (Уголовный кодекс Казахской ССР – в 1959 году, Гражданский кодекс Казахской ССР – в 1963 году), то есть в то время, когда ученые-административисты только начинали изучение фундаментальных вопросов административной ответственности. Существовали объективные трудности, связанные, прежде всего, с разнородностью административных правонарушений, широким кругом общественных отношений, охраняемых административно-правовыми санкциями. Очень тяжело было соеди-

судах Западной Европы разбирательству специальными полицейскими судьями или административными органами. См.: Агапов А.Б. Указ. раб. С. 85.

¹³⁰ Агапов А.Б. Указ. раб. С. 86-87.

¹³¹ Устав уголовного судопроизводства (1864, ноября 20) // Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период / Под ред. Ю.П. Титова, О.И. Чистякова. – М.: Юрид.лит., 1990. – С. 414-415.

¹³² Граалманн-Шеерер К. Правовые нормы, регулирующие административные правонарушения (нарушения общественного порядка) // Мат. межд. науч.-практ. конф. «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития». – Алматы, «Юрист», 2005 – С. 64.

¹³³ Бельский К.С. Об административной ответственности // Институты административного права России. М.: Институт государства и прав РАН, 1999. С. 234.

¹³⁴ Бахрах Д.Н. Административная ответственность граждан в СССР. – Свердловск, Изд-во Уральского университета, 1989. С.6.

¹³⁵ Татарян В.Г. Современное состояние административно-деликтного законодательства государств-участников Содружества Независимых государств // Административное право: теория и практика. Укрепление и динамика социально-экономического развития. Мат. науч. конф. – М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2002. – С. 417.

¹³⁶ Ведомости Верховного Совета СССР. – 1980. – № 44. – С. 909.

¹³⁷ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. – 1984. – № 14 (Приложение).

нить в одном акте огромное количество правонарушений в публичной сфере, не являющихся преступлениями, охватить их едиными процедурами, согласовать санкции.

Огромное значение Кодекса проявлялось в том, что в нем были собраны многочисленные разрозненные составы административных правонарушений, введены единые процедуры привлечения к административной ответственности, обжалования и опротестования постановлений и их исполнения. Оригинальность казахстанского кодекса состояла в том, что в нем были более четко прописаны процессуальные вопросы привлечения к административной ответственности (в частности, в кодексах других союзных республик гораздо позже появилась детальная расшифровка, кто и по каким составам имеет право составлять протоколы об административных правонарушениях). Принятие кодексов об административных правонарушениях было большим достижением юридической науки и юридической практики.

На содержание Кодекса огромное влияние оказало уголовное право, поскольку институты уголовной и административной ответственности, преступления и административного правонарушения имеют много общего.

С самого начала Кодекс стал одним из самых динамичных законодательных актов, а бесконечные изменения и дополнения стали его неотъемлемой характеристикой.

Дальнейшее развитие законодательства об административных правонарушениях связывается с перестройкой правовой системы в условиях независимости и существования Казахстана как суверенного государства. В Государственной программе правовой реформы, утвержденной постановлением Президента Республики Казахстан от 12 февраля 1994 года, отмечалось, что развитие административного законодательства должно идти по пути расширения числа составов административных правонарушений за счет декриминализированных деяний, установления ответственности за неисполнение судебных и следственных постановлений, повышения размеров налагаемых штрафов, а из Кодекса об административных правонарушениях необходимо исключить составы проступков, противоречащих современным социально-экономическим преобразованиям¹³⁸.

Несмотря на исчезновение субъекта под названием Казахская ССР, КоАП Казахской ССР действовал до начала XXI века и подвергался серьезным изменениям как с точки зрения общих вопросов наложения административных взысканий, так и с точки зрения формирования и закрепления конкретных составов. В 90-е годы прошлого века проявилась тенденция «растаскивания» кодекса по отраслевым актам. В частности, в Законе Республики Казахстан от 20 июля 1995 года «О таможенном деле в Республике Казахстан»¹³⁹. (в настоящее время утратил силу) были сформулированы составы административных правонарушений и процедуры привлечения к административной ответственности, которые действовали до введения в действие нового Кодекса об административных правонарушениях. Такая же тенденция обнаружилась при подготовке действующего Кодекса Республики Казахстан «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (Налоговый кодекс), принятого 12 июня 2001 года¹⁴⁰. Довольно большая группа специалистов предлагала изъять из КоАП все составы, касающиеся правонарушений в сфере налогообложения. Однако возобладала точка зрения о том, что любые правонарушения, являющиеся по своей природе административными, вне зависимости от их отраслевой принадлежности должны быть сосредоточены в Кодексе об административных правонарушениях.

В 1995 году подготовка Кодекса об административных правонарушениях вошла в план законопроектных работ на 1996 год, и по этому плану новый Кодекс должен был быть представлен в Парламент в августе 1996 года¹⁴¹. Основными разработчиками законопроекта были определены Министерство юстиции и Министерство внутренних дел. Однако подготовка нового Кодекса затянулась на годы. Одной из причин было устойчивое мнение, что КоАП нельзя принимать раньше Уголовного кодекса (напомним, что Уголовный кодекс был принят в 1997 году.).

Создавались различные рабочие группы с привлечением специалистов разных отраслей знаний и с попытками глубокой теоретической проработки Кодекса. И некоторое время казалось, что разрабатываемый Кодекс будет принципиально отличаться от Кодекса 1984 года. Существовало несколько проектов нового Кодекса, и некоторые предварительные варианты, по нашему мнению, были гораздо лучше окончательного акта. Однако в итоге работа свелась скорее к технико-юридической чистке старого Кодекса (устранению неактуальных составов, типа, нарушение правил обучения каратэ или приставание к иностранным гражданам с целью приобретения вещей, изменению размеров взысканий, пересмотру субъектов административной юрисдикции и др.).

¹³⁸ Собрание актов Президента и Правительства Республики Казахстан (далее – САПП РК). – 1994. – № 9. – С. 91.

¹³⁹ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. – 1995. – № 13. – С. 23.

¹⁴⁰ Ведомости Парламента Республики Казахстан – 2001. – № 11-12. – С. 168.

¹⁴¹ См. Постановление Правительства Республики Казахстан от 15 декабря 1995 года «О Плане законопроектных работ Правительства на 1996 год» // САПП РК. – 1995. – № 38. – С. 492.

Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях был принят 30 января 2001 года.¹⁴² Казахстанская пресса отмечала, что Кодекс рождался в муках: «пять лет напряженной работы в недрах Минюста, почти восемь месяцев – в нижней палате Парламента и пять дней жесткого цейтнота в Сенате – срок, вполне позволивший всесторонне проработать и оспорить все 738 статей нового свода административного законодательства»¹⁴³.

На самом деле новый Кодекс трудно назвать новым, поскольку он сохранил очень много подходов, институтов, проблем которые были в Кодексе Казахской ССР. В частности, речь идет о слабо прописанных процедурах, очевидном приоритете интересов государства. Разработчики в ряде случаев не смогли уйти от советских подходов в вопросах административной ответственности, выражающихся в актах на разрешительные функции государства, неоправданной жесткости в наказаниях за проступки, не обладающие высокой степенью общественной опасности. Многие юристы, бизнесмены, правозащитники, увлекшись обсуждением других фундаментальных кодексов, просто упустили из виду КоАП, который казался гораздо менее значимым по сравнению с другими актами. Невнимание к необходимости глубокой теоретической проработки положений Кодекса, к мнению многих ученых и практиков дало о себе знать уже вскоре после вступления его в силу.

Конечно, нельзя отрицать определенную новизну Кодекса, в частности в вопросах закрепления принципов законодательства об административных правонарушениях, новых видов наказаний, установления в качестве субъекта ответственности юридических лиц, расширения и приоритета судебной подведомственности при рассмотрении дел об административных правонарушениях, альтернативности в выборе места обжалования и т. д.

Одной из характеристик нового Кодекса является его большая репрессивность по сравнению с ранее действующим актом: размеры взысканий увеличились в десятки раз, появились новые и очень серьезные меры взыскания. Причем с каждым годом тенденция репрессивности Кодекса усиливалась.

Необходимо отметить и институциональные изменения в сфере органов, рассматривающих административные правонарушения. В новом Кодексе остались традиционные органы административной юрисдикции: суды, многочисленные контрольно-надзорные органы, комиссии по защите прав несовершеннолетних (ранее комиссии по делам несовершеннолетних), вместе с тем были исключены такие органы, как административные комиссии и местные исполнительные органы. Позднее комиссии по защите прав несовершеннолетних также были исключены из состава субъектов административной юрисдикции¹⁴⁴.

9 февраля 2002 году был принят Указ Президента Республики Казахстан «Об образовании специализированных межрайонных экономических и административных судов»¹⁴⁵. В соответствии с этим указом были образованы в порядке эксперимента специализированные межрайонные административные суды в городах Астана и Алматы¹⁴⁶. Результаты эксперимента были признаны удачными и Указом Президента от 9 сентября 2004 года были образованы специализированные административные суды по всему Казахстану¹⁴⁷. Необходимость их создания была вызвана тем, что новым КоАП к компетенции судов было отнесено более 400 составов правонарушений вместо 54 существовавших ранее¹⁴⁸.

Однако административные суды были образованы далеко не во всех административно-территориальных единицах (например, на уровне области административные суды были образованы только в городах Астана и Алматы), что привело к тому, что судьи общей юрисдикции продолжают рассматривать дела об административных правонарушениях наряду с судьями административных судов. Кроме того, в связи с созданием в стране ювенальной юстиции, часть составов КоАП отнесена к компетенции судей специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних¹⁴⁹.

¹⁴² Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2001. – № 5-6. – С. 25.

¹⁴³ Юридическая газета. – 2001. – 10 янв.

¹⁴⁴ См: Закон Республики Казахстан от 20 января 2006 года «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2006. – № 2. – С. 20.

¹⁴⁵ САПП РК. – 2002. – № 6. – С.38.

¹⁴⁶ Можно вспомнить, что должности административных судей существовали определенный период в судах общей юрисдикции в советское время.

¹⁴⁷ Указ Президента Республики Казахстан от 9 сентября 2004 года «Об образовании, реорганизации и упразднении некоторых районных и приравненных к ним судов Республики Казахстан» // САПП РК. – 2004. – № 33. – С. 441.

¹⁴⁸ Мами К.А. Некоторые итоги реформирования административного судопроизводства в Казахстане и перспективы развития // Мат. меж. науч.-прак. конф. «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития. – Алматы, «Юрист», 2005. – С. 21.

¹⁴⁹ Закон Республики Казахстан от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних» // Казахстанская правда. – 2008. – 15 июля.

Предполагалось, что административные суды будут рассматривать дела об административных правонарушениях и гражданские дела об оспаривании решений и действий государственных органов и должностных лиц, но в итоге административные суды стали рассматривать дела об административных правонарушениях и жалобы (протесты) на постановления, вынесенные административными органами.

2. Современное состояние законодательства об административных правонарушениях

Современное состояние законодательства об административных правонарушениях оценивается неоднозначно. С одной стороны, Кодекс выполняет свою роль объединения многочисленных правонарушений в публично-правовой сфере, обеспечения общественного порядка и общественной безопасности, инструмента сдерживания ведомственного административного произвола.

С другой стороны, действующий КоАП сразу стал вызывать негативную оценку с точки зрения адекватности государственного реагирования на правонарушения, не представляющие большой общественной опасности, защиты граждан и юридических лиц в процессе производства по делам об административных правонарушениях.

Причем противоречия и проблемы КоАП были очевидны сразу после опубликования акта и введения его в действие. Более того, о них говорили ученые, специалисты задолго до принятия Кодекса. Но условия, в которых готовился Кодекс, не позволяли сделать серьезную теоретическую проработку его концептуальных положений, исключить коллизии с другими нормативными правовыми актами, внутреннюю несогласованность акта.

Справедливости ради следует отметить, что противоречивость Кодекса, неоднозначность многих его положений изначально заложены в природе и огромном количестве тех отношений, которые им регулируются. Кодекс очень сложный акт с точки зрения юридической техники. Не случайный он, как правило, принимается позднее других основополагающих кодифицированных актов.

О серьезных проблемах Кодекса свидетельствуют многочисленные поправки. С момента введения его в действие в 2001 году принято более 70 законов, вносящих изменения и дополнения в рассматриваемый Кодекс. Понятно, что административное законодательство, включая законодательство об административных правонарушениях, очень динамично, но такое громадное количество изменений все равно трудно объяснить. Бесконечное число изменений привело, к примеру, к тому, что некоторое время в КоАП существовали две статьи под одним и тем же номером (ст. 177-1).

В КоАП может быть обнаружено огромное количество проблем как концептуального, так и частного характера. В рамках настоящего анализа мы остановимся на наиболее общих теоретических проблемах, которые требуют своего решения или, по крайней мере, внимания.

А) Законодательство об административных правонарушениях

В соответствии с Законом Республики Казахстан от 24 марта 1998 года «О нормативных правовых актах» под законодательством понимается совокупность нормативных правовых актов, принятых в установленном порядке. Статья 1 КоАП утверждает, что законодательство Республики Казахстан об административных правонарушениях состоит из настоящего Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Такое утверждение не соответствует ни закону о нормативных правовых актах, базовому закону, определяющему параметры нормотворчества, ни фактическому положению вещей (административные правонарушения содержатся и в других актах казахстанского законодательства). Поэтому данная статья нуждается в корректировке с точки зрения более расширенного толкования понятия законодательства об административных правонарушениях.

Серьезной проблемой является динамичность законодательства об административных правонарушениях, выражающаяся в большом количестве изменений и дополнений, уследить за которыми трудно даже специалисту. Подобная динамичность дает преимущества государственным органам, по инициативе которых чаще всего и вносятся изменения и дополнения. Учитывая слаборазвитую систему распространения правовой информации, отсутствие прозрачности в обсуждении поправок, граждане и представители организаций могут даже не догадываться о введении новых составов проступков или усилении санкций, которые неизбежно наступают сразу после введения их в действие. Существует еще и «технический» момент: принципиальные изменения и дополнения, часто рассредоточенные среди огромного количества статей, вносящих изменения и дополнения в другие акты, проходят незаметными для широкого круга граждан и организаций.

Другой проблемой, заслуживающей внимания, является отсылочность многих статей КоАП. Конкретные составы правонарушений, предусматривающие административную ответственность,

содержатся в актах, которые принимаются министерствами и ведомствами, агентствами и маслихатами, а также другими органами. Таким образом, лица, подозреваемые в совершении правонарушений, часто даже не имеют возможности проверить, а совершали ли они в действительности правонарушения. А у государственных органов появляется возможность манипулирования различными актами.

Б) Действие законодательства об ответственности за административные правонарушения во времени

В соответствии с п. 1 ст. 5 КоАП, лицо, совершившее административное правонарушение, подлежит ответственности на основании законодательства, действовавшего во время совершения этого правонарушения.

Совершенно объяснимое положение ревизуется в статье о штрафе, наиболее распространенном виде административных взысканий. В соответствии с п. 1 ст. 48, административный штраф, налагаемый за административное правонарушение должен соответствовать определенному количеству месячного расчетного показателя, устанавливаемого в соответствии с законодательным актом, действующим на момент наложения административного взыскания. Очевидно явное несоответствие общей и специальной нормы КоАП.

В) Состав административного правонарушения

Одно из парадоксальных положений КоАП связано с понятием административного правонарушения. Дело в том, что если административным правонарушением физического лица признается виновное (умышленное или неосторожное) действие либо бездействие, то в отношении юридических лиц о вине вообще не говорится. Для объяснения такой несправедливости по отношению к юридическому лицу снова необходимо обратиться к истории. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях в качестве субъекта административной ответственности определял только физическое лицо. Хотя и в советское время фактически существовала административная ответственность юридического лица в соответствии с другими актами административного законодательства. И вполне нормальным при разработке нового КоАП выглядело желание закрепить фактическое положение вещей в нормативном порядке. Но для этого требовалась серьезная теоретическая проработка вопроса, а не простое исключение важнейшего элемента состава правонарушения. На практике все свелось к тому, что вину юридического лица доказывать не надо. Поэтому одно из основных направлений развития законодательства об административных правонарушениях видится в разработке нормативных положений о вине юридического лица за совершенные такие правонарушения.

В другом случае Кодекс не учитывает, что большинство составов административных правонарушений по своему характеру являются формальными, то есть для наличия состава достаточно действия (бездействия) и не требуется наступления общественно опасных последствий как, например, в случае с преступлениями. Тем не менее, в КоАП (в очень важных для любого акта об ответственности положениях об освобождении от ответственности) обнаруживается непосредственная связь с возмещением причиненного правонарушением вреда. Так, в ст. 68, говорящей об освобождении от административной ответственности при малозначительности правонарушения утверждается, что малозначительность такого правонарушения это случаи, когда наряду с другими обстоятельствами учитывается то, что санкция, предусмотренная в статьях особенной части настоящего раздела, превышает размер причиненного административным правонарушением вреда. Примерно такой же подход присутствует в ст. 67, говорящей об освобождении от административной ответственности в связи с деятельным раскаянием.

Г) Ответственность физического и юридического лица за одно правонарушение

Очень критикуемым, уже во время обсуждения проекта действующего КоАП, выглядело положение п. 2 ст. 28 о том, что наложение административного взыскания на физическое лицо не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение юридическое лицо, равно как привлечение к административной ответственности юридического лица не освобождает от административной ответственности за данное правонарушение виновное физическое лицо. По сути, речь идет о том, что за одно правонарушение может наступить двойная ответственность с точки зрения субъектов ответственности, тем самым нарушаются основополагающие принципы ответственности, не говоря уже о том, что подобное положение создает благодатную почву для совершения коррупционных правонарушений. Заметим, что практика привлечения за одно правонарушение к ответственности и физического, и юридического лица не является оригинальной. Она встречается в законодательстве и других стран. Но речь в таких случаях идет о более серьезных

правонарушениях, в частности о коррупционных, а не общей практике наказания за правонарушения, не представляющих большой общественной опасности.

Д) Субъекты административной ответственности

В числе лиц, подлежащих административной ответственности, указанных в ст. 31 КоАП, названы юридические лица. Однако сам Кодекс в различных других статьях в качестве субъектов административной ответственности называет филиалы казахстанских юридических лиц, а также структурные подразделения (филиалы и представительства) иностранных и международных некоммерческих неправительственных объединений.

Физические лица могут выступать в многочисленных качествах: должностные лица, руководители, работодатели, главные бухгалтеры, родители, что также в определенных ситуациях вносит определенную неясность.

Вообще деление субъектов на физические и юридические лица, применяемое, прежде всего, в гражданском праве, в административном праве воспринимается неоднозначно, что показывает тот же КоАП.

Большое количество вопросов вызывает перенос субъекта ответственности с конкретного исполнителя правонарушения на другое лицо. Речь идет, прежде всего, о родителях, которые несут ответственность за действия своих несовершеннолетних детей. Целый ряд статей (320, 331, 332, 334, 341, 500) предусматривает ответственность родителей (или лиц их заменяющих) за действия, совершенные несовершеннолетними в возрасте до шестнадцати лет. На практике судьи нередко прекращают производство по делу за отсутствием состава правонарушения.

В соответствии со ст. 34-1 КоАП, собственник (владелец) транспортного средства освобождается от административной ответственности за правонарушение, совершенное с участием этого транспортного средства, если в ходе проверки по его сообщению или заявлению будет установлено лицо, во владении которого оно находилось в момент фиксации правонарушения либо оно было из его обладания в результате противоправных действий других лиц. Таким образом, если реальный правонарушитель не будет установлен, то ответственность может нести лицо, которое не совершало правонарушения. Фактически бремя доказывания ложится не на государственный орган, а на правонарушителя, что противоречит принципам процесса по делам об административных правонарушениях.

Е) Вмешательство в сферу частноправовых отношений

Одной из особенностей действующего Кодекса является установление публичной ответственности за те правонарушения, которые вытекают из гражданско-правовых отношений. Применение административно-правовых санкций за нарушение договорных обязательств выглядит по меньшей мере неуместным в Кодексе, который посвящен вопросам публичного права. Особенно такое вмешательство ощущается на примерах правонарушений в банковской или страховой сферах. Например, п. 2 ст. 174 КоАП устанавливает ответственность за неосуществление, а равно несвоевременное осуществление страховой выплаты или неправильное выполнение иных условий заключенного договора о страховании.

Статья 275 КоАП предусматривает ответственность за нарушение условий контракта на недропользование. Понятно, что такой контракт имеет и публичный, и частноправовой характер, но необъяснимо широкое распространение публично-правовой ответственности на любые условия контракта. Справедливости ради следует отметить, что на данную проблему уже обратили внимание, и определенная работа по исключению из КоАП составов, связанных с гражданско-правовым регулированием, была проведена¹⁵⁰, но проблема осталась и требует решения.

Ж) Виды и размеры административных взысканий

Серьезные проблемы на практике возникли с определением видов, размеров, порядком исчисления административных взысканий.

Одним из самых проблемных видов взысканий, пожалуй, является административный штраф.

Первая трудность связана с порядком исчисления штрафов. В соответствии с п. 1 ст. 48 КоАП, административный штраф налагается в размере, соответствующем определенному количеству месячного расчетного показателя. В отдельных случаях, предусмотренных в статьях особенной части КоАП, размер штрафа выражается:

¹⁵⁰ См.: Мухаметкалиев Р.З. Проблемные вопросы законодательства в области административного законодательства // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Мат. уч. семинара. – Алматы, 2006. – С. 324.

- в процентах от суммы неисполненного или исполненного ненадлежащим образом налогового обязательства;
- в процентах от суммы неперечисленных (несвоевременно перечисленных) социальных отчислений;
- в процентах от суммы операции, проведенной с нарушением норм законодательства Республики Казахстан,
- в процентах от суммы дохода (выручки), полученного в результате осуществления монополистической деятельности;
- в размере суммы нанесенного окружающей среде вреда.

Заметим, что соответствующая статья Общей части прямо говорит о случаях, предусмотренных Особенной частью.

Вместе с тем в статьях особенной части КоАП, игнорируя общие положения исчисления штрафов, нередко устанавливаются свои правила исчисления.

Особенно характерно такое положение для налоговых правонарушений. Штрафы связываются с суммами расчетов, стоимостью товаров, суммами убытков или налогов, которые на самом деле уплачены.

В связи с этим требуется серьезная ревизия статей КоАП, которые предусматривают «сложный» порядок исчисления штрафов. Порядок установленный для исчисления штрафов в Общей части не должен изменяться в Особенной части. В противном случае имеют место противоречия, трудно разрешимые в рамках действующего административного законодательства.

Вторая трудность связана с размерами штрафов. Как уже отмечалось выше, одна из традиционных характеристик действующего Кодекса связана с его репрессивностью. Действительно размеры взысканий, в связи с введением КоАП в 2001 году, увеличились в разы.

Граждане и организации особенно остро почувствовали жесткость Кодекса на примере штрафов. Трудно оспаривать эффективность штрафа как меры воздействия на правонарушителя. Опыт других стран показывает, что штраф - очень популярная мера взыскания, часто заменяющая многие другие взыскания или доминирующая в общей системе наказаний. В Казахстане стремление устанавливать все большие и большие размеры штрафов привело к тому, что административные штрафы по своему размеру могут превышать размеры штрафов по уголовному праву. Если в уголовном праве штраф назначается в пределах от двадцати пяти до двадцати тысяч месячных расчетных показателей, то административный штраф даже для граждан может составлять двести месячных расчетных показателей, а для организаций две тысячи и более. То есть размеры административных штрафов могут заметно превышать нижнюю планку уголовных штрафов. Практика показывает, что реальные размеры административных штрафов, налагаемых судами, могут составлять миллиарды тенге. Но тогда возникает сомнение в том, что правонарушение, за которое предусмотрен такой штраф, является административным. Есть определенные признаки, отличающие административные правонарушения от преступлений и одним из таких признаков является общественная опасность. В свою очередь, степень общественной опасности определяет характер и жесткость меры взыскания, отсюда – принципиальные различия в сроках или размерах административных и уголовных взысканий. К сожалению, подобные классические положения юридической ответственности забываются или не учитываются разработчиками различных актов¹⁵¹.

Говоря о видах административных взысканий, нельзя не отметить, что в КоАП 2001 года появились новые взыскания, которые, по сути, могут поставить крест на деятельности любой организации.

К таким видам взысканий относится приостановление или запрещение деятельности или отдельных видов деятельности индивидуального предпринимателя или юридического лица. Новая санкция появилась в КоАП 2001 году. Проблемы, главным образом, связаны с запрещением деятельности юридических лиц. Запрещение по КоАП по правовым последствиям означает не что иное, как ликвидацию юридического лица. Но вопросы прекращения юридической личности в соответствии с современным казахстанским законодательством это прерогатива гражданского права (ст. 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан, которая, кстати, в качестве одного из оснований для принудительной ликвидации юридического лица называет совершение правонарушения).

По действующему КоАП и в соответствии с одним из нормативных постановлений Верховного суда (нормативное постановление Верховного суда Республики Казахстан от 26 ноября 2004 года № 18 «О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях»¹⁵²), юридическое лицо может быть ликвидировано в порядке административного судопроизводства, если статья КоАП предусматривает соответствующую санкцию, либо в порядке гражданского судопроизводства, если юридическое лицо совершило правонарушение, но статья

¹⁵¹ Можно также привести пример со сроками давности привлечения к ответственности. Сроки давности по преступлениям начинаются с двух лет, сроки давности по отдельным административным правонарушениям составляют три года и пять лет.

¹⁵² Казахстанская правда. – 2005. – 13 янв.

КоАП не предусматривает санкцию в виде запрещения. Выражение «в порядке административного судопроизводства» означает, что должны действовать процедуры, предусмотренные КоАП, однако в ст. 53 (раскрывающей содержание этой санкции) говорится о подаче искового заявления, обращении в суд и других моментах, свидетельствующих о неприменимости административных процедур.

В таком варианте налицо смешение гражданско-правовых, административно-правовых и гражданско-процессуальных институтов. Мы уже пропускаем вопрос о возможной двойной, хотя и разно-отраслевой ответственности за одно правонарушение, или о том, что в КоАП говорится о том, что административное взыскание за административное правонарушение налагается в пределах, предусмотренных в статье особенной части за конкретное административное правонарушение, в точном соответствии с положениями Кодекса.

Для эффективного воздействия на юридическое лицо-правонарушителя возможно применение такой меры административного взыскания. Но, во-первых, эта мера должна носить временный характер, учитывая принципы правовой ответственности, сроки давности наложения взысканий. Во-вторых, мера должна применяться только тогда, когда имеется соответствующее указание в конкретной статье Особенной части КоАП.

Еще одна проблема связана с назначением взыскания ниже низшего предела. Даже Уголовный кодекс Республики Казахстан содержит положение возможности назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление (ст. 55). КоАП, который по своему характеру является гораздо более мягким актом, такой возможности не предусматривает.

3) Процессуальные вопросы законодательства об административных правонарушениях

Огромное количество претензий высказывается к процессуальной части КоАП. И это вполне объяснимо. Процессуальные положения кодекса изначально прописывались совершенно для других правовых ситуаций. Учитывая небольшую степень общественной опасности административных правонарушений и сравнительно мягкие санкции, административно-юрисдикционные процедуры были упрощенными, позволяющими быстро и оперативно рассмотреть вопрос о вынесении или освобождении от наказания. Когда административные штрафы стали исчисляться миллиардами тенге, а организация даже за незначительное правонарушение могла быть подвергнута наказанию в виде запрещения деятельности, лица, привлекаемые к административной ответственности, стали реально участвовать в различных стадиях производства по делам об административных правонарушениях. Однако во многих случаях Кодекс оказался неготовым к такому развитию событий, обнаружилось большое количество пробелов, причем на всех стадиях процесса¹⁵³.

К примеру, на стадии возбуждения дела не определено, какие именно должностные лица могут составлять протоколы по делам об административных правонарушениях, существует очень сомнительная с точки зрения правовых принципов возможность возвращения протокола об административном правонарушении для устранения содержащихся в нем недостатков (ч. 3 ст. 640).

На стадии рассмотрения дела, непосредственно рассмотрению дела об административном правонарушении посвящено всего два предложения в частях 2 и 3 ст. 648 КоАП, нет четко установленного правила о ведении протокола судебного или административного заседания.

На стадии исполнения присутствует множество отсылочных норм об исполнении постановлений в установленном порядке, но таких «порядков» законодательством не предусмотрено.

Особенно много пробелов обнаружилось на стадии пересмотра вступивших или не вступивших в законную силу постановлений по делам об административных правонарушениях.

До сих пор в случае обжалования постановлений о наложении взысканий действуют два акта: КоАП (если речь идет об обжаловании/опротестовании постановлений, вынесенных судьей специализированного районного или приравненного к нему административного суда в вышестоящем суде; обжаловании/опротестовании решений административных органов в вышестоящем органе) или ГПК (если речь идет об обжаловании в суде постановления по делу об административном правонарушении, вынесенного административным органом). Получилось, что в отношении одних и тех же по природе процедур действуют два различных акта, которые время от времени ссылаются друг на друга, чем еще больше запутывают ситуацию. Очень неудачными выглядят положения о пересмотре постановлений, вступивших в законную силу и с точки зрения возможностей пересмотра (например, постановления, вынесенные во внесудебном порядке по общему правилу не

¹⁵³ Представитель судейского корпуса С. Раимбаев пишет, что по делам об административных правонарушениях на практике воплощен принцип скорого суда, и, что характерно ни граждане, ни юридические лица, ни другие организации, ни сами судьи не высказывают претензий по поводу существующего процессуального порядка. См.: Раимбаев С.И. Административное судопроизводство. Проблемы и перспективы развития // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Мат. уч. семинара. – Алматы, 2006. С. 232. Можно согласиться только с тезисом о «скором суде», но никак не об отсутствии претензий.

могут быть пересмотрены в судебном порядке после вступления их в силу) и с точки зрения субъектов, имеющих право инициировать такой пересмотр (прокуроры, которые сами участвуют в процессе нередко в качестве «обвинителя»).

Общая проблема процессуальной части Кодекса об административных правонарушениях – отсутствие достаточного количества гарантий справедливого судебного процесса. Это касается состязательности сторон, презумпции невиновности лица, в отношении которого ведется производство по делу об административных правонарушениях и, наоборот, презумпции правильности действий государственных органов, положения защитника и многих других вопросов процесса. Особенно важны эти гарантии, когда речь идет об очень серьезных административных взысканиях: административном аресте, приостановлении или запрещении деятельности, конфискации.

Е) Меры административно-процессуального обеспечения

В процессе привлечения к административной ответственности государственные органы наделены правом применять различные меры административно-процессуального обеспечения в целях пресечения административного правонарушения, установления личности подозреваемого в его совершении, составления протокола об административном правонарушении, обеспечения своевременного и правильного рассмотрения дела и исполнения принятого по делу постановления: доставления, задержания, досмотры, изъятия вещей и документов, освидетельствования и др. Реализация таких мер связана с большим количеством проблем в части оснований для применения, возможных процессуальных действий, определения субъектов обладающих правом применения и субъектов, к которым эти меры применяются, сроков, обжалования, места фактической реализации и т. д. Не случайно одним из самых распространенных нарушений в деятельности органов внутренних дел являются незаконные доставления и административные задержания. Положения КоАП, регулирующие вопросы административно-процессуального обеспечения требуют глубокого анализа, переработки, корректировки с учетом других актов, регулирующих полицейскую деятельность (Закон РК «Об органах внутренних дел», Таможенный кодекс Республики Казахстан и др.)

4. Либерализация уголовной политики и ужесточение законодательства об административных правонарушениях

Одной из тенденций в развитии правовой системы является либерализация уголовной политики, гуманизация уголовного законодательства. Эта тенденция была обозначена еще в начале 90-х годов прошлого века и проявлялась в различных качествах при подготовке государственных программ и концепций, Уголовного кодекса Республики Казахстан и КоАП РК.

Так, в соответствии с Государственной программой правовой реформы, утвержденной постановлением президента Республики Казахстан 12 февраля 1994 года, отмечалось, что развитие административного законодательства должно идти по пути расширения числа составов административных правонарушений за счет декриминализированных деяний¹⁵⁴.

В Указе президента Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года «О Концепции правовой политики Республики Казахстан» говорится, что реализация уголовной политики Республики Казахстан должна включать в себя принятие комплекса законодательных мер, направленных на дальнейшую декриминализацию правонарушений, относящихся к преступлениям небольшой тяжести, в том числе и посредством перевода их в сферу административной и гражданско-правовой ответственности¹⁵⁵.

Результаты декриминализации явно ощущались в Уголовном кодексе Республики Казахстан 1997 года. Причем перенос правонарушений из уголовных в разряд административных является постоянным процессом. Так в Кодексе об административных правонарушениях Республики Казахстан появилась целая глава (глава 9-1), включившая в себя правонарушения, часть из которых ранее относилась к преступлениям (побои, причинение средней тяжести вреда здоровью по неосторожности)¹⁵⁶.

Периодически выдвигаются предложения о переносе в состав административных правонарушений различных других составов: присвоение или растрата чужого имущества, налоговые преступления, значительное количество преступлений небольшой тяжести и др.

¹⁵⁴ САПП РК. – 1994. – № 9. – С. 91.

¹⁵⁵ САПП РК. – 2002. – № 31. – С. 336.

¹⁵⁶ См. Закон Республики Казахстан от 9 декабря 2004 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный кодексы Республики Казахстан и Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях по вопросам упрощения процедур расследования уголовных дел, декриминализации некоторых составов преступлений и совершенствования законодательства об административных правонарушениях» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. – 2004. – № 23. – Ст. 139.

Заметим, что административные правонарушения и преступления имеют много общего и провести между ними четкую грань в отдельных случаях очень трудно. Наиболее традиционная точка зрения выражается в том, что административные правонарушения имеют меньшую степень общественной опасности по сравнению с преступлениями. Конечно, имеются составы, которые традиционно рассматриваются как административные правонарушения (нарушение тишины, безбилетный проезд, распитие спиртных напитков в общественных местах и т. д.). В то же время существует достаточное количество примеров, когда одно и то же деяние в зависимости от различных элементов или обстоятельств может признаваться административным правонарушением либо преступлением. К таким обстоятельствам могут относиться последствия или ущерб (различные нарушения правил дорожного движения); способ (незаконная охота); неоднократность (нарушение правил об административном надзоре). В связи с процессами декриминализации КоАП наполняется все большим количеством составов, которые принципиально отличаются от традиционных административных правонарушений и, прежде всего, по степени общественной опасности. Появляется объективная необходимость выработки новой классификации административных правонарушений, равно как разных подходов в процессуальных вопросах рассмотрения дел об административных правонарушениях. К примеру, процедуры привлечения к ответственности за правонарушения, санкции за которые выступают в виде предупреждения или штрафа, должны отличаться от процедур привлечения к ответственности за правонарушения, санкции за которые выступают в виде административного ареста или запрещения деятельности. Об этом, кстати, свидетельствует зарубежный и международный опыт (в частности, решения Европейского суда по правам человека), в соответствии с которым, к примеру, любая санкция, предусматривающая даже кратковременное лишение свободы, рассматривается как уголовно-правовая со всеми вытекающими отсюда характеристиками надлежущей судебной процедуры.

Все это следует учитывать в связи с тем, что процесс либерализации уголовной политики и гуманизации уголовного законодательства имеет своим последствием ужесточение административного законодательства. Это признается даже в программных документах. Так, в Концепции правовой политики Республики Казахстан от 20 сентября 2002 года говорится, что развитие административного законодательства предполагает компенсацию декриминализации отдельных статей Уголовного кодекса Республики Казахстан усилением административной ответственности. Действительно административно-правовых санкций может быть недостаточно для адекватного государственного реагирования на бывшие преступления, которые априори несут большую степень общественной опасности, чем обычные административные правонарушения.

Как уже было сказано выше, изначально Кодекс об административных правонарушениях имел целью регулирование вопросов привлечения к ответственности за малозначительные правонарушения, наказание за которые не являлось очень обременительным для граждан. Долгое время КоАП РК вообще не регулировал административную ответственность юридических лиц.

К примеру, административный арест всегда был мерой взыскания, носящей экстраординарный характер и применявшейся за очень ограниченный круг правонарушений. В первоначальной редакции ст. 55 действующего КоАП РК была ч. 2, которая говорила о том, что административный арест устанавливается лишь в исключительных случаях за отдельные виды административных правонарушений. В существующей редакции ст. 55 эта часть исключена. И этому есть свое объяснение: примерно 50 составов предусматривают санкцию в виде административного ареста, что трудно назвать «исключением», включая, например, такой состав, как систематическое нарушение пешеходами и иными участниками дорожного движения требований установленных правил обеспечения безопасности дорожного движения.

Около 15 составов предусматривают такую меру взыскания, как запрещение деятельности юридического лица, кроме того, административный орган может обратиться в суд с заявлением о запрещении деятельности, если даже такая санкция не указана в Особенной части КоАП.

Поэтому усиление административной ответственности должно сопровождаться соответствующим развитием законодательства об административных правонарушениях и особенно его процессуальной части. На смену упрощенному порядку производства по делам об административных правонарушениях должен прийти более детальный порядок с тщательной регламентацией процессуальных действий, закреплением необходимых процессуальных гарантий участников процесса, расширением возможностей обжалования принятых решений, обеспечения состязательности сторон и т. д. Особенно это касается тех производств, которые заканчиваются вынесением санкций в виде ареста, запрещения деятельности, конфискации.

Гуманизация уголовного законодательства, безусловно, повлияла на ужесточение законодательства об административных правонарушениях. Вместе с тем будет ошибочным считать только ее виновницей все усиливающегося репрессивного характера КоАП РК. Санкции многих традиционных административных правонарушений также постоянно усиливаются. КоАП РК стал активно использоваться для вмешательства в дела хозяйствующих субъектов, неправительственных организаций, ограничения прав и свобод граждан. Причем объяснения такого усиления и вмешательства достаточно однобоки. Они сводятся к тому, что серьезные взыскания заставляют участников ад-

министративных правоотношений более ответственно подойти к соблюдению законов. При этом в очередной раз забываются классические подходы в вопросах правовой ответственности. Последний пример такого рода связан с широкомасштабной акцией по увеличению размеров санкций в КоАП РК за нарушения правил дорожного движения¹⁵⁷. Санкции не только увеличились, но и стали безальтернативными, что, с одной стороны, выглядит справедливым, а также препятствует возможным коррупционным правонарушениям. Но, с другой стороны, при наложении взысканий должен учитываться принцип индивидуализации наказания. В соответствии со ст. 60 КоАП РК административное взыскание должно быть справедливым, соответствующим характеру правонарушения, обстоятельствам его совершения, личности правонарушителя. При наложении административного взыскания на физическое лицо учитывается характер совершенного административного правонарушения, личность виновного, в том числе его поведение до и после совершения правонарушения, имущественное положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. При наложении административного взыскания на юридическое лицо учитывается характер административного правонарушения, имущественное положение, обстоятельства, смягчающие и отягчающие ответственность. Безальтернативность санкций практически нивелирует принцип индивидуализации наказания.

Существует, может быть, не совсем правовое объяснение сложившейся ситуации. Решение многих экономических, политических, социальных проблем в последнее время видится в усилении ответственности: увеличении размеров взысканий, распространении круга субъектов ответственности. Но усиление ответственности может привести к негативным результатам: ограничению активности, непрозрачности деятельности, использовании коррупционных инструментов¹⁵⁸. Поэтому не менее важным является обеспечение неотвратимости наказания, повышение правовой культуры, создание качественных актов, использование не юридических рычагов воздействия на участников общественных отношений.

5. Возможные варианты развития законодательства об административных правонарушениях

Развитие законодательства об административных правонарушениях можно представить в следующих вариантах:

А. Традиционный вариант

Кодекс продолжает наполняться все новыми и новыми составами административных правонарушений, происходит усиление санкций в действующих составах. На определенном этапе кодекс становится трудно применимым на практике, с учетом множества противоречий, отсылочных норм, постоянных изменений, что приведет к необходимости подготовки нового Кодекса. Последний, скорее всего, подвергнется юридико-технической чистке без изменений принципиальных, концептуальных подходов в вопросах административной ответственности и производства по делам об административных правонарушениях. Такие предложения, кстати, уже озвучиваются в Казахстане.

Б. Эволюционный вариант

Кодекс делится на две самостоятельные части, которые становятся самостоятельными актами. Одна из них по аналогии с Уголовным кодексом будет содержать общие вопросы административной ответственности (понятие, принципы, взыскания, субъекты, обстоятельства смягчающие и отягчающие ответственность и т. д.) и только составы административных правонарушений. Должна поменяться идеология Кодекса, он будет призван не столько обслуживать интересы государства в публично-правовой сфере и быть рычагом административного воздействия на различные субъекты, сколько обслуживать интересы всего общества, в том числе быть препятствием для злоупотреблений государственной администрации. Необходимо провести ревизию всех составов административных правонарушений и исключить те из них, которые не представляют в современных условиях общественной опасности или не являются по своей природе публично-правовыми.

¹⁵⁷ См. Закон Республики Казахстан от 4 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения безопасности дорожного движения» // Казахстанская правда. – 2008. – 22 июля.

¹⁵⁸ О неоднозначности ужесточения наказаний за административные правонарушения в различных сферах говорят и представители судейского корпуса и ученые. См., к примеру: Сулеймен С. За утверждение гуманизма // Юридическая газета. – 2005. – 11 окт.; Таранов А.А. Применение норм административного законодательства. Теория и практика // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Мат. уч. семинара. – Алматы, 2006. – С. 5.

Особое внимание следует уделить субъектам ответственности, в частности юридическим лицам, адекватности санкций за конкретные правонарушения.

По нашему мнению, имеет смысл задуматься над названием такого акта. Казахстанский законодатель сменил в свое время в названии Кодекса только название государства. Но, по сути, кодекс посвящен не столько административным правонарушениям, сколько вопросам административной ответственности за правонарушения: и для физического, и для юридического лица гораздо важнее, как оно будет наказано. Отсюда более корректное название, отражающее природу и предназначение этого акта: Кодекс об административной ответственности. Кстати, административные правонарушения очень часто перечисляются не в самом Кодексе, а в других актах: решениях маслихатов, актах центральных исполнительных органов. Тогда как ответственность за эти правонарушения предусмотрена только Кодексом. Интересно, что в отдельных статьях действующий КоАП Республики сам использует формулировку «законодательство об ответственности за административные правонарушения» (см. к примеру, статьи 4, 5).

Вторая часть будет включать в себя процессуальную часть, которая будет посвящена исключительно вопросам производства по делам об административных правонарушениях по аналогии с уголовно-процессуальным кодексом. Должны быть тщательно и ясно прописаны все стадии производства; применяемые меры административно-процессуального обеспечения; закрепление, насколько это возможно, рассмотрения дел в судебном порядке; создание прозрачной и понятной системы пересмотра постановлений по делам об административных правонарушениях; фиксирование необходимых и достаточных процессуальных гарантий. Требуется завершения процесс становления административных судов по всей республике с созданием административных коллегий в областных судах.

Вообще, вопрос об адекватном правовом регулировании производства по делам об административных правонарушениях является очень актуальным в связи с разработкой актов, посвященных административному процессу. По нашему мнению, эти вопросы должны быть в любом случае вычленены из КоАП и тщательно отрегулированы в другом акте. Решение, в каком именно акте, зависит от общего направления развития административного судопроизводства. Если передавать в ведение административных судов не только рассмотрение дел об административных правонарушениях и жалоб на действия административных органов в процессе соответствующего производства, но и вопросы административной юстиции, то есть рассмотрения любых публичных споров между гражданами, организациями и государственной администрацией, то целесообразно иметь единый акт, регулирующий вопросы и юрисдикционного, и юстиционного плана. Если же оставлять рассмотрение публичных споров гражданско-процессуальному законодательству, тогда достаточно отрегулировать в административно-процессуальном кодексе только вопросы производства по делам об административных правонарушениях, забрав из ГПК главу о производстве по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

В. Революционный вариант

Следует отказаться от Кодекса об административных правонарушениях как такового. Заметим, что во многих правовых системах современных государств такие акты отсутствуют или организованы иным образом¹⁵⁹. Вопросы привлечения к административной ответственности в подобном ракурсе надо передать в сферу регулирования уголовного права, для чего разработать новую классификацию общественно опасных правонарушений. В этой связи потребуются кардинальный пересмотр не только законодательства об административных правонарушениях, но и уголовного, и уголовно-процессуального законодательства. Сближение административных правонарушений и преступлений в связи с декриминализацией последних, усилением репрессивных начал в административном законодательстве все больше стирает грань между двумя видами общественно опасных деяний, что обозначает потенциал объединения их в одном акте при всей трудности такого объединения и с точки зрения теоретического осмысления задачи, и с точки зрения практической возможности ее выполнения. Хотя в казахстанской правовой литературе уже встречаются мнения, что КоАП РК по своей сути и природе – это облегченный вариант уголовного законодательства¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Так Й. Демпе, представитель Немецкого общества по техническому сотрудничеству, которое оказывает содействие в совершенствовании казахстанского административного законодательства, пишет, что Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан не имеет в немецком праве соответствующего аналога. Административные правонарушения распределены в Германии по многим законам и законодательным областям. В принципе административные правонарушения рассматриваются как часть уголовного права и зачастую даже обозначается как «малое уголовное право». См.: Демпе Й. Административное право, административные правонарушения и составы налоговых преступлений: краткий экскурс в административные процедуры по вопросам налогового права // Правовые аспекты совершенствования административного судопроизводства (теория и практика). Мат. уч. семинара. – Алматы, 2006. – С. 268.

¹⁶⁰ Диалоги // Юридическая газета. – 2004. – 4 нояб.

При таком развитии событий, административные суды не должны заниматься производством по делам об административных правонарушениях, а сосредоточиться на вопросах рассмотрения публично-правовых споров между гражданами, организациями и государственной администрацией.

Как один из подвариантов революционного развития событий является выделение из КоАП РК административных правонарушений, которые стали таковыми в процессе декриминализации, а также других административных правонарушений, за которые предусмотрены строгие меры взыскания в виде административного ареста, конфискации, запрещения деятельности в отдельный акт со своими процедурами, близкими к уголовному процессу. Подобные правонарушения в перспективе могут быть переданы на рассмотрение мировых судей, в случае создания таких субъектов судебной юрисдикции.

Таким образом, законодательство об административных правонарушениях требует серьезного реформирования не столько с точки зрения устранения многочисленных противоречий, неточностей, обнаружившихся за более чем 7 лет его применения, но и с точки зрения возвращения к концептуальным вопросам административной ответственности, также как к теоретическим вопросам правовой ответственности применительно к одному из ее видов на современном этапе политико-правового развития. Без решения этих общих вопросов трудно будет устранить и проблемы частного характера, и проблемы правоприменительной практики.

Аналитическая записка
Институт судебного контроля за предварительным заключением под стражу в континентальных формах уголовного процесса¹⁶¹

Прежде чем приступить к анализу поставленной здесь проблемы, необходимо сделать несколько оговорок сугубо методологического характера. *Во-первых*, под «предварительным» или, как его все чаще называют на Западе, «временным» заключением под стражу мы понимаем исключительно ограничение свободы лица в качестве меры пресечения, которое по своей процессуальной природе принципиально отличается от другой возможной формы физического ограничения свободы лица – т. н. «кратковременного задержания». Важнейшее отличие предварительного (временного) заключения от кратковременного задержания в уголовно-процессуальных системах всех стран заключается в его достаточно длительных сроках, исчисляемых не часами, а месяцами или даже годами, поскольку предварительное заключение рассматривается не в качестве экстраординарной полицейской меры уголовно-процессуального принуждения (как задержание), применяемой «по горячим следам», а в качестве единственно возможного способа длительной изоляции преследуемого в уголовно-процессуальном порядке лица от внешнего мира, без которой обойтись подчас просто невозможно, учитывая характер уголовного процесса. *Во-вторых*, опять-таки в отличие от задержания предварительное (временное) заключение допускается не только в ходе судебного производства по уголовному делу, но и в ходе производства судебного – до вступления в законную силу обвинительного приговора суда, вынесенного в отношении указанного лица. В этом смысле предварительное заключение под стражу является «предварительным» не потому, что оно может иметь место только в ходе предварительного расследования, а в силу того, что оно является предварительным по отношению к разрешению дела по существу¹⁶². Однако нас здесь будет интересовать применение предварительного заключения исключительно в ходе досудебных стадий уголовного процесса, поскольку его применение в судебных стадиях уголовного процесса, где дело находится уже в производстве суда, по понятным причинам снимает проблему судебного контроля или, по крайней мере, переводит ее в совершенно иную плоскость.

Переходя собственно к проблеме **судебного контроля** за предварительным заключением под стражу, необходимо сразу *a priori* уточнить, что со сравнительно-правовой точки зрения постановка вопроса о его наличии или отсутствии еще недавно, казалось бы, бывшая в центре внимания процессуалистов-компаративистов, ныне фактически утратила теоретический смысл. Произошло это потому, что судебный характер данной меры процессуального принуждения на современном этапе стал признаваться одним из ее генетических признаков, причем признаком едва ли не важнейшим, к чему мы еще вернемся. Полное отсутствие судебного контроля за предварительным заключением, какое-то время назад всерьез рассматривавшееся в качестве варианта решения проблемы (можно было выделять в данном аспекте, допустим, «советский подход»), становится просто-таки *немыслимым* в сегодняшней ситуации, по крайней мере, для развитых государств, прекрасно отдающих себе отчет в том, что длительное содержание человека под стражей в любом случае должно иметь место только при непосредственном участии суда, то есть, иначе говоря, при наличии судебного контроля.

На первый взгляд, много большее сравнительно-правовое значение имеет обсуждение проблемы *форм* судебного влияния на предварительное заключение. В исторической перспективе вырисовываются три возможные формы такого влияния.

Первая форма – полностью судебное предварительное следствие, когда лицо, его ведущее и принимающее все процессуальные решения в ходе данной стадии уголовного процесса, в том числе решение о предварительном заключении, обладает полноценным *статусом судьи*. Иными

¹⁶¹ * Настоящий анализ подготовлен в рамках проекта Центра исследования правовой политики при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ).

¹⁶² В такой ситуации имплицитно напрашивается вывод, что после «предварительного» заключения якобы почти неизбежно должно следовать заключение «окончательное» в виде лишения свободы по обвинительному приговору суда. Но такой вывод, конечно, не верен, поскольку лицо вполне может быть признано невиновным и оправдано. Именно для того, чтобы не создавать психологической коннотации между «предварительным» и «окончательным» заключением под стражу, очень многие западные уголовно-процессуальные системы принципиально отказались от самого термина «предварительное заключение» (например, франц. *détention préventive*), заменив его на много более нейтральный термин – «**временное** заключение под стражу» (например, франц. *détention provisoire*).

словами, производство предварительного следствия в такой ситуации относится к компетенции судебного ведомства, в рамках которого образуется специальная судебская должность т. н. «следственного судьи». Не вызывает сомнений, что речь идет о французской модели, где следственный судья на протяжении почти двух столетий обладал исключительной монополией заключать обвиняемого под стражу, притом что в ходе полицейского дознания такая мера пресечения во Франции исключена (максимальное ограничение свободы – кратковременное задержание). Не случайно, что проблема «судебного контроля» за предварительным заключением в такой ситуации во Франции не обсуждалась даже на теоретическом уровне, тем более что соответствующие решения следственного судьи подлежали обжалованию по второй инстанции на апелляционном уровне.

Исторически истоки данной формы организации предварительного следствия следует искать в т. н. «римско-каноническом процессе», окончательно сформировавшемся в Европе начиная с XIII столетия и более известном в отечественной научной традиции под наименованием «инквизиционный процесс»¹⁶³. Оставляя в стороне дальнейшую эволюцию римско-канонического процесса, отметим лишь, что именно в его рамках сложился институт следователя-судьи, положенный в основу организации предварительного следствия составителями первой в истории права полноценной автономной уголовно-процессуальной кодификации – наполеоновского Кодекса уголовного следствия (*Code d'instruction criminelle*) 1808 г. Именно данный кодекс закрепил классическое континентальное представление о соотношении полицейской и судебной деятельности в ходе предварительного производства по уголовному делу. Согласно французско-наполеоновской концепции, полицейские полномочия ограничиваются дознанием, причем полномочия эти исключают применение сколько-нибудь серьезного уголовно-процессуального принуждения, кроме кратковременного задержания «по горячим следам», и сводятся к собиранию доказательственной информации, необходимой для принятия решения о возбуждении уголовного преследования или об отказе в его возбуждении. Далее данная информация ложится на стол прокурора, который принимает соответствующее решение. Если он решает возбудить уголовное преследование, то квалифицирует деяние и в зависимости от квалификации либо сразу передает дело вместе с собранными полицией доказательствами в суд для рассмотрения по существу (по мелким преступлениям), либо передает дело следственному судье и требует приступить к производству предварительного следствия (по преступлениям опасным).

Здесь очень важно обратить внимание на следующее обстоятельство. Применение предварительного заключения, с одной стороны, возможно по наполеоновско-французской концепции только после возбуждения уголовного преследования. С другой стороны, после возбуждения уголовного преследования дело *в любом случае* попадает в производство судебных органов, к коим относится и следственный судья. В такой ситуации даже не возникает вопрос о наличии или отсутствии судебного контроля за предварительным заключением, поскольку судебное полномочие заключать под стражу поглощается здесь много более широким судебным полномочием – производить предварительное следствие от начала и до конца. Применительно к классической французской модели предварительного следствия неточными выглядят два расхожих отечественных процессуальных термина. Во-первых, термин «судебный контроль» (строго говоря, «судебным контролем» во Франции обозначается совершенно иное процессуальное явление – совокупность альтернативных предварительному [временному] заключению мер пресечения¹⁶⁴). Во-вторых, термин «досудебные стадии уголовного процесса», поскольку предварительное следствие является здесь полноценной *судебной* стадией уголовного процесса.

Мы столь подробно остановились здесь на французской модели организации предварительного производства не только потому, что она оказала и продолжает оказывать колоссальное влияние на все страны континентального уголовного процесса. Важнее другое: данную модель восприняла в ходе судебной реформы Александра II Российская империя, создав, как мы помним, институт судебного следователя. Советский уголовный процесс от данного института отказался, сохранив при этом многие существенные атрибуты судебного предварительного следствия. Иначе говоря, советские прокуратура или МВД, став в свое время «органами предварительного следствия», получили от российского судебного следователя значительное число сугубо *судебных* по своей процессуальной природе полномочий: право разрешать уголовное дело путем его прекращения, право признавать гражданским истцом, право применять меры пресечения и т. д. И именно в этой исторической деформации кроется причина многих проблем постсоветских государств, волеиневолей продолжающих придерживаться французской модели предварительного следствия, не имея важнейшей несущей конструкции данной модели – института следственного судьи.

¹⁶³ О зарождении римско-канонического процесса как процессуальной формы, соединившей традиции римского права (*Corpus juris civilis*) и права канонического, см. подробнее: Stein P. Le droit romain et l'Europe. Essai d'interprétation historique. 2 éd. Genève. 2004. p. 68-70.

¹⁶⁴ См. подробнее: Головкин Л. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. – М.: 1995. – С. 89-95.

Вторая форма – т. н. «предварительный судебный контроль» за предварительным заключением, когда предварительное производство ведется несудебными (полицейскими или полицейско-прокурорскими) органами, которые вправе собирать доказательства, но не вправе при этом ограничивать фундаментальные права личности, не имея соответствующего разрешения суда (исключая опять-таки кратковременное полицейское задержание). В такой ситуации полиция, естественно, лишена права помещать подозреваемого (обвиняемого) под стражу на срок, превышающий срок задержания. Она может лишь обращаться в суд за соответствующим решением – без такого решения предварительное заключение просто-напросто юридически невозможно.

Не вызывает сомнений, что подобная форма судебного влияния на предварительное заключение, которое с полным основанием уже можно считать «судебным контролем» впервые получила развитие в англо-американском уголовном процессе. Собственно, сама идея «судебного контроля» есть идея англо-американского происхождения, что вполне естественно, так как в странах общего права никогда не существовали ни судебное предварительное следствие, ни институт следственного судьи. В то же время проблема «контроля» должна была возникнуть именно в тех процессуальных системах, где производство в предварительных стадиях уголовного процесса ведется несудебными органами, то есть где понятие предварительного производства полностью совпадает с понятием производства досудебного.

Многие континентальные уголовно-процессуальные системы постепенно, как мы знаем, осознанно отказались от французского судебного предварительного следствия и института следственного судьи. Самым ярким примером здесь является Германия. Но в такой ситуации они не могли не воспринять систему «предварительного судебного контроля», поскольку отказ от института следственного судьи никоим образом не означал, да и не мог означать, отказ от фундаментального принципа, согласно которому заключение под стражу может происходить лишь по решению представителя судебной власти.

Совершенно закономерно, что в постсоветских государствах, где, как мы помним, возникла странная «смесь» несудебного предварительного расследования и сугубо судебных по своей природе полномочий производящих его органов, нормализация ситуации происходила и происходит через англосаксонскую по происхождению конструкцию «судебного контроля».

Третья форма – т. н. «последующий судебный контроль», когда решение о предварительном заключении вправе принимать несудебные органы уголовного преследования в ходе опять-таки несудебного предварительного следствия или дознания, но заключенному под стражу при этом предоставляется право обжаловать такое решение в суде. Речь в данной ситуации идет об институте судебного обжалования решения о заключении под стражу на длительный срок. В качестве характерного примера данной модели вспоминается российский уголовный процесс в период 1992-2002 гг., когда решение о заключении под стражу органов следствия и дознания санкционировалось прокурором, но подлежало обжалованию в суде¹⁶⁵.

Впрочем, наличие «последующего» судебного контроля при полном отсутствии контроля «предварительного», скорее всего, следует рассматривать лишь в историческом контексте. Не исключено, что подобная модель является характерной именно для стран с «переходной правовой системой», т. е. введение «последующего судебного контроля» часто является первым шагом в тех странах, где судебного контроля за предварительным заключением не было вовсе. Россия в этом смысле является достаточно характерным примером: при всей важности реформы 1992 г., допустившей возможность обжалования в суде решения о заключении под стражу, речь шла лишь о временной мере, в чем мы убедились с принятием нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Теперь заключение под стражу производится исключительно на основании судебного решения.

Но при более пристальном рассмотрении подобное разграничение форм судебного влияния¹⁶⁶ на предварительное (временное) заключение при всем его историко-теоретическом интересе сравнительно-правовой смысл постепенно, но неуклонно утрачивает, причем речь идет об объективной тенденции. Почему так происходит?

Во-первых, т. н. «предварительный судебный контроль», т. е. исключительная прерогатива суда принимать решение о заключении под стражу, из сравнительно-правового варианта или, если угодно, одной из возможных «моделей» превратился в универсальный императив. Иными словами, предварительный судебный контроль более не рассматривается в качестве альтернативы дру-

¹⁶⁵ Точно такая же ситуация имела место до недавнего времени, например, в Болгарии, что вызывало возражения в доктрине, настаивавшей на необходимости и «предварительного» судебного контроля (см.: Чанкова Д. И. Проблемы и тенденции в развитии болгарского уголовно-процессуального законодательства // Государство и право. – 2000. – № 10. – С. 99). Впрочем, с принятием нового Уголовно-процессуального кодекса Болгарии положение дел в этой стране изменилось – теперь там существует полноценный «предварительный» судебный контроль.

¹⁶⁶ Мы избегаем здесь термина «контроль», заменяя его аморфным «влиянием», исключительно с учетом французской модели предварительного следствия, к которой, как мы отмечали, термин «контроль» в данном контексте вряд ли применим.

гим формам судебного контроля, то есть другие формы могут существовать не взамен, а лишь в *дополнение* к предварительному судебному контролю.

В качестве иллюстрации приведем Рекомендацию (2006) 13 Комитета министров государств-членов Совета Европы от 27 сентября 2006 г. «О временном заключении, условиях, в которых оно исполняется и создании гарантий против злоупотреблений». Основана она, разумеется, на соответствующих положениях Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Сразу же обращает на себя внимание даваемое в Рекомендации определение «временного заключения», где есть указание на то, что речь идет о мере, применяемой *по решению судебной власти*. Иными словами, предварительный судебный контроль становится элементом самого понятия предварительного (временного) заключения. В дальнейшем тексте Рекомендации четко указано, что «ответственность за помещение во временное заключение, оставление во временном заключении при его продлении и за выбор альтернативных заключению мер пресечения *всегда* (курсив наш – Л. Г.) должна возлагаться на судебную власть». Никаких иных вариантов Рекомендация не предлагает. Более того, согласно Рекомендации, даже в тех странах, где имеется предварительное судебное следствие французского образца с институтом следственного судьи, сам следственный судья не должен принимать решение о заключении под стражу. Эту обязанность необходимо возложить на другого судью. Здесь мы уже имеем дело с существенной корректировкой наполеоновской концепции предварительного следствия и с появлением теоретической возможности использования понятия «судебный контроль» в привычном понимании также и к французской системе предварительного следствия.

Во-вторых, «предварительный судебный контроль» не только не исключает, но почти повсеместно предполагает контроль «последующий». Иными словами, тот факт, что решение о предварительном заключении принято судьей, вовсе не означает, что данное решение не подлежит судебному обжалованию в инстанционном или квазиинстанционном порядке. В такой ситуации судебный контроль почти повсеместно стал **комбинированным**. Вопрос лишь в том, комбинируются ли все его теоретически-возможные формы или не все. Ответ на этот вопрос полностью зависит от наличия или отсутствия судебного предварительного следствия и фигуры следственного судьи.

Франция является примером **полной** комбинации всех возможных форм судебного контроля. Предварительное следствие здесь по-прежнему является судебным, то есть ведет его следственный судья. Только он вправе сразу применить «альтернативную меру пресечения» и только он вправе инициировать вопрос о временном заключении под стражу. Таким образом, судебная власть не утратила ни одного из полномочий, принадлежавших ей по наполеоновской концепции (первая форма судебного контроля). Если следственный судья решает заключить человека под стражу, то он обязан обратиться к другому судье – т. н. «судье по свободам и заключению», должность которого была введена законом от 15 июня 2000 г. Получив ходатайство следственного судьи, судья по свободам и заключению проводит судебное заседание с участием обвиняемого, его защитника и прокурора, причем по просьбе защиты такое заседание может быть открытым. Судья по свободам и заключению либо полностью отказывает следственному судье, либо применяет «альтернативную меру пресечения», либо принимает решение о заключении под стражу. Важно, что решение о заключении под стражу, в полном соответствии с указанной выше Рекомендацией, может быть принято лишь судьей, в чем производстве не находится уголовное дело (вторая форма судебного контроля – «предварительный судебный контроль»). Наконец, решение судьи по свободам и заключению, которое исполняется немедленно, может быть впоследствии обжаловано по второй инстанции в т. н. «следственной камере» Апелляционного суда, состоящей из трех судей Апелляционного суда (третья форма судебного контроля – «последующий судебный контроль»). В результате, французский уголовный процесс можно сегодня приводить в качестве примера любой из трех форм судебного контроля.

Швейцария, где в октябре 2007 года принят первый федеральный Уголовно-процессуальный кодекс, который заменит кантональные уголовно-процессуальные кодификации, с момента его вступления в силу¹⁶⁷ будет представлять пример **неполной** комбинации возможных форм судебного контроля. Это связано с тем, что составители Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии отказались от французской модели предварительного следствия, применявшейся в романских кантонах Швейцарии, в пользу модели несудебного предварительного следствия, использовавшейся в немецкоязычных кантонах (Цюрих и др.). В результате, здесь не предусматривается первая из выделенных нами форм судебного контроля. Инициировать решение вопроса о заключении под стражу должен в такой ситуации не следственный судья (его нет), а прокурор, к которому полиция обязана доставить всякое задержанное лицо. Если прокурор считает предварительное (временное) заключение необходимым, то он обращается в специальный «суд по мерам процессуального принуждения» (*tribunal des mesures de contrainte*), который должен быть создан в соответствии с новым кодексом в каждом кантоне. Суд в течение 48 часов обязан рассмотреть в кол-

¹⁶⁷ Момент вступления в силу нового Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии будет определен специальным законом.

легиальном составе и в закрытом судебном заседании при участии сторон ходатайство прокурора и либо отклонить его полностью, либо применить «альтернативную меру пресечения», либо принять решение о заключении под стражу сроком до трех месяцев¹⁶⁸ и с возможностью последующего продления в том же порядке (ст. 226 Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии). Здесь мы видим обставленный дополнительными гарантиями (коллегиальный состав суда) вариант «предварительного судебного контроля». Что касается контроля «последующего», то само по себе решение специального швейцарского суда по мерам процессуального принуждения обжалованию не подлежит. Однако в случае когда заключение под стражу продолжается в течение трех месяцев, обвиняемый получает право обжаловать в вышестоящем суде либо отказ в удовлетворении своего ходатайства об освобождении (оно может быть подано и ранее, но рассматривается все тем же судом по мерам процессуального принуждения), либо решение о продлении срока содержания под стражей свыше трех месяцев (ст. 222 Уголовно-процессуального кодекса Швейцарии). Таким образом, швейцарский законодатель не отказался полностью от «последующего» судебного контроля, но поставил его в более жесткие рамки. Впрочем, здесь надо учитывать, что при этом тот же швейцарский законодатель весьма существенно укрепил гарантии прав обвиняемого при принятии первоначального решения о заключении под стражу, создав даже для данных целей специальный судебный орган.

В целом мы видим, что в современном континентальном уголовном процессе проблема форм судебного контроля не является более проблемой выбора национальным законодателем того или иного сравнительно-правового варианта. Под «формами судебного контроля» теперь следует понимать определенные механизмы, которые сосуществуют или могут сосуществовать в рамках отдельно взятой процессуальной системы. Эти механизмы взаимоисключающими не являются. Напротив, они дополняют друг друга, «пронизывая» самую строгую меру уголовно-процессуального принуждения разнообразными судебными гарантиями. Но при всей широте спектра таких гарантий имеет место *conditio sine qua non* – решение о предварительном (временном) заключении под стражу могут принимать только представители судебной власти. Отсюда вытекает абсолютная неизбежность для любой национальной системы уголовного процесса такого процессуального механизма, который мы обозначили в качестве «предварительного судебного контроля».

¹⁶⁸ Суд может установить и меньший первоначальный срок заключения. Три месяца – это максимальный, но не жестко установленный срок, что оставляет возможность для индивидуализации самой строгой меры процессуального принуждения.

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА

Право об административных нарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского суда по правам человека и стандарты Совета Европы¹⁶⁹

Материальное административно-деликтное законодательство стран Западной Европы

Уголовному и административно-деликтному законодательству европейских государств «устоявшейся демократии» присуще чрезвычайное разнообразие регулирования. Отличие проявляется в названии самих административных деликтов, их правовой принадлежности и соотношении с уголовно-наказуемыми деяниями, характеристиках субъектов ответственности, субъективной стороне соответствующих деликтов и последствиях совершения этих нарушений. Отличаются также формы и способы регулирования ответственности за административные деликты.

Среди признаков, общих для административно-деликтного законодательства всех государств, можно определить: историческое происхождение административных правонарушений из уголовного права, признание субъектами ответственности физических и юридических лиц, установление основным взысканием денежного штрафа, существование кроме административных взысканий дополнительных санкций за совершение правонарушения, отсутствие полной систематизации составов нарушений в пределах одного нормативного акта и т. п.

Историческое происхождение административных нарушений из уголовного права заключается в том, что все виды нарушений в XX веке в европейских государствах рассматривались исключительно в пределах уголовного законодательства. Но развитие экономики и различных сфер деятельности человека подтвердило невозможность урегулировать ответственность за все виды нарушений механизмами уголовного права с обязательным привлечением суда, соблюдением принципа состязательности и равенства сторон и т. п. Поэтому одним из шагов в направлении повышения эффективности действия уголовного права, надлежащего обеспечения правопорядка и уголовно-процессуальной экономии стало выделение некоторых деяний (проступков, полицейских проступков, нарушений), которые наказывались представителями не судебной власти, а полиции, т.е. административными органами власти. Такие реформы в свое время состоялись в праве Германии, Швейцарии, Бельгии, Италии и Португалии. В законодательстве этих государств административные деликты являются разновидностью уголовно-наказуемых действий, которые подпадают под действие общих положений уголовных законов. Только в Германии, Швейцарии и Бельгии административные нарушения являются третьей разновидностью наказуемых действий (здесь присутствует трихотомия видов наказуемых деяний), а в Италии и Португалии – второй разновидностью, поскольку здесь существует дихотомия наказуемых деяний.

Уголовное право Дании отличается от соответствующего права других стран, поскольку оно не признает деления наказуемых деяний на разные виды и использует только один вид деяний – преступление. Но некоторая часть преступлений (определенных в законах о дорожном движении и транспорте, налогах, охране окружающей природной среды, государственное здравоохранения и т. п.) составляют основу административно-деликтного права.

Правовые системы других государств (Австрии, Франции, Нидерландов, Испании, Греции) характеризуются отграничением административно-деликтного законодательства от уголовного, что проявляется в невозможности применения к административным деликтам и отношениям, которые возникают вследствие их совершения, общих положений уголовных законов. Путь стран к такому пониманию и состоянию права об административных деликтах было разным: австрийское и голландское право пришло от уголовных проступков к отделенным административным нарушениям, а административно-деликтное право Франции, Греции и Испании – сформировалось исключительно вследствие активной деятельности судебной власти. Конечно, в начале формирования системы административных деликтов в основу по аналогии брались соответствующие понятия и институты уголовного законодательства. Но теперь можно констатировать самостоятельность административно-деликтного законодательства Франции, Греции и Испании от уголовных кодексов.

Ни в одной из стран «устоявшейся демократии» нет единого нормативного акта, в котором объединяются составы административных деликтов. Хотя большинство государств имеют законы смешанного характера, в которых объединяют общие материальные положения (об административных нарушениях, субъектах ответственности, взысканиях и т. п.), и процедурные положения о

¹⁶⁹ Аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) 17 сентября 2008 года.

порядке применения административных взысканий. Такие законы, например, присущи для Германии¹⁷⁰, Швейцарии¹⁷¹, Австрии¹⁷², Италии¹⁷³ и Португалии¹⁷⁴. Особенность испанского закона¹⁷⁵ заключается в том, что в процедурном по названию и содержанию законе содержатся общие положения об административных нарушениях. Право Нидерландов характеризуется тем, что закон о нарушении правил дорожного движения¹⁷⁶ стал примером для следующих законов, в которых системно излагаются нарушения в соответствующих сферах.

В Бельгии, Франции и Дании отсутствуют отдельные законы, которые определяют общие положения административно-деликтного права. Бельгийское и французское административно-деликтное право формируется вследствие деятельности Государственного совета, а датское право не нуждается в соответствующих законах, поскольку действующий Уголовный закон применяется ко всем видам нарушений.

Итак, для практически всех стран Европы присуща чрезвычайная расчлененность административно-деликтного законодательства. В Германии, например, речь идет о положениях около тысячи федеральных законов, которые содержат конкретные составы правонарушений. Это количество не учитывает существования в каждой Федеральной земле своего законодательства.

Прямое требование о необходимости определения административных деликтов только в нормах законов существует в праве Швейцарии, Италии, Греции, Испании и Португалии. В других государствах составы административных деликтов и взыскание за них устанавливаются как в законах, так и подзаконных актах.

Во всех европейских государствах юридические лица наравне с физическими могут быть субъектами ответственности за административные деликты. Только в Австрийской и Итальянской республиках субъектами совершения деликтов выступают лишь физические лица, а на юридических лиц налагается обязанность нести ответственность в виде уплаты штрафа. Нужно отметить, что юридические лица в западноевропейских странах также являются субъектами уголовной ответственности. Признание юридических лиц субъектами ответственности возможно вследствие особенностей определения в соответствующих законах субъективной стороны административных нарушений. Она характеризуется существованием преимущественно объективной концепции вины, согласно которой не нужно устанавливать умысел или неосторожность в деяниях нарушителя. Даже существование разных форм вины в административно-деликтном праве отдельных стран (Дания, Швейцария, Португалия) не должно вызвать удивления, учитывая принадлежность этого законодательства к сфере уголовного права, для которого присуще существование умысла или неосторожности как характеристики субъективной стороны деяний. Достаточно лишь констатировать факт нарушения положений закона лицом (физическим или юридическим) и наличие вины в этом случае презюмируется. Такой механизм позволяет признать нарушителем юридическое лицо, которое, например, приняло определенное решение вопреки требованиям закона и т. п.

Вид взыскания – это один из основных критериев для разграничения сферы уголовного и административно-деликтного права. Историческое развитие законодательства в Западной Европе состояло в выделении из уголовного права тех противоправных деяний, за которые могли назначаться денежные штрафы. И до настоящего времени главным взысканием в административно-деликтном законодательстве всех европейских государств является штраф. С целью выделения административных штрафов и уголовных штрафов зарубежный законодатель, как правило, именуется эти виды правовых следствий разными терминами («штраф», «денежный штраф», «административный штраф» для административного взыскания и «денежное наказание» - для уголовной санкции).

Кроме штрафа, законодательство всех европейских государств «устоявшейся демократии» предусматривает дополнительные взыскания. Только в Австрии и Швейцарии речь идет о возможности краткосрочного лишения свободы за совершение административного деликта. Франция отказалась от таких мер в послевоенное время. Дополнительными взысканиями в ряде стран являются лишения прав разного характера (осуществлять предпринимательскую деятельность, управлять транспортным средством, получать финансовую помощь от государства и т. п.). В отдельных правовых системах (Германии, Португалии) существует институт дополнительных взысканий, ко-

¹⁷⁰ Закон Федеративной Республики Германия «О нарушениях порядка» (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) от 1968 года.

¹⁷¹ Федеральный Закон «О праве административных наказаний» (*Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht*) от 1971 года.

¹⁷² Закон Австрийской республики «Об административных наказаниях» (*Verwaltungsstrafgesetz*) от 1991 года.

¹⁷³ Закон Итальянской республики «О изменениях в уголовной системе» (*Legge «Modifiche al sistema penale»*) от 1981 года № 689.

¹⁷⁴ Декрет-Закон Португальской республики № 433/82 от 1982 года.

¹⁷⁵ Закон Королевства Испания «О правовом режиме публичной администрации и общего административного процесса» от 1992 года.

¹⁷⁶ Закон Королевства Нидерланды «Об административно-правовом наказании за нарушение предписаний относительно дорожного движения» от 1989 года.

торые могут применяться независимо от применения санкции за конкретное правонарушение. Среди таких взысканий выделяется конфискация или арест имущества, которое было использовано для совершения нарушения или получено вследствие его совершения.

Материальное административно-деликтное законодательство стран Восточной Европы

Материальное административно-деликтное законодательство государств «молодой демократии» имеет переходной характер. Существенные изменения в этой области в большинстве стран состоялись в 1990-х годах посредством принятия новых законов об административных деликтах (Чехия¹⁷⁷ и Словакия¹⁷⁸) или содержательного изменения действующих до сих пор законов и кодексов (Литва¹⁷⁹, Латвия¹⁸⁰, Польша¹⁸¹, Болгария¹⁸²). Другие страны, в частности бывшие югославские республики (Словения¹⁸³, Хорватия¹⁸⁴, Сербия¹⁸⁵), начали подготовку и принятие новых законов в 2000-х годах. В отдельных государствах (Литве, Латвии, Болгарии) сейчас ведется активная работа по подготовке концепций новых административно-деликтных законов, а то и самих законов.

В отдельных государствах законодательство об административных деликтах является частью уголовного законодательства (Эстония, Болгария, Словения, Сербия, Хорватия). Необычной в этой группе стран была реформа в Эстонской Республике, которая заключалась в преобразовании административных деликтов в уголовные проступки как части уголовного кодекса. Поскольку в других государствах с широким уголовным правом нынешняя ситуация является исторически обусловленной и сложившейся – в Болгарии с 1960-х годов, а в балканских странах – со времен существования единой Югославской Республики характерным для этих стран есть наличие одного рода противоправных деяний (наказуемых) в общем уголовном праве, и еще одного рода действий (проступков), в особом проступочном праве. А в самой системе законодательства о проступках мы имеем возможность выделить отдельную подсистему административных деликтов. Причем формально эту совокупность деликтов в зарубежном законодательстве не выделяют. Одним из определяющих критериев для такого выделения выступает процедура привлечения к ответственности за совершение проступков - судебная или административная.

В других государствах «молодой демократии» (Литва, Латвия, Польша, Чехия, Словакия) законодательство об административных проступках почти полностью отделено от уголовного права. Такое состояние в балтийских странах предопределяется существованием старых кодексов об административных деликтах, которые регулируют отличные от уголовного права деяния. Законодатель Польши вместе с тем сознательно начал создание законодательства об административных деликтах отдельного от уголовного законодательства. Хотя определенные положения Уголовного кодекса Республики Польша по аналогии применяются к административным деликтам. Чехия и Словакия восприняли такой подход к систематизации противоправных действий, учитывая исторический опыт Республики Чехословакия. В указанных государствах, за исключением Чешской республики, присутствует следующая система наказуемых действий: двучленная - в Литве, Латвии и Словакии, трехчленная - в Польше.

Не считаясь с разным характером законодательства об административных деликтах (его самостоятельность или принадлежность к уголовному законодательству), оно отличается своей чрезвычайной рассредоточенностью. Только Литва и Латвия, которые до сих пор сохраняют у себя советские кодексы об административных правонарушениях, характеризуются наличием значительного количества деликтов в одном законодательном акте. В одобренной Концепции закона об административных взысканиях Литовской Республики также речь идет о целесообразности объединения в одном кодифицированном акте составов административных деликтов. В других странах, хотя и присутствуют отдельные законы о деликтах, но они регулируют общие положения о их понятии, видах санкций, субъектах совершения административных деликтов. Характерной для большинства стран является возможность установления составов административных деликтов и взысканий не только в нормах законов, но и в актах правительства и органов местного самоуправления.

¹⁷⁷ Закон Чешской республики «О проступках» (*Zákon o přestupcích*) от 1990 года.

¹⁷⁸ Закон Словацкой республики «О проступках» (*Zákon o priestupkoch*) от 1990 года.

¹⁷⁹ Кодекс об административных правонарушениях Литовской республики (*Lietuvos Respublikos administracinių teisės pažeidimų kodeksas*) от 1984 года

¹⁸⁰ Кодекс об административных правонарушениях Латвийской республики (*Latvijas Administratīvo pārkāpumu kodekss*) от 1984 года.

¹⁸¹ Кодекс о нарушениях (*Kodeks wykroczeń*), Кодекс о производстве в делах о нарушениях (*Kodeks postępowania w sprawach o wykroczeniach*) от 1971 года.

¹⁸² Закон Республики Болгария «Об административных нарушениях и наказаниях» (Закон за административните нарушения и наказания) від 1969 року.

¹⁸³ Закон Республики Словения «О проступках» (*Zakon o prekrških*) от 2002 года.

¹⁸⁴ Закон Республики Хорватия «О проступках» (*Zakon o prekršajima*) от 2002 года.

¹⁸⁵ Закон Республики Сербия «О проступках» (*Zakon o prekršajima*) от 2006 года.

Во всех государствах юридические лица признаются субъектами ответственности за административные деликты наравне с физическими лицами. Но в большинстве стран (кроме Эстонии и Польши) к ответственности могут привлекаться как юридические лица, так и их должностные лица. Особыми субъектами ответственности выступают несовершеннолетние лица. К ним довольно часто применяются другие воспитательные меры вместо административных взысканий (проступочных санкций и т.п.).

Только Польша и Эстония восприняли в сфере административно-деликтного законодательства концепцию «объективной вины» субъектов ответственности, согласно которой действие считается содеянным виновно, если установлен факт его совершения. Другие страны и в дальнейшем оставляют в своем праве распределение форм вины при совершении административных деликтов на умышленную и неосторожную. Это объясняется тем, что в законодательстве одних (Словения, Хорватия, Сербия, Болгария) административные проступки являются разновидностью уголовно-наказуемых действий, в других (Чехия и Словакия) раньше были разновидностью уголовно-наказуемых действий, а в третьих (Литва, Латвия) – действующими остаются устаревшие административно-деликтные законы.

Система административных взысканий также в преобладающей своей части зависит от места административно-деликтного права в системе права каждой страны. Из государств с отделенным законодательством об административных деликтах, только в Польше административные взыскания являются чрезвычайно очищенными (есть только один вид взысканий - штраф) и полностью исключают ограничительные меры. Законодательство Чешской и Словацкой республики содержит значительный перечень ограничительных мер, которые имеют откровенно уголовно-правовой характер, таких как запрет деятельности, изъятие вещей и т. п. В балтийских государствах (Литва и Латвия) в наследство осталась почти неизменная система взысканий, которая включает в себя такие уголовно-правовые по содержанию санкции, как краткосрочное лишение свободы, запрет деятельности, общественные работы и т.п., и объединение полномочий судов и административных органов по применению взысканий.

В государствах административно-уголовного деликтного права административные взыскания являются частью санкций за проступки. Поэтому только с научной точки зрения, путем различения судебной и административной юрисдикции по наложению взысканий возможно разграничение административных взысканий и взысканий за проступки, как разновидностей уголовно-наказуемых деяний.

Правовые последствия за совершение административных деликтов в подавляющем большинстве стран не ограничиваются только взысканиями, но включают в себя дополнительные меры безопасности, предупреждения или воспитания. В некоторых странах (Литва, Латвия, частично Болгария) эти дополнительные меры входят в институт взыскания.

Процедурное административно-деликтное законодательство стран Западной Европы

Процедурное административно-деликтное законодательство западноевропейских государств неоднородно в вопросе правовой природы, степени систематизации, объема полномочий административных органов. Но процедура применения административных взысканий для всех государств стала единым основанием для обособления права административных деликтов от уголовного права. Если мы говорим об административных нарушениях и административных санкциях, то для правового поля европейских государств «устоявшейся демократии» это означает деятельность административных органов по привлечению лиц к ответственности в административном (внесудебном) порядке. Судебные органы осуществляют только правосудие, и в этой сфере они уполномочены только на разрешение применения мер процессуального принуждения и пересмотр решений органов публичной администрации относительно назначения взысканий.

Несмотря на отличия во внесудебной процедуре применения взысканий (административная или уголовная), подавляющее большинство государств стараются системно урегулировать ее на законодательном уровне. Речь идет, прежде всего, о Германии, Австрии, Швейцарии, Нидерландах, Италии, Испании и Португалии, в которых внедрены отдельные законы с урегулированной процедурой. Во Франции, Бельгии и Греции основы процедуры были сформированы и продолжают строиться на базе практики административных трибуналов и государственных советов этих стран. Датское право не выделяет отдельного административно-деликтного производства и предусматривает определенные юрисдикционные полномочия административных органов только в пределах общего уголовного процесса.

Правовая природа материального административного деликтного права (самостоятельность или принадлежность к широкому уголовному праву) влияет и на регулирование производства. В государствах с отделенным административно-деликтным правом (Австрия, Нидерланды, Испания) производство по применению санкций производно от общей административной процедуры и на него распространяются положения административно-процедурных законов. В Королевстве Испания в одном законодательном акте объединено регулирование общего и деликтного производства.

Практика государственных советов Франции, Бельгии и Греции является также общей для сферы общего административного производства и деликтного производства.

Страны с административным деликтным правом уголовно-правового характера (Германия, Швейцария, Италия, Португалия) характеризуются распространением уголовно-процессуальных нормативных актов на процедуру применения административных взысканий.

В системах отдельной административно-деликтной процедуры полномочия административных органов относительно применения мер принуждения к лицам являются более ограниченными по сравнению с полномочиями органов в системах административного производства уголовно-правового характера. Ведь к большому количеству процедурных действий применяются, по аналогии, правила уголовно-процессуальных кодексов. На применения мер принуждения, касающихся значительных ограничений личных прав и свобод лиц, обязательным в обеих системах является получение предварительного разрешения суда. Общими для административных органов европейских стран есть полномочия задерживать лиц, которых застали на месте совершения правонарушения, подвергать допросу, проводить экспертизы, осматривать места совершения противоправных действий. Но характерной для западноевропейского административного законодательства является обязательная привязка применяемых мер принуждения к фактам совершения нарушений. То есть применение мер административного принуждения вне административно-деликтной процедуры является минимальным¹⁸⁶.

Во всех странах обеспечиваются права лица, которое привлекается к ответственности за совершение нарушений. Во время производства гарантируется реализация таких прав: быть сообщенным о сути обвинения, примененных относительно него или его имущества мер, дате рассмотрения дела органом; получать правовую помощь защитника; собирать доказательства и подавать их для рассмотрения соответствующему органу; высказываться по поводу обвинения; подавать жалобу на решение административного органа, за исключением сокращенных производств.

Общим правилом для государств является возможность проведения сокращенной процедуры (в случае признания лицом своей вины в совершении нарушения и согласия на уплату взыскания) и только в сложных случаях есть необходимость проведения административными органами полного производства с совершением большого перечня процедурных действий, а при необходимости – и проведения устного слушания. Для нарушителя довольно часто упрощенное производство означает возможность уплаты минимального размера санкции, но вместе с тем лишает права в дальнейшем подавать жалобу на результаты сокращенного (упрощенного) производства в суд или вышестоящий административный орган. В Португальской республике предусмотрено два, а в Австрийской республике даже три разновидности сокращенного производства.

Административно-деликтная процедура, особенно сокращенная ее форма, преимущественно лишена формализации. Это проявляется в регулировании начала и дальнейшего движения дела. Так, во всех странах производство считается открытым не со времени принятия органом формального решения (постановления и т. п.), а в момент получения информации или самостоятельной фиксации признаков административного нарушения. В ряде стран лицо признается обвиняемым, как только административный орган совершает относительно него или его имущества любые меры.

Законодательство государств гарантирует право лиц и определяет механизмы обжалования решений административных органов о применении административных санкций. Способы обжалования зависят от правового содержания процедуры. В странах с деликтным производством уголовно-правового характера допускается только судебное обжалование решений. А в системе отдельного процедурного административно-деликтного права предполагается административное и судебное обжалования в административном суде или трибунале.

Процедурное административно-деликтное законодательство стран Восточной Европы

Правовая природа и содержание процедурного административно-деликтного законодательства в восточноевропейских государствах «молодой демократии» зависят от соотношения материального уголовного и административно-деликтного права. В правовых системах государств с относительно самостоятельным правом об административных деликтах (Польша, Чехия и Словакия) производство осуществляется по общим правилам административно-процедурных законов. Только в Чехии и Словакии закон о проступках устанавливает особенности производства в делах о проступках в сравнении с законом об административном производстве. А польское законодательство не знает особенностей регулирования процедуры применения административных взысканий, и оно целиком определяется Кодексом об административном производстве. Другие страны с отдельным административно-деликтным правом (Литва, Латвия) не распространили действие своих админи-

¹⁸⁶ Заросило В.О. Сравнительный анализ административной деятельности милиции Украины и полиции зарубежных стран (Великобритания, США, Канады и Франции): Автореф. дис ...канд. юрид. наук: 12.00.07 / Национальная академия внутренних дел Украины. – К., 2002. – С. 15. (на украин. языке).

стративно-процессуальных законов на административно-деликтную процедуру. Это предопределяется существованием старых Кодексов об административных правонарушениях.

В государствах с широким уголовным правом, которое включает в себя право о проступках (Эстония, Болгария, Словения, Сербия, Хорватия), на производство распространяются положения общих законов (кодексов) об уголовной процедуре. Законы о проступках этих стран только определяют особенности производства относительно наложения санкций. Этим объясняется роль суда в производстве и существующих полномочий административных органов по расследованию нарушений. Участие суда в производстве по проступкам является аналогичным роли суда в уголовном процессе. Он решает дело по существу и предоставляет разрешения административным органам на ограничение прав и свобод лиц с целью проведения эффективного расследования. Литва и Латвия также до настоящего времени оставляют у судов полномочия по рассмотрению дел об административных деликтах. Но подготовленная в Латвии концепция законопроекта об административных взысканиях говорит о необходимости лишения суда полномочий по рассмотрению таких дел, поскольку это противоречит природе административных деликтов и ответственности за них. В Хорватии и Сербии создана отдельная система судов для рассмотрения дел о проступках – проступочные суды. Там существуют проступочные суды первой инстанции и Высший проступочный суд. Они созданы вместе с системой уголовных судов. А в Болгарии, Словении и Эстонии дела о проступках (нарушениях) рассматривают суды, которые имеют право осуществлять уголовное производство.

В государствах с широким уголовным правом полномочия административных органов применять санкции за проступки могут рассматриваться как получение ими определенного законодательного разрешения вместо судебных органов наказывать нарушителей в административном порядке, но с использованием инструментов уголовной процедуры. В этом случае администрация имеет право накладывать санкции только в виде денежных штрафов и предупреждений. Применение других санкций за совершение проступков (нарушений) является исключительной прерогативой судов. Лишь в Республике Хорватия государственные обвинители (прокуроры) имеют право применять в административном порядке, кроме денежных наказаний, такие санкции как лишение физического лица звания, права занимать должность или осуществлять деятельность, лишение юридического лица права осуществлять деятельность, выдворение иностранца из государства, изъятие предметов, лишение права управления транспортным средством и т. п.

Административные органы Чехии и Словакии (государства самостоятельного административно-деликтного права) применяют такие административные взыскания: предупреждение, штраф, запрет деятельности и конфискация имущества. Они имеют право также применить меры воздействия в виде ограничительных мероприятий и изъятия предметов.

Соблюдению принципа неотвратимости ответственности содействуют установленные в законах продолжительные сроки давности преследования (один год с момента совершения нарушения – в Чехии, Словакии, Хорватии, Сербии, Болгарии, и два года – в Словении и Эстонии). Для отдельных видов проступков определяются и длительные сроки давности – три, пять лет. Только в латвийском Кодексе об административных правонарушениях предусмотрен четырехгодичный срок давности.

В законодательстве большинства стран (Польша, Чехия, Словакия, Словения, Хорватия, Сербия, Эстония) начало производства является неформализованным, и оно считается открытым с момента получения административным органом заявления о факте совершения нарушения или его выявления во время своей деятельности. В государствах со старыми административно-деликтными нормативными актами (Болгария, Латвия, Литва) остается формализованная процедура начала производства. Здесь производство признается неоткрытым, если отсутствует формальный (официальный) документ о начале производства, наподобие протокола об административном нарушении или проступке.

Положения законодательства большинства государств предоставляют право административным органам осуществлять производство нескольких видов: общее с проведением устного слушания (характерно для всех государств, кроме Словении); общего без проведения устного слушания (Словения, Хорватия); ускоренного (приказного) – проводится на месте совершения нарушения и завершается изданием приказа с обязательством уплатить штраф на протяжении установленного срока (характерно для всех государств, кроме Польши, Литвы, Латвии); на месте совершения проступка – завершается составлением справки об уплоченном штрафе (характерно для всех государств). В отличие от справки, приказ может быть обжалован заинтересованными лицами.

Деятельность административных органов в системе самостоятельного административно-деликтного права Польши, Чехии и Словакии характеризуется отсутствием широкого перечня мер принуждения, которые они имеют право применять. Признаются возможными только действия, заключающиеся в осмотре предметов и мест, опрашиваний лиц. В законах Чешской и Словацкой Республик предусмотрено право изъятия предмета по специальной процедуре. Такие ограниченные полномочия являются оправданными с точки зрения «очищенного» материального административно-деликтного права. Поскольку для наложения штрафа за определенное нарушение не сле-

дует предусматривать право представителя административного органа осуществлять задержание этого лица, доставления его в полицию, принудительный осмотр помещений, принудительное установление состояния опьянения и т.п. Если для установления обстоятельств деяния гипотетически нужно применять указанные выше принуждения, то такие действия должны быть перенесены в сферу уголовного права, а такие процедурные действия следует признать составляющей уголовного процесса. Только в литовском и латвийском законодательстве почти неизменным с советских времен остался перечень принудительных действий, которые совершаются административными органами. Изменениям были подвергнуты, в частности, сроки задержания лица.

Административные органы государств с широким уголовным правом используют более значительный перечень мер принуждения. Большинство из этих мер могут проводиться только по предварительному решению суда, аналогично уголовной процедуре. Без разрешения суда может проводиться опрос свидетелей, проведение экспертизы, осмотр публичных мест, задержание лиц под влиянием средств опьянения и лиц, которых застали на месте совершения проступка. Исключением из этого правила являются полномочия органов управления в Хорватии, которые вправе проводить около пятнадцати мер принуждения без решения суда (вызов, привод, выяснение адреса местожительства обвиняемого или свидетеля, поиск обвиняемого, меры принуждения, поручительство обвиняемого, задержание лица и т. п.).

Решение о применении административных взысканий, в том числе приказы о денежных штрафах, подлежат обжалованию в системах права всех государств «молодой демократии». Но порядок и способы обжалования зависят от правовой природы производства по делам о таких правонарушениях. В государствах обособленного административно-деликтного права обжалование происходит в административных судах. Причем в Польше, Чехии и Словакии обязательной является стадия административного апелляционного обжалования, в Литве судебное и административное обжалование являются альтернативами, а в Латвии – предусмотрено только обжалование в административном суде. И вдобавок в Литве и Латвии внедрены обжалования в административном суде решений судов, принятых по первой инстанции в делах об административных правонарушениях.

В государствах с широким уголовным правом (Словения, Хорватия, Сербия, Эстония) решение административных органов в делах о проступках обжалуются только в суде (проступочный суд или суд, который рассматривает уголовные дела).

Требования Европейского суда по правам человека и стандарты Совета Европы к процедурам применения административных взысканий

Особенность Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод 1950 года как международного акта состоит в том, что ее подписание странами-членами Совета Европы повлекло за собой создание эффективной системы защиты прав лица на европейском континенте, которую международное право к тому времени не знало. Положение Конвенции и протоколов к ней не только гарантируют права и свободы лиц, но и создают механизмы защиты нарушенных прав со стороны государства. Это вытекает из ст. 19 Конвенции, на основании которой был создан Европейский суд по правам человека *“для обеспечения соблюдения Высокими Договорными Сторонами их обязательств по Конвенции и протоколам к ней”*.

Рекомендация R (2004)5 Комитета министров государствам-членам относительно проверки законопроектов, существующих законов и административной практики на соответствие стандартам, изложенным в Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 12 мая 2004 года недвусмысленно предусматривает необходимость проверки законов и административной практики после принятия нового решения Европейским судом в деле против другого государства-члена Совета Европы¹⁸⁷. Ведь *“постановляя закон, который успешно прошел проверку на соответствие Конвенции, государство уменьшает риск того, что в этом законе заложено нарушение Конвенции и что Европейский суд выявит такое нарушение”*¹⁸⁸. Итак, вместе с положениями Конвенции и решениями Европейского суда по тем или иным вопросам применения статей Конвенции важным является также обращение к рекомендациям Комитета министров Совета Европы.

Отдельные аспекты соблюдения прав человека в связи с совершением административных проступков нужно исследовать в контексте требований ст. 6 Конвенции «Право на справедливое судебное разбирательство». Она распространяет свое действие лишь на порядок судебного разбирательства дел о гражданских правах и обязанностях и дел об уголовном обвинении, которое пре-

¹⁸⁷ § 25 Приложения к Рекомендации Rec(2004)5 Комитета министров государствам-членам относительно проверки законопроектов, существующих законов и административной практики на соответствие стандартам, изложенным в Конвенции о защите прав человека и основоположных свобод от 12 мая 2004 года. Доступно в Интернете по адресу: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=743297&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

¹⁸⁸ Пункт 5. – Там же.

допределяет необходимость установления содержания понятия “дело о уголовном обвинении” и его отличий от дел об административных деликтах. Европейский суд много раз констатировал, что понятие “уголовное обвинение”, которое используется в ст. 6 Конвенции, имеет автономный характер, и его необходимо понимать лишь исходя из положений Конвенции¹⁸⁹. Подобное предостережение означает, что выведение в законодательстве стран-участниц из-под юрисдикции уголовных судов определенных видов правонарушений и отнесение их к юрисдикции других органов, которая может означать признание национальным законодателем таких проступков административными, для Европейского суда не будет иметь значения. Определение сути правонарушения осуществляется Европейским судом, исходя из таких критериев для идентификации того или иного дела, как дела о криминальном обвинении:

1) отнесение правонарушения к уголовному праву в правовой системе государства;

2) правовая природа нарушения;

3) характер и степень суровости наказания, которое может понести правонарушитель¹⁹⁰. Вместе с тем определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют два последних критерия – природа правонарушения и наказание за него. Преимущество этих критериев для определения существа правонарушения, а не признака принадлежности определенного правонарушения к уголовному праву в национальной правовой системе государства, может быть проиллюстрировано такими соображениями Европейского суда: *“Если Договорные Государства могли бы на свое усмотрение классифицировать правонарушение как дисциплинарное вместо уголовного или преследовать исполнителя “смешанного” правонарушения по дисциплинарному, а не в рамках уголовного производству, действие основных положений статей 6 и 7¹⁹¹ (Конвенции – А.А.) были бы подчинены их суверенной воле. Такое расширенное полномочие могло бы привести к результатам, несовместимым с целями и задачами Конвенции”¹⁹².*

Если признак принадлежности определенного нарушения к уголовно-правовой сфере уязвимый, а его содержание может изменяться в зависимости от воли государства, то для Европейского суда становится важным установить природу правонарушения. Так, уголовные правонарушения, в отличие от других правонарушений, имеют общественно-опасный характер и могут быть содеяны любыми лицами. Дисциплинарные проступки в отличие от уголовных могут совершаться лишь отдельной группой лиц, которые выполняют те или иные специфические функции (государственные служащие, военнослужащие и т. п.).

Пример дорожно-транспортных правонарушений показывает, что по определенным выше признакам они также должны признаваться уголовными правонарушениями, поскольку могут совершаться любыми лицами, а за совершение отдельных проступков предполагаются суровые наказания. Но Европейский суд установил, что привлечение к ответственности нарушителей правил дорожного движения производится в административном порядке, т. е. признание таких нарушений административными не будет противоречить требованиям Конвенции. *“Учитывая большое количество незначительных правонарушений – особенно правил дорожного движения, – характер которых не настолько опасен, чтобы накладывать на нарушителей уголовное наказание, государства-участники имеют веские основания для введения такой системы, которая разгружает их суды от большинства подобных дел. Преследование и наказание за незначительные правонарушения в административном порядке не противоречит Конвенции при условии, что заинтересованные лица могут обжаловать принятое против них решение в суде, где действуют гарантии статьи 6 (Конвенции – уточнение авт.)”¹⁹³.*

Третьим признаком, который позволяет отличить уголовные правонарушения от других видов проступков, являются виды наказания, которые могут быть применены к нарушителям. Исходя из видов наказания, однозначно уголовными правонарушениями признаются действия, которые пре-

¹⁸⁹ См. § 42 Решение Европейского суда по правам человека по делу “Девир против Бельгии” от 27 февраля 1980 года // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 308. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461476/2461476.htm>

¹⁹⁰ См. § 50 Решение Европейского суда по правам человека по делу “Озтюрк против Германии” от 21 февраля 1984; См.: § 69-73 Решение Европейского суда по правам человека по делу “Кемпбелл и Фелл против Соединенного Королевства” от 28 июня 1984 года // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 443-446. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461410/2461410.htm>

¹⁹¹ Статья 7 Конвенции закрепляет принцип “нет наказания без закона”, в соответствии с которым никто не может быть признан виновным в совершении преступления, если это деяние не признано как преступление нормами национального или международного права.

¹⁹² См. § 81 Решение Европейского суда по правам человека по делу “Енгель и другие против Нидерландов” от 8 июня 1976 года // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 113-114. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461444/2461444.htm>

¹⁹³ См. § 57 Решение Европейского суда по правам человека по делу “Лутц против Германии” от 25 августа 1987 года // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 544. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461415/2461415.htm>

дусматривают лишение свободы лица, которое совершило определенное правонарушение. Европейский суд в деле «*Энгель и другие против Нидерландов*» указал: «В обществе, где действует принцип верховенства права, наказания в виде лишения свободы отнесены к “уголовной” сфере, за исключением тех, которые по своему характеру, продолжительности или способа выполнения не могут считаться такими, что наносят большой вред. Серьезность того, что поставлено на карту, традиции государства и значение, которое предоставляется Конвенцией, уважению к физической свободе личности, — все это требует, чтобы именно так и было»¹⁹⁴.

Лишение прав на управление транспортным средством также рассматривается Европейским судом по правам человека уголовно-правовой санкцией, поскольку «право управлять автомобилем очень полезно в ежедневной жизни и для осуществления деятельности»¹⁹⁵. Для определения дел об уголовном обвинении указанные признаки могут применяться как альтернативные, т. е. наличие лишь одного из этих критериев будет свидетельствовать о правовом характере дела. Но в сложных делах для установления их содержания необходимо проанализировать эти признаки в совокупности¹⁹⁶. Например, в деле «*Бенденун против Франции*»¹⁹⁷ для установления сути дела Европейскому суду пришлось применить так называемый кумулятивный способ анализа критериев, когда они брались в совокупности. Для того чтобы установить, идет ли в случае повышения размера налога, который необходимо уплатить лицу, в деле уголовного обвинения Европейским судом по правам человека было взято во внимание то, что:

- 1) закон об уплате налога касается всех лиц, а не отдельной группы со специальным статусом;
- 2) повышение размера налога имеет целью наказание, которое предусматривает предотвращение совершения в будущем таких нарушений;
- 3) это повышение основано на норме, цель которой есть одновременно наказание и предотвращение совершения таких нарушений;
- 4) неуплата повышенного размера налога имеет следствием лишение свободы, которое применяется в случае неуплаты имущественных взысканий.

Проанализировав эти обстоятельства, Европейский суд установил, что в этом деле речь шла об уголовном правонарушении.

Используя критерий суровости наказания за совершение нарушения, Европейский суд определил, что административное правонарушение, санкция за совершение которого в Кодексе Украины об административных правонарушениях предусматривает административный арест, признается уголовным правонарушением в понимании Конвенции¹⁹⁸.

Признание дел делами о уголовном обвинении автоматически требует соблюдения процедурных гарантий, определенных ст. 6 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод. Среди основных гарантий, которые должны быть обеспечены в процедуре уголовного обвинения, следует назвать права обвиняемого на:

- независимость и беспристрастность суда, в том числе на отвод предубежденного судьи;
- публичность судебного разбирательства;
- разумный срок судебного разбирательства;
- равенство сторон и состязательность, в том числе «подвергать допросу свидетелей обвинения или требовать их допроса, а также требовать вызова и допроса свидетелей защиты на тех же условиях, что и свидетелей обвинения» (пункт d ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав и основных свобод);
- правовую помощь, в том числе бесплатную правовую помощь;

¹⁹⁴ См. § 81 Решение Европейского суда по правам человека по делу «Энгель и другие против Нидерландов» от 8 июня 1976 года // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 114. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461444/2461444.htm>

¹⁹⁵ См. § 39 Решение Европейского суда по правам человека по делу «Малиге против Франции» от 23 сентября 1998 года. Доступно в Интернете на английском языке по адресу: URL// <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=696113&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> (дата обращения: 05.09.2008)

¹⁹⁶ См. § 51 Решение Европейского суда по правам человека по делу «Кадубец против Словакии» от 2 сентября 1998 года. Доступно в Интернете на английском языке по адресу: http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=KADUBEC_v._SLOVAKIA&sessionid=21434573&skin=hudoc-en (дата обращения: 05.09.2008)

¹⁹⁷ См. § 47 Решение Европейского суда по правам человека по делу «Бенденун против Франции» от 24 февраля 1994 года. Доступно в Интернете на английском языке по адресу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Bendenoun&sessionid=21434573&skin=hudoc-en> (дата обращения: 05.09.2008)

¹⁹⁸ См. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Гурепка против Украины» от 6 сентября 2005 года. Доступно в Интернете по адресу: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Gurepka&sessionid=4533176&skin=hudoc-en>.

- помощь переводчика;
- обжалование судебного решения.

О перечне принципов наложения административных взысканий мы можем узнать из положений Рекомендации № R (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций 1991 года¹⁹⁹. Прежде всего, положения рекомендации предусматривают, что под административной санкцией понимается административный акт, т. е. принятое именно административным органом (в том числе государственным или частным предприятием в пределах осуществления переданных им властных полномочий) решение о наложении на лицо в связи с ее неправомерным поведением штрафа или другой меры денежного или неденежного характера. Не охватываются соответствующим понятием административной санкции такие меры:

- разные виды влияния на лицо во время выполнения уголовного наказания;
- дисциплинарные взыскания и другие меры, которые употребляются административным органом относительно его сотрудников в связи с их поведением;
- отказ выдать или продолжить разрешение, которое основывается на отсутствии правоспособности у лица со ссылкой на действующие нормы права;
- лишение или аннулирование разрешения, направленные на защиту окружающей среды, здравоохранение и т. п. перед следующими действиями соответствующего лица.

Субъектами ответственности предлагается признавать как физических, так и юридических лиц. Положения этой Рекомендации предусматривают восемь принципов, которым должна отвечать сфера применения административных взысканий:

1) *законность*, т. е. определение административных санкций и оснований их применения исключительно в законе. Этот принцип делает невозможным существование ситуации, когда административный орган одновременно устанавливает правила поведения, определяет ответственность за их нарушение и применяет соответствующие санкции. По мнению Совета Европы, законодатель по меньшей мере должен устанавливать шкалу денежных санкций, уполномочивать органы на их применение, а также определять случаи применения санкций, которые ограничивают права человека. Однако это не является препятствием для установления санкций с помощью заключения соглашений между администрацией и лицом согласно принципа договорной свободы сторон. Вместе с тем Комитет министров Совета Европы подчеркнул полезность с точки зрения обеспечения прав лиц единых кодексов, которые устанавливают подведомственность, типы санкций и их максимальные размеры, принципы, за которыми может осуществляться их применение, порядок проведения, способы обжалования;

2) *необратимость действия во времени закона*, который устанавливает или усиливает административные санкции. Этот принцип вытекает из принципа законности и означает возможность применения к лицу административной санкции лишь за действие, которое признается противоправным на основании действующих правовых норм. Но это не мешает применить положения, которые вступили в силу после совершения определенного нарушения, но смягчают или отменяют ответственность лица;

3) *«никто не может дважды привлекаться к ответственности за одно и то же деяние»* является отображением общего принципа *ne bis in idem*. При этом авторы документа признают возможность нарушения одним деянием норм права, направленных на защиту нескольких общественных интересов, обеспечение которых находится в компетенции нескольких административных органов. В этом случае органы обязаны учитывать примененные прежде санкции в связи с этим деянием. Положения Рекомендации не дают ответа на обоснованность одновременного наложения уголовного наказания и административного взыскания за одно противоправное действие, поскольку эта проблема в дальнейшем станет предметом рассмотрения другого акта Совета Европы;

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

5) *обязанность истечения производства принятием окончательного решения*, которое является также гарантией юридической определенности отношений. Ведь окончательное решение позволяет лицу обжаловать процедуру, ее прохождение или само решение. Принятое решение мо-

¹⁹⁹ Рекомендация № Rec (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций от 13 февраля 1991 года. Доступно по адресу в Интернете: [http://www.coe.int/t/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R\(91\)1.asp](http://www.coe.int/t/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/droit_et_justice_administratifs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R(91)1.asp)

жет быть о применении санкции, отказ в ее применении на основании недоказанности фактов, а также объявление об остановке производства;

б) *обеспечение права лица на защиту*, в том числе:

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

В случаях когда речь идет о делах относительно небольших денежных взысканий, разрешается не придерживаться этих гарантий при условии, если лицо не возражает ни против процедуры, ни против примененной санкции (например, при осуществлении запрещенной стоянки автомобиля даже может не быть возможности получить согласия владельца автомобиля). Однако если лицо против применения относительно него санкции, следует обеспечить предусмотренные гарантии;

7) *обязанность административного органа нести бремя доказывания* является составляющей презумпции невиновности и освобождает лицо от обязанности доказывать свою непричастность к совершению нарушения;

8) *административный акт о применении санкции может быть обжалован* в независимом и беспристрастном суде, созданном на основании закона. Такой пересмотр может предусматривать не только контроль над законностью, но и проверку сути дела.

Кроме этого, во время наложения административных взысканий должны соблюдаться общие принципы административной процедуры и права лиц во время ее осуществления, предусмотренные в Резолюции R (77) 31 о защите прав лица относительно актов административных органов власти от 28 сентября 1977 года и Рекомендации № R (80) 2 относительно реализации административными органами власти дискреционных полномочий от 11 марта 1980 года²⁰⁰.

Указанные выше гарантии могут стать критериями для объективной оценки соответствия процедур применения административных взысканий в национальных правовых системах требованиям европейских стандартов.

КОВАЛЕВ Н.П., д.ю.н., научный сотрудник Центра российских, европейских и евразийских исследований Университета Торонто (Канада). Доктор философии в области права (Ph.D.) Королевского Университета Белфаста

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА

«Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм»²⁰¹

1. Основные термины

Система исполнения наказаний – система государственных органов, а в определенных странах и негосударственных организаций, основной целью которых является исполнение приговоров суда.

Пенитенциарная система – система государственных органов, а в некоторых странах и негосударственных организаций и учреждений, в которых содержатся под стражей лица, осужденные за совершение преступлений (административных проступков), а также подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений до вынесения приговора.

Пробация – программа по применению к осужденному вместо лишения свободы альтернативных надзорных мер, направленных на его исправление. Нарушение программы и режима probation лицом, в отношении которого была избрана данная мера, обычно влечет за собой лишение свободы.

²⁰⁰ Переводы этих документов см.: Основы административного судопроизводства и административного права / Учеб. пособие / Под общ. редакцией Куйбиды Р.О., Шишкина В.И. – К.: Старый свит, 2006. – С. 427-451. (на украин. языке).

²⁰¹ Аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане 31 июля 2008 года.

Служба пробации – система государственных органов, а в некоторых странах и негосударственных организаций, занимающихся реализацией программ пробации в отношении осужденных лиц.

2. Сравнительный анализ институциональных моделей систем исполнения наказаний, в том числе служб пробации в разных странах мира

В мире существует несколько различных институциональных моделей систем исполнения наказаний. В зависимости от принадлежности системы исполнения наказаний к тому или иному государственному ведомству можно выделить пять моделей организации таких систем:

- модель, при которой система исполнения наказаний полностью подотчетна министерству внутренних дел или его эквиваленту;
- модель, в которой система исполнения наказаний полностью управляется министерством юстиции;
- модель, при которой система исполнения наказаний находится под управлением объединенного министерства юстиции и внутренних дел (полиции);
- модель, при которой система исполнения наказаний находится в ведении отдельного государственного департамента неподконтрольного ни министерству юстиции, ни министерству внутренних дел;
- смешанная модель, при которой различные виды наказаний или меры процессуального принуждения находятся в ведении различных ведомств: пенитенциарные учреждения, в которых содержатся осужденные лица, находятся в ведении министерства юстиции, а места предварительного заключения - в ведении министерства внутренних дел.

2.1. Система исполнения наказаний управляемая МВД

В ряде постсоветских стран, таких как Беларусь, Узбекистан и Туркменистан управление пенитенциарной системой полностью входит в полномочия МВД. В Беларуси и Туркменистане эти полномочия выполняет Департамент исполнения наказаний, подчиняющийся непосредственно министерству внутренних дел²⁰². В Узбекистане исполнение наказаний контролируется Главным управлением исполнения наказаний (ГУИН) при МВД Республики Узбекистан. Начальник ГУИН в Узбекистане одновременно занимает должность заместителя министра внутренних дел. Примечательно, что эти три страны бывшего Советского Союза являются согласно организации *Freedom House* одними из самых репрессивных в мире²⁰³. Данная модель была унаследована от Советского Союза и также применялась в других бывших республиках СССР. Однако после распада Советского Союза правительства большинства этих стран отказались от нее в пользу модели, при которой управление пенитенциарной системой осуществляется министерством юстиции. Передача полномочий по исполнению наказаний министерству юстиции было осуществлено в 1993 году в Азербайджане и Эстонии, в 1996 году – в Молдове, в 1998 году – в России; в 2000 году – в Грузии, Латвии и Литве, в 2001 году – в Армении, в 2003 году – в Кыргызской Республике²⁰⁴. Аналогичные реформы произошли в начале 1990-х годов и в других странах бывшего социалистического лагеря, в которых исполнением наказаний занималось министерство внутренних дел, например в 1990 году в Болгарии, в 1991 году – в Румынии, и в 1993 году – в Албании²⁰⁵.

Более того, до недавнего времени система исполнения наказаний в Англии находилась в компетенции МВД (*Home Office*). Однако в 2007 году функции по исполнению наказаний были переданы только что созданному министерству юстиции.

Вместе с тем в ряде демократических стран некоторые органы, исполняющие наказания, подотчетны министру внутренних дел. Так, например, в Канаде компетенция по исполнению наказаний разделена между федеральным правительством и правительствами отдельных провинций. Все наказания, связанные с лишением свободы на срок, превышающий два года, исполняются Исправительной службой Канады, федеральным агентством подотчетным министру общественной

²⁰² См., например, структуру Министерства внутренних дел Республики Беларусь. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.mvd.gov.by/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=5>.

²⁰³ Беларусь, Туркменистан и Узбекистан получили наивысший рейтинг по ограничению политических и гражданских свобод в отчете *Freedom House* за 2007 г. См.: Map of Freedom in the World, 2008 edition. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=363&year=2008>.

²⁰⁴ Walmsley, R. Further Developments in the Prison Systems of Central and Eastern Europe. Helsinki, 2003, p. 6; Оценка состояния пенитенциарной системы Кыргызской Республики, Министерство Юстиции Кыргызской Республики, Центр Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Бишкеке, Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ), Бишкек, 2006, Доступно в Интернете по адресу: http://www.osce.org/documents/cib/2007/05/24461_ru.pdf.

²⁰⁵ Walmsley, R. Further Developments in the Prison Systems of Central and Eastern Europe. Helsinki, 2003, p. 6.

безопасности (*Minister of Public Safety*), канадскому аналогу министра внутренних дел. На уровне же провинций управление исправительными учреждениями может находиться в компетенции либо провинциального министерства юстиции, как, например, в провинциях Ньюфаундленд и Лабрадор, Нунавут, Новой Шотландии, Северо-Западных территорий и Юконе, либо министерства, отвечающего за охрану правопорядка, иными словами провинциального министерства внутренних дел, как, например, в провинциях Квебек и Онтарио²⁰⁶.

В другой бывшей британской колонии - Австралии - все пенитенциарные учреждения находятся в юрисдикции отдельных штатов (всего семь). Также как и в Канаде, управление тюрьмами может находиться как в компетенции министерства юстиции, как, например, в Виктории, так и в компетенции полицейского ведомства, как, например, в Квинсленде. Там эту функцию выполняет Министерство полиции и Исправительной службы (*Office of the Minister for Police and Corrective Services*).

Следует отметить, однако, что в Канаде, Австралии и других бывших британских колониях в отличие от стран бывшего Советского Союза министрами внутренних дел являются не полицейские чины, а профессиональные политики и члены парламента, что, несомненно, влияет на методы управления и контроля над пенитенциарными учреждениями, смягчает их чрезмерную милитаризованность и карательный характер режима в пенитенциарных учреждениях. Кроме того, различные подразделения таких министерств часто организованы на автономных началах, не связаны жесткой вертикалью подчинения, а министр не имеет полномочий вмешиваться в непосредственную работу полиции, тюремных структур, др. служб. Учитывая, что традиционно системы уголовного правосудия в этих странах имеют много общего с Англией, не исключено, что со временем и в них могут быть осуществлены реформы, связанные с организацией отдельного министерства юстиции, в компетенции которого будет находиться и пенитенциарная служба.

Министерство внутренних дел отвечает за исполнение наказаний также в одной стране Европы (Испания), во многих странах Африки (Ангола, Габон, Гамбия, Египет, Замбия, Кения, Малави, Намибия, Нигерия, Судан, Танзания, Руанда), Латинской Америки (Белиз, Боливия, Гватемала, Гондурас, Мексика, Никарагуа, Уругвай, Эквадор), Азии (Бангладеш, Вьетнам, Индия, Камбоджи, Лаос, Северная Корея, Сингапур), и практически во всех странах Ближнего Востока (Израиль, Иордания, Йемен, Катар, Кувейт, Ливан, Саудовская Аравия, Сирия, Объединенные Арабские Эмираты, Оман)²⁰⁷.

Следует также отметить, что в некоторых странах служба пробации отделена от пенитенциарной системы и подотчетна не министерству внутренних дел, а совершенно другому государственному ведомству или негосударственному агентству. Так, например, в Сингапуре, служба пробации находится под управлением Министерства общественного развития и спорта (*Ministry of Community Development and Sports*)²⁰⁸.

2.2. Пенитенциарная система, управляемая министерством юстиции

Данная модель является наиболее распространенной институциональной моделью организации системы исполнения наказаний в европейских и других демократических странах. Кроме вышеуказанных постсоветских стран данная модель используется почти во всех странах Европы (Австрия, Бельгия, Босния и Герцеговина, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Исландия, Италия, Люксембург, Македония, Нидерланды, Португалия, Сербия, Словакия, Словения, Франция, Финляндия, Чехия, Швеция), некоторых странах Северной и Латинской Америки (Аргентина, Бразилия, Колумбия, Коста-Рика, Перу, Чили), Азии (Афганистан, Пакистан, Тайвань, Таиланд, Турция, Шри-Ланка, Южная Корея, и Япония), а также многих странах Африки (Бенин, Кот-д'Ивуар, Буркина-Фасо, Гвинея Биссау, Демократическая Республика Конго, Кабо-Верде, Камерун, Конго, Лесото, Либерия, Ливия, Мавритания, Мадагаскар, Мали, Мозамбик, Марокко, Нигер, Свазиленд, Сенегал, Того, Тунис, Центральная Африканская Республика, Чад, Экваториальная Гвинея).

Для целей руководства пенитенциарной системой в составе министерства юстиции образуется специальный департамент, напрямую подотчетный министру юстиции. В разных странах существуют различные названия данного государственного органа: Федеральная служба исполнения наказаний в России; Агентство по уголовным наказаниям в Финляндии; Центральный комитет тю-

²⁰⁶ См.: Официальный сайт Исправительной Службы Канады. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.csc-scc.gc.ca/text/lins-eng.shtml>.

²⁰⁷ King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

²⁰⁸ Chomil Kamal, The Probation Service in Singapore, UNAFEI Resource Material Series No. 67, p. 64. Доступно в Интернете по адресу: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no67/04_Ms.Kamal__p61-p74.pdf.

ремной службы в Польше; Национальное агентство исправительных учреждений (НАИУ) в Нидерландах.

Структура и организация службы исполнения наказаний также может варьироваться от страны к стране. Например, в Финляндии Агентство по уголовным наказаниям, возглавляемое генеральным директором, состоит из двух служб: службы пробации и тюремной службы. Первая – занимается исполнением общественных санкций, в том числе надзором за условно-осужденными несовершеннолетними, исполнением наказания в форме общественных работ, надзором за условно-досрочно освобожденными лицами, и других наказаний, не связанных с лишением свободы. Вторая – занимается исполнением приговоров, связанных с лишением свободы, а также содержанием под стражей арестованных обвиняемых до приговора суда. В Нидерландах НАИУ возглавляется генеральным директором и ей предоставлена определенная степень свободы в реализации исправительных программ и политики Агентства. НАИУ ежегодно отчитывается перед министерством юстиции и обсуждает бюджет, цели и задачи, которые должны быть выполнены в следующем году. Работа НАИУ отражается в ежегодных планах и отчетах. Структурно НАИУ состоит из четырех основных отделов: (а) отдел тюремной службы; (б) отдел ювенальных учреждений; (в) отдел клиник-тюрем; (г) специальный отдел. В компетенцию отдела тюремной службы входит управление следственными изоляторами, а также всеми видами тюрем, которые варьируются от тюрем с максимальным режимом охраны, полуоткрытых тюрем и до открытых тюрем. Отдел ювенальных учреждений отвечает за администрирование исправительных центров для несовершеннолетних. Отдел клиник-тюрем руководит специальными медицинскими центрами для лиц, совершивших общественно-опасные деяния и признанных полностью либо частично недееспособными²⁰⁹. Примечательно, что хотя бюджетные средства в Нидерландах на службу пробации выделяются министерством юстиции, сами программы осуществляются тремя негосударственными агентствами: отделом пробации Армии спасения, который в основном работает с бездомными людьми и несовершеннолетними; Организацией по защите психического здоровья, которая работает с людьми, страдающими от алкогольной и наркотической зависимости; а также Национальной службой пробации, которая насчитывает более 60 офисов от 11 до 15 служащих в каждом. Распределением бюджетных средств и координацией этих агентств занимается Голландский фонд по пробации²¹⁰.

Подобное разделение службы пробации и системы исполнения наказаний, связанных с лишением свободы применялось до 1973 года в Дании. С 1951 по 1973 годам в Дании функции службы пробации несла негосударственная организация, Датское общество социального обеспечения (*Danish Welfare Society*), осуществлявшая эту деятельность за счет частных пожертвований²¹¹. В 1973 году служба пробации полностью перешла в компетенцию Министерства юстиции Дании. Основными причинами этой реформы являлись, во-первых, преимущество того, что исполнение всех наказаний осуществляется одним и тем же министерством, а во-вторых, то, что частных пожертвований уже не хватало для реализации программ пробации²¹².

2.3. Пенитенциарная система, управляемая объединенным министерством юстиции и внутренних дел

Так сложилось, что в некоторых странах нет отдельных министерств внутренних дел (полиции) и юстиции. Иными словами, в этих странах одно государственное ведомство выполняет функции как министерства юстиции, так и министерства внутренних дел. Данная модель используется в таких странах, как Андорра, Венесуэла, Мальта, Норвегия²¹³, Панама, Сальвадор, Суринам и

²⁰⁹ Department of Justice, National Agency of Correctional Institutions, Prisons, Detention Centres, Correctional Institutions for Juvenile Offenders, and Custodial Clinics and Forensic Psychiatric Hospitals in the Netherlands, Hague, 2002. Доступно в Интернете по адресу: http://www.dji.nl/hipe/uploads/071015133232/Corporate_brochure_engels.pdf.

²¹⁰ Tak, P.J.P. The Dutch criminal justice system: Organization and operation. 2nd ed. Boom Juridische uitgevers, 2003, p. 35.

²¹¹ Probation Service Systems in Europe. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.kriminalforsorgen.dk/>.

²¹² Там же.

²¹³ Доступно в Интернете по адресу: <http://www.regjeringen.no/en/dep/jd/About-the-Ministry-of-Justice-and-the-Po/Organization/Departments.html?id=490>.

Швейцария²¹⁴. Отсутствие отдельных министерств юстиции и полиции может объясняться рядом причин, в том числе относительной малочисленностью населения этих стран, кроме Венесуэлы.

2.4. Система исполнения наказаний, управляемая независимым государственным органом

На фоне подавляющего большинства стран мира, в которых система исполнения наказаний подотчетна либо министерству юстиции, либо министерству внутренних дел, встречаются крайне редкие случаи, когда система исполнения наказаний находится в ведении независимого государственного органа, подотчетного напрямую главе правительства или государства. Среди таких стран можно назвать Южную Африку и Украину.

До начала 1990-х исправительная система Южной Африки находилась под контролем Министерства юстиции²¹⁵. Однако реформы в начале 1990-х отделили пенитенциарную службу от Министерства юстиции и передали функции контроля за исполнением наказаний в компетенцию нового Департамента исправительной службы (*Department of Correctional Services*). Одновременно с этим государство ввело концепцию исправления некоторых категорий преступников вне пределов пенитенциарной системы при помощи общественного контроля. Эта реформа рассматривалась как более эффективная модель расходования бюджетных средств и как ответ на перенаселение тюрем. В течение первых лет работы нового Департамента исправительной службы пенитенциарная система претерпела следующие существенные изменения: изменился состав работников пенитенциарной системы и управления, в частности увеличилось представительство чернокожего населения; прошла демилитаризация пенитенциарной системы; были введены институты независимого контроля над департаментом исправительной службы, например, была создана должность судьи-инспектора. Представляется, что одним из факторов передачи тюремной системы из компетенции министерства юстиции и создание нового гражданского департамента исправительной службы является попытка нового южно-африканского правительства упразднить старую модель пенитенциарной системы, которая выполняла карательные функции против чернокожего населения страны в период апартеида. При этом поспешная замена старых кадров на новых работников не сопровождалась надлежащей подготовкой новых сотрудников, а демилитаризация была ошибочно расценена новыми работниками как отказ от дисциплины. Это в свою очередь негативно отразилось на эффективности работы независимого департамента в первые годы его существования²¹⁶.

2.5. Смешанная модель системы исполнения наказаний и содержания в предварительном заключении

В некоторых странах применяется смешанная модель организации системы исполнения наказаний и содержания в предварительном заключении. Одним из вариантов такой модели является система, при которой функции управления учреждениями, в которых содержатся заключенные под стражу, делятся между различными министерствами. Так, например, в Китае и Ираке, в компетенцию министерства юстиции входит управление пенитенциарными учреждениями, в которых содержатся осужденные лица, в то время как министерство внутренних дел отвечает за содержание лиц заключенных под стражу на этапе предварительного расследования и суда. Казахстан также входит в эту группу стран, так как часть мест предварительного заключения – изоляторы временного содержания – находятся под контролем МВД, а остальные – следственные изоляторы наряду с пенитенциарными учреждениями – в министерстве юстиции²¹⁷. Кроме того, следственный изолятор КНБ в Казахстане так и не был передан в министерство юстиции, что говорит о незавершенности организационной реформы пенитенциарной службы в Казахстане.

3. Позиция международных организаций (ОБСЕ, Совет Европы, Европейский союз) по вопросу подчиненности пенитенциарной системы

Позиция международных организаций относительно предпочтительности той или иной модели пенитенциарной системы очевидна. ОБСЕ в одном из своих отчетов прямо рекомендовала странам-участникам ОБСЕ следующие шаги в реформировании пенитенциарной системы:

²¹⁴ King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

²¹⁵ Доступно в Интернете по адресу: <http://www-dcs.pwv.gov.za/>.

²¹⁶ History of Transformation of Correctional System in South Africa. Доступно в Интернете по адресу: <http://www-dcs.pwv.gov.za/>.

²¹⁷ Доступно в Интернете по адресу: King's College London, International Centre for Prison Studies, World Prison Brief. <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php?search=T>.

(1) те страны-участницы ОБСЕ, которые до сих пор не передали систему исполнения наказаний из компетенции МВД в компетенцию министерства юстиции, должны рассмотреть вопрос о такой передаче в срочном порядке;

(2) те страны-участницы ОБСЕ, которые находятся в процессе передачи властных полномочий от МВД к министерству юстиции, должны продолжить данную реформу для того, чтобы изменить характер, мировоззрение и культуру исправительной службы;

(3) в особенности страны-участницы должны передать властные полномочия по управлению учреждениями предварительного заключения, так как разделение властей между органами, которые содержат обвиняемых и органами следствия наиболее актуально на стадии предварительного расследования;

(4) передача полномочий от МВД к министерству юстиции не должна сопровождаться разделением полномочий между органами управляющими местами предварительного заключения и тюрьмами; необходимо избежать существования двух различных ведомств, так как это создаст риск замедления реформы уголовного правосудия;

(5) структурные изменения в области управления пенитенциарной системой не являются самоцелью, а лишь средством для демилитаризации и демократизации исправительной службы;

(6) роль независимых национальных органов по правам человека, как, например омбудсмена, должна быть усилена в отношении пенитенциарной реформы; БДИПЧ/ОБСЕ должно совместно работать с этими органами с целью усиления их способностей по мониторингу пенитенциарной системы;

(7) страны-участницы ОБСЕ должны установить эффективную систему для мониторинга по соблюдению прав человека в местах заключения;

(8) страны-участницы ОБСЕ должны предоставить судебной власти полномочия по контролю над пенитенциарной системой и снизить роль прокуратуры в отношении контроля над пенитенциарной системой²¹⁸.

Таким образом, исходя из этого отчета, можно сделать вывод о том, что ОБСЕ рекомендует своим государствам-участникам использовать модель организации пенитенциарной системы, которая находится в компетенции министерства юстиции.

Аналогичной позиции придерживаются и представители Европейского союза. Так, например, Европейская миссия по оказанию технической помощи в системе правосудия в Албании (сокращенно EURALIS) в своем финальном отчете приветствовала передачу мест предварительного заключения из ведения полиции в компетенцию Министерства юстиции как важное достижение для албанской пенитенциарной системы²¹⁹. Кроме того, Европейская миссия рекомендовала албанскому правительству упразднить Главное тюремное управление, имеющее статус самоуправляемого агентства при Министерстве юстиции, и на его месте создать в структуре Министерства юстиции еще один департамент – Тюремное управление. По мнению Европейской миссии, данная реорганизация сделает систему тюремного управления более прозрачной и эффективной, будет способствовать коммуникации между Министерством юстиции и тюрьмами, гарантирует более динамичное развитие тюрем, а также снизит управленческие расходы пенитенциарной системы²²⁰.

Представители Совета Европы также неоднократно высказывали мнение о том, что передача властных полномочий по контролю и управлению пенитенциарной системой от МВД к министерству юстиции необходима для соответствия европейским стандартам по правам человека и выполнения международных обязательств странами-членами перед Советом Европы. В частности, Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) в своей резолюции 1277 от 2002 года «О выполнении Российской Федерацией своих обязательств» указала, что «Ассамблея также приветствует передачу 31 декабря 1998 года пенитенциарной системы из Министерства внутренних дел в ведение Министерства юстиции и призывает к дальнейшей демилитаризации тюремной службы»²²¹. С другой стороны, ПАСЕ неоднократно критиковала власти Украины за промедление в передаче пенитенциарной системы в ведение Минюста. В частности, в резолюции 1179 ПАСЕ указывала, что она «глубоко встревожена медленным выполнением Украиной тех обязательств, которые остались», в том числе тем, что «передача ответственности за пенитенциарную систему в Министерст-

²¹⁸ OSCE, Final Report of the Supplementary Human Dimension Meeting on Prison Reform, Vienna, 8-9 July 2002, p. 3-5. Доступно в Интернете по адресу:

<http://www.legislationline.org/upload/legislations/fe/4b/8a776f8548621786f43e71003532.pdf>.

²¹⁹ Доступно в Интернете по адресу: http://www.eurailus.org.al/recommendations/eng/eurailus_final_report.pdf.

²²⁰ Доступно в Интернете по адресу:

http://www.eurailus.org.al/recommendations/eng/1.Recommendations_for_the_management_reform_of_the_Albanian_Prison_System.pdf.

²²¹ Доступно в Интернете по адресу:

http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/%5BRussian_documents%5D/%5B2002%5D/%5BAvril2002%5D/ResoI_1277.asp.

во юстиции осуществляется медленно»²²². Затем в 2001 году в резолюции 1262 ПАСЕ указала: «11. Ассамблея предлагает украинским властям: i. подчинить государственное управление исполнения наказаний Министерству юстиции, завершить передачу Министерству юстиции мест предварительного заключения, которые по-прежнему находятся в ведении Министерства внутренних дел и других служб безопасности»²²³. Еще два года спустя в резолюции 1346 по Украине ПАСЕ призывала власти Украины «... завершить передачу всей системы исполнения наказаний в ведение Министерства юстиции, а также завершить передачу различных следственных изоляторов, все еще находящихся в системе Министерства внутренних дел и различных спецслужб, в ведение Государственного департамента исполнения наказаний»²²⁴.

Таким образом, можно сделать вывод, что международные организации, такие как ОБСЕ, Европейский союз и Совет Европы, выработали единую позицию относительно предпочтительной институциональной модели системы исполнения наказаний, которой является пенитенциарная система, управляемая Министерством юстиции.

3. Аргументы за сохранение пенитенциарной системы в ведении гражданского ведомства, Министерства юстиции

Любая реформа по реорганизации и реструктуризации государственных органов, в том числе органов пенитенциарной системы, должна сопровождаться глубоким анализом иностранного опыта, позиции международных организаций по правам человека, а также финансовой целесообразности такой реформы. Если казахстанское правительство намерено рассмотреть вопрос о создании независимого агентства по исполнению наказаний, то ему необходимо учесть следующие аргументы.

(1) Как указывалось выше в пункте 2 данной аналитической записки, в большинстве развитых демократических стран управление и контроль над пенитенциарными учреждениями осуществляется именно министерством юстиции. Сравнительный анализ институциональных моделей систем исполнения наказаний также показывает, что модель, при которой пенитенциарная система находится под контролем МВД, в основном распространена в недемократических странах. Что касается опыта стран, таких как ЮАР и Украина, в которых действует независимое агентство по исполнению наказаний, то он не может являться примером для Казахстана по ряду причин. Во-первых, как говорилось выше, ЮАР создала новый независимый от Министерства юстиции департамент исправительной службы в ходе реформ по демократизации и демилитаризации пенитенциарной системы, которая в период апартеида в ЮАР контролировалась Министерством юстиции. Таким образом, новое правительство ЮАР попыталось построить совершенно новую систему исправительной службы, которая бы не имела ничего общего со старым расистским режимом и государственным ведомством (Министерством юстиции), которое контролировало исполнение наказаний. При проведении этой радикальной реформы в первые годы существования нового независимого агентства сильно пострадала эффективность исправительной системы. Во-вторых, что касается опыта Украины, то создание в 1998 году Государственного департамента Украины по вопросам исполнения наказаний на базе Главного управления исполнения наказаний (ГУИН) МВД Украины как отдельной структуры, явилось компромиссной мерой, обеспечив в срочном порядке вывод пенитенциарной системы из структуры МВД. Украина на тот момент не была готова сразу передать пенитенциарную систему в Министерство юстиции, как того требовали международные обязательства Украины перед Советом Европы²²⁵. Таким образом, в отличие от большинства бывших советских республик, которые передали систему исполнения наказаний в компетенцию Министерства юстиции, Украина отложила проведение полноценной реформы пенитенциарной системы. До сегодняшнего момента сохраняется неопределенность в окончательном определении подведомственности системы исполнения наказаний на Украине. Однако можно предположить, что Украина все-таки выполнит требования Совета Европы в части передачи функций по исполнению наказания в Министерство юстиции²²⁶.

²²² Доступно в Интернете по адресу:

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta99/ERES1179.htm>.

²²³ Доступно в Интернете по адресу:

http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5bRussian_documents%5d/%5b2001%5d/%5bSept2001%5d/Reso11262.asp#TopOfPage.

²²⁴ Доступно в Интернете по адресу:

http://www.coe.int/T/r/Parliamentary_Assembly/%5bRussian_documents%5d/%5b2003%5d/%5bSept_2003%5d/Res%201346%20Rus.asp#TopOfPage.

²²⁵ Букалов О. П. Создание и функционирование самостоятельного государственного департамента по вопросам исполнения наказаний: опыт Украины. Аналитическая записка Центра исследования правовой политики. 2008 г.

²²⁶ Там же.

(2) Создание в Казахстане независимого агентства, не подчиняющегося Министерству юстиции, будет противоречить не только общепринятой практике в развитых демократических странах, но также позиции международных организаций, в том числе ОБСЕ, организации, в которой Казахстан будет председательствовать в 2010 году.

(3) Предоставление Комитету уголовно-исполнительной системы статуса независимого агентства снизит степень контроля над руководством и сотрудниками пенитенциарной системы в области соблюдения прав и свобод заключенных. Если Комитет будет входить в систему Правительства Республики Казахстан, его деятельность может быть менее прозрачной. Как показывает опыт Украины, самостоятельность ведомства по исполнению наказаний может способствовать его закрытости и милитаризации²²⁷.

(4) Создание нового государственного ведомства, департамента или министерства потребует дополнительных финансовых затрат.

Выводы

(1) В мире существует несколько институциональных моделей организации пенитенциарной системы, однако наиболее распространенной и демократичной моделью является пенитенциарная система, регулируемая министерством юстиции.

(2) Создание независимого ведомства по исполнению наказаний в Казахстане нецелесообразно ни по финансовым причинам, ни по каким-либо другим причинам. Наоборот данная реформа чревата тем, что пенитенциарная система приобретет более закрытый и неконтролируемый характер.

Канафин Д. К., к.ю.н., доцент

ОБЗОРНЫЙ ДОКУМЕНТ Юридическая профессия в Казахстане

1. Организация и структура юридической профессии²²⁸

Предметом настоящего исследования в первую очередь является организация и структура юридической профессии как деятельности, направленной на оказание правовой помощи гражданам и юридическим лицам, а также статус адвоката в Республике Казахстан. Кроме этого, в рамках настоящего анализа рассматриваются формы предоставления юридических услуг как разновидности свободной предпринимательской деятельности и правовое положение практикующих юристов²²⁹.

Принципиальное отличие правовой помощи от юридических услуг состоит в том, что такая помощь не направлена на получение прибыли, по своей природе носит компенсационный (т.е. направленный на восстановление нарушенных прав) характер и представляет собой часть механизма социального урегулирования правовых конфликтов с участием государства и гражданина²³⁰. В то время как предпринимательство это «инициативная деятельность граждан и юридических лиц, независимо от формы собственности, направленная на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары (работы, услуги), основанная на частной собственности (частное предпринимательство) либо на праве хозяйственного ведения государственного предприятия (государственное предпринимательство). Предпринимательская деятельность осуществляется от имени,

²²⁷ Там же.

²²⁸ Обзорный документ подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) 1 июля 2008 года.

²²⁹ Порядок организации научно-педагогической деятельности в сфере юридических отраслей знания не изучается в настоящем анализе, поскольку эта деятельность регулируется нормативными актами в области образования и науки и не является непосредственной правоприменительной практикой. Также за рамками исследования остается служба по юридической специальности в правоохранительных, судебных и иных государственных органах.

²³⁰ «Предназначение адвокатуры – содействие осуществлению правосудия, защита законных прав и свобод граждан, юридических лиц, представительство их законных интересов в судах и в отношениях с третьими лицами... Адвокатская помощь является разновидностью гуманитарной (общественной) деятельности, реализует важную социальную миссию и никак не может отождествляться с коммерцией и предпринимательством» // Открытое письмо адвокатов премьер-министру Республики Казахстан. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/our/news/news.asp?id=30200047>

за риск и под имущественную ответственность предпринимателя»²³¹. Исходя из этих отличий, в Республике Казахстан юридическая практика в негосударственном секторе может осуществляться в нескольких правовых режимах.

1. Юристы могут состоять в штате предприятий, учреждений и организаций и согласно своим должностным обязанностям обслуживать работодателя в пределах полномочий, предоставленных им законодательством. В этом случае правовое положение юристов ничем не отличается от статуса наемных работников, регулируется трудовым законодательством и в специальном изучении в рамках настоящего исследования не нуждается.

2. Юристы имеют право заниматься частной практикой и оказывать правовые услуги физическим и юридическим лицам как индивидуально, так и посредством создания юридических компаний и фирм. В Казахстане работают также представительства международных юридических корпораций. Гражданским и налоговым законодательством эта деятельность воспринимается как разновидность предпринимательской.

3. Юристы, при соответствии квалификационным требованиям, могут работать в качестве адвокатов. Статья 1 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» (далее – «Закон») позволяет определить ее как «деятельность адвокатов по защите по уголовным делам, представительству по гражданским, административным, уголовным и другим делам, а также по оказанию иных видов юридической помощи в целях защиты и содействия в реализации прав, свобод и законных интересов граждан, а также прав и законных интересов юридических лиц»²³². При этом закон прямо говорит, что юридическая помощь, оказываемая адвокатами в рамках осуществляемой ими адвокатской деятельности, не является предпринимательской деятельностью²³³.

Различия между организацией предпринимательской деятельности в сфере юридических услуг и принципами работы адвокатуры носят кардинальный характер.

Юридические услуги предоставляются в соответствии с положениями действующего гражданского, налогового и иного законодательства, определяющего правовые отношения в сфере бизнеса. Частнопрактикующие юристы могут выбрать несколько форм осуществления своей деятельности: зарегистрироваться в качестве индивидуального предпринимателя или учредить с этой целью юридическое лицо (фирму, компанию и т. п.). Порядок правового регулирования данной деятельности и формы ее налогообложения существенно не отличаются от общих установленных для предпринимательства в сфере услуг.

Адвокатская деятельность в нормативно-правовых актах регламентирована более подробно. Так, в частности, ст. 4 Закона определяет виды юридической помощи, оказываемой адвокатами, к числу которых относят:

1) дачу консультаций, разъяснений, советов и письменных заключений по вопросам, разрешение которых требует профессиональных юридических знаний;

2) составление исковых заявлений, жалоб и других документов правового характера;

3) представительство и защиту физических и юридических лиц в органах дознания, предварительного следствия, судах, в государственных и иных органах, организациях и в отношениях с гражданами, а также иную юридическую помощь, не запрещенную законодательством. Указанная статья Закона прямо говорит, что «профессиональная защита по уголовным делам осуществляется только адвокатами»²³⁴.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что с содержательной стороны правовая помощь, оказываемая адвокатами, шире по своему объему юридических услуг, поскольку охватывает собой помимо юридического обслуживания и представительства по гражданским и административным делам, также защиту в уголовном судопроизводстве. Однако особый правовой статус адвокатуры обусловлен специфической социальной функцией, которую она осуществляет. В соответствии со ст. 13 Конституции Республики Казахстан: «Каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно»²³⁵. Именно на адвокатуру государством возложена обязанность оказывать эту помощь гражданам. В отличие от предпринимателей в сфере юридического бизнеса, адвокаты не могут отказаться от исполнения данной обязанности. Кроме этого, в целом ряде случаев эта помощь является бесплатной для граждан. Порядок оказания бесплатной помощи будет нами подробно рассмотрен ниже.

²³¹ См. пункт 1. ст. 10 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть). Доступно в Интернете по адресу: http://base.zakon.kz/doc/lawyer/?uid=A5BFB30C-122C-4E4F-949D-04233C9F8C46&doc_id=1006061.

²³² См. Закон Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности». Доступно в Интернете по адресу: <http://base.zakon.kz/result.asp?uid=4AFD5595-4390-483F-9754-CC1760659BEA&fromclass=1&class=2325&language=rus>.

²³³ Там же.

²³⁴ Там же.

²³⁵ Конституция Республики Казахстан. Доступно в Интернете по адресу:

http://base.zakon.kz/doc/lawyer/?uid=CB8D6DF4-60E4-43DE-A24F-DAE02F9BAD4B&doc_id=1005029.

В связи с тем, что адвокатура играет особую роль во всем механизме правового регулирования, закон подробно описывает формы организации профессиональных защитников и их правовой статус. Основным звеном адвокатуры в Казахстане являются коллегии адвокатов. В соответствии со ст. 20 закона коллегия адвокатов «является некоммерческой, независимой, профессиональной, самоуправляемой и самофинансируемой организацией адвокатов, создаваемой для оказания квалифицированной юридической помощи физическим и юридическим лицам, для выражения и защиты прав и законных интересов адвокатов, выполнения иных функций, установленных настоящим законом». В Казахстане на республиканском уровне действует общественное объединение адвокатов – Союз адвокатов Казахстана, который, однако, какими-либо властно-распорядительными полномочиями по отношению к коллегиям адвокатов не обладает и выполняет лишь представительскую функцию. В принципе коллегии являются автономными в своей деятельности, какие-либо иные структуры, правомочные руководить адвокатурой в Казахстане, отсутствуют.

На территории области, города республиканского значения, столицы может быть образована и действовать только одна коллегия адвокатов, которая не вправе создавать свои структурные подразделения (филиалы и представительства) на территории другой области, города республиканского значения, столицы. Наименование коллегии адвокатов должно включать в себя название административно-территориальной единицы, на территории которой она создана (ст. 20 Закона).

Членство в коллегии адвокатов является обязательным. При наличии лицензии адвоката и признании устава коллегии в приеме в коллегия не может быть отказано. Отказ в приеме в члены коллегии адвокатов может быть обжалован в судебном порядке (ст. 27 Закона).

Согласно Закону (ст. 20) коллегия адвокатов создается лицами, имеющими право на занятие адвокатской деятельностью. Специальное разрешение государственных органов на создание коллегии адвокатов не требуется. Однако в действительности на момент принятия закона в 1997 году в большинстве регионов Казахстана уже действовали коллегии адвокатов, которые были сформированы еще в советское время и практически сохранили свой статус неизменным. Таким образом, законодатель разделил сферы юрисдикции адвокатских формирований, но при этом не ограничил право адвокатов защищать своих доверителей по всей территории Республики Казахстан. Адвокат вправе работать в любой административно-территориальной единице нашей страны, если он соблюдает надлежащим образом свои обязательства по отношению к коллегии, членом которой состоит, и выполняет требования налогового законодательства.

Основными задачами коллегии адвокатов являются:

- 1) содействие, профессиональная помощь и защита членов коллегии при осуществлении ими адвокатской деятельности;
- 2) материально-техническое и справочно-информационное обеспечение деятельности членов коллегии;
- 3) организация профессионального контроля за осуществлением адвокатской деятельности;
- 4) организация оказания бесплатной юридической помощи и защиты по назначению органов предварительного следствия и суда (ст. 20 Закона).

Деятельность коллегии регулируется уставом, который в соответствии с законом должен предусматривать:

- 1) наименование, предмет и цели деятельности коллегии адвокатов;
- 2) права и обязанности членов коллегии адвокатов;
- 3) порядок приема в члены коллегии адвокатов, приостановления и прекращения членства;
- 4) структуру коллегии адвокатов, порядок формирования и компетенцию ее органов;
- 5) порядок создания и деятельности юридических консультаций;
- 6) источники образования имущества и порядок распоряжения им;
- 7) порядок уплаты членских взносов;
- 8) порядок оказания адвокатами бесплатной юридической помощи и порядок распределения между адвокатами юридической помощи по назначению суда, органов дознания и предварительного следствия;
- 9) порядок проведения аттестации адвокатов;
- 10) дисциплинарную ответственность членов коллегии адвокатов и стажеров адвокатов и порядок привлечения к ней;
- 11) порядок возбуждения ходатайства о лишении лицензии адвоката;
- 12) порядок реорганизации и ликвидации коллегии адвокатов;
- 13) судьбу имущества при ликвидации коллегии адвокатов (ст. 21 Закона).

Высшим органом коллегии адвокатов является общее собрание (конференция) членов коллегии, ее исполнительным органом – президиум, контрольным органом – ревизионная комиссия. В случаях, предусмотренных уставом, в коллегии адвокатов могут быть созданы другие органы, действующие на основании положений, принимаемых общим собранием (конференцией) членов коллегии адвокатов (ст. 22 Закона).

Общее собрание вправе решать любые вопросы деятельности коллегии адвокатов. К его исключительной компетенции относятся:

- 1) принятие устава коллегии адвокатов и решений о внесении изменений в устав;
- 2) избрание президиума, председателя президиума, ревизионной комиссии, председателя ревизионной комиссии;
- 3) избрание других предусмотренных уставом органов и их руководителей, утверждение положений об этих органах;
- 4) заслушивание и утверждение отчетов о деятельности органов коллегии адвокатов, руководителей и работников коллегии адвокатов;
- 5) установление порядка распоряжения имуществом коллегии адвокатов;
- 6) установление ставок членских взносов;
- 7) рассмотрение жалоб адвокатов на решения органов, руководителей и работников коллегии адвокатов;
- 8) досрочный отзыв руководителей и работников коллегии адвокатов.

Общее собрание созывается не реже одного раза в год президиумом коллегии адвокатов и правомочно принимать решения при наличии двух третей от общего числа членов коллегии адвокатов или соответственно состава избранных делегатов конференции. По требованию ревизионной комиссии или не менее одной четвертой от общего числа членов коллегии председатель коллегии обязан в течение тридцати дней созвать общее собрание (ст. 23 Закона).

Основным исполнительным органом коллегии в периоды между общими собраниями является президиум коллегии адвокатов. Президиум коллегии адвокатов и председатель президиума избираются тайным голосованием сроком на четыре года.

Президиум коллегии адвокатов:

- 1) организует работу коллегии адвокатов по оказанию юридической помощи физическим и юридическим лицам, в том числе юридической помощи, оказываемой адвокатами за счет средств государственного бюджета в случаях, предусмотренных законодательством Республики Казахстан;
- 2) организует исполнение решений общего собрания (конференции), созывает общее собрание (конференцию);
- 3) защищает профессиональные и иные права адвокатов;
- 4) осуществляет прием в члены коллегии адвокатов, исключает из членов коллегии, организует подготовку стажеров адвокатов;
- 5) организует работу по проверке поступивших от физических и юридических лиц жалоб (представлений) на действия адвоката;
- 6) рассматривает материалы о дисциплинарных проступках адвокатов и налагает на виновных лиц дисциплинарные взыскания;
- 7) организует проведение аттестации адвокатов и работу по повышению их профессиональной квалификации;
- 8) в случаях, предусмотренных законом, возбуждает ходатайства перед Министерством юстиции Республики Казахстан о лишении лицензии адвоката;
- 9) проводит мероприятия по повышению профессионального уровня адвокатов, анализирует, обобщает и распространяет положительный опыт работы;
- 10) организует ведение кодификационно-справочной работы, самостоятельно либо совместно с Министерством юстиции Республики Казахстан разрабатывает и издает методические пособия и рекомендации по вопросам адвокатской деятельности;
- 11) создает юридические консультации, назначает и освобождает от должности заведующих ими и решает иные вопросы деятельности коллегии адвокатов, кроме отнесенных к исключительной компетенции общего собрания (конференции) членов коллегии адвокатов (ст. 24 закона).

За нарушение требований закона и других нормативных правовых актов, устава коллегии адвокаты могут быть привлечены к дисциплинарной ответственности. Дисциплинарное производство относится к компетенции президиума коллегии адвокатов. Меры дисциплинарного взыскания, порядок их применения, снятия и обжалования определяются уставом коллегии адвокатов (ст. 30 Закона).

Контрольно-ревизионным органом коллегии адвокатов является ревизионная комиссия, которая избирается общим собранием (конференцией) членов коллегии сроком на четыре года, проводит ревизию финансово-хозяйственной деятельности коллегии адвокатов, юридических консультаций, адвокатских контор, а также финансовой деятельности адвокатов, практикующих индивидуально (ст. 26 Закона).

Адвокат вправе самостоятельно выбрать форму осуществления адвокатской деятельности. Согласно Закону (ст. 19) адвокат вправе осуществлять свою деятельность через юридическую консультацию либо учредить самостоятельно или совместно с другими адвокатами адвокатскую контору, а также работать индивидуально без регистрации юридического лица.

Юридическая консультация создается президиумом коллегии адвокатов для организации работы по оказанию юридической помощи, является структурным подразделением (филиалом) колле-

гии адвокатов, имеет печать и угловой штамп с обозначением своего наименования и принадлежности к соответствующей коллегии адвокатов, иную атрибутику, необходимую для организации оказания юридической помощи. Юридической консультацией руководит заведующий, назначаемый президиумом коллегии адвокатов (ст. 32 Закона).

Адвокатская контора является некоммерческой организацией в форме учреждения и создается членами (членом) коллегии адвокатов в целях обеспечения материальных, организационно-правовых и иных условий оказания адвокатами юридической помощи. Адвокатская контора, учрежденная одним адвокатом, осуществляет свою деятельность на основании устава, при создании адвокатской конторы несколькими адвокатами учредительным документом может быть также и учредительный договор. Учредитель (учредители) адвокатской конторы обязан в десятидневный срок после ее государственной регистрации письменно уведомить об этом соответствующую коллегию адвокатов и предоставить в ее распоряжение учредительные документы адвокатской конторы. Специальное разрешение государственных органов на создание адвокатских контор не требуется (ст. 33 Закона).

Адвокат, принявший решение осуществлять профессиональную деятельность индивидуально, без образования юридического лица уведомляет об этом коллегию адвокатов. В уведомлении указываются фамилия, имя, отчество адвоката, его постоянное место нахождения. Он вправе иметь расчетный и иные счета в банках, личную печать, штампы, личные бланки (ст. 33-1 Закона).

Таким образом, наиболее организованной частью юридического сообщества является адвокатура. Очевидно, что такое положение вещей сложилось не только и не столько в силу сознательности самих адвокатов, но и в связи с заинтересованностью государства в сохранении эффективного управления процессом оказания правовой помощи, особенно той ее части, которая предоставляется за счет государственного бюджета. Тем не менее, в настоящее время можно констатировать, что адвокатура в Республике Казахстан, с одной стороны, сохранила определенную институциональную независимость от государства, а с другой, находится в достаточно подробно регламентированном правовом поле, которое четко определяет ее социальную функцию и место в системе правовых отношений.

2. Допуск к профессии

Для работы в качестве частнопрактикующего юриста кроме диплома о наличии специального образования законом не предъявляется каких-либо дополнительных требований. Юристы, трудящиеся таким образом, не обладают особым правовым статусом, на них не распространяется, например, право на свидетельский иммунитет, право на неприкосновенность делопроизводства, уголовно-правовая защита и т.п. Ранее до 2005 года для оказания платных юридических услуг, не связанных с адвокатской деятельностью, требовалось получение лицензии. Однако, Постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 июля 2005 года № 773 это правило было отменено²³⁶.

Приобретение статуса адвоката намного сложнее. Согласно ст. 7 Закона адвокат – это гражданин Республики Казахстан, имеющий высшее юридическое образование, получивший лицензию на право осуществления адвокатской деятельности, обязательно являющийся членом коллегии адвокатов и оказывающий юридическую помощь на профессиональной основе в рамках адвокатской деятельности. Адвокатом не может быть лицо, имеющее судимость за умышленное преступление, признанное в установленном порядке недееспособным или ограниченно дееспособным, исключенное из коллегии адвокатов, уволенное из правоохранительных органов за совершение дисциплинарного проступка, – в течение одного года со дня увольнения, а также лицо, действие лицензии которого прекращено.

Лицензия адвоката, выдается Министерством юстиции Республики Казахстан на основе решения аттестационной комиссии юстиции, и представляет собой разрешение заниматься адвокатской деятельностью. Лицензия является генеральной, постоянной, и ее действие распространяется на всю территорию Республики Казахстан (ст. 9 Закона)²³⁷. Лицензия выдается гражданам Республи-

²³⁶ См. Постановление Правительства Республики Казахстан от 25 июля 2005 года № 773 «О внесении изменений и признании утратившими силу некоторых решений Правительства Республики Казахстан» // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

²³⁷ В соответствии с п. 3 ст. 9 Закона лица, сдавшие квалификационные экзамены в Квалификационной коллегии юстиции Республики Казахстан (экзамен на соответствие должности судьи – Д.К.), постоянные судьи и лица, работавшие постоянными судьями, за исключением судей, освобожденных от должности судьи за порочащие проступки и нарушения законности при исполнении своих обязанностей могут получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации. Прокуроры, следователи и дознаватели, проработавшие в органах прокуратуры, следствия и дознания не менее десяти лет, за исключением уволенных по отрицательным мотивам, освобождаются от сдачи экзаменов после прохождения стажировки в коллегиях адвокатов.

ки Казахстан, имеющим высшее юридическое образование, прошедшим аттестацию в Аттестационной комиссии Министерства юстиции и стажировку сроком от трех месяцев до одного года в коллегии адвокатов у адвоката, имеющего стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет, в порядке и на условиях, определенных коллегией адвокатов²³⁸.

Правила прохождения аттестации лицами, претендующими на занятие адвокатской деятельностью, утверждены Постановлением Правительства Республики Казахстан от 25 сентября 2001 года № 1235²³⁹. Согласно подпунктам 2 и 3 данного постановления лица, претендующие на право занятия адвокатской либо нотариальной деятельностью, проходят аттестацию в Аттестационной комиссии юстиции (далее – Комиссия), создаваемой Министерством юстиции и формируемой из представителей органов юстиции Республики Казахстан, Союза адвокатов Республики Казахстан, Республиканской нотариальной палаты и ученых-юристов. Состав Аттестационной комиссии юстиции и Регламент ее работы утверждается министром юстиции Республики Казахстан. Аттестация проводится Комиссией по мере необходимости, но не реже одного раза в квартал. Претендент, допущенный к аттестации, проходит тестирование на знание действующего законодательства. Комиссия обеспечивает объективность проведения, стандартность условий, времени, подсчета результатов и содержания тестирования. Аттестация состоит из двух этапов:

- 1) сдача компьютерного теста на знание законодательства;
- 2) проверка знаний претендента по экзаменационным билетам.

В ходе тестирования используются тесты на знание действующего законодательства Республики Казахстан, различные по своему содержанию и объему, отдельно для претендентов на право занятия адвокатской и нотариальной деятельностью. Перечень вопросов, подлежащих включению в тесты, составляется и утверждается Комиссией. Вопросы для оценки знаний претендентов должны соответствовать тематике отраслей и дисциплин права, знание которых необходимо для осуществления соответствующей профессиональной деятельности. Тесты должны содержать не менее трех вариантов ответа с одним правильным. Тестирование претендентов на право занятия адвокатской либо нотариальной деятельностью проводится раздельно. Претендент вправе по своему выбору пройти тестирование на государственном или русском языках. При этом претендент должен письменно подтвердить свой выбор. Претенденты должны быть заранее ознакомлены с порядком проведения аттестации, продолжительностью и содержанием процедуры отбора претендентов.

Тестирование проводится с использованием компьютерной техники. Перед началом тестирования претендент получает подробный инструктаж по прохождению тестирования. При прохождении тестирования не допускается использование претендентом справочной, специальной и иной литературы, а также каких-либо записей. В случае нарушения претендентом указанных требований он отстраняется Комиссией от тестирования.

Подсчет правильных ответов тестирования производится автоматически, при помощи используемой компьютерной программы. Результаты тестирования распечатываются на принтере в двух экземплярах и предоставляются претенденту для ознакомления путем проставления личной подписи. Один экземпляр листа с результатами тестирования вручается претенденту, второй - передается Комиссии. Претендент считается прошедшим тестирование, если количество правильных ответов составляет 70 и более процентов от общего числа предложенных вопросов и допускается ко второму этапу. Претендент считается не прошедшим тестирование, если количество правильных ответов составляют менее 70 процентов от общего числа предложенных вопросов.

При проверке знаний претендента по экзаменационным билетам используются билеты различные по своему содержанию, отдельно для претендентов на право занятия адвокатской и нотариальной деятельностью. Билеты составляются и утверждаются Комиссией. Вопросы для оценки знаний претендентов должны соответствовать тематике отраслей и дисциплин права, знание которых необходимо для осуществления соответствующей профессиональной деятельности. Билеты должны содержать по три вопроса. Аттестационные билеты запечатываются в конверты, скрепляемые печатью министерства юстиции. Конверты, в которых содержатся аттестационные билеты, подлежат вскрытию на аттестации председателем Аттестационной комиссии юстиции в присутствии аттестуемых и членов Аттестационной комиссии юстиции. На подготовку аттестуемым ответов на вопросы экзаменационных билетов отводится не более 10 минут. Правильность ответов аттестуемого на вопросы, оглашенные и прокомментированные аттестуемым устно, оценивается членами Комиссии по пятибалльной системе. Каждый член Комиссии оценивает ответы аттестуемого (независимо от других). По итогам второго этапа председательствующий производит

²³⁸ См. ст. 9 Закона, а также Квалификационные требования, предъявляемые при лицензировании адвокатской деятельности. Утв. Постановлением Правительства Республики Казахстан № 454 от 2 июня 2007 года // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

²³⁹ См. Постановление Правительства Республики Казахстан № 1235 от 25 сентября 2001 года «Об утверждении Правил прохождения аттестации лицами, претендующими на право занятия адвокатской либо нотариальной деятельностью» // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

подсчет результатов, выставленных членами Комиссии, которые затем складываются и делятся на число всех присутствующих членов Комиссии. Оценки членов Комиссии, а также средние баллы, набранные аттестуемым по вопросам билета, отражаются в протоколе Комиссии. Претендент считается прошедшим аттестацию, если общий средний балл составил не менее четырех баллов. Претендент, набравший по вопросам менее четырех баллов, считается не аттестованным. По результатам тестирования и/или ответов на экзаменационные вопросы Комиссия выносит мотивированное решение об аттестации либо о не аттестации не позднее чем на следующий день после проведения аттестации. Решение Комиссии составляется в двух экземплярах, один из которых остается в аттестационном деле, другой - выдается по требованию претендента в день вынесения решения. На заседании Комиссии обязательно ведется протокол, в котором отражаются: дата, время и место заседания, фамилия, имя, отчество аттестуемого, результат тестирования, номер и содержание экзаменационного билета, ответы аттестуемого, оценки, выставленные членами Комиссии, и средние баллы по вопросам билета, а также решение Комиссии. Решение комиссии может быть обжаловано в установленном законодательством порядке²⁴⁰.

Министерство юстиции Республики Казахстан ведет Государственный реестр лицензий на право заниматься адвокатской деятельностью в соответствии с положением о нем, утверждаемым Министерством юстиции Республики Казахстан, и публикует в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Республики Казахстан, сведения о выдаче лицензий, приостановлении действия лицензий, лишении и прекращении действия лицензий адвокатов (ст. 9 Закона).

Несмотря на то, что в действующих нормативных актах процедура проведения аттестации кандидатов на получение лицензии описана довольно подробно, некоторые вопросы остаются недостаточно четко урегулированными, что создает определенные трудности и неясности в практике аттестации. Так, например, порядок создания Аттестационной комиссии и регламент ее работы не опубликованы в открытых источниках. В этой связи у юридической общественности возникает вопрос о том, какое соотношение государственных служащих, представителей гражданского общества и профессиональных организаций в ее составе, каким образом эти лица рекомендуются в комиссию, на каких условиях принимают участие в ее работе и, следовательно, насколько указанные лица самостоятельны в своих действиях и зависит ли от их мнения окончательно принимаемое решение? Автор настоящего анализа как заместитель руководителя Центра стажировки и повышения квалификации Алматинской городской коллегии адвокатов осведомлен о том, что стажеры, проходившие аттестацию, высказывали нарекания по поводу несовершенства этой процедуры и наличия возможностей для манипулирования ее результатами. Так, например, после ответа на вопросы тестов, кандидат получает только распечатку количества правильных и неправильных ответов, но не может ознакомиться со сведениями о том, на какие конкретно вопросы он ответил тем или иным образом. Следовательно, у него нет возможности проверить достоверность отражения компьютером данных им ответов. В этих условиях у некоторых кандидатов возникали сомнения в правильности оценки, либо в отсутствии постороннего влияния на работу вычислительной машины. Кроме этого, высказывались претензии по порядку проверки знаний кандидатов на основе экзаменационных билетов. Согласно официальной процедуре кандидат может узнать оценку комиссией своих ответов на следующий день. На практике ему сообщают номер телефона, по которому следует дозвониться. Однако в действительности иногда возникают проблемы с получением соответствующей информации.

В этой связи было бы целесообразно предусмотреть такой порядок ознакомления с результатами компьютерного тестирования, при котором кандидат мог бы получить распечатку своих ответов с указанием тех из них, которые были верными. В целях сохранения конфиденциальности тестовых вопросов, можно изымать распечатку после ее изучения кандидатом, выдавая ему справку, аналогичную той, которая предоставляется в настоящее время. Желательно сообщать оценку ответов на билеты непосредственно в день прохождения аттестации.

Недостаточная транспарентность процедуры аттестации, а также сильный контроль за ее осуществлением со стороны Министерства юстиции вызывают критику со стороны адвокатского общества и предложения передать право отбора кадров для адвокатуры самой адвокатуре²⁴¹. В обществе и среди специалистов высказывается мнение о недостаточности адвокатов в Казахстане²⁴². Однако процесс пополнения адвокатского корпуса идет довольно медленно. По свидетель-

²⁴⁰ См. раздел 3 Постановления Правительства Республики Казахстан от 25 сентября 2001 года № 1235 «Об утверждении Правил прохождения аттестации лицами, претендующими на право занятия адвокатской либо нотариальной деятельностью» // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

²⁴¹ См.: Тугел А.К. Совершенствование адвокатуры в системе оказания квалифицированной юридической помощи, в том числе бесплатной. // Совершенствование системы бесплатной юридической помощи, гарантированной государством. Мат. кругл. стола. – Астана, 2007. – С. 37-38.

²⁴² Так, в интервью газете «Литер» вице министр юстиции Республики Казахстан Д. Кусдавлетов сказал следующее:

ству председателя Комитета по организации правовой помощи и оказанию юридических услуг населению Министерства юстиции Республики Казахстан Кожамжарова Т. Ж. на 22 мая 2007 года в стране работало 3325 адвокатов²⁴³. В ходе исследования эксперту не удалось обнаружить более свежих данных о количестве действующих адвокатов. Причин слабого роста количества адвокатов несколько. Несмотря на то, что время от времени Аттестационная комиссия проводит выездные заседания, многие кандидаты из регионов вынуждены для прохождения аттестации выезжать в Астану, что требует определенных материальных и временных затрат. В случае неудачи, такого рода трудности приходится переживать неоднократно. Обладателям лицензии, желающим вступить в коллегию, необходимо внести первый членский взнос, размер которого в некоторых коллегиях превышает тысячу долларов США. Для некоторых юристов это довольно большая сумма. В этих условиях, многие из претендентов на вступление в ряды адвокатского сообщества вынуждены отказаться от этой идеи в связи с ее затратностью.

3. Стоимость оказания услуг и юридической помощи

В соответствии со ст. 5 Закона размер оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, устанавливается письменным соглашением адвоката с лицом, обратившимся за помощью. Это означает, что адвокат и его доверитель вольны сами выбирать размер и порядок оплаты правовой помощи по делам, оплачиваемым частным способом. Адвокаты называют такие дела «делами по соглашению», отличая их от дел «по назначению», работа по которым финансируется из государственного бюджета. Гонорарная практика адвокатов по делам «по соглашению» носит весьма дифференцированный характер, так как зависит от уровня квалификации, репутации, востребованности юриста, а также финансовых возможностей лица, обратившегося за правовой помощью. В нормативных актах не предусмотрен минимальный или максимальный размер гонорара по делам этой категории. Иными словами, цена вопроса определяется рыночным способом. Аналогичным образом построены финансовые отношения между юристами и их клиентами в сфере оказания правовых услуг. В принципе консультирование, защита и представительство доступны для большей части населения, поскольку всегда есть возможность получить помощь юриста в приемлемом для любого гражданина ценовом диапазоне. Для малоимущих и иных социально уязвимых слоев населения предусмотрено оказание такой помощи бесплатно.

В случаях, предусмотренных законодательством, оплата юридической помощи, оказываемой адвокатом, командировочных, транспортных и других его расходов производится по постановлениям органов дознания, предварительного следствия и определениям судов из бюджетных средств (ст. 5 Закона).

Ст. 6 Закона устанавливает случаи, когда адвокаты должны оказывать юридическую помощь бесплатно для доверителей по их просьбе:

1) истцам в судах первой инстанции при ведении дел о взыскании алиментов, о возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой;

2) участникам Великой Отечественной войны и лицам, приравненным к ним, военнослужащим срочной службы, инвалидам I и II групп, пенсионерам по возрасту при даче консультаций, если они не связаны с вопросами предпринимательской деятельности;

3) гражданам при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий;

4) гражданам при даче консультаций по вопросам реабилитации.

«- В Казахстане на одного адвоката приходится пять тысяч подзащитных, в то время как в России — 2000, а в США — 300 человек. Как так получилось?»

- Мало это или много? А сколько нужно? Всего нами выдано 6730 лицензий на право занятия адвокатской деятельностью. 51 из них отозвана. С начала этого года получили разрешающий документ еще 516 человек. На действия адвокатов поступило 54 жалобы, из них подтвердились доводы в отношении 23. Двум предъявлены обвинения в совершении умышленных преступлений. Работают-то лишь 3200! Виновато опять-таки устаревшее положение, которое позволяет нынешним судьям, прокурорам и следователям получать лицензию адвоката, действие которой бессрочное. Большинство запасаются ею на всякий случай, авось на пенсии пригодится. А ведь 11 сельских районов республики в настоящее время не охвачены адвокатским обслуживанием на постоянной основе. Раньше адвокаты представляли защиту лишь по уголовным делам. Что касается гражданских и административных, то здесь роль играет доверие. То есть клиент сам волен решать, воспользоваться ему услугами защитника или нет. Я не знаю, в чем причина: правовой нигилизм или наши люди знают законы как свои пять пальцев. Мне кажется, общество только идет к тому, что со временем адвокат будет нужен каждой семье». Адвокаты и нотариусы сродни сапожнику без сапог. // Доступно в Интернете по адресу: <http://www.liter.kz/print.php?lan=russian&id=151&pub=2428>.

²⁴³ См.: Совершенствование системы бесплатной юридической помощи, гарантированной государством. Мат. кругл. стола. — Астана, 2007. — С. 64.

Закон говорит, что граждане с учетом их материального положения могут быть освобождены от оплаты юридической помощи президиумом коллегии адвокатов, заведующим юридической консультацией, владельцем адвокатской конторы и адвокатом, осуществляющим свою деятельность индивидуально без регистрации юридического лица (ст. 6).

Следует признать, что реализация данной нормы закона на практике носит большей частью формальный характер, поскольку этой же статьей закона оплата такой юридической помощи возложена на коллегии адвокатов и адвокатские конторы. Поскольку бюджет коллегий (и контор) формируется из членских взносов самих адвокатов и, как правило, является весьма ограниченным, организовать сколько-нибудь серьезное оказание правовой помощи нуждающимся гражданам за счет коллегий не представляется возможным. Коллегии также не проявляют в этом вопросе особого рвения, поскольку разумно полагают, что предоставление правовой помощи социально уязвимым слоям населения должно происходить от имени и за деньги государства, а не посредством эксплуатации ресурсов профессионального сообщества. Предлагаемая ст. 6 процедура организации правовой помощи не соответствует элементарным принципам социальной справедливости, поскольку обязывает адвокатов оказывать правовую помощь за счет взносов, вносимых в коллегии ими самими и их товарищами.

В отличие от случаев, перечисленных в ст. 6 Закона, порядок оплаты труда адвоката «по назначению» в уголовном и административном законодательстве достаточно подробно урегулирован в действующем законодательстве и подзаконных нормативных актах.

В соответствии со ст. 72 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее УПК РК) участие защитника может быть обеспечено органом, ведущим уголовный процесс, в следующих случаях (71 УПК РК):

- 1) об этом ходатайствует подозреваемый или обвиняемый;
- 2) подозреваемый или обвиняемый не достиг совершеннолетия;
- 3) подозреваемый или обвиняемый в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;
- 4) подозреваемый или обвиняемый не владеет языком, на котором ведется судопроизводство;
- 5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначено лишение свободы на срок свыше десяти лет, пожизненное лишение свободы либо смертная казнь;
- 6) к обвиняемому применен арест в качестве меры пресечения или он принудительно направлен на стационарную судебно-психиатрическую экспертизу;
- 7) между интересами подозреваемых или обвиняемых, один из которых имеет защитника, имеются противоречия;
- 8) в производстве по уголовному делу участвует представитель потерпевшего (частного обвинителя) или гражданского истца;
- 9) при рассмотрении дела в суде участвует государственный обвинитель;
- 10) обвиняемый находится вне пределов Республики Казахстан и уклоняется от явки в органы предварительного следствия²⁴⁴.

В административном производстве государственный орган обязан обеспечить обязательное участие защитника, если:

- 1) об этом ходатайствует лицо, привлекаемое к административной ответственности;
- 2) лицо, привлекаемое к административной ответственности, в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;
- 3) лицо, привлекаемое к административной ответственности, не владеет языком, на котором ведется производство;
- 4) в материалах дела есть данные, позволяющие полагать, что лицу, привлекаемому к административной ответственности, могут быть назначены принудительные меры медицинского характера;
- 5) лицо, привлекаемое к административной ответственности, является несовершеннолетним (ст. 589 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях)²⁴⁵.

В соответствии со ст. 114 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан судья при подготовке дела к судебному разбирательству или суд при рассмотрении дела вправе, исходя из имущественного положения гражданина, освободить его полностью или частично от оплаты юридической помощи и отнести расходы по оплате труда адвоката за счет государства²⁴⁶.

Согласно ст. 304 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан после принятия заявления о признании гражданина недееспособным судья назначает официального представите-

²⁴⁴ Доступно в Интернете по адресу: http://base.zakon.kz/doc/lawyer/?uid=8B9D4023-733B-46E6-A008-EC00D71A62D6&doc_id=1008442.

²⁴⁵ Доступно в Интернете по адресу:

²⁴⁶ Доступно в Интернете по адресу: http://base.zakon.kz/doc/lawyer/?uid=8B9D4023-733B-46E6-A008-EC00D71A62D6&doc_id=1006061.

ля-адвоката для представления и защиты им интересов гражданина в процессе по возбужденному делу. Официальный представитель-адвокат обладает полномочиями законного представителя. В соответствии с законодательством, регулирующим деятельность адвокатуры, юридическая помощь такого адвоката предоставляется бесплатно²⁴⁷.

Таким образом, чтобы получить помощь адвоката за счет государственного бюджета в уголовном и административном процессах гражданину достаточно заявить соответствующее ходатайство. В гражданском судопроизводстве решение о предоставлении защитника (кроме случаев признания гражданина недееспособным) остается на усмотрение суда.

Размер и порядок оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатом, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет государственного бюджета устанавливаются Правительством Республики Казахстан²⁴⁸. Не вдаваясь во все нюансы этой достаточно сложной процедуры, в общих чертах ее можно описать следующим образом.

Орган, ведущий процесс, установив необходимость участия адвоката, выносит об этом соответствующее постановление, обязательное для исполнения коллегией адвокатов. На основании данного постановления руководство коллегии или юридической консультации направляет адвоката для участия в производстве по делу. По окончании своей работы, либо по окончании каждого месяца, если процесс длится дольше, адвокат обращается с заявлением об оплате правовой помощи в орган, в производстве которого находилось дело. На основании этого заявления выносится постановление (определение) об оплате, в котором указываются сведения о должностном лице, вынесшем данное решение, номер, наименование дела, место, дата и время его рассмотрения; фамилия, имя, отчество лица, освобожденного от оплаты юридической помощи; фамилия, имя, отчество адвоката, выполнившего поручение, номер и дата выдачи ордера, удостоверяющего его полномочия; виды юридической помощи, оказанной адвокатом, с указанием даты и времени, написанного по часам, и суммы, подлежащей оплате; а также иная необходимая информация.

Один экземпляр постановления или определения приобщается к материалам уголовного или гражданского дела либо дела об административном правонарушении, второй экземпляр вручается адвокату, принявшему участие по делу, для представления в коллегию адвокатов. По представлению адвокатами второго экземпляра постановления или определения коллегия адвокатов составляет заявку о количестве часов и сумме средств, подлежащих финансированию за счет средств республиканского бюджета, и направляет ее в территориальный орган администратора соответствующей республиканской бюджетной программы. По поступлении заявки территориальный орган направляет информацию о сумме средств, подлежащих выплате адвокатам, администратору соответствующей республиканской бюджетной программы не позднее 10 числа следующего за отчетным, а за декабрь - не позднее 20 числа отчетного месяца²⁴⁹. В среднем, размер оплаты труда адвоката по делам по назначению равен 1/21 минимального размера месячной заработной платы, что в настоящее время составляет примерно 4 доллара США.

Проблема совершенствования системы правовой помощи, оказываемой за счет республиканского бюджета (в настоящее время в Казахстане обсуждается на самом высоком уровне), стала объектом полемики не только в профессиональной среде, но и активно освещается в средствах массовой информации, интересуется весьма широкие слои населения. Основные претензии, высказываемые в настоящее время в адрес правовой помощи, предоставляемой за счет республиканского бюджета, заключаются в ее невысоком качестве, несвоевременности и ненадлежащей доступности для лиц, в ней нуждающихся. Существующее положение вещей, как правило, объясняется низкой оплатой труда адвоката, отсутствием у граждан ясной информации о порядке и формах предоставления такой помощи, не транспарентности процедуры привлечения адвокатов по уголовным и административным делам, наличием стойких коррупционных связей между отдельными адвокатами и сотрудниками правоприменительных органов, пробельным и неточным регулированием в законодательстве механизмов получения бесплатной юридической помощи по гражданским делам, нежеланием правоохранительных органов в полном объеме обеспечивать право на защиту привлеченных к ответственности лиц. Работа адвоката, оказывающего юридическую помощь за счет республиканского бюджета, оплачивается по невысокой ставке. Кроме этого, порядок ее таков, что на предварительном следствии учет времени и окончательное согласование суммы, подлежащей выплате адвокату, работавшему по назначению, осуществляет сам орган уголовного преследования, то есть процессуальный противник защитника по данному делу. В некоторых слу-

²⁴⁷ Там же.

²⁴⁸ См. Постановление Правительства Республики Казахстан от 26 августа 1999 года № 1247 «О Правилах оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет средств республиканского бюджета» // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

²⁴⁹ Более подробно см.: Правила оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет средств республиканского бюджета. Утв. Постановлением Правительства Республики Казахстан от 26 августа 1999 года № 1247 // Доступ из справ.-правовой системы «Юрист».

чаях, принципиальная позиция адвоката, защищавшего своего доверителя, вступление его в профессиональный конфликт со следователем, в связи с нарушением последним прав подзащитного, подача жалоб, ходатайств могут послужить неформальной причиной для не признания в полном объеме реально потраченного рабочего времени адвоката и, соответственно, сокращения размера сумм, подлежащих выплате. В судебных стадиях процесса постановление об оплате труда защитника выносит суд, который тоже далеко не всегда заинтересован в активной работе такого юриста. Получается довольно странная с точки зрения нормальной логики и унижительная для адвоката процедура, когда, оказав правовую помощь гражданину по и без того весьма низкой ставке, он вынужден потом выпрашивать у своих процессуальных визави согласие на оплату собственного труда. Безусловно, подобного рода частности не способствуют обеспечению качественной правовой помощи по делам, оплачиваемым за счет республиканского бюджета, и указанный порядок нуждается в реформировании.

При этом следует признать, что коллегии адвокатов вполне справляются с организацией оказания правовой помощи гражданам. В принципе благодаря усилиям президиумов коллегий, почти каждый гражданин, нуждающийся в правовой помощи, получает доступ к адвокату. Проблемы в сфере оказания правовой помощи нуждаются в комплексном решении и требуют особого анализа в рамках самостоятельного исследования. Поскольку вопрос совершенствования правовой помощи, оказываемой за счет государственного бюджета, непосредственным образом связан с направлением реформирования всей адвокатуры, отдельные аспекты этой дискуссии будут рассмотрены нами в следующем разделе.

4. Реформа адвокатуры

Вопрос о реформировании адвокатуры периодически поднимается в юридической среде и обсуждается как часть общей дискуссии о судебной-правовой реформе в государстве. О необходимости повышения статуса адвокатуры говорил Президент Казахстана²⁵⁰. За последние три года Парламентом было рассмотрено несколько законопроектов о внесении изменений и дополнений в законодательство об адвокатской деятельности. Наиболее острым аспектом данной дискуссии является вопрос о совершенствовании системы оказания правовой помощи за счет государственного бюджета. Следует признать, что со стороны участников дискуссии, несмотря на высказываемую порой в адрес адвокатуры критику, конкретных предложений о том, как улучшить эту сферу правовых отношений не поступало. Отдельными чиновниками, правда без уточнения деталей и описания общего видения концепции, упоминалась идея создания муниципальной адвокатуры, под которой в действительности понималась государственная адвокатура, несколько схожая с государственными юридическими бюро, применявшимися в России²⁵¹. Предлагалось передать функцию оказания правовой помощи, оплачиваемой за счет государственного бюджета, именно этим «муниципальным» адвокатам. Адвокатура изначально восприняла эту идею как довольно сомнительную. Во-первых, весьма странно обнаружить «муниципальных» адвокатов в стране, где вообще нет муниципалитетов, и местное самоуправление носит в определенной степени декоративный характер. Особенно с учетом того, что правовая помощь оплачивается из республиканского, а не регионального бюджета. Во-вторых, приходится признать, что сама идея государственной адвокатуры противоречит правовой природе этого института. Адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека. Поэтому адвокатура определяется как институт гражданского общества и в специальной литературе четко обособляется от государства²⁵². Идея создания «государственной» адвокатуры противоречит основным принципам оказания правовой помощи, особенно по уголовным делам. Согласно теории разделения властей, лежащей в основе демократического государственного устройства власть делится на три самостоятельные ветви: законодательную, исполнительную и судебную. Государственные органы, составляющие две последние ветви, соответственно осуществляют уголовное преследование и судебное рассмотрение уголовных дел. Следовательно, защиту от уголовного преследования должна осуществ-

²⁵⁰ См.: Послание президента Республики Казахстан Н.А. Назарбаева народу Казахстана. Февраль 2005 г. // Доступно в Интернете по адресу: http://www.akorda.kz/www/www_akorda_kz.nsf/sections?OpenForm&id_doc=643BC94235F0D2DF462572340019E606&lang=ru&L1=L2&L2=L2-22.

²⁵¹ См. Аты-баты, воюют адвокаты. // Республиканская общественно-политическая газета «Око». – 2006. – 24 февр.; также доступно в Интернете по адресу: <http://www.oko.kz/index.php?cont=long&id=64&year=2006&today=24&month=02>.

²⁵² «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди «свободной профессии». Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве». Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.: Юрист, 2007. – С. 83.

влять другая – независимая сторона, не входящая в систему государственных органов и представляющая собой институт гражданского общества. В наших реалиях таким институтом может выступать только адвокатура, как свободная, самокупаемая, самоуправляемая организация профессиональных защитников.

В числе частных идей по совершенствованию адвокатуры высказывались предложения «на законодательном уровне установить тарифы на каждую категорию дел в зависимости от их сложности и разработать законодательный механизм запрета на получение гонорара сверх установленных тарифов»²⁵³. По мнению Союза адвокатов, «это противоречит основным принципам рыночной экономики, в соответствии с которыми размер финансового вознаграждения за выполненную работу определяется частными лицами самостоятельно с учетом востребованности такого рода услуг в определенных сегментах хозяйственной жизни, качеством оказанной правовой помощи, размером трудозатрат и иными показателями. Введение каких-либо фиксированных ставок здесь практически не осуществимо, поскольку заранее определить объем проделанной работы адвоката по каждому конкретному делу просто невозможно, ибо многообразие и инвариантность юридических ситуаций не позволяют сформулировать некие общие универсальные правила учета и оплаты адвокатского труда. Введение таких правил станет грубейшим вторжением государства в сферу частных деловых отношений, неоправданно ограничит инициативу юристов, приведет к излишней формализации работы адвокатов, что в конечном итоге станет причиной снижения качества оказываемой правовой помощи и сокращению числа адвокатов. Свобода определения размера гонорара всегда являлась стимулом к совершенствованию адвокатского мастерства, сохранению юристом своей репутации и неукоснительному следованию правилам профессиональной этики. Ограничение этой свободы подорвет финансовую основу профессии и выдавит из состава сословия наиболее деятельных и активных представителей, что станет очередным толчком к деградации адвокатского сообщества»²⁵⁴.

Очевидно, что власть государства на фиксирование размеров оплаты труда адвокатов должна распространяться только на дела, защита и представительство по которым оплачиваются за счет республиканского бюджета. Следует отметить, что в настоящее время государство устанавливает порядок и суммы компенсации за оказанную правовую помощь по делам «по назначению», не рыночным способом, вменяя адвокатуře обязанность работать в этой сфере на приемлемых для бюджета условиях. Здесь не применяются такие распространенные формы взаимодействия государства и бизнеса как государственные закупки, когда контрагенты в состоянии находить взаимовыгодные варианты сотрудничества. Правовую помощь государство «покупает» у адвокатуры по демпинговому ценам, не очень заботясь о том насколько этот обмен выгоден для адвокатов. При этом адвокаты не имеют права отказаться от этой «трудовой повинности». Очевидно, такое положение вещей можно воспринимать как часть социального договора между государством и адвокатурой, где профессиональное сообщество порой в ущерб своему материальному благосостоянию обеспечивает гарантированное государством право на квалифицированную помощь, но в обмен на это пользуется особым правовым (в том числе налоговым) статусом. Однако вмешательство государства в сферу таких сугубо частных и рыночных отношений как гонорарная практика по делам «по соглашению» не уместна и нецелесообразна.

В одном из рассмотренных Парламентом законопроектов предлагалось объединение ныне автономных коллегий адвокатов в Союз адвокатов, членство в котором становилось бы обязательным для профессиональных защитников. При этом предполагалось запретить создание аналогичных адвокатских объединений. Однако эта идея оказалась нежизнеспособной. Конституционный совет Республики Казахстан признал, что «Поскольку функции и полномочия данного Союза адвокатов законом не определены, а продекларированные цели его создания носят общий характер и не могут быть признаны исключительными... запрет на образование других, помимо Союза адвокатов, организаций и органов с аналогичными функциями и полномочиями необоснованно ограничивает конституционное право адвокатов, являющихся гражданами республики, на свободу объединений». В результате этого проект закона был признан не соответствующим Конституции, и в настоящее время коллегии являются основными структурами адвокатского сообщества. Возможно, концентрация управленческого звена на региональном уровне является самой оптимальной формой самоорганизации, поскольку только так можно добиться эффективного обеспечения основных демократических принципов существования адвокатских сообществ: выборности и сменяемости органов управления, их подотчетности коллективу, невмешательства в деятельность адвокатов, коллегиальности и своевременности принятия решений, а также гарантировать должную защиту прав и законных интересов адвокатов, организацию правовой помощи гражданам, и решение других важных вопросов.

²⁵³ Жукенов А. Обвинение и защита: как достичь паритета? // Казахстанская правда. – 2006. – 5 апр.

²⁵⁴ Из аналитической записки, подготовленной членами Президиума Союза адвокатов Казахстана, для переписки с государственными органами (в открытых источниках не опубликовано). Текущий архив автора.

Следует признать, что в настоящее время присутствует некоторое напряжение в отношениях между коммерческими юристами и адвокатурой, поскольку в одном из вариантов соответствующего законопроекта предлагалось запретить участие юристов, не являющихся адвокатами, в судебных процессах по гражданским делам²⁵⁵. Частнопрактикующие юристы восприняли это как попытку адвокатуры монополизировать рынок и принудить их вступить в свое сообщество, тем самым улучшив материальное и кадровое состояние коллегий. В данный момент указанные нормы не вошли в окончательный текст законопроекта, находящегося в Парламенте и обсуждение этого вопроса приостановилось. В действительности сращивание адвокатуры и элиты юридического бизнеса способствовало бы повышению качества адвокатского корпуса, повысило бы профессиональный уровень и конкуренцию среди профессиональных защитников. Однако, очевидно, что объединение этих двух сегментов юридической профессии должно происходить добровольно, на основе взаимного уважения и кооперации, без излишнего административного давления извне.

Независимая сильная адвокатура - надежный помощник каждого в защите его прав и интересов, неотъемлемый элемент нормальной юридической системы современной цивилизованной страны. Адвокатура не должна быть псевдодемократической декорацией, придавленной чиновничьим своеволием. Адвокатура это жизненно важная часть гражданского общества, стоящая на страже законности и либеральных ценностей. Любые кардинальные трансформации в этой области должны быть осуществлены на основе сотрудничества государства, общества и профессионального объединения адвокатов с учетом мнения всех участников этих сложных правовых отношений.

Хакимов Р.М., к. ю. н.

ОБЗОРНЫЙ ДОКУМЕНТ Юридическая профессия в Кыргызстане²⁵⁶

1. Организация и структура юридической профессии

Представителей юридической профессии²⁵⁷ в Кыргызской Республике на сегодняшний день можно разделить на две группы:

- адвокаты;
- частнопрактикующие юристы²⁵⁸.

Такая структура сложилась после обретения страной независимости и изменения законодательства Кыргызстана, регулирующего эти вопросы.

Между адвокатами и частнопрактикующими юристами в Кыргызстане можно выделить следующие отличия:

- в зависимости от доступа к профессии:

- адвокатом может быть гражданин Кыргызской Республики, имеющий лицензию на право занятия адвокатской деятельностью, и для допуска к профессии претенденту необходимо сдать квалификационный экзамен на право занятия адвокатской деятельностью²⁵⁹;
- для занятия частной практикой достаточно иметь диплом о высшем юридическом образовании установленного государственного образца. Дополнительных требований закон не устанавливает.

- в зависимости от допуска к категориям дел:

- по уголовным делам, в качестве защитников на следствии участвуют только адвокаты. В суде в качестве защитника могут быть допущены близкие родственники и законные представители подсудимого²⁶⁰;

²⁵⁵ См. Кушкарин М. О запрете частнопрактикующим юристам на ведение дел в судах и предложениях по совершенствованию системы правосудия. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/our/news/news.asp?id=30074789>.

²⁵⁶ Обзорный документ подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) 1 июля 2008 года.

²⁵⁷ В данном документе термин «юридическая профессия» относится к практикующим юристам за исключением судей, прокуроров, а также нотариусов.

²⁵⁸ К ним мы относим лиц, имеющих высшее юридическое образование работающих как по контрактам в организациях, так и занимающихся самостоятельно юридической практикой.

²⁵⁹ Статья 4 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года. – Эркин Тоо. – 1993. – 3 ноября.

- частнопрактикующие юристы не могут быть защитниками по уголовным делам, однако закон не запрещает им оказывать консультационные услуги по данной категории дел.

- **- в зависимости от гарантий независимости осуществления профессиональной деятельности:**

- для адвокатов, закон предоставляет серьезные гарантии независимости. В частности, проникновение в жилище или рабочее помещение адвоката, в используемый им транспорт, производство в них осмотра, обыска, выемки, личный досмотр или личный обыск адвоката, наложение ареста на его имущество, осмотр и выемка его почтово-телеграфной корреспонденции, прослушивание его телефонных и других переговоров, привод, задержание и арест адвоката могут производиться не иначе как по постановлению прокурора либо по определению суда. Адвокат не может быть подвергнут личному обыску или личному досмотру при выполнении им своих профессиональных обязанностей. Уголовное дело в отношении адвоката в связи с его профессиональной деятельностью может быть возбуждено, а арест санкционирован только Генеральным прокурором Кыргызской Республики либо его заместителем. Адвокат в связи с его профессиональной деятельностью может быть привлечен в качестве обвиняемого только по постановлению указанных прокуроров. Информация о возбуждении уголовного дела в отношении адвоката, привлечении его в качестве обвиняемого, а также о его задержании или заключении под стражу незамедлительно сообщается высшему органу профессионального общественного объединения адвокатов Кыргызской Республики. Адвокат не может быть привлечен к дисциплинарной, гражданско-правовой, административной или уголовной ответственности за высказанное им при выполнении профессиональных функций мнение, за сделанное заявление в суде либо перед правоохранительным органом, а также за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями и этическими нормами²⁶¹. Кроме того, закон запрещает ограничение свободы передвижения адвоката, если переезд необходим ему в целях оказания юридической помощи, кроме случаев, предусмотренных законом. Адвокат не подлежит вызову и допросу в качестве свидетеля об обстоятельствах, которые входят в предмет адвокатской тайны. Адвокат не вправе давать объяснения и показания об этих обстоятельствах, а также предоставлять о них какие-либо материалы для использования в оперативно-розыскной деятельности, судопроизводстве, административном и другом производстве в правоохранительных органах. Полученные от адвоката объяснения, показания и материалы, связанные с оказанием юридической помощи, не могут быть признаны доказательствами. Запрещается вмешательство в адвокатскую деятельность в любых формах и со стороны любых органов, организаций, учреждений, предприятий, должностных и других лиц²⁶². Также уголовное законодательство устанавливает ответственность за воспрепятствование профессиональной деятельности защитника²⁶³.

- для частнопрактикующих юристов закон не содержит такого рода гарантий.

- в зависимости от требований соблюдения профессиональной этики:**

- для регулирования вопросов, связанных с этическими нормами Министерством юстиции утверждены Правила профессиональной этики адвокатов²⁶⁴, которыми руководствуется Квалификационная комиссия Министерства юстиции Кыргызской Республики по приему квалификационного экзамена у лиц, претендующих на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью при рассмотрении проступков адвокатов и наложении дисциплинарных взысканий.

для частнопрактикующих юристов таких правил не установлено.

- в зависимости от необходимости государственной регистрации:**

- все лица, получившие лицензию на право занятия адвокатской деятельностью, вносятся в Государственный реестр адвокатов²⁶⁵, который ведет Министерство юстиции Кыргызской Республики. Данные реестра также публикуются на сайте Министерства юстиции²⁶⁶. Он содержит: фамилию, имя, отчество адвоката, его адрес, дату выдачи лицензии, номер лицензии, наименование и

²⁶⁰ Часть 2 ст. 44 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики от 30 июня 1999 года. – Эркин Тоо. – 1999. – 21 июля.

²⁶¹ Статья 16 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года. – Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

²⁶² Статья 17 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года – Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

²⁶³ Статья 318-1 Уголовного кодекса Кыргызской Республики от 1 октября 1997 года. – Эркин Тоо. – 1998. – 24 окт.

²⁶⁴ Правила профессиональной этики адвокатов. Утв. Приказом Министерств юстиции Кыргызской Республики от 21 мая 2003 года N 73 // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

²⁶⁵ Ст. 11 Закона КР «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 г. – Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

²⁶⁶ Доступно в Интернете по адресу: www.minjust.gov.kg.

юридический адрес адвокатского учреждения, образец печати, изготовленной в установленном порядке.

- частнопрактикующие адвокаты государственной регистрации не подлежат. Поэтому достаточно сложно подсчитать, сколько человек занимается частной юридической практикой в Кыргызстане.

1.1. Профессиональные организации юристов

Законодательство Кыргызской Республики не устанавливает для адвокатов обязательного членства в каких-либо организациях или объединениях. Более того, одним из принципов адвокатской деятельности является добровольность членства в профессиональном общественном объединении адвокатов²⁶⁷. О принципе добровольности членства в профессиональном объединении говорят и Правила профессиональной этики адвоката²⁶⁸. Многие адвокаты входят сразу в несколько объединений, другие же не состоят ни в одном. В отношении частнопрактикующих юристов, законодательство также не устанавливает необходимости вхождения в профессиональную организацию. Исходя из добровольности участия юристов и адвокатов в профессиональных общественных организациях в Кыргызстане таких организаций зарегистрировано достаточно много.

Наиболее известными из профессиональных организаций юристов являются:

- Общественное объединение «Ассоциация «Юристы Кыргызстана»;
- Общественное объединение «Союз адвокатов Кыргызской Республики»;
- Общественное объединение «Молодые юристы Юга».

Общественное объединение «Ассоциация «Юристы Кыргызстана» было зарегистрировано Министерством юстиции Кыргызстана 8 августа 1995 года. На сегодняшний день оно одно из самых известных и многочисленных профессиональных объединений юристов. Оно создано с целью объединения юристов различных профессий для выполнения следующих задач:

- защиты и представительства интересов объединения и представителей юридических профессий;
- содействия правовому обучению и ознакомлению с законодательством Кыргызской Республики;
- обеспечения членов объединения информацией и материалами, необходимыми в их практической деятельности;
- содействия совершенствованию профессиональных качеств юриста;
- участия в правовых реформах по совершенствованию законотворческого процесса на основе прогрессивных правовых концепций, повышения правовой культуры и правового воспитания;
- установления и укрепления профессиональных связей с аналогичными объединениями, в том числе других стран;
- проведения конференций, симпозиумов, круглых столов, обучающих семинаров, способствующих укреплению профессионального статуса юриста;
- издания бюллетеней, газет, журналов правового характера, участия в создании кино-, видео-, телефильмов;
- проведения благотворительных акций;

В соответствии с уставом организации, органами управления являются:

- Общее собрание членов, которое является высшим органом управления;
- Правление – руководящий орган объединения между общими собраниями;
- Исполнительный директор – исполнительный орган объединения.

Ежегодное общее собрание проводится не позднее 25 декабря отчетного года, однако возможно проведение и внеочередных собраний. К компетенции общего собрания относятся:

- внесение изменений и дополнений в устав;
- определение приоритетных направлений деятельности объединения, порядок использования его имущества;
- избрание и отзыв членов правления и его председателя, а также председателя на будущий год и членов ревизионной комиссии;
- утверждение годового отчета о деятельности объединения и годового баланса;
- принятие решения о создании филиалов и представительств и об участии в деятельности других юридических лиц;

²⁶⁷ Статья 3 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года. – газета «Эркин Тоо». – 1999. – 3 нояб.

²⁶⁸ Правила профессиональной этики адвокатов. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 21 мая 2003 г. N 73 // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

- принятие решений о реорганизации и ликвидации объединения, назначение ликвидационной комиссии.

Кроме того, общее собрание вправе принимать решения по любым иным вопросам деятельности Объединения.

Правление общественного объединения «Ассоциация «Юристы Кыргызстана» избирается общим собранием сроком на один год в составе 9 человек открытым или тайным голосованием. В рамках своей компетенции правление:

- вносит на рассмотрение общего собрания предложения по внесению изменений и дополнений в устав объединения;
- разрабатывает и утверждает внутренние нормативные документы объединения, планы работ; осуществляет прием и исключение из членов объединения;
- принимает и увольняет исполнительного директора объединения;
- утверждает структуру и штатное расписание персонала объединения;
- приостанавливает полномочия председателя правления;
- утверждает положения о филиалах и представительствах, назначает их руководителей, утверждает смету и штатное расписание филиала (представительства);
- формирует комитеты объединения по различным направлениям деятельности.

Исполнительный директор объединения нанимается правлением по контракту, является штатным работником аппарата объединения и ответственен в своей деятельности перед правлением. В его компетенцию входит:

- без доверенности представляет интересы объединения в отношениях с юридическими и физическими лицами, заключает гражданско-правовые сделки, выдает доверенности;
- обеспечивает организационную работу и финансово-хозяйственную деятельность Объединения;
- распоряжается в пределах своих полномочий имуществом и средствами объединения, открывает счета в банковских учреждениях;
- нанимает на работу и увольняет работников аппарата объединения, применяет к ним меры поощрения и дисциплинарного взыскания;
- организует ведение бухгалтерского, оперативного и статистического учета и отчетности, несет ответственность за их достоверность;
- выполняет другие функции, отнесенные правлением к его компетенции.

Интересным моментом в деятельности общественного объединения «Ассоциация «Юристы Кыргызстана» является работа комитетов. Они создаются по различным направлениям права и законодательства правлением из числа членов объединения в количестве на менее пяти человек, которые специализируются в той или иной области права. В комитетах обсуждаются вопросы соответствующего права и законодательства, готовят предложения и проекты для принятия новых нормативно-правовых актов либо по внесению изменений и дополнений в действующие акты.

Особенностью данного профессионального объединения является то, что членами объединения могут быть граждане Кыргызской Республики, иностранные граждане и лица без гражданства, имеющие юридическое образование, признающие устав организации, участвующие в его деятельности и уплачивающие членские взносы²⁶⁹. Членские взносы, на сегодняшний день составляют 400 сом (примерно 11.4 доллара США) в год.

По данным на 2008 год, в реестре объединения состоят 347 членов по всей стране. Из них:

- судьи – 14 человек;
- адвокаты – 54 человека;
- преподаватели – 79 человек;
- частнопрактикующие юристы – 113 человек;
- прокуроры – 4 человека;
- нотариусы – 18 человек;
- государственные служащие – 47 человек;
- представители других организаций²⁷⁰.

Членами общественного объединения «Ассоциация «Юристы Кыргызстана» кроме юристов, работающих в г. Бишкек, являются представители из следующих регионов: Нарынская область – 3 чел., Чуйская область – 2 чел., Иссыкульская обл. – 2 ч., г. Ош – 1 ч., Республика Казахстан – 1 чел.

Общественное объединение «Союз адвокатов Кыргызской Республики» было образовано после проведения общереспубликанского съезда адвокатов Кыргызстана и зарегистрировано в Министерстве юстиции Кыргызской Республики в сентябре 2002 года. Организация является профессиональным общественным объединением адвокатов Кыргызстана, основанным на принципах

²⁶⁹ Интервью с сотрудниками общественного объединения «Ассоциация «Юристы Кыргызстана».

²⁷⁰ Там же.

добровольности членства в профессиональном объединении, саморегуляции, демократичности и коллегиальности и действующим на некоммерческой основе, не преследуя целей извлечения прибыли от своей деятельности и объединяя адвокатов Кыргызской Республики на основе общности их профессиональных интересов независимо от их расовой и национальной принадлежности, языка, пола, религии и социального происхождения.

В соответствии с уставом, основной целью общественного объединения «Союз адвокатов Кыргызской Республики» является реформирование адвокатуры как важнейшего института защиты прав и законных интересов граждан и юридических лиц, гарантированных Конституцией Кыргызской Республики, совершенствование системы и процедур обеспечения защиты прав человека, формирование новой правовой концепции, направленной на создание стройной системы, обеспечивающей дальнейшее поступательное развитие демократических процессов в республике.

Основными задачами данного объединения являются:

- обеспечение высоких стандартов адвокатского мастерства, профессиональной этики, единства и сотрудничества адвокатов;
- защита профессиональных и социальных прав адвокатов, их свобод, чести и достоинства;
- пропаганда призванных мировым сообществом принципов и гарантий независимости адвокатуры;
- содействие развитию юридической науки, повышению правовой культуры населения;
- расширение и укрепление профессиональных и культурных связей адвокатов разных регионов;
- содействие реформированию эффективного и осведомленного диалога между сторонами гражданского общества с целью поддержания устойчивого развития экономических и социальных благ населения;
- разработка концепции реформирования и социально-экономического развития института адвокатуры республики и методов ее реализации;
- построение правового государства, определяющего главным приоритетом реальное соблюдение прав и законных интересов граждан, гарантированных им Конституцией Кыргызской Республики;
- повышение роли адвокатов в современном обществе и государстве;
- совершенствование деятельности адвокатов по защите прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц и оказания им квалифицированной юридической помощи;
- защита профессиональных и социальных прав адвокатов, их авторитета, чести и достоинства;
- проведение мероприятий по повышению квалификации, научно-методической работы по совершенствованию профессионального мастерства адвокатов, повышению правовой культуры;
- подготовка молодых специалистов;
- подготовка и издание брошюр, пособий, журналов, методических рекомендаций, сборников нормативных правовых актов, монографий;
- участие совместно с уполномоченными органами государственной власти в законотворческой деятельности, в подготовке и обсуждении проектов законов и иных нормативных правовых актов, касающихся деятельности адвокатов;
- представительство членов объединения (адвокатов) в государственных органах и общественных организациях республики, в предусмотренных законодательством случаях;
- привлечение к деятельности Объединения различных организаций, представителей общественности на местном и республиканском уровне и соответствующих государственных ведомств;
- развитие международных связей адвокатов Кыргызской Республики.

Органом управления Общественного объединения «Союз адвокатов Кыргызской Республики» являются:

- Съезд членов объединения;
- Правление;
- Исполнительный директор;
- Ревизионная комиссия.

Высшим органом управления объединения является съезд его членов. К компетенции съезда относится решение следующих вопросов:

- утверждение устава объединения и внесение в него изменений и дополнений;
- определение приоритетных направлений деятельности объединения адвокатов, порядка использования его имущества;
- избрание и утверждение структуры и штатного расписания аппарата объединения;
- заслушивание и утверждение отчетов правления и ревизионной комиссии;
- утверждение сметы доходов и расходов;

- утверждение методических рекомендаций и указаний;
- избрание членов ревизионной комиссии;
- решение о создании филиалов и представительств;
- реорганизация и ликвидация объединения;
- обсуждение профессиональных вопросов адвокатской деятельности.

Съезд вправе также принимать решения по любым вопросам деятельности объединения. Съезд проводит свои заседания не реже одного раза в два года.

Правление – коллегиальный орган управления объединением, осуществляющий общее руководство его деятельностью в период между съездами членов объединения. Правление избирается на съезде членами объединения открытым голосованием сроком на два года в количестве 15 человек.

К компетенции правления объединения относится:

- реализация решений съезда;
- утверждение финансового плана объединения и внесение в него изменений;
- определение и утверждение размеров вступительных и членских взносов;
- вынесение на рассмотрение съезда предложения по изменениям и дополнениям в устав

Объединения;

- распоряжение средствами объединения в соответствии со сметой в пределах, определяемых съездом;
- разработка и внесение на рассмотрение съезда внутренних документов объединения;
- внесение предложения о формировании комитетов по направлениям права, заслушивание отчетов председателей комитетов о проделанной работе;
- по предложению общего собрания разработка проектов положений о филиалах, представительствах и юридических консультациях;
- прием и исключение из членов объединения.

Руководство правлением осуществляет председатель правления и его заместители.

Председатель правления и заместители председателя избираются членами правления на заседании правления из его членов сроком на два года. Председатель правления подотчетен в своей деятельности съезду. Председатель правления не может избираться на должность более двух сроков подряд.

Исполнительный директор является единоличным исполнительным органом, нанимаемый правлением по контракту, является штатным работником объединения и ответственен в своей деятельности перед правлением.

Компетенция исполнительного директора:

- представляет интересы объединения во всех предприятиях, фирмах и организациях;
- распоряжается имуществом и средствами объединения и финансовыми средствами в пределах своих полномочий;
- заключает договоры (контракты), открывает в банках расчетные и другие счета, издает приказы и распоряжения, дает указания для всех работников объединения;
- организует ведение бухгалтерского, оперативного и статистического учета и несет ответственность за его достоверность;
- осуществляет оперативное руководство и контроль над всей деятельностью объединения;
- выполняет другие функции, отнесенные съездом и правлением к его компетенции.

Особенностью данного объединения является то, что его членами могут быть только граждане Кыргызской Республики, имеющие лицензию на право занятия адвокатской деятельностью, признающие устав общественного объединения «Союз адвокатов Кыргызской Республики», участвующие в его деятельности и уплачивающие членские взносы.

Размер, сроки и порядок уплаты членского взносов определяются правлением объединения. На сегодняшний день ежемесячные взносы членов объединения составляют 25 сом (около 0.7 доллара США).

По данным на 2008 год, в реестре Общественного объединения «Союз адвокатов Кыргызской Республики» состоит 288 членов по всей стране. Если посмотреть на представительство адвокатов в разрезе областей, то картина получается следующая:

- Иссык-кульская область – 14 адвокатов;
- Джалалабадская область – 40 адвокатов;
- Ошская область – 37 адвокатов;
- Нарынская область – 12 адвокатов;
- Таласская область – 15 адвокатов;
- Чуйская область – 60 адвокатов;

- Город Бишкек – 110 адвокатов²⁷¹.

Общественное объединение «Молодые юристы Юга» зарегистрировано 6 марта 2000 года в Министерстве юстиции Кыргызской Республики.

Организация преследует следующие цели:

- содействие развитию правового государства в Кыргызстане;
- защита прав и интересов человека;
- содействие в подготовке квалифицированных юристов для гражданского общества.

Задачами организации являются:

- повышение правосознания и правовой культуры населения;
- оказание содействия в совершенствовании юридического образования;
- распространение и пропаганда права и идей правового государства;
- обеспечение доступа к правовой информации граждан и т.п.

Общественно объединение «Молодые юристы Юга» является членской организацией, поэтому руководитель (президент правления), члены правления и ревизионная комиссия избирается общим собранием членов организации. Общее собрание как высший орган управления, организации собирается не менее одного раза в год.

Правление принимает решение по всем ключевым вопросам организации, и оно собирается не менее одного раза в два месяца.

Общее руководство организацией осуществляет президент правления, который ответственен за реализацию задач организации и осуществляет кадровую политику организации.

На данный момент в организации состоят 43 юриста, а штат составляет шесть человек. Организация собирает членские взносы, на сегодняшний день взнос составляет 340 сом в год (приблизительно 9.7 доллара США)²⁷².

Как указывалось выше, учитывая, что частнопрактикующие юристы не подлежат государственной или какой-либо иной регистрации, подсчитать их количество в Кыргызстане очень сложно. Что касается адвокатов, то так как все адвокаты подлежат обязательному внесению в реестр, который ведет Министерство юстиции Кыргызской Республики. По данным реестра, на сегодняшний день в него включено 2262 адвоката²⁷³.

1.2. Формы организации юридической практики

В соответствии с законодательством Кыргызстана, адвокат обладает самостоятельностью и может осуществлять адвокатскую деятельность через адвокатские учреждения или как индивидуальную предпринимательскую деятельность²⁷⁴. Адвокатские учреждения являются юридическими лицами и их основным видом деятельности является предоставление юридической помощи. Закон разрешает создавать адвокатские учреждения на основе любых видов собственности и организационно-правовых форм. Учредителем адвокатского учреждения может быть любое юридическое и физическое лицо, однако руководителем адвокатского учреждения может быть только адвокат и адвокатскому учреждению разрешается осуществлять адвокатскую деятельность при условии, если в нем работает хотя бы один адвокат²⁷⁵.

Деятельность частнопрактикующих юристов осуществляется в различных формах - как в коммерческих, так и в некоммерческих организациях. Для этого нет необходимости получать специальную лицензию, достаточно иметь диплом о высшем юридическом образовании. В данном случае юристы могут оказывать любые виды юридических услуг, за исключением тех, которые по закону требуют получения лицензии (например, по уголовным делам на стадии следствия защитником может быть только адвокат²⁷⁶).

В Кыргызстане можно выделить несколько форм организаций юридической практики:

- адвокатские учреждения;
- юридические фирмы;
- юридические (правовые) клиники (обычно созданы при юридических факультетах высших учебных заведений Кыргызстана и оказывают бесплатную правовую помощь населению Кыргызстана, привлекая студентов старших курсов. Такие клиники работают при юридическом факультете

²⁷¹ Данные Общественного объединения «Союз адвокатов Кыргызской Республики». Текущий архив автора.

²⁷² Интервью с сотрудниками общественного объединения «Молодые юристы Юга».

²⁷³ Данные Министерства юстиции Кыргызской Республики. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.minjust.gov.kg>.

²⁷⁴ Статья 19 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года. Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

²⁷⁵ Статья 20. – Там же.

²⁷⁶ Часть 2 ст. 44 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики от 30 июня 1999 года. // Эркин Тоо. – 1999. – 27 июля.

Кыргызско-Российского славянского университета, при Кыргызской государственной юридической академии, при юридическом факультете Ошского государственного университета и т. д.);

- некоммерческие организации (чаще всего, реализуя проекты международных организаций и фондов, оказывают бесплатные правовые услуги населению или разрабатывают проекты нормативно-правовых актов, привлекая юристов и адвокатов);
- юридические службы на предприятиях и в организациях;
- частная практика (работа в качестве частного предпринимателя).

На сегодняшний день очень сложно подсчитать количество юридических компаний, адвокатских учреждений и частных предпринимателей, которые оказывают юридические услуги населению Кыргызстана. Такая статистика никем не ведется.

25 апреля 2008 года по инициативе юридической фирмы «Национальная юридическая корпорация» в городе Бишкеке был проведен юридический форум «Юстиция.kg»²⁷⁷. На сайте форума зарегистрировалось 110 юридических фирм и компаний, оказывающих правовые услуги. Но, учитывая, что основная масса зарегистрированных организаций была представлена из г. Бишкек, реальное количество юридических фирм и организаций значительно больше.

Анализ рынка юридических услуг Кыргызстана говорит о том, что в основном юридическую помощь оказывают небольшие юридические фирмы со штатом от 5 до 12 человек и частнопрактикующие юристы. Крупные международные юридические компании представлены очень слабо. В основном они предпочитают работать в Кыргызстане через свои представительства в г. Алматы (Казахстан).

2. Получение права на юридическую деятельность

В Кыргызстане право на занятие юридической деятельностью имеют все лица, закончившие высшее учебное заведение по специальности юриспруденция и получившие диплом о высшем юридическом образовании установленного государственного образца. Указанные лица имеют право работать как в организациях (независимо от форм собственности), так и самостоятельно и оказывать весь спектр юридических услуг, начиная с юридических консультаций и заканчивая представлением интересов клиентов в судах.

Однако законодательство Кыргызстана для получения права на оказание отдельного рода юридических услуг устанавливает особый порядок допуска. В частности, речь идет о лицензировании адвокатской деятельности.

2.1. Получение доступа к экзамену на право занятия адвокатской деятельностью

В соответствии с Законом Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» адвокатом может быть гражданин Кыргызской Республики, имеющий лицензию на право занятия адвокатской деятельностью. Закон не разрешает адвокатам и помощникам адвокатов находиться на государственной службе. Адвокатам и помощникам адвокатов разрешается заниматься преподавательской, научной и иной творческой деятельностью²⁷⁸.

По общему правилу к экзаменам на получение лицензии допускаются лица:

- имеющие высшее юридическое образование;
- имеющие опыт юридической работы не менее одного года или имеющие опыт работы в качестве помощника адвоката не менее одного года;
- не имеющие судимости за умышленное преступление²⁷⁹.

Однако законодательство предусматривает и перечень лиц, которые, имея пятилетний стаж работы, могут получить лицензию без сдачи экзаменов. В частности, к ним относятся лица, имеющие пятилетний стаж:

- адвокатской деятельности;
- работы в прокуратуре;
- работы в Министерстве внутренних дел;
- работы Государственном комитете национальной безопасности;
- работы в суде;
- работы в юридическом отделе администрации президента Кыргызской Республики;
- работы в юридическом отделе аппарата премьер-министра Кыргызской Республики;

²⁷⁷ Доступно в Интернете по адресу: <http://www.advocate.kg>.

²⁷⁸ Статья 4 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года // Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

²⁷⁹ Статья 8 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года // Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

- работы в юридическом отделе аппарата Законодательного собрания Жогорку Кенеша (Парламента) Кыргызской Республики,

- депутаты-юристы Жогорку Кенеша Кыргызской Республики²⁸⁰

В отношении данного перечня лиц, имеющих право на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью без экзамена, в юридической среде нет единого мнения. Но многие представители юридического сообщества склоняются к тому, что доступ к профессии адвоката должен быть для всех одинаков и все должны на общих основаниях сдавать экзамены. Следует отметить, что для доступа, например, к профессиям судьи или прокурора в Кыргызстане такого перечня не существует и все претенденты на общих основаниях поступают на эту службу.

Закон также содержит ограничения на допуск к занятию адвокатской деятельностью. В частности, это относится к лицам:

- признанным недееспособными или ограниченно дееспособными в установленном законом порядке;

- имеющим судимость за умышленное преступление;

- уволенным из правоохранительных и других государственных органов по компрометирующим обстоятельствам²⁸¹.

В соответствии с Положением «О лицензировании отдельных видов предпринимательской деятельности» утвержденным Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 31 мая 2001 года, лицензирование осуществляется Министерством юстиции Кыргызской Республики, которое в случае если претендент успешно сдает квалификационный экзамен, выдает лицензию на право осуществления адвокатской деятельности, действующую бессрочно на всей территории Кыргызской Республики²⁸².

На сегодняшний день 25 сом (примерно 0.7 доллара США).

2.2. Порядок проведения квалификационного экзамена на право занятия адвокатской деятельностью

В целях осуществления отбора и приема квалификационного экзамена у лиц, претендующих на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью, на предмет их профессиональной компетентности образуется квалификационная комиссия. Квалификационная комиссия создается при Министерстве юстиции Кыргызской Республики в количестве пяти человек, в числе которых секретарь. В состав квалификационной комиссии входят представители Министерства юстиции и адвокатского сообщества. Организационно-техническое и методическое обеспечение деятельности квалификационной комиссии осуществляет Министерство юстиции Кыргызской Республики²⁸³. Квалификационная комиссия правомочна принимать решение, если на ее заседании присутствуют более половины ее членов, один из которых является председателем квалификационной комиссии.

В полномочия квалификационной комиссии входит:

- рассмотрение заявлений юристов, претендующих на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью;

- проведение квалификационного экзамена и с учетом выявленной профессиональной компетентности делается заключение о возможности получения лицензии на право занятия адвокатской деятельностью;

- рассмотрение документов, представленных на получение лицензии на адвокатскую деятельность лицами, имеющими снятую, либо погашенную судимость за умышленное преступление или уволенными из правоохранительных и других государственных органов по компрометирующим обстоятельствам с последующим принятием соответствующего решения;

- рассмотрение жалоб, поступивших на действия лиц, имеющих лицензию на право занятия адвокатской деятельностью с последующим принятием соответствующего решения.

²⁸⁰ Статья 9. – Там же.

²⁸¹ Статья 5. – Там же.

²⁸² Глава 32 Положения «О лицензировании отдельных видов предпринимательской деятельности». Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 31 мая 2001 года // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2006. – 27 окт.

²⁸³ Статья 1 Положения о Квалификационной комиссии при Министерстве юстиции Кыргызской Республики по приему квалификационного экзамена у лиц, претендующих на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 15 марта 2001 года // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

Кроме того, квалификационная комиссия для осуществления своих полномочий вправе запрашивать необходимую информацию от всех государственных органов и должностных лиц, приглашать на свои заседания государственных должностных лиц и граждан²⁸⁴.

Претенденты на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью предоставляют в Министерство юстиции Кыргызской Республики на рассмотрение квалификационной комиссии следующие документы:

- заявление о допуске к сдаче квалификационного экзамена;
- личный листок по учету кадров, надлежаще заполненный и подписанный;
- нотариально заверенную копию диплома о высшем юридическом образовании;
- копию трудовой книжки, прошитую и заверенную по последнему месту работы или нотариально;
- копию паспорта.

Квалификационная комиссия при необходимости вправе истребовать дополнительные документы и материалы.

Заседание квалификационной комиссии проводится по мере накопления в Министерстве юстиции Кыргызской Республики заявлений лиц, претендующих на право занятия адвокатской деятельностью, но не реже одного раза в три месяца. Дата, время и место проведения квалификационного экзамена утверждается приказом министра юстиции Кыргызской Республики. Лица, претендующие на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью извещаются о дате, месте и времени проведения квалификационного экзамена не позднее чем за одну неделю²⁸⁵.

Квалификационный экзамен проводится в виде письменного бланочного тестирования. Бланочное тестирование представляет собой вопросы и варианты ответов на них, один из которых является верным. Тесты составляются из экзаменационных вопросов утвержденных приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики. Всего утверждено 458 вопросов по различным областям права, таким как конституционное право, гражданское право, гражданско-процессуальное право, уголовное право, уголовно-процессуальное право, административное право, жилищное право, семейное и трудовое право²⁸⁶. Секретарем квалификационной комиссии ведется протокол, в котором указываются: время и место заседания, состав комиссии, фамилия, инициалы и шифр теста экзаменуемого, количество правильных ответов для выведения результата теста. Сдавшими квалификационный экзамен считаются лица, правильно ответившие не менее чем на 70% вопросов бланочного теста. Решение квалификационной комиссии оглашается в присутствии сдающего квалификационный экзамен, после голосования и его подписания всеми присутствующими членами комиссии. Лицо, не выдержавшее квалификационный экзамен, допускается к повторной сдаче экзамена не ранее чем через один год.

Решение квалификационной комиссии может быть обжаловано в суде в месячный срок со дня вручения его копии заинтересованному лицу.

Основанием для выдачи лицензии на право занятия адвокатской деятельностью является решение квалификационной комиссии о сдаче экзаменуемым квалификационного экзамена.

Все лица, получившие лицензию на право занятия адвокатской деятельностью, вносятся в государственный реестр адвокатов, который ведет Министерство юстиции Кыргызской Республики. В нем содержится фамилия, имя, отчество адвоката, его адрес, дата выдачи лицензии, номер лицензии, наименование и юридический адрес адвокатского учреждения, образец печати, изготовленной в установленном порядке. Любые изменения, фиксируемые в реестре, должны быть доведены до сведения Министерства юстиции Кыргызской Республики в течение месяца²⁸⁷.

2.3. Приостановление и лишение адвоката лицензии на право занятия адвокатской деятельностью

Законодательство Кыргызстана предусматривает два случая, при которых лицензия на право занятия адвокатской деятельностью может быть приостановлена:

- избрание адвоката депутатом либо на другие выборные должности;
- поступление адвоката на государственную службу.

Кроме того, закон предусматривает случаи лишения адвоката лицензии на право занятия адвокатской деятельностью:

²⁸⁴ Статья 2. – Там же.

²⁸⁵ Статья 4. – Там же.

²⁸⁶ Экзаменационные вопросы для проведения квалификационного экзамена у лиц, претендующих на право занятия адвокатской деятельностью. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 15 февраля 2006 года // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2006. – 1 марта.

²⁸⁷ Статья 11 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности» от 21 октября 1999 года // Эркин Тоо. – 1999. – 3 нояб.

- сложение адвокатом своих полномочий по собственному желанию;
- утрата гражданства Кыргызской Республики;
- грубое нарушение Закона «Об адвокатской деятельности» и иных законодательных актов Кыргызской Республики;
- нарушение адвокатом требований, предусмотренных ст. 5 Закона «Об адвокатской деятельности»²⁸⁸. Касаясь данного пункта, представляется, что целесообразно говорить не о нарушении адвокатом требований, предусмотренных ст. 5 Закона «Об адвокатской деятельности», а о наступлении последствий указанных в данной статье. В частности, признание недееспособным или ограниченно дееспособным в установленном законом порядке; осуждение за умышленное преступление; увольнение из правоохранительных и других государственных органов по компрометирующим обстоятельствам.

Положение о лицензировании отдельных видов деятельности содержит еще одно основание лишения адвоката лицензии на право занятия адвокатской деятельностью, это необоснованное уклонение от оказания бесплатной юридической помощи, в случаях, предусмотренных законодательством Кыргызской Республики²⁸⁹.

Для того чтобы урегулировать порядок осуществления адвокатской деятельности при исполнении адвокатом своих профессиональных обязанностей по защите прав и свобод граждан и юридических лиц, гарантированных Конституцией, обозначить этические принципы адвокатской деятельности, а также детализировать вопросы, связанные с применением дисциплинарных взысканий в отношении адвокатов и установить процедуры наложения таких взысканий Министерством юстиции, были разработаны Правила профессиональной этики адвокатов (далее Правила).

К мерам дисциплинарного воздействия Правила относят:

- предупреждение о недопустимости нарушения Правил профессиональной этики адвокатов;
- лишение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью.

Их могут применить к адвокатам, которые нарушили требования Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности», не исполняют или ненадлежащим образом исполняют возложенные на них профессиональные обязанности, совершают действия, подрывающие престиж адвокатского сообщества²⁹⁰.

Право выбора меры дисциплинарного взыскания принадлежит председателю квалификационной комиссии по приему квалификационного экзамена у лиц, претендующих на получение лицензии на право занятия адвокатской деятельностью при Министерстве юстиции Кыргызской Республики. На сегодняшний день это министр юстиции Кыргызской Республики.

Дисциплинарные взыскания в отношении адвокатов применяются на основании результатов служебного расследования, проводимого квалификационной комиссией при Министерстве юстиции Кыргызской Республики.

Основанием к назначению служебного расследования является наличие сведений и фактов о совершенном нарушении или ненадлежащем исполнении своих обязанностей, полученных из следующих источников:

- докладов и информации должностных лиц или руководящих органов профессиональных объединений адвокатов;
- данных, исходящих от правоохранительных органов;
- по определению суда о неправильных действиях адвокатов;
- публикаций в средствах массовой информации, содержащих сведения о нарушениях со стороны адвокатов;
- по заявлениям и жалобам, письмам физических и юридических лиц на действия адвокатов.

Служебное расследование проводится по каждому факту нарушения или ненадлежащего исполнения адвокатом своих профессиональных обязанностей в целях обеспечения оказания юридическим и физическим лицам квалифицированной юридической помощи.

Для регламентации процесса проведения служебных расследований, Министерство юстиции утвердило Инструкцию о порядке проведения служебных расследований по фактам нарушений, совершенных лицами, имеющими лицензию на право занятия адвокатской деятельностью (далее Инструкция)²⁹¹.

²⁸⁸ Статья 10. – Там же.

²⁸⁹ Глава 32 Положения «О лицензировании отдельных видов предпринимательской деятельности». Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 31 мая 2001 года // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2006. – 27 окт.

²⁹⁰ Статья 10 Правил профессиональной этики адвокатов. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 21 мая 2003 г. N 73 // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

²⁹¹ Инструкция о порядке проведения служебных расследований по фактам нарушений, совершенных лицами, имеющими лицензию на право занятия адвокатской деятельностью. Утв. Приказом Министерства юсти-

В соответствии с Инструкцией, цель служебного расследования - выявление и пресечение случаев нарушения конституционных гарантий. Нарушением, по которому проводится служебное расследование, является противоправное, виновное неисполнение или ненадлежащее исполнение адвокатом своих служебных обязанностей.

Решение о проведении служебного расследования принимает председатель квалификационной комиссии при Министерстве юстиции Кыргызской Республики по приему квалификационного экзамена у лиц, претендующих на получение лицензии, на право занятия адвокатской деятельностью. Решение о проведении служебного расследования оформляется приказом, в котором определяется состав комиссии, и назначаются сроки представления заключения о результатах расследования. Он же принимает решение по результатам расследования и имеет право выбора меры дисциплинарного взыскания.

Дисциплинарное взыскание применяется непосредственно за обнаружением проступка, но не позднее одного месяца со дня его обнаружения, не считая времени болезни адвоката или пребывания его в отпуске.

Дисциплинарное взыскание не может быть применено позднее шести месяцев со дня совершения проступка. В указанный срок не включается время проведения служебного расследования.

Срок действия дисциплинарного взыскания не может превышать одного года со дня его применения. Если в течение этого срока адвокат не будет подвергнут новому дисциплинарному взысканию, то он считается не подвергавшимся дисциплинарному взысканию²⁹².

Последнее заседание квалификационной комиссии под председательством министра юстиции Кыргызской Республики состоялось 31 июля 2008 года. Результатом заседания стало лишение лицензий на право занятия адвокатской деятельностью четырех адвокатов, в соответствии со ст. 10 Закона Кыргызской Республики «Об адвокатской деятельности».

Трое из них были лишены лицензии вследствие того, что в нарушение ст. 55 Гражданско-процессуального кодекса Кыргызстана²⁹³, а также требований Закона «Об адвокатской деятельности», «Правил профессиональной этики адвокатов», обладая информацией об обстоятельствах дела заявителей, перешли на защиту интересов противоположной стороны. Четвертый адвокат, получив гонорар за оказание юридических услуг, не выполнил свои обязательства²⁹⁴.

3. Стоимость оказания услуг и юридической помощи

Правила профессиональной этики адвокатов требуют, чтобы адвокат назначал разумный гонорар за свою работу, учитывая при этом следующие обстоятельства:

- сложность дела;
- необходимые затраты времени, длительность процесса или соответствующих консультаций и вероятность того, что согласие вести данное дело заставит адвоката отказаться от ведения других дел;
- материальное положение клиента;
- свой профессиональный опыт и собственную репутацию;
- необходимость проведения исследований с участием оплачиваемых специалистов.

Адвокат не должен злоупотреблять гонорарным соглашением, основанным на почасовой оплате, используя процедуры, требующие много времени²⁹⁵.

Принимая указанные Правила профессиональной этики адвокатов, Министерство юстиции Кыргызской Республики установило общие требования по формированию тарифной сетки оплаты за оказание услуг адвокатами, однако, утверждая преискуртант юридических услуг адвокатов, руководители юридических фирм и компаний, а также частнопрактикующие юристы ориентируются на рынок.

Правительство оставило за собой право устанавливать стоимость оказания услуг при оказании бесплатной юридической помощи, которая в соответствии с Конституцией Кыргызской Республики оказывается за счет государства²⁹⁶.

ции Кыргызской Республики N 2 от 11 января 2002 года // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

²⁹² Ст. 11 Правил профессиональной этики адвокатов. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 21 мая 2003 года № 73. // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

²⁹³ В соответствии с ч. 3 ст. 55 Гражданско-процессуального кодекса Кыргызстана, лицо не может быть представителем, если по данному делу оказывает или ранее оказывало юридическую помощь лицам, интересы которых противоречат интересам представляемого, или участвовало в качестве судьи, прокурора, эксперта, специалиста, переводчика, свидетеля или понятого, а также если оно состоит в родственных отношениях с должностным лицом, принимающим участие в рассмотрении дела // Эркин Тоо. 2000. – 1 дек.

²⁹⁴ Данные Министерства юстиции Кыргызской Республики. Доступно в Интернете по адресу: www.akipress.kg.

²⁹⁵ Статья 5 Правил профессиональной этики адвокатов. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 21 мая 2003 г. № 73.

²⁹⁶ Часть 1 ст. 40 Конституции Кыргызской Республики от 5 мая 1993 года // Эркин Тоо. – 2003. – 18 февр.

3.1. Стоимость оплаты адвокатам за оказание бесплатной юридической помощи и порядок оплаты труда адвокатов

Конституция Кыргызской Республики устанавливает, что каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. А в случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается за счет государства²⁹⁷. Такие случаи предусмотрены Уголовно-процессуальным кодексом Кыргызской Республики, который в частности устанавливает, что по просьбе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого участие защитника обеспечивается следователем, судом. В случае, когда адвокат участвовал в производстве следствия или в суде по назначению, расходы по оплате труда адвоката производятся за счет государства. Однако возмещение расходов государству в этом случае может быть возложено на осужденного²⁹⁸.

В соответствии с порядком оплаты труда адвоката за счет средств республиканского бюджета, следователь, судья могут освободить подозреваемого, обвиняемого, подсудимого от оплаты за оказание адвокатом юридической помощи в связи с их имущественной несостоятельностью на основании справки о принадлежности гражданина к категории малоимущих, выданной учреждениями социальной защиты, айыл окмоту (в сельской местности), городской управы (в городах областного и районного значения). Основаниями для отнесения расходов по оплате труда адвоката за счет средств республиканского бюджета Кыргызской Республики являются:

- постановление следователя, определение судьи (суда), в производстве которых находится дело, подтверждающее время, затраченное адвокатом (адвокатским учреждением) за оказанную юридическую помощь. Постановление следователя, определение судьи (суда) выносятся на основании заявления адвоката;
- договор между лицом, получающим юридическую помощь за счет средств республиканского бюджета (подозреваемым, обвиняемым, подсудимым) и адвокатом (адвокатским учреждением) по форме, утвержденной Министерством юстиции Кыргызской Республики. Основанием для заключения данного договора является справка учреждения социальной защиты, подтверждающая статус малоимущих.

В постановлении следователя, определении судьи (суда) об отнесении расходов по оплате труда адвоката (адвокатского учреждения) за счет средств республиканского бюджета указываются:

- наименование следственного органа или суда;
- фамилия, имя, отчество адвоката или наименование адвокатского учреждения;
- фамилия, имя, отчество подозреваемого, обвиняемого, подсудимого;
- номер дела;
- количество дней, фактически затраченных адвокатом (адвокатским учреждением) на оказание юридической помощи;
- дата его составления.

Оплата труда адвоката за оказание бесплатной юридической помощи лицам, имеющим на нее право, производится Министерством юстиции Кыргызской Республики или его территориальными органами за счет средств республиканского бюджета.

Для производства взысканий по оплате труда адвоката следователь, судья выносит постановление/определение в трех экземплярах, из которых один направляется в Министерство юстиции Кыргызской Республики или в его территориальные органы, другой приобщается к материалам дела, третий экземпляр выдается адвокату (адвокатскому учреждению).

Министерство юстиции Кыргызской Республики или его территориальные органы, на основании представленных документов, в 10-дневный срок определяют и выплачивают адвокату сумму за оказание юридической помощи за счет средств республиканского бюджета либо переводят суммы на текущий (расчетный) счет адвокатского учреждения.

Оплата труда адвоката производится по количеству фактически затраченного времени из расчета 125 сомов (около 3.5 доллара США) за каждый рабочий день.

По результатам исследования оплаты труда адвокатов, проведенного в рамках отчета можно сделать следующие выводы:

- оплата труда адвокатов за оказание гарантированной государством юридической помощи в размере 125 сомов, по мнению адвокатов, является низкой. Так, после соответствующих законных отчислений, конечная сумма за один день работы адвоката по оказанию такой помощи 103 сома (около 2.9 доллара США) (независимо от количества дел адвокат, участвуя по несколь-

²⁹⁷ Там же.

²⁹⁸ Статья 45 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики // Эркин Тоо, – 1999. – 21 июля.

ким делам в один день и имея в наличии несколько определений судьи (или постановлений следователя), получает оплату за свой труд только за один рабочий день;

- оплата труда адвокатов не покрывает их дополнительные расходы, связанные с исполнением обязанностей (транспортные услуги, запросы информации, копирование, компьютерный набор и распечатка необходимых по делу документов, оплату услуг независимых экспертов, командировки и другие расходы по ведению дела).

При добросовестном предоставлении услуг адвокатами затраты адвоката могут существенно превышать предусмотренный государством размер оплаты труда адвоката за оказание гарантированной государством юридической помощи. Зачастую именно это обстоятельство вынуждает адвоката ограничиваться в выборе средств защиты и неохотно браться за ведение таких дел. Отсюда защита по делам, где юридическая помощь оказывается бесплатно, осуществляется не в полной мере и носит преимущественно формальный характер.

При длительном участии адвоката в производстве следствия или в судебном процессе постановление следователя, определение судьи (суда), подтверждающее время, затраченное адвокатом (адвокатским учреждением) на оказание юридической помощи выносятся ежемесячно.

В случае признания подсудимого виновным приговором суда суммы, выплаченные адвокату из республиканского бюджета, могут быть взысканы с осужденных лиц в доход республиканского бюджета. Возмещение выплаченных сумм из средств республиканского бюджета производится с осужденных по определению суда, если они не освобождаются от обязанностей по возмещению этих расходов. При этом подлежат возмещению и суммы, взысканные из республиканского бюджета по постановлению следователя²⁹⁹.

Для унификации работы адвокатов при заключении договоров на оказание бесплатной юридической помощи за счет средств республиканского бюджета, Министерством юстиции Кыргызской Республики был утвержден типовой договор. В соответствии с ним клиент имеет право на квалифицированную и своевременную юридическую помощь. Обязанностью клиента является:

- своевременно обеспечить адвокату (адвокатскому учреждению) условия, необходимые для исполнения принятых обязательств, а именно: своевременно предоставлять необходимую документацию, сообщать сведения, имеющие отношение к рассматриваемым вопросам и необходимые для надлежащего исполнения адвокатом (адвокатским учреждением) своих обязанностей;

- в необходимых случаях выдавать адвокату (адвокатскому учреждению) доверенность на представление интересов клиента в государственных (в т.ч. правоохранительных) и судебных органах Кыргызской Республики;

- предоставить сведения о том, что он имеет статус малоимущего;

- в случае невозможности предоставления сведений о том, что он имеет статус малоимущего на момент подписания договора, заверить адвоката (адвокатское учреждение) о предоставлении таких сведений в течение 15 календарных дней.

- В соответствии с договором адвокат обязан выполнять своевременно и качественно свои обязанности, в том числе:

- представлять интересы клиента в государственных и судебных органах;

- выполнять иные поручения клиента в рамках уголовного процесса;

- соблюдать конфиденциальность информации о клиенте. Данный запрет сохраняет свою силу и после истечения срока действия договора.

Правом адвоката является самостоятельный выбор временного режима оказания юридической помощи клиенту³⁰⁰.

На сегодняшний день в республиканском бюджете заложено 5 миллионов сом (примерно 142857 долларов США) на возмещение расходов адвокатов, оказывающих бесплатную правовую помощь³⁰¹.

3.2. Стоимость оплаты за оказание юридической помощи

Как указывалось выше, решение об установлении тех или иных тарифов на оказание правовой помощи руководители фирм и частнопрактикующие юристы выносят исходя из рыночных отношений, которые сложились в этой сфере. При этом в расчет берутся несколько факторов:

- вид оказываемой юридической услуги (консультация, участие в суде и т. д.);

- известность компании и юриста;

²⁹⁹ Порядок оплаты труда адвоката за счет средств республиканского бюджета. Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 24 мая 2003 года № 306 // Эркин Тоо. – 2003. – 30 июня.

³⁰⁰ Типовой договор об оказании бесплатной юридической помощи за счет средств республиканского бюджета. Утв. Приказом Министерства юстиции Кыргызской Республики от 12 июня 2003 г. N 91 // Нормативные акты Кыргызской Республики. – 2005. – 1 окт.

³⁰¹ Данные Министерства юстиции Кыргызской Республики. Доступно в Интернете по адресу: www.minjust.gov.kg.

- категория дела;
- сложность дела;
- конкурентная среда;
- место оказания услуг;
- платежеспособность населения и т. д.

К сожалению, на сегодняшний день в Кыргызстане не проводилось каких-либо серьезных исследований относительно стоимости различного рода юридических услуг. На интернет-сайтах юридических фирм и компаний такая информация тоже обычно не публикуется. Хотя есть ряд компаний, которые вывешивают такую информацию, обычно она касается вопросов оказания абонентского обслуживания, где тарифы для частных лиц и организаций устанавливаются достаточно четко. К примеру, на сайте Общества с ограниченной ответственностью «Национальная юридическая корпорация» приводятся такие данные об оказании услуг по абонентской программе «Адвокат». При заключении договора по номиналу «Эконом» его стоимость составляет 150 долларов США в месяц. При этом карточка гарантирует тому, кто заключил этот договор получение юридических услуг на сумму в 350 долларов США при дорожно-транспортном происшествии, причинении вреда здоровью, краже, разбое и грабеже. Стоимость номинала «Бизнес» 350 долларов США, при этом сектор услуг шире и номинал «Эксклюзив» оплачивается на договорной основе³⁰². При этом на сайте вывешен прейскурант цен для участников данной программы³⁰³.

На сайте общества с ограниченной ответственностью «Адвокатское бюро «Шайбеков и компания» также есть информация по оплате услуг участникам программ по абонентскому обслуживанию. Здесь тарифная сетка формируется в зависимости от количества часов, которые будет затрачивать адвокат при оказании юридических услуг. Тариф «бюджет» в этом случае составляет 5600 сом (примерно 160 долларов США), при котором в него включены 6 часов работы; «эконом» соответственно 12000 сом (примерно 342 долларов США) и 20 часов; «бизнес» 16000 сом (примерно 457 долларов США) и 40 часов; «VIP» 24000 сом (примерно 685 долларов США) и 80 часов³⁰⁴.

Следует отметить, что выше была приведена информация о стоимости юридических услуг, в случае если лицо или организация участвует в различного рода программах. Тарифную сетку на оказание обычных услуг не для участников программ удалось найти непосредственно в юридических фирмах. Причем чаще всего тарифы являются не окончательными и в зависимости от обстоятельств дела могут меняться. Кроме того, очень часто постоянным клиентам юридические фирмы предоставляют скидки от 5 до 50% от тарифа. Очень многие вопросы по оплате услуг решаются на договорных основаниях. Нередки случаи, когда юридические фирмы оказывают малоимущим слоям населения юридические консультации бесплатно.

Средняя почасовая оплата стоимости юридических услуг (устная или письменная консультация) обычно варьирует от 200 сом (5.7 доллара США) до 3500 сом (100 долларов США). Когда юрист получает процент от выигранной суммы, обычно этот процент варьирует от 2 до 20% в зависимости от суммы иска. Стоимость участия адвокатов и юристов на следствии и в судах (гражданских, уголовных) обычно варьируется от 17 500 сом (500 долларов США) до 70 000 сом (2000 долларов США).

Следует отметить, что приведенные ставки больше характерны для крупных городов Кыргызстана - гг. Бишкек и Ош. В других регионах эти ставки в зависимости от уровня жизни населения обычно ниже в 2-4 раза.

Если говорить о доступности юридических услуг, то для большинства населения Кыргызстана они достаточно высоки. Кроме того, не всегда люди имеют возможность оплачивать государственную пошлину при подаче исков в суд. Учитывая это, совсем недавно были внесены изменения в Закон Кыргызской Республики «О государственной пошлине», в соответствии с которыми государственная пошлина оплачивается до совершения облагаемого пошлиной действия, а также при выдаче документов за исключением случаев обращения в суд. При обращении в суд государственная пошлина взимается по результатам рассмотрения судом исковых и иных заявлений и жалоб³⁰⁵.

4. Реформы в области оказания юридической помощи

4.1. Реформы адвокатуры

О реформах адвокатуры и совершенствовании адвокатской деятельности в Кыргызстане говорят достаточно давно. Еще в 2003 году известный адвокат Шамарал Майчиев отмечал, что цель

³⁰² Доступно в Интернете по адресу: www.advocate.kg/ru/lawyer.

³⁰³ Доступно в Интернете по адресу: www.advocate.kg/ru/lawyer/price_list.

³⁰⁴ Доступно в Интернете по адресу: www.law.kg/index.php/2008-04-21-05-33-38.

³⁰⁵ Закон Кыргызской Республики «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» от 25 июля 2008 года № 168 // Эркин Тоо. – 2008. – 1 авг.

реформирования адвокатской деятельности – создать полноценный общественный юридический институт защиты прав граждан и юридических лиц. Этим институтом, по его мнению, должна быть профессиональная, саморегулирующаяся, некоммерческая организация³⁰⁶.

Чтобы обозначить основные направления, в рамках которых предполагается проводить реформирование адвокатской деятельности, следует остановиться на двух основных документах:

- Концепция совершенствования адвокатской деятельности в Кыргызской Республике, которая была утверждена Постановлением Правительства Кыргызской Республики еще в апреле 2005 года³⁰⁷;

- Проект Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Кыргызской Республике»³⁰⁸.

Рассмотрим подробнее эти документы и выделим те принципиальные изменения, которые они предлагают для совершенствования института адвокатуры в Кыргызстане.

В числе авторов Концепции совершенствования адвокатской деятельности в Кыргызской Республике, были известные юристы Кыргызстана, депутаты Жогорку Кенеша (Парламента) Кыргызской Республики, представители правового отдела администрации Президента, аппарата премьер-министра, Верховного суда, Министерства юстиции, Судебного департамента, профессиональных организаций юристов и адвокатов, неправительственных организаций. В Концепции отмечается, что одними из основных принципов адвокатской деятельности определены ее свобода и самостоятельность, а также добровольность членства в профессиональном общественном объединении адвокатов. Однако, по мнению самих адвокатов, предоставленная свобода выбора организационно-правовых форм деятельности адвокатов и их самостоятельность, добровольность членства в объединении адвокатов вызвала ряд вопросов, связанных с качеством, доступностью адвокатских услуг и налогообложением. Важным вопросом, по мнению авторов Концепции, являются вопросы повышения качества предоставляемой адвокатами юридической помощи, уровня профессиональной подготовки адвокатов³⁰⁹.

В качестве основной цели совершенствования адвокатской деятельности, Концепция выделяет обеспечение эффективности, повышение качества адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Задачами же является выработка конкретных мер, направленных на реализацию основной цели по совершенствованию адвокатской деятельности в Кыргызской Республике путем:

- совершенствования нормативной правовой базы;
- формирования эффективной системы адвокатской деятельности.

В качестве важного изменения в Концепции предлагается создание системы адвокатской деятельности на основе независимых органов адвокатского самоуправления: центрального органа – Палаты адвокатов и региональных организаций.

Высшим органом адвокатского самоуправления предлагается сделать съезд адвокатов Кыргызской Республики, формируемый по принципу выборности делегатов согласно норме представительства. Принцип выборности делегатов съезда предлагается в целях обеспечения представительства всех административно-территориальных единиц республики.

Органам адвокатского самоуправления предлагается дать право на:

- разработку эффективной процедуры привлечения адвокатов и аккредитации адвокатов для судов и правоохранительных органов;
- регистрацию адвокатов;
- прием квалификационных экзаменов;
- рассмотрение заявлений на действия (бездействие) адвокатов;
- повышение квалификации адвокатов;
- статистическую отчетность и др.

В компетенцию Палаты адвокатов предлагается отнести подготовку предложений по перспективным направлениям развития адвокатской деятельности, а также вопросы формирования в системе адвокатской деятельности республиканских квалификационных, дисциплинарных и ревизионных органов. При этом на Палату адвокатов предлагается возложить функции координации по решению теоретических и методологических вопросов адвокатской деятельности, мониторинга качества деятельности членов органов адвокатского самоуправления.

Основными задачами Палаты адвокатов будут:

- представление интересов адвокатов в органах государственной власти по вопросам адвокатской деятельности;

³⁰⁶ Современное состояние адвокатуры в странах Центральной Азии: проблемы и перспективы. Мат. межд. конф. – Ташкент, 2003 – С. 72.

³⁰⁷ Концепция совершенствования адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 21 апреля 2005 г. № 163 – газета «Эркин Тоо», 30.04.2005 г.

³⁰⁸ Проект Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Кыргызской Республике».

³⁰⁹ Глава 1 Концепции совершенствования адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики от 21 апреля 2005 г. N 163 – газета «Эркин Тоо», 30.04.2005 г.

- обеспечение эффективности и демократичных принципов управления в органах адвокатского самоуправления;
- обеспечение подготовки и переподготовки адвокатов;
- разработка норм этики адвокатов;
- обобщение правоприменительной практики адвокатов и на ее основе подготовка предложений по совершенствованию адвокатской деятельности;
- методологическая поддержка адвокатских учреждений;
- рассмотрение заявлений на действия (бездействие) коллегий адвокатов;
- обеспечение эффективности предоставления гарантированной государством юридической помощи.

Следует отметить, что в своей профессиональной деятельности адвокаты не зависят от Палаты адвокатов, которая не вправе вмешиваться в их практику.

Региональные органы адвокатского самоуправления (на уровне областей и города Бишкек) должны стать первичными организациями. Предполагается, что основной объем текущей работы будет осуществляться на данном уровне. Высшими органами адвокатуры на региональном уровне будут общие собрания адвокатов соответствующей территории. Состав общих собраний территориальных органов формируется на основе данных соответствующего территориального реестра адвокатов. Исполнительные органы адвокатуры избираются на общих собраниях.

Регистрация в региональных органах самоуправления должна стать обязательным условием приобретения статуса адвоката и получения права на осуществление адвокатской деятельности.

Функции региональных органов должны охватывать вопросы приема в члены адвокатского сообщества на соответствующем территориальном уровне (т. е. тестирование, прием квалификационного экзамена, включение в реестр адвокатов, аттестация адвокатов и т. п.), осуществление дисциплинарного контроля, повышение квалификации, распределение среди адвокатов дел в рамках гарантированной государством юридической помощи.

При региональном адвокатском самоуправлении создаются органы, непосредственно подчиненные высшему органу адвокатуры:

- 1) квалификационная комиссия;
- 2) комиссия по этике;
- 3) ревизионная комиссия.

Региональные органы адвокатского самоуправления учреждаются на собраниях адвокатов региона, с учетом требований о минимальном количестве адвокатов в регионе.

Основные функции региональных органов адвокатского самоуправления:

- координация дел с участием адвокатов при их назначении следователем или судьей в соответствии с нормами Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики;
- территориальная регистрация адвокатов;
- прием квалификационных экзаменов;
- контроль за исполнением правил адвокатской этики;
- статистический отчет по региону и др.³¹⁰

Концепция предполагает создание новых организационно-правовых форм некоммерческих организаций для адвокатов в виде кабинета, бюро, юридической консультации.

Адвокатский кабинет – учреждается одним адвокатом без образования юридического лица. Лица, имеющие юридическое образование, могут работать в адвокатском кабинете в качестве помощника адвоката. Количество помощников адвоката не ограничено. Отличительные признаки этой формы - простота структуры. Кабинет не предусматривает наем каких-либо лиц по трудовому договору, так как не образуется юридическое лицо. Все взаимоотношения с третьими лицами строятся на основе гражданско-правового договора.

Адвокатское бюро – учреждают два и более адвокатов на основе партнерского соглашения (адвокаты выступают от имени бюро, но ответственность каждый из адвокатов несет самостоятельно). Бюро является юридическим лицом. Отличительные признаки этой формы - адвокаты, учреждая юридическое лицо, могут нанимать по трудовому, а также по гражданско-правовому договору лиц, кроме других адвокатов.

Юридическая консультация – учреждается органом адвокатского самоуправления или адвокатами. В данном случае адвокаты работают по трудовому контракту. Руководителем адвокатского учреждения может быть только адвокат. Органы адвокатского самоуправления должны быть представлены исключительно адвокатами³¹¹.

³¹⁰ Статья 3.3. Концепции совершенствования адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Утв. Постановлением Правительства Кыргызской Республики № 163 от 21 апреля 2005 года // Эркин Тоо. – 2005. – 30 апр.

³¹¹ Статья 3.4. – Там же.

Авторы Концепции предлагают рассмотреть целесообразность поэтапной замены действующей системы квалификационных экзаменов в Министерстве юстиции Кыргызской Республики на систему тестирования в региональных органах адвокатского самоуправления, которые будут выдавать свидетельство о статусе адвоката. В состав квалификационной комиссии будут входить преимущественно адвокаты, а также представители Министерства юстиции Кыргызской Республики и иных государственных органов, гражданского общества. Включение в состав квалификационной комиссии лиц, не являющихся адвокатами, обусловлено необходимостью обеспечения транспарентности ее деятельности.

Полномочия квалификационной комиссии:

- а) право на принятие экзаменов у претендента и адвокатской присяги;
- б) предоставление органам юстиции соответствующих сведений для включения в реестр адвокатов;
- в) право вручения свидетельства.

В отличие от действующей системы предусматривается, что квалификационный экзамен должен состоять из двух последовательных этапов: компьютерное тестирование, при положительном результате такого тестирования претендент допускается ко второму этапу – устное собеседование. Содержание и объем вопросов, структура юридических дисциплин, блоки специализаций, форма контроля и другие вопросы определяются самостоятельно органами адвокатского самоуправления, которые могут привлекать для этих целей представителей академической юридической науки. При этом предлагается внесудебная процедура обжалования решения региональной квалификационной комиссии в вышестоящей квалификационной комиссии при Палате адвокатов.

В Концепции предлагается введение обязательного прохождения специальной подготовки кандидатов в адвокаты для получения допуска к сдаче квалификационных экзаменов. Кроме того, в системе адвокатского самоуправления предлагается создание учебного центра при Палате адвокатов со следующими основными задачами:

- подготовка резерва адвокатов;
- повышение квалификации действующих адвокатов;
- разработка учебных методик по судебной адвокатуре³¹².

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов авторы Концепции предлагают рассматривать дисциплинарными комиссиями, установленными самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суде.

Финансирование адвокатских организаций предлагается производить за счет членских взносов адвокатов. Размер взносов определяется представителями коллегий адвокатов на республиканском съезде адвокатов³¹³.

В заключении разработчики Концепции предлагают изучить целесообразность и эффективность поэтапной замены процедуры лицензирования адвокатской деятельности на процедуру регистрации адвокатов в органах адвокатского самоуправления.

Анализируя положения Концепции, следует отметить, что авторы предложили существенным образом изменить подходы как к вопросу доступа к профессии, так и к вопросу организации деятельности адвокатов и ее регулирования. Большой акцент и упор сделан на создание органов адвокатского самоуправления и придание его органам возможности решать основные вопросы деятельности адвокатов.

Нужно отметить, что Конституция Кыргызской Республики также рассматривает адвокатуру как самоуправляемое профессиональное сообщество адвокатов³¹⁴. Поэтому во многом Концепция придерживается тех положений, которые закреплены в Конституции.

Развивая положения Концепции, был подготовлен проект Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Кыргызской Республике». Говоря об особенностях законопроекта, которые отличают его от действующего закона, можно выделить следующее:

- более четкая регламентация правил выбора адвоката, при которых лицо, обратившееся за юридической помощью, свободно в выборе адвоката, за исключением случаев, когда адвокат назначается ему для оказания юридической помощи бесплатно, а также в качестве защитника по уголовным делам, по которым его участие обязательно, если подзащитный не выбрал или не мог выбрать себе адвоката;
- решение о присвоении статуса адвоката принимает адвокатура после сдачи лицом квалификационного экзамена;
- квалификационный экзамен состоит из письменного тестирования и устного собеседования;
- адвокатура - это негосударственная, самоуправляемая организация, основанная на обязательном членстве в ней адвокатов, создаваемая на основе общности профессиональных интере-

³¹² Там же.

³¹³ Там же.

³¹⁴ Часть 2 ст. 40 Конституции Кыргызской Республики от 5 мая 1993 года // Эркин Тоо. – 2003 – 18 февр.

сов, призванная выражать и защищать интересы адвокатов республики, содействовать развитию адвокатской деятельности и способствовать повышению квалификации адвокатов;

- органами управления адвокатуры являются: *общее собрание адвокатов* - высший орган управления; *совет адвокатов* - орган управления, осуществляющий руководство адвокатурой в период между общими собраниями адвокатов; *исполнительный директор* - лицо, осуществляющее руководство текущей деятельностью адвокатуры; *ревизионная комиссия* - орган управления, осуществляющий контроль над финансово-хозяйственной деятельностью адвокатуры;

- квалификационная комиссия по приему экзаменов у лиц, претендующих на получение лицензии на занятие адвокатской деятельностью образуется в количестве девяти человек. В состав квалификационной комиссии включаются адвокаты, юристы, представители судебных органов и Министерства юстиции Кыргызской Республики;

- дисциплинарная комиссия адвокатуры формируется органами самоуправления и может применить к адвокатам предупреждение о недопустимости нарушения правил профессиональной этики адвокатов и других требований, установленных законом и уставом адвокатуры и лишение статуса адвоката.

Приведенные два документа, которые содержат в себе основные положения, направленные на реформирование адвокатуры Кыргызстана, коренным образом меняют подходы к процессу формирования адвокатского сообщества и его функционирования. Предлагается создание новых организационно-правовых форм некоммерческих организаций для адвокатов в виде кабинета, бюро, юридической консультации. Адвокатура рассматривается как самоуправляемая профессиональная организация, которая берет на себя всю ответственность за подготовку претендентов в адвокаты, прием экзаменов у лиц претендующих на получение разрешения, на право занятия адвокатской деятельностью, установление этических правил и норм, а также наложение дисциплинарных взысканий на адвокатов.

Следует отметить, что указанные новшества на протяжении нескольких лет до принятия Концепции и после активно обсуждались на круглых столах и конференциях с юридическим сообществом Кыргызстана, с представителями гражданского общества и в научных кругах. В целом эти предложения получили положительные отзывы. Многие нормы были доработаны и детализированы с учетом замечаний и предложений участников мероприятий и были учтены разработчиками Концепции и законопроекта.

4.2. Реформы оказания гарантированной государством юридической помощи

Одним из самых сложных вопросов в области оказания правовой помощи населению является предоставление гарантированной государством юридической помощи (ГГЮП).

Обязанность государства предоставлять такую помощь вытекает из требований Конституции Кыргызской Республики и Международного пакта о гражданских и политических правах³¹⁵. В частности, в Пакте предусмотрено, что каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

- право защищать себя лично или через выбранного им самим защитника;
- если он не имеет защитника, быть уведомленным о праве 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 защитника³¹⁶.

Некоторые юристы, основными проблемами в области оказания ГГЮП выделяют:

- отсутствие прозрачности процесса распределения дел по ГГЮП и координации между следствием, судом и адвокатскими учреждениями. В настоящее время процедура назначения адвокатов по ГГЮП происходит произвольно. Это нередко приводит к нарушениям прав подозреваемых/обвиняемых на защиту и несоблюдению процессуальных сроков;

- отсутствие контроля качества ГГЮП;
- появление так называемых «карманных» адвокатов, которые идут на сговор со следователями³¹⁷;

- низкий уровень качества работы адвокатов при оказании ГГЮП отмечается клиентами, представителями правоохранительных органов, судов и самими адвокатами.

К примеру, на основе исследования независимыми экспертами SIAR материалов 150 уголовных дел были сделаны следующие выводы о качестве работы адвокатов:

- адвокаты не принимают участия в проведении следствия (допрос свидетелей, очные ставки свидетелей, осмотры, обыски, следственные эксперименты, опознание лиц, опознание предметов

³¹⁵ Кыргызская Республика присоединилась к данному Международному пакту постановлением Жогорку Кенеша (Парламента) Кыргызстана от 12 января 1994 года № 1406-XII «О присоединении Кыргызской Республики к международным договорам по правам человека».

³¹⁶ Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года.

³¹⁷ Ежегодник по правам человека в Кыргызской Республике за 2005 год – Бишкек, Учкун, 2006 – С. 199.

и пр.), вследствие чего они не полностью используют возможности, предоставленные им ст. 48 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики;

- адвокаты без интереса, поверхностно и пассивно оказывают ГГЮП: из 16 рассмотренных уголовных дел, имеющих основания для возвращения на дополнительное расследование, только по трем делам адвокаты направляли соответствующие ходатайства. Остальные дела направлялись на доследование по инициативе судей. Из 79 дел (52,7%), имеющих основания для применения более благоприятной квалификации инкриминируемого деяния, только 24 процента имеют соответствующие ходатайства адвокатов.

Опрос 200 заключенных в местах лишения свободы выявил следующие проблемы в работе адвокатов на этапе следствия и суда:

- преобладающее большинство опрошенных (69,1%) заявили о незаинтересованном отношении адвоката к их делу;
- 39 процентов респондентов указали, что их адвокат вообще не совершал никаких процессуальных действий;
- около трети респондентов указали, что адвокат не присутствовал на допросах; 50 процентов указали, что адвокат присутствовал только на некоторых допросах;
- подавляющее большинство участников опроса (77,1%) указали, что не виделись с адвокатом до слушания дела для обсуждения позиции защиты;
- 10,3 процента опрошенных вообще не видели назначенного им адвоката;
- только 11,3 процента опрошенных не отметили каких-либо недостатков в работе адвокатов³¹⁸.

В республике на сегодняшний день не ведется систематический и централизованный сбор информации, необходимой для оценки ситуации по ГГЮП и совершенствования мер по этому вопросу, а также для формирования размера финансирования из государственного бюджета ГГЮП. В частности, отсутствует информация следующего рода:

- количество дел, по которым предоставлялась (запрашивалась) ГГЮП;
- количество лиц получивших ГГЮП;
- фактические затраты при оказании ГГЮП по одному делу и т.д.

В настоящее время нет конкретных данных об уровне потребности в ГГЮП, количестве и категории дел, по которым оказывается ГГЮП, что может отражаться на планировании государственного бюджета для финансирования ГГЮП.

Учитывая, что указанные проблемы являются существенными и нарушают права граждан, для обеспечения эффективного доступа к правосудию и дальнейшего развития института адвокатуры в Кыргызской Республике, распоряжением Правительства Кыргызстана была создана рабочая группа для подготовки проекта Концепции по совершенствованию системы ГГЮП и выработки конкретных предложений по ее реализации³¹⁹.

В рабочую группу вошли представители Министерства юстиции, Министерства труда и социальной защиты, Судебного департамента Кыргызской Республики, адвокатуры и неправительственных организаций.

Рабочая группа разработала Концепцию по совершенствованию ГГЮП (далее Концепция), которая была утверждена указом президента³²⁰.

Рассмотрим основные положения Концепции, которые предлагают изменения существующей системы.

Для единой координации функционирования системы ГГЮП предлагается создание Национального совета по ГГЮП (далее - Национальный совет). Он будет создан на основании закона, и будет являться координирующим органом, действующим на общественных началах. Национальный совет будет подотчетен и утвержден Президентом Кыргызской Республики, и будет состоять из 11 членов: представителей законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти, адвокатуры, общественных организаций. Национальный совет будет уполномочен на осуществление следующих функций: обеспечение единой координации реализации ГГЮП; реформы в области ГГЮП; мониторинг процессов реализации ГГЮП; проведение системного анализа хода реформ ГГЮП; оценка эффективности реализации ГГЮП; подготовка отчетов о деятельности Национального совета и функционировании системы ГГЮП президенту и Правительству Кыргызской Республики; внесение проектов решений на рассмотрение Правительства Кыргызской Республики по вопросам:

³¹⁸ Отчет по оценке качества предоставления бесплатной юридической помощи в Кыргызской Республике, проведенной компанией SIAR / Текущий архив автора.

³¹⁹ Распоряжение Правительства Кыргызстана «О создании рабочей группы для подготовки проекта Концепции по совершенствованию системы гарантированной государством юридической помощи и конкретных предложений по ее реализации от 4 февраля 2004 года. Доступно в Интернете по адресу: www.toktom.kg

³²⁰ Концепция по совершенствованию системы гарантированной государством юридической помощи. Утв. Указом Президента Кыргызской Республики от 12 октября 2005 года № 457 // Эркин Тоо. – 2005. – 14 окт.

- определения критериев получения гражданами ГГЮП;
- содержания тестов для проверки платежеспособности лица, претендующего на получение ГГЮП;
- процедуры отбора поставщиков ГГЮП;
- тарифов и механизма оплаты труда адвокатов;
- минимальных требований к работе адвокатов при оказании ГГЮП;
- процедуры оценки и мониторинга работы адвокатов по оказанию ГГЮП.

Функции исполнительного органа Национального совета будут возложены на Министерство юстиции Кыргызской Республики до создания специализированного органа³²¹.

Авторы Концепции предполагают, что этапы совершенствования системы ГГЮП будут реализовываться Министерством юстиции Кыргызской Республики следующим образом:

- проведение тестов для определения права гражданина на получение ГГЮП;
- составление территориальных списков поставщиков ГГЮП и заключение с ними контрактов при взаимодействии с областными органами юстиции и профессиональной организацией адвокатов;
- распределение дел между поставщиками и координация отношений с правоохранительными органами и судами при взаимодействии с профессиональной организацией адвокатов;
- администрирование механизма оплаты труда адвокатов;
- проведение мониторинга качества работы адвокатов по оказанию ГГЮП;
- рассмотрение обращений и жалоб граждан относительно ГГЮП;
- обобщение практики ГГЮП и ведение сбора статистических данных;
- совместно с Национальным советом ежегодное формирование проекта бюджета ГГЮП;
- назначение координаторов в определенных административных районах;
- информационное обеспечение доступа общественности о функционировании ГГЮП.

В этих целях на местах Министерство юстиции Кыргызской Республики назначает координаторов по ГГЮП на основании договора, если на территории района действуют более 10 адвокатов. Если в районе работает менее 10 адвокатов, то следователи и судьи будут осуществлять функцию распределения уголовных дел по ГГЮП на основе списка адвокатов, утвержденного Министерством юстиции Кыргызской Республики³²².

Рассмотрим механизм предоставления юридической помощи. Поставщиками юридической помощи являются лица, имеющие право на адвокатскую деятельность. В каждом районе Министерство юстиции Кыргызской Республики через своих координаторов формирует списки адвокатов, желающих оказывать ГГЮП. Списки направляются в соответствующие органы следствия и суда.

Следователь или судья обязан разъяснить гражданину его право на получение ГГЮП и ознакомиться со списком адвокатов. Если гражданин нуждается в ГГЮП, то он должен заполнить специальную форму - заявление о ГГЮП. Гражданин должен иметь право выбора адвоката из списка. Прибывший по просьбе клиента адвокат заключает договор с клиентом об оказании ему ГГЮП.

После окончания дела адвокат предоставляет заявление и договор с клиентом в областное управление юстиции для получения оплаты. В форме заявления должна быть предусмотрена графа для записей следователя, судьи, подтверждающих факт участия адвоката в следствии или суде.

В делах с обязательным участием защитника, в соответствии с требованиями Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики, гражданин также должен иметь право выбора адвоката из предоставленного списка, утвержденного Министерством юстиции Кыргызской Республики. В случае если он не смог выбрать или отказался от адвоката, то следователь и/или судья назначает адвоката из вышеупомянутого списка. Отказ от услуг адвоката должен происходить только в присутствии адвоката, который обязан разъяснить гражданину его права на ГГЮП. Оплата труда адвоката основывается на постановлении следователя или судьи, в котором указывается время и объем работы адвоката³²³.

Следует отметить, что представленная Концепция в корне меняет систему оказания ГГЮП в Кыргызстане и предлагает более действенный механизм, при котором адвокаты предоставляют качественные услуги, оказывая помощь населению. Для реализации положений, содержащихся в Концепции, распоряжением президента Кыргызской Республики была сформирована рабочая группа по разработке законопроектов о ГГЮП и о внесении соответствующих поправок в норма-

³²¹ Концепция по совершенствованию системы гарантированной государством юридической помощи. Утв. Указом Президента Кыргызской Республики от 12 октября 2005 года № 457 // – Эркин Тоо. – 2005. – 14 окт.

³²² Там же.

³²³ Часть 4 Концепции по совершенствованию системы гарантированной государством юридической помощи. Утв. Указом Президента Кыргызской Республики от 12 октября 2005 года № 457. – Эркин Тоо. – 2005 – 14 окт.

тивные правовые акты Кыргызской Республики³²⁴. В рабочую группу вошли представители Министерства юстиции Кыргызской Республики, Министерства труда и социальной защиты, Министерства экономики и финансов; научных кругов, адвокатуры и неправительственных организаций. Возглавил рабочую группу заведующий отделом правовой политики администрации Президента Кыргызской Республики.

Рабочая группа подготовила проект Закона «О гарантированной государством юридической помощи» и дополнения в Уголовно-процессуальный кодекс. На данный момент этот законопроект находится на согласовании в министерствах и ведомствах Кыргызстана.

Остановимся только на основных моментах законопроекта, которые детализируют и развивают положения, указанные в Концепции.

ГГЮП предоставляется в виде консультаций, составлении и подачи документов правового характера, защиты прав и представления законных интересов граждан на следствии и в суде, в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством.

Право на получение ГГЮП имеют граждане Кыргызской Республики, годовой доход которых не превышает установленного Правительством Кыргызской Республики уровня минимального дохода. Кроме того, таким правом без учета уровня годового дохода обладают:

- несовершеннолетние;
- пенсионеры;
- лица 1-й или 2-й группы инвалидности;
- лица, которым трудно самостоятельно осуществлять принадлежащее им право на защиту вследствие существенного нарушения функций речи, слуха, зрения, продолжительной тяжелой болезни, а также слабоумия, явной умственной неразвитости, других психических расстройств или физических недостатков;
- лица подозреваемые, обвиняемые, подсудимые, оправданные, осужденные в совершении особо тяжких преступлений;
- безработные, состоящие на учете в службе занятости;
- военнослужащие срочной службы³²⁵.
- Органами, участвующими в управлении системой ГГЮП в соответствии с законопроектом являются:
 - Национальный совет по ГГЮП при Президенте Кыргызской Республики;
 - Министерство юстиции Кыргызской Республики;
 - профессиональная организация адвокатов.

Следует отметить, что реализация указанного проекта закона предполагает, что в Кыргызстане будет создана профессиональная организация адвокатов, которая должна будет выполнять следующие функции:

- участие в разработке критериев отбора адвокатов в государственный реестр по оказанию гарантированной государством юридической помощи, тарифов и условий оплаты труда адвокатов;
- участие в мониторинге деятельности адвокатов, оказывающих гарантированную государством юридическую помощь;
- рассмотрение заявлений и жалобы на адвокатов о нарушении правил профессиональной этики;
- выполнение иных функций.

Следует отметить, что правом на оказание ГГЮП могут пользоваться адвокаты Кыргызской Республики, которые включены в Государственный реестр и заключили договор об оказании юридической помощи с Министерством юстиции Кыргызской Республики.

Для включения в Государственный реестр по ГГЮП кандидат подает заявление в Национальный совет. Отбор адвокатов в реестр по гарантированной государством юридической помощи осуществляется Национальным советом³²⁶.

К адвокатам, нарушившим требования рассматриваемого законопроекта, Министерством юстиции Кыргызской Республики могут быть применены следующие меры воздействия:

- предупреждение;
- отстранение адвоката от оказания гарантированной государством юридической помощи на срок от одного до трех месяцев;
- расторжение договора об оказании гарантированной государством юридической помощи и исключение из государственного реестра по оказанию гарантированной государством юридической помощи³²⁷.

³²⁴ Распоряжение Президента Кыргызской Республики от 2 декабря 2005 года № 431. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.toktom.kg>.

³²⁵ Статья 2 Проекта закона «О гарантированной государством юридической помощи».

³²⁶ Статья 19. – Там же.

Финансирование ГГЮП осуществляется из средств республиканского бюджета указанных отдельной строкой. Объем и порядок финансирования ГГЮП определяется Правительством Кыргызской Республики.

Правительство Кыргызской Республики утверждает тарифы и порядок оплаты труда адвокатов по оказанию ГГЮП. При определении тарифов оплаты труда адвокатов по делам ГГЮП учитываются следующие критерии:

- гарантированная оплата за вступление в дело;
- категория дела (тяжесть преступления);
- сложность дела (многоэпизодность);
- стадия процесса.

Адвокатам компенсируются транспортные, командировочные и иные расходы, связанные с оказанием ГГЮП, в размере и порядке, установленными законодательством Кыргызской Республики.

Оплата труда адвокатам осуществляется Министерством юстиции Кыргызской Республики³²⁸.

Говоря о реформах адвокатуры и оказания ГГЮП, следует отметить, что они очень тесно связаны между собой. Разработанные Концепции официально одобрены, и в ближайшее время ожидается принятие законов, которые должны реализовать положения Концепций и определить четкий порядок работы институтов адвокатуры и оказания ГГЮП. Важным аспектом реформ является создание единой профессиональной организации адвокатов, которая возьмет на себя ряд функций по допуску к профессии, наложению дисциплинарных взысканий на адвокатов, а также примет активное участие в развитии института оказания ГГЮП. В том случае если описанные реформы будут осуществлены, в Кыргызстане коренным образом изменится и структура работы адвокатов и роль государственных органов, направленных на обеспечение населения квалифицированной правовой помощью.

Все представленные Концепции и проекты законов были не раз обсуждены на круглых столах и конференциях с адвокатским сообществом, учеными-юристами, представителями государственных органов и неправительственных организаций и получили позитивные отклики и рекомендации. Ряд рекомендаций и предложений участников этих обсуждений были позитивно восприняты членами рабочих групп и включены в Концепции и проекты законов.

**М. С. Усманова, председатель Коллегии адвокатов Согдийской области
Республики Таджикистан**

ОБЗОРНЫЙ ДОКУМЕНТ Юридическая профессия в Таджикистане³²⁹

1. Организация и структура юридической профессии

В Таджикистане правовые основы юридической помощи, деятельность адвокатуры регламентируются законом, который первоначально имел высшую правовую форму – **«Конституционный закон»**. В классификации конституционных законов он отнесен к третьей группе как закон, издание которого прямо предусмотрено в Конституции.

Статья 92 Конституции Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 года гласила «Юридическая помощь гарантируется на всех стадиях следствия и суда. Организация и порядок деятельности адвокатуры и другие формы оказания юридической помощи определяются **Конституционным законом**». Таджикистан являлся единственным государством СНГ, придавшим Закону об адвокатуре такой статус³³⁰.

Конституционный закон «Об адвокатуре» был принят 4 ноября 1995 года и был прогрессивным для адвокатуры Таджикистана, т. к. он предусматривал самостоятельность адвокатуры, независимость от государственных органов, в т. ч. от Министерства юстиции, содержал гарантии обеспечения независимости деятельности адвокатуры государством, нормы о запрете вмешательства в адвокатскую деятельность, создание незаконных препятствий для адвокатской деятельности, а также регламентировал сотрудничество государственных органов с органами адвокатского самоуправления в деле обеспечения защиты прав, свобод и законных интересов граждан, оказание правовой помощи физическим и юридическим лицам.

³²⁷ Статья 22. – Там же.

³²⁸ Статья 30. – Там же.

³²⁹ Обзорный документ подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (БДИПЧ ОБСЕ) 1 июля 2008 года.

³³⁰ Доступно в Интернете по адресу: <http://kollegia.net/findus.php>.

Впервые независимость адвокатуры в Таджикистане была закреплена законодательно и адвокатура стала правовым институтом гражданского общества, что соответствовало международно-правовым стандартам о роли адвокатов в обществе и назначению института адвокатуры.

22 июля 2003 года после проведенного всенародного референдума в ст. 92 Конституции Республики Таджикистан были внесены изменения и дополнения: слово «Конституционный закон» было заменено словом «Закон».

В последующем в Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» вносились изменения и дополнения, в результате чего не только независимость адвокатуры, но и ее целостность оказывались под угрозой.

В настоящее время институт адвокатуры в Таджикистане является профессиональным общественным образованием, **не имеющим единой системы.**

Таджикистан является страной с разделением адвокатов.

Помимо так называемых «традиционных» адвокатских формирований – коллегий адвокатов, существуют разрозненные группы «одиноких» адвокатов и отдельных адвокатских формирований.

В последнее время в стране значительно увеличилось количество юристов, называющих себя адвокатами, а также появились сомнительные общественные объединения, провозглашающие себя «адвокатурами», хотя фактически не являющимися таковыми в соответствии с требованиями Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре».

Разобщенность адвокатов, отсутствие единого профессионального органа, появление адвокатов и адвокатских формирований с «пониженной планкой» доступа к адвокатской деятельности перестали отвечать назначению института адвокатуры и ожиданиям общества.

Задачи адвокатуры в Таджикистане вытекают из положений Конституции Республики Таджикистан³³¹:

Статьи 19: «...Лицо вправе с момента задержания пользоваться услугами адвоката».

Статьи 92: «Юридическая помощь гарантируется на всех стадиях следствия и суда.

Организация и порядок деятельности **адвокатуры** и другие формы оказания юридической помощи определяются **Законом**».

Статья 1 Закона «Об адвокатуре» разъясняет, что «Адвокатура в Республике Таджикистан является независимым **профессиональным объединением**, обеспечивающим в соответствии с Конституцией Республики Таджикистан оказание **юридической помощи физическим и юридическим лицам**»³³².

Закон предусматривает вопросы образования коллегии адвокатов, его руководящих органов, допуск к адвокатской деятельности, права и обязанности адвокатов, дисциплинарную ответственность адвокатов.

До 1998 года допуск к адвокатской деятельности осуществлялся путем приобретения членства в коллегии адвокатов.

В Республике существовали две самостоятельные коллегии адвокатов: Коллегия адвокатов Республики Таджикистан с центром в г. Душанбе и региональная Согдийская областная коллегия адвокатов с центром в г. Худжанде.

Коллегия адвокатов Республики Таджикистан, называемая Республиканской коллегией адвокатов, является правопреемницей советской коллегии адвокатов. Коллегия адвокатов северного региона Таджикистана – Согдийская областная коллегия адвокатов входила в состав Республиканской коллегии. Действовала единая Коллегия адвокатов Таджикистана.

15 января 1973 года Согдийская (Ленинабадская) областная коллегия адвокатов была выделена из состава республиканской и стала самостоятельной коллегией адвокатов³³³.

Республиканская коллегия адвокатов насчитывала около 250 адвокатов и имела 40 юридических консультаций.

Согдийская областная коллегия адвокатов насчитывала 130 адвокатов и имела 19 юридических консультаций.

Такое положение существовало до 1998 года.

18 февраля 1998 года было принято Постановление Правительства Республики Таджикистан № 42 и утверждено Положение о порядке **лицензирования** деятельности по оказанию юридической помощи в качестве **адвоката-поверенного**³³⁴.

Таким образом, появилась возможность стать адвокатом путем получения лицензии в Министерстве юстиции после сдачи квалификационного экзамена.

В связи с этим в Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» были внесены изменения и дополнения:

Раздел 5 стал называться «Лицензирование деятельности адвокатов-поверенных».

³³¹ Конституция Республики Таджикистан от 6 ноября 1994 года.

³³² Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» от 04 декабря 1995 года.

³³³ Историческая справка облгосархива от 09.12.1988 года. Текущий архив автора.

³³⁴ Постановление Правительства Республики Таджикистан №42 от 18.02.1998 года.

Статья 29 закона в новой редакции гласила: «Оказание юридической помощи профессиональными юристами, не состоящими в коллегии адвокатов, осуществляется на основании лицензии в порядке, установленном **для предпринимательской деятельности**».

Статья 2 закона разъясняла: «...Адвокат-поверенный – **предприниматель**, оказывающий юридическую помощь на основании лицензии...»

29 марта 2003 года при поддержке международных организаций была создана **Ассоциация адвокатов Республики Таджикистан**, которая была зарегистрирована в Министерстве юстиции в июле 2003 года.

Целью создания ассоциации было объединение членов коллегий адвокатов и адвокатов-поверенных в единую профессиональную организацию на основе добровольного членства. В тот период насчитывалось около 100 адвокатов-поверенных.

Ассоциация адвокатов в тот период объединила половину адвокатов двух коллегий и 20 адвокатов-поверенных.

17 мая 2004 года был принят Закон Республики Таджикистан № 37 «О лицензировании отдельных видов деятельности»³³⁵.

Статья 17 Закона включила в перечень видов деятельности, на осуществление которых требуется лицензия, **оказание платных юридических услуг**.

Сложилась ситуация, когда все адвокаты, оказывающие платные юридические услуги, должны были получать лицензию в Министерстве юстиции.

Был подготовлен проект Закона «О внесении изменений и дополнений» в Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре». В разделе 5 предусматривалось «Лицензирование деятельности **адвокатов** по оказанию юридических услуг». В ст. 29 предусматривалось осуществление платных юридических услуг на основании лицензий.

Министерству юстиции предоставлялись исключительные полномочия по допуску к адвокатской деятельности, что противоречило статьям 12, 13, 14 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре», предусматривающим независимость адвокатской профессии и запрет вмешательства в адвокатскую деятельность, а также ст. 19 Закона, предусматривающей обязанность членов коллегии адвокатов оказывать **бесплатную юридическую помощь** и участвовать по уголовным делам по **назначению** органов следствия и суда³³⁶.

В стране складывалась неопределенная ситуация.

Обе коллегии адвокатов обратились с письмами в аппарат Президента Республики Таджикистан и в Министерство юстиции Республики Таджикистан, в котором выразили несогласие с лицензированием адвокатской деятельности и приняли участие в работе круглого стола 24 мая 2005 года в г. Душанбе, на котором было принято обращение против принятия законопроекта о внесении изменений и дополнений в действующий Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре».

Постановлением Правительства Республики Таджикистан № 337 от 1 сентября 2005 года было утверждено «Положение об особенностях лицензирования отдельных видов деятельности». Глава 49 предусматривала «Особенности лицензирования деятельности по оказанию платных юридических услуг», к которым были отнесены:

- оказание платных юридических услуг посредством адвокатской деятельности (адвокат-поверенный);

- предоставление других платных юридических услуг, за исключением представительства интересов физических и юридических лиц в правоохранительных органах и судах.

Лицензирующий орган было определено Министерство юстиции Республики Таджикистан³³⁷.

Это привело к сохранению неопределенности в вопросе о разрешении на адвокатскую деятельность. Неясным оставался вопрос о том, какая профессиональная деятельность должна составлять адвокатскую практику. Ни у кого не было точного понимания того, как следует понимать требования Закона «Об адвокатуре» и Закона «О лицензировании...».

В результате сложилась непонятная ситуация. Согласно Закону Республики Таджикистан «Об адвокатуре» для принятия в члены коллегии адвокатов требуется наличие стажа работы по юридической специальности не менее двух лет или прохождения стажировки от 6 месяцев до 1 года и обязательная сдача квалификационного экзамена, как при наличии двухгодичного стажа работы, так и после прохождения стажировки (ст. 18)

Для получения лицензии адвокатом-поверенным необходимый стаж работы по юридической специальности был сокращен до одного года, и не требовалось ни сдачи экзамена, ни прохождения стажировки.

Министерство юстиции Республики Таджикистане проводило экзаменов при выдаче лицензий адвокатам-поверенным. Остается неясным механизм контроля оказываемой правовой помощи адвокатом-поверенным.

³³⁵ Закон Республики Таджикистан №37 от 17.05.2004 года.

³³⁶ Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» от 04 декабря 1995 года.

³³⁷ Постановление Правительства Республики Таджикистан №337 от 01.09.05 года.

3 марта 2006 года был принят Закон № 161 «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре». Раздел 5 закона претерпел существенные изменения и теперь называется «Лицензирование деятельности по оказанию **платных юридических услуг поверенным адвокатом**».

Ст. 29 Закона предусматривает, что оказание платных юридических услуг поверенным адвокатом осуществляется на основании лицензии в порядке, предусмотренном Законом Республики Таджикистан «**О лицензировании отдельных видов деятельности**». Статьи 30, 31 и 32 были исключены³³⁸.

28 июля 2006 года в Закон Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности» в ст. 17 внесены изменения и «**оказание платных юридических услуг**» заменено на **деятельность адвокатов-поверенных**³³⁹.

3 апреля 2007 года Постановлением Правительства Республики Таджикистан за № 172 утверждено новое Положение «Об особенностях лицензирования отдельных видов деятельности». Глава 47 предусматривает особенности лицензирования деятельности **поверенных адвокатов**³⁴⁰. В новой редакции предусмотрено наличие двухгодичного стажа работы по юридической специальности и требование о сдачи квалификационного экзамена.

Таким образом, в настоящее время статус адвокатов в Таджикистане разделен на **адвокатов коллегий и адвокатов-поверенных**. Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» регулирует только деятельность адвокатов коллегий и адвокатов-поверенных. Другие юристы, оказывающие юридическую помощь, обычно работают в НПО, зарегистрированных на основании Закона Республики Таджикистан «Об общественных объединениях» от 12 мая 2007 года.

Статья 2 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре» содержит следующие определения:

Адвокатская деятельность – деятельность адвокатов по оказанию юридической помощи.

Адвокат-член Коллегии адвокатов, адвокат-поверенный – предприниматель, оказывающий юридическую помощь. Различие между ними заключается в следующем:

- По допуску к адвокатской профессии. Решение о допуске в коллегия адвокатов принимается самой коллегией адвокатов (ее исполнительным органом – президиумом коллегии адвокатов после сдачи квалификационного экзамена квалификационной комиссией коллегии, состоящей из адвокатов). Решение о допуске к работе в качестве адвоката-поверенного принимается Министерством юстиции Республики Таджикистан на основании лицензии, выдаваемой Министерством юстиции Республики Таджикистан в порядке, предусмотренном Законом Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 17 мая 2004 года после сдачи квалификационного экзамена квалификационной комиссией Министерства юстиции Республики Таджикистан.

- Исключение адвокатов из коллегий адвокатов осуществляется также самими коллегиями. Решение о приостановлении действия лицензии адвокатов-поверенных принимается Министерством юстиции Республики Таджикистан.

- Адвокаты – члены коллегий обязаны оказывать бесплатную юридическую помощь в случаях, предусмотренных законом (ст. 19 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре»), а также по требованию органов следствия и суда (ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан). В то время как на адвокатов-поверенных требования по оказанию бесплатной юридической помощи не распространяются.

- Адвокаты-поверенные имеют статус предпринимателей, оказывающих юридическую помощь (ст. 2 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре») и для осуществления своей деятельности получают специальное разрешение – лицензию, выдаваемую Министерством юстиции Республики Таджикистан и подконтрольны данному государственному органу.

- В коллегиях адвокатов имеются уставы, правила профессиональной этики адвокатов, правила внутреннего трудового распорядка и другие внутренние документы. Министерство юстиции Республики Таджикистан не разрабатывало правила профессиональной этики для адвокатов-поверенных.

Коллегия адвокатов – независимая организация профессиональных юристов, объединившихся в целях оказания **квалифицированной** юридической помощи физическим и юридическим лицам³⁴¹.

В настоящее время в Таджикистане действуют три самостоятельные коллегии адвокатов: Республиканская коллегия адвокатов с центром в г. Душанбе, Коллегия адвокатов г. Душанбе с центром в г. Душанбе, Коллегия адвокатов Согдийской области с центром в г. Худжанде.

Коллегия адвокатов г. Душанбе зарегистрирована в Министерстве юстиции в сентябре 2007 года.

³³⁸ Закон №161 от 03.03.06 года

³³⁹ Закон №195 от 28.07.06 года

³⁴⁰ Постановление Правительства Республики Таджикистан № 172 от 03.04.07 года.

³⁴¹ Закон РТ «Об адвокатуре» от 4 ноября 1995 года.

В Республиканской коллегии адвокатов работают 250 адвокатов, функционируют 42 юридические консультации³⁴², из них 5 – в г. Душанбе, 1 филиал в г. Худжанде, и в других регионах Согдийской области, а также в районах республиканского подчинения, Хатлонской области, Горно-Бадахшанской автономной области.

В Коллегии адвокатов Согдийской области работают 143 адвоката, функционируют 20 юридических консультаций во всех городах и районах Согдийской области. В городе Худжанде – две юридические консультации.

В Коллегии адвокатов г. Душанбе по неофициальным данным работают около 130 адвокатов. Имеются представительства (приемные) в городах и районах Согдийской области, а также открываются в других регионах страны³⁴³.

В Министерстве юстиции официально зарегистрированы 322 поверенных адвоката³⁴⁴.

7 июля 2007 г. в Министерстве юстиции зарегистрирована общественная организация «Адвокаты-поверенные Республики Таджикистан»³⁴⁵.

В данную организацию входит более 50 поверенных адвокатов³⁴⁶.

Члены коллегий адвокатов составляют большинство адвокатов в стране.

Точное количество адвокатов в Таджикистане неизвестно, т. к. не ведется **единый реестр адвокатов**.

На данный момент население страны составляет 7 млн. 215 тыс. 700 человек³⁴⁷.

Если считать, что адвокатами согласно закону могут быть либо члены коллегий адвокатов, либо адвокаты-поверенные, то общее количество адвокатов в стране составляет примерно чуть более 800 адвокатов. Исходя из количества населения страны, примерно на 9000 населения в Таджикистане приходится 1 адвокат (соответственно на 10000 человек – менее 1 адвоката).

Это показатель острой нехватки адвокатов в стране.

Количество адвокатов значительно различается в разных регионах страны. В отдельных регионах Таджикистана ощущается явный «дефицит» адвокатов.

Например, в Горно-Бадахшанской автономной области (ГБАО), территория которой составляет 43% территории Таджикистана, а население страны составляет 221 тыс. 441 человек, работают всего два адвоката: один - от Республиканской коллегии адвокатов, один адвокат-поверенный, а также: три юриста – от общественной организации «Общество и право», два – от филиала Республиканского бюро по правам человека и соблюдению законности.

Адвокаты работают только в столице ГБАО гор. Хороге. Всего в состав ГБАО входят 7 районов. В этих районах адвокатов нет³⁴⁸.

Количество адвокатов в районах республиканского подчинения (РПП) и в Хатлонской области намного меньше, чем в г. Душанбе и Согдийской области.

Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» не предусматривает никаких других форм адвокатских формирований, кроме как коллегий адвокатов.

Статья 15 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре» предусматривает, что «Коллегии адвокатов образуются по инициативе не менее чем сорока адвокатов. Специального разрешения на создание коллегии адвокатов не требуется...»

Уставы Республиканской коллегии адвокатов и Коллегии адвокатов Согдийской области предусматривают для организации работы адвокатов по оказанию юридической помощи создание президиумами коллегий адвокатов в городах и районах юридических консультаций, бюро, контор, кабинетов.

Фактически все адвокаты, являющиеся членами коллегий адвокатов, ведут свою практику в одной из юридических консультаций своих коллегий.

Частные адвокаты-поверенные осуществляют свою деятельность самостоятельно или в качестве наемных работников либо собственников юридических лиц.

Юристы могут работать в организации любой формы, признаваемой Гражданским кодексом Республики Таджикистан. Юристы, не являющиеся адвокатами, также могут заниматься юридической практикой в качестве сотрудников таких юридических лиц.

К ним относятся: Лига женщин-юристов Республики Таджикистан, Республиканское бюро по правам человека и соблюдению законности, Центр по правам человека и др. Это все обществен-

³⁴² Из личной беседы с председателем Республиканской коллегии адвокатов Амирбековым Наимом Амирбековичем

³⁴³ Из беседы с членом Президиума Коллегии адвокатов г. Душанбе Юсуфовым Каюмом.

³⁴⁴ Из официального ответа Министерства юстиции № 672-З от 31 июля 2008 г.

³⁴⁵ Там же.

³⁴⁶ Из сведений председателя общественного объединения «Адвокаты-поверенные Республики Таджикистан» Хамзабека Мирзовалиева.

³⁴⁷ По сведениям Госкомстата Республики Таджикистан. Доступно по адресу в Интернете. www.stat.tj

³⁴⁸ Из информации сотрудника Хорогского филиала Горно-Бадахшанской автономной области «Бюро по правам человека и соблюдению законности» Холиқназарова Манучехра.

ные организации. Адвокаты коллегий привлекаются к работе в таких структурах на основании соглашений с коллегией адвокатов.

Международная юридическая фирма «Контракт», зарегистрированная как юридическое лицо, также оказывает населению правовую помощь, а также «принимает на себя обязанности по защите в суде, милиции, прокуратуре и других правоохранительных и административных органах по уголовным, гражданским и хозяйственным делам..., дает юридические консультации и составляет правовые документы различного характера...»³⁴⁹. В этой фирме работают адвокаты-поверенные. Согласно ответу Управления юстиции Согдийской области от 27 августа 2008 года за № 1180 на территории Согдийской области Республики Таджикистан зарегистрировано на основании Закона РТ «Об общественных объединениях» от 12 мая 2007 года общественное объединение «Адвокаты-поверенные». Информация о количестве юридических фирм недоступна. Министерство юстиции Республики Таджикистан и Управление юстиции Согдийской области не отвечают на запросы.

Данные о точном количестве юристов, занимающихся юридической практикой, а также о количестве юридических фирм недоступны³⁵⁰.

Известно, что по состоянию на 2005 год в стране насчитывалось 30 юридических фирм различных форм собственности (главным образом общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества)³⁵¹.

2. Допуск к юридической практике

В соответствии с Законом Республики Таджикистан «Об адвокатуре» допуск к адвокатской деятельности осуществляется путем вступления в члены коллегии адвокатов и путем получения лицензии в Министерстве юстиции Республики Таджикистан в порядке, предусмотренном Законом Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности».

В первом случае адвокат приобретает статус адвоката коллегии адвокатов, во втором – статус поверенного-адвоката.

В связи с этим различается порядок допуска к адвокатской деятельности.

Для приема в члены коллегии адвокатов ст. 18 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре» предусматривает следующие требования:

- гражданство Таджикистана;
- наличие высшего юридического образования;
- наличие двухлетнего стажа работы по юридической специальности;
- при отсутствии необходимого стажа – прохождение стажировки от 6 месяцев до 1 года;
- сдача квалификационного экзамена квалификационной комиссии коллегии адвокатов.

Уставами коллегий адвокатов (Республиканской и Согдийской) предусмотрены ограничения в приеме для лиц, имеющих судимость за совершение умышленных преступлений и для лиц, признанных недееспособными.

Квалификационная комиссия состоит из адвокатов-членов коллегии адвокатов. Комиссия готовит билеты с вопросами, затрагивающими все отрасли права. Экзамен проводится устно. Кандидат выбирает билет с несколькими вопросами и устно отвечает на них.

Квалификационная комиссия дает заключение о возможности приема кандидата, а президиум коллегии адвокатов путем голосования членов президиума с учетом профессиональных и моральных качеств кандидата решает вопрос о приеме.

Лица, успешно прошедшие стажировку от 6 месяцев до 1 года, также сдают квалификационный экзамен. Не сдавшим экзамена кандидатам предоставляется возможность еще раз пройти стажировку в течение 6 месяцев и вновь сдать экзамен.

В соответствии с главой 47 Положения «Об особенностях лицензирования деятельности поверенных адвокатов» предъявляются следующие требования для выдачи лицензии³⁵²:

- наличие гражданства Республики Таджикистан;
- наличие высшего юридического образования;
- не менее двухгодичный стаж работы по юридической специальности;
- погашение или снятие судимости за умышленно совершенное преступление;
- положительное решение Квалификационной аттестационной комиссии.

Квалификационная комиссия при Министерстве юстиции Республики Таджикистан в составе 7 человек из числа руководителей и специалистов структур Министерства юстиции утверждается приказом министра юстиции.

³⁴⁹ Судебные речи адвокатов. – Душанбе, 2002 с.200.

³⁵⁰ На официальные запросы в Министерство юстиции и в Управление юстиции Согдийской области ответы не получены.

³⁵¹ Индекс Реформы правовой профессии в Таджикистане, www.hrt.tj (раздел «Отчеты и исследования»).

³⁵² Постановление Правительства Республики Таджикиста от 3 апреля 2007 г. № 172

Квалификационная аттестация проводится на основании разработанных вопросников, включающих все отрасли права Республики Таджикистан .

Решение о приеме кандидата принимается большинством членов Квалификационной комиссии и сразу оглашается³⁵³.

В соответствии со ст.16 Закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» предусмотрены следующие лицензионные сборы:

- за **рассмотрение** заявления о выдаче лицензии поверенному адвокату взимается лицензионный сбор в размере четырех минимальных заработных плат;

- за **выдачу** лицензии поверенному адвокату взимается лицензионный сбор в размере десяти минимальных заработных плат.³⁵⁴

Суммы лицензионных сборов зачисляются в государственный бюджет.

При продлении срока действия лицензии взимается плата, равная сбору за выдачу лицензии. В случае сокращения срока действия лицензии, размер лицензионных сборов сокращается соответственно сроку действия лицензии³⁵⁵.

Уставами коллегий адвокатов (Республиканской и Согдийской) предусмотрены вступительные взносы.

При поступлении в коллегии адвокатов взимаются вступительные взносы:

- В Республиканской коллегии адвокатов – в размере 400 сомони.

- В Коллегии адвокатов Согдийской области – в размере 500 сомони.

Вступительный взнос вносится на расчетный счет президиума. В случаях не сдачи квалификационного экзамена вступительный взнос подлежит возврату. При увольнении из коллегии адвокатов вступительный взнос не возвращается.

Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» позволяет стать адвокатами только гражданам Таджикистана. Однако ст. 33 Закона предусматривает, что «Республика Таджикистан на основе взаимности признает право адвокатов иностранных государств и стран Содружества Независимых Государств на оказание юридической помощи на своей территории без права на открытие юридических предприятий».

В соответствии с законом адвокаты имеют право выступать в суде по уголовным, гражданским, хозяйственным делам, по делам об административных правонарушениях, а также в Конституционном суде³⁵⁶ (ст. 4 Закона).

В соответствии со ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан «В качестве защитника допускаются приглашенные подозреваемым, обвиняемым, подсудимым или его представителем члены коллегии адвокатов, адвокат-поверенный, а также представители профессиональных союзов и общественных организаций по делам их членов. По постановлению лица, производящего дознание, следователя, прокурора, определению суда или постановлению судьи в качестве защитника могут быть допущены родственники и представители подозреваемого, обвиняемого, подсудимого (Закон от 29.11.2000 года № 27).

В случае отказа подсудимого или его представителя от приглашения защитника, по своему усмотрению судом обеспечивается в установленных законом случаях участие защитника через **юридическую консультацию**³⁵⁷ (закон 27.06.1991 года от № 27).

Согласно Гражданско-процессуальному кодексу Республики Таджикистан «Право адвоката на участие в суде как представителя удостоверяется **ордером** либо **лицензией**, выданной уполномоченным законом органом» (ст. 55).

В соответствии со ст. 52 Гражданско-процессуальному кодексу Республики Таджикистан «Суд назначает стороне адвоката в качестве представителя в случаях:

- отсутствия представителя у ответчика, место жительства которого неизвестно;

- в других случаях, предусмотренных законом».

Помимо адвокатов согласно Гражданско-процессуальному кодексу Республики Таджикистан представителями в суде могут выступать работники органов государственной власти и органов местного самоуправления, других общественных организаций с правом защиты своих членов или других лиц (ст.ст.49-50)³⁵⁸.

Согласно Гражданско-процессуальному кодексу Республики Таджикистан представителем в суде по гражданским делам может быть дееспособное лицо, имеющее **доверенность** на ведение

³⁵³ Из официального ответа Министерства юстиции.

³⁵⁴ С 1 июля 2008 года минимальная заработная плата в Таджикистане установлена в размере 60 сомони, что эквивалентно 17,5 долларов США.

³⁵⁵ В редакции закона № 195 от 28.07.2006 г.

³⁵⁶ Закон Республики Таджикистана «Об адвокатуре», опубликован на сайте www.hrt.tj (в разделе «Законодательство Республики Таджикистан»)

³⁵⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан 1961 года. Доступно в Интернете по адресу:

³⁵⁸ Гражданский процессуальный кодекс Республики Таджикистан от 05.01.2008 года. Доступно в Интернете по адресу:

дела, выданную и оформленную в соответствии с законом (ст.ст.51, 55 Гражданско-процессуальному кодексу Республики Таджикистан)³⁵⁹.

В Экономическом суде представителем может быть любое физическое лицо, имеющее доверенность, выданную и оформленную в соответствии с законом (ст. ст.60-61 Кодекса Республики Таджикистан «Об экономическом судопроизводстве»)³⁶⁰. Обычно интересы предприятий в Экономическом суде представляют юристы, являющиеся работниками этого предприятия (ст. 58)³⁶¹.

3. Стоимость юридических услуг

Статья 20 Закона Республики Таджикистан «Об адвокатуре» предусматривает, что «труд адвокатов оплачивается из средств, поступающих за оказанную юридическую помощь от клиентов. Размер гонорара определяется соглашением сторон. При отсутствии соглашения размер гонорара определяется в соответствии с **инструкцией, утверждаемой президиумом коллегии адвокатов** по согласованию с Министерством финансов Республики Таджикистан».

11 августа 2007 года президиум Коллегии адвокатов Республики Таджикистан утвердил Инструкцию «Об оказании юридической помощи, оказываемой адвокатами физическим и юридическим лицам», согласованную с Министерством финансов Республики Таджикистан 28 сентября 2007 года.

Инструкцией предусмотрена оплата труда адвокатов в процентном отношении к ставке минимальной заработной платы. При отсутствии соглашения инструкцией предусмотрены следующие размеры оплаты труда членов коллегий адвокатов:

- юридические консультации (советы) не менее 15% ставки минимальной заработной платы;
- составление правовых документов – не менее 25%;
- составление запросов, справок – не менее 25%;
- за вызов адвоката на дом клиента или в места лишения свободы – не менее 50% без учета транспортных расходов;
- за составление проектов уставов, договоров и других сложных документов в размере не менее однократной ставки минимальной заработной платы;
- за участие на предварительном следствии и в судах первой инстанции – не менее 50% в день. При продолжительности следствия или судебного процесса – не менее 50% за каждый день;
- за защиту двух и более лиц – не менее 50%;
- за изучение, подготовку и ведение дела в суде – не менее 50%;
- за участие по гражданскому делу - не менее 60%;
- за участие в кассационной инстанции – не менее 50% суммы, подлежащей оплате в суде первой инстанции;
- за ведение дела в кассационной и надзорной инстанциях, не принимавшим участия в суде первой инстанции – не менее 60%.

Дополнительно взимаются расходы, связанные с командировками. При отсутствии соглашения сторон размер командировочных расходов определяется заведующим юридической консультацией или президиумом коллегии адвокатов³⁶². Данная инструкция используется и адвокатами Коллегии адвокатов Согдийской области

Достоверной информации о стоимости юридических услуг, оказываемой членами коллегий адвокатов по соглашению, а также оказываемой поверенными адвокатами, в т. ч. о почасовой оплате, не имеется.

Есть публикация о том, что представители фокусной группы при одной из юридических консультаций г. Душанбе сообщили, что обычно с клиентов взимается плата в размере 5 сомони (менее 1,75 доллара США) за первоначальную консультацию и гонорар в размере приблизительно 33 долларов США (100 сомони) за юридическое представительство.

Чаще всего адвокаты договариваются с клиентами о фиксированном размере оплаты. Все респонденты, участвовавшие в фокусной группе согласились с тем, что большинство адвокатов получают недостаточную оплату за свои услуги. А адвокаты, оказывающие юридические услуги «бесплатно», редко получают оплату за свои услуги от государства. Поверенные адвокаты обычно зарабатывают больше, чем адвокаты коллегий и на них не распространяется требование оказывать юридическую помощь за счет государственного бюджета³⁶³.

4. Бесплатная юридическая помощь

³⁵⁹ Там же.

³⁶⁰ Кодекс Республики Таджикистан «Об экономическом судопроизводстве» от 05.01.2008 года.

³⁶¹ Там же.

³⁶² Инструкция «Об оказании юридической помощи» от 11.08.07 года.

³⁶³ Индекс Реформы Правовой Профессии в Таджикистане. С.29.

Конституционная гарантия, содержащаяся в ст. 92, об оказании юридической помощи на всех стадиях следствия и суда, закреплена также Законом Республики Таджикистан «Об адвокатуре». В соответствии со ст. 5 Закона «...Государство гарантирует реальный и равный доступ к юридической помощи всем лицам, иностранным гражданам, проживающим или имеющим местонахождение на его территории. Государство гарантирует необходимое **финансирование** для обеспечения юридической помощи **несостоятельным** гражданам, а также для оплаты юридической помощи, оказываемой в соответствии с законом **бесплатно**...».

Данные гарантии реализуются через адвокатов – членов коллегии адвокатов, т. к. ст. 19 закона возлагает оказание юридической помощи **бесплатно на членов коллегии:**

«Члены коллегии адвокатов оказывают **бесплатно** юридическую помощь:

- Истцам в судах первой инстанции при ведении дел о взыскании алиментов, о восстановлении на работе, участникам Великой Отечественной и афганской войн, инвалидам и лицам, потерявшим кормильца во время гражданской войны в Таджикистане, беженцам;

- гражданам по жалобам на неправильности в списках избирателей;

- народным депутатам при даче консультаций по вопросам законодательства, связанным с осуществлением ими депутатских полномочий.

Кроме того, президиум коллегии адвокатов, а также орган предварительного расследования, прокурор и суд, в производстве которого находится дело, вправе освободить физическое лицо полностью или частично от оплаты юридической помощи...».

Ст. 20 Закона также предусматривает, что «При освобождении лица от оплаты юридической помощи органом предварительного расследования, прокурором или судом, в случае оказания помощи по их требованию, помимо свободно заключаемого с клиентом договора, а, также если юридическая помощь оказывалась бесплатно, в соответствии с законом расходы по оплате труда адвокатов относятся в установленном порядке на счет **местного бюджета**».

В соответствии с действующим Постановлением кабинета министров Республики Таджикистан № 206 от 04.06.1992 года «О порядке отнесения на счет государства расходов по оказанию адвокатами юридической помощи гражданам» основанием для отнесения расходов по оказанию юридической помощи адвокатами подозреваемому и подсудимому на счет местного бюджета является постановление лица, производящего дознание, следователя, прокурора, определение суда.

Размер выплачиваемых сумм устанавливается в соответствии с Инструкцией об оплате юридической помощи, оказываемой адвокатами...»³⁶⁴.

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан также предусматривает нормы о бесплатной юридической помощи.

Статья 49 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан предусматривает, что **заведующий юридической консультацией и президиум коллегии адвокатов**, а также орган дознания, предварительного следствия, прокурор, суд, в производстве которых находится дело, вправе освободить подозреваемого, обвиняемого, подсудимого полностью или частично от оплаты юридической помощи. В случае освобождения от оплаты юридической помощи органом следствия или судом оплата труда защитника производится **за счет государства**. **Данная статья** также содержит норму о том, что «заведующий юридической консультацией и президиум коллегии адвокатов **обязаны выделять адвоката** для осуществления защиты подозреваемого, обвиняемого, подсудимого».

В соответствии со ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан «Адвокат не вправе отказываться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого или подсудимого...», а ст. 51 предусматривает обязательное участие защитника при судебном разбирательстве по делам, в которых участвует государственный обвинитель; по делам несовершеннолетних; лиц с психическими отклонениями или инвалидов; лиц, не владеющих языком, на котором ведется судопроизводство; лиц, преданных суду за преступления, за которые в качестве меры наказания может быть применена смертная казнь; лиц, между интересами которых имеются противоречия и хотя бы один из них имеет защитника.

Если защитник не приглашен самим обвиняемым, следователь или суд обязаны обеспечить защитника в суде (ст. 51 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан).

Статья 326 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан предусматривает выплату вознаграждения юридической консультации, когда адвокат, участвовал в деле по назначению.

Эффективное оказания бесплатной юридической помощи в Таджикистане является серьезной проблемой. Несмотря на гарантии государства об оплате адвокатам за юридическую помощь малоимущим гражданам и другим лицам, имеющим право на получение бесплатной юридической помощи за счет средств местных бюджетов, на практике этого не происходит.

³⁶⁴ Постановление Кабинета Министров Республики Таджикистан № 206 от 04.06.92 года.

В Таджикистане не имеется самостоятельного бюджета для оплаты адвокатам за оказанную правовую помощь. В связи с чем адвокаты редко получают оплату за свою работу. Существует огромная задолженность по выплатае гонораров по делам по назначению.

Помимо адвокатов бесплатную юридическую помощь оказывают юристы общественных организаций при финансовой поддержке международных организаций.

Таковыми общественными организациями являются:

Республиканское бюро по правам человека и соблюдению законности, Центр по правам человека, Лига женщин-юристов и др. Некоторые из них имеют свои филиалы в регионах республики. Несмотря на это, во многих районах страны бесплатная юридическая помощь отсутствует.

5. Реформирование адвокатуры

Вопросы реформирования адвокатуры в Таджикистане начали активно обсуждаться с 2006 года. Созданная в 2003 году Ассоциация адвокатов Республики Таджикистан не смогла объединить членов коллегий и поверенных адвокатов в единый самостоятельное объединение адвокатов.

Актуальность реформирования института адвокатуры в Таджикистане в настоящее время является очевидной. Законодательство об адвокатуре перестало отвечать происходящим переменам в политической, экономической и правовой сферах.

Являясь институтом гражданского общества и выполняя важную роль в осуществлении правосудия и защиты прав физических и юридических лиц, Адвокатура Таджикистана является в настоящее время частично **подконтрольной Министерству юстиции** в области лицензирования деятельности поверенных адвокатов.

Институциональная независимость адвокатуры от государственных органов диктуется задачей обеспечения защиты прав и свобод человека, возложенной на нее. В соответствии с международной практикой только сами адвокаты должны решать вопросы самоорганизации и деятельности, включая формирование органов самоуправления. Такого же мнения придерживается Специальный докладчик ООН по вопросу о независимости судей и адвокатов г-н Леондро Деспуй. В пункте 87 Рекомендаций по итогам миссии в Таджикистан отмечается, что «важной проблемой в стране является уязвимое положение адвокатов, вызванное трудностями, которые они испытывают при исполнении своих профессиональных обязанностей, в частности в том, что касается беспрепятственного оказания правовой помощи своим клиентам. **Отсутствие единого профессионального органа**, основанного на принципах самоуправления и независимости, ведающего всеми вопросами касательно юридической профессии (в том числе и профессии адвоката) становится особенно очевидным»³⁶⁵.

Законодательство двояко определяет адвокатскую деятельность: если коллегия адвокатов признается в качестве **общественной организации**, то есть некоммерческой, то поверенный адвокат признан **предпринимателем**.

Отсутствие единых правил профессиональной этики, единой дисциплинарной практики, разобщенность адвокатских формирований не отвечает предъявляемым требованиям к юридической профессии. В **Основных положениях ООН о роли адвокатов** предусматривается необходимость принятия норм профессионального поведения для адвокатов. В частности, в нем говорится, что «кодексы профессионального поведения адвокатов должны устанавливаться профессией через свои соответствующие органы или в соответствии с законодательством, отвечающим положениям национального права и обычая и признаваемым международными стандартами и нормами»³⁶⁶ (положение 26).

В настоящее время в Таджикистане не существует единых правил профессионального поведения для юридической профессии, в том числе для адвокатов. Ни в Законе Республики Таджикистан «Об адвокатуре», ни в Законе Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности», ни в Положении об особенностях лицензирования деятельности поверенных адвокатов нет достаточного урегулирования вопроса о правилах профессионального поведения для всех адвокатов.

Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре» содержит некоторые нормы профессиональной этики и поведения, которые обязательны для всех адвокатов. Статья 7 Закона содержит положение о том, что «Адвокат должен неукоснительно следовать этическим требованиям профес-

³⁷ Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леонардо Деспуй, Миссия в Таджикистан, E/CN.4/2006/52/Add.4, 30 декабря 2005 год. Доступно в Интернете по адресу: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rjudgesreport_tajikistan2005.html.

³⁶⁶ Основные Положения о роли адвокатов, принятые восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке. Доступно в Интернете по адресу: zakon.kuban.ru/private/advokat/opra90.htm.

сионального сообщества, постоянно совершенствовать свои знания, деловую квалификацию и хранить адвокатскую тайну».

В ст. 8 Закона содержатся нормы, запрещающие адвокату принимать поручение об оказании юридической помощи в случаях:

- если он ее оказывает или ранее оказывал лицам, интересы которых противоречат интересам лица, обратившегося с просьбой о ведении дела;

- если он участвовал в деле в качестве судьи, прокурора, следователя, лица, производившего дознание, эксперта, специалиста, переводчика, свидетеля или понятого, а также если в расследовании или рассмотрении дела принимает участие должностное лицо, с которым адвокат состоит в родственных отношениях.

Адвокат не вправе отказаться от защиты.

В соответствии со ст. 9 Закона «Адвокат не вправе разглашать, а также использовать в своих интересах или интересах третьих лиц какие-либо сведения, составляющие предмет адвокатской тайны».

Статья 11 Закона также предусматривает, что «...Адвокат должен постоянно поддерживать престиж своей профессии в качестве участника осуществления правосудия и общественного деятеля».

В этой же статье содержится запрет адвокату покупать или иным способом приобретать являющиеся предметом спора имущество и права физических и юридических лиц, обратившихся к нему за правовой помощью, как на свое имя, так и под видом приобретения для других лиц».

Уголовно-процессуальный кодекс Республики Таджикистан также предусматривает нормы профессиональной этики и поведения адвокатов. В соответствии со ст. 49 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан «...одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых, обвиняемых и подсудимых, если интересы одного из них противоречат интересам защиты другого». Согласно п. 1 ст. 52 «Адвокат, представитель профессионального союза и другой общественной организации не вправе участвовать в деле в качестве защитника или представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, если он по данному делу оказывает или ранее оказывал юридическую помощь лицу, интересы которого противоречат интересам лица, обратившегося с просьбой о ведении дела, или если он ранее участвовал в качестве судьи, прокурора, следователя, лица, производившего дознание, эксперта, специалиста, переводчика, свидетеля или понятого, а также если в расследовании или рассмотрении дела принимает участие должностное лицо, с которым адвокат, представитель профессионального союза и другой общественной организации состоит в родственных отношениях».

Ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Республики Таджикистан «...также предусматривает, что «защитник обязан использовать все указанные в законе средства и способы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого или подсудимого, смягчающих их ответственность, и оказывать им необходимую юридическую помощь».

В 1999 году Республиканская коллегия адвокатов приняла Правила профессионального поведения адвокатов Республики Таджикистан, которые до 2006 года использовала Коллегия адвокатов Согдийской области.

26 января 2006 Коллегия адвокатов Согдийской области также приняла Правила профессиональной этики адвокатов.

Министерство юстиции Республики Таджикистан до настоящего не разработало Правил профессионального поведения для поверенных адвокатов. Принятые Республиканской и Согдийской коллегиями адвокатов Правила профессионального поведения адвокатов не распространяются на поверенных адвокатов, и тем самым они не обязаны соблюдать установленные в них нормы профессиональной этики за исключением тех, которые изложены в Законе Республики Таджикистан «Об адвокатуре».

Таким образом, не существует единого свода этических правил, применимых ко всем, кто представляет юридические услуги, а также единая дисциплинарная практика для адвокатов.

Предусмотренный Законом Республики Таджикистан «Об адвокатуре» раздел IV «Дисциплинарная ответственность адвокатов» (ст. ст. 23-28) применим только для адвокатов коллегий. Взыскания налагаются президиумом коллегии адвокатов.

В Положении об особенностях лицензирования отдельных видов деятельности от 3 апреля 2007 года (в главе 47) указано, что в отношении поверенных адвокатов «В случае поступления в Министерство юстиции более двух раз жалоб о халатности лицензиата, лицензия приостанавливается³⁶⁷. Информация о том, какова процедура рассмотрения жалоб, и какое решение принимается в том случае, если жалобы не подтвердились, не является доступной.

Согласно Закону Республики Таджикистан «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 17 мая 2004 года (п. 1 ст. 14) «Лицензирующий орган вправе приостановить действие лицензии в случае выявления неоднократных нарушений или грубого нарушения лицензиатом лицензион-

³⁶⁷ Постановление Правительства Республики Таджикистан от 03.04.2007 года.

ных требований и условий. Приостановление действия лицензии также может быть применено только в исключительных случаях, если это необходимо для предотвращения непосредственной угрозы жизни и здоровью людей, наступления техногенной катастрофы, причинения невосполнимого вреда природным объектам или состоянию окружающей среды и предотвращение указанных обстоятельств другими способами невозможно». В соответствии с указанным законом (п. 4 ст. 14) аннулирование лицензии производится на основании решения суда, за исключением случая неуплаты лицензиатом в течение 15 дней лицензионного сбора за предоставление лицензии, когда аннулировать лицензию может сам лицензирующий орган.

Налогообложение адвокатов – членов коллегий и поверенных адвокатов также значительно различается как по видам налогов, так и по налоговым ставкам.

В 2006 году была предпринята попытка провести реформу адвокатуры. Был подготовлен проект **Концепции реформирования адвокатуры Республики Таджикистан**. Концепция была разработана при финансовой поддержке Таджикского отделения Института открытого общества – Фонда содействия. В состав рабочей группы по разработке Концепции входили представители Республиканской коллегии адвокатов, Согдийской коллегии адвокатов, поверенные адвокаты, преподаватель Таджикского государственного национального университета.

В некоторых странах адвокаты состоят в одном из адвокатских объединений (Россия, Нидерланды, Германия, США, Франция). Например, в Германии и во Франции – в коллегии адвокатов, в США – в Ассоциации адвокатов, в России – в Федеральной палате адвокатов РФ³⁶⁸. В связи с этим в Концепции подчеркивалась необходимость учреждения единого национального объединения (например, Союза) адвокатов Республики Таджикистан.

Модельным вариантом может стать создание Федеральной палаты адвокатов в Российской Федерации. Члены рабочей группы по разработке Концепции реформирования адвокатуры Республики Таджикистан перед началом работы над Концепцией посетили г. Москву и Ивановскую область Российской Федерации, где ознакомились с опытом реформирования адвокатуры Российской Федерации. Поскольку опыт Российской Федерации показался приемлемым для Таджикистана, членами рабочей группы было предложено создание единого адвокатского органа наподобие Федеральной палаты Российской Федерации.

В Концепции предлагается создать единую организацию адвокатов, которая будет некоммерческим, негосударственным объединением, основанным на обязательном членстве всех адвокатов Таджикистана, объединившихся для совместного обеспечения корпоративных интересов.

Эта организация должна будет осуществлять представительство и защиту интересов адвокатов в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях, координировать деятельность адвокатских органов на местах, принимать меры, направленные на обеспечение высокого уровня оказываемой адвокатами юридической помощи. В рамках этой организации предусматривается создание региональных отделений во всех регионах страны.

Учреждение единого национального органа адвокатов необходимо для целей:

- гарантирования единообразия профессионального поведения и этики адвокатов на всей территории Таджикистана;

- гарантирования предоставления адвокатами квалифицированной юридической помощи, обеспечения высоких стандартов профессии;

- защиты профессиональных прав и интересов адвокатов;

- представления интересов адвокатского сообщества.

Обязательность членства необходима для обеспечения:

- контроля за доступом к профессии адвоката;

- контроля за квалификацией адвоката;

- дисциплинарного контроля.

Для устранения противоречий в законодательстве и неопределенности положения адвокатов в Республике Таджикистан, а также в целях поддержания высочайшего стандарта профессиональной деятельности адвокатов и оказания ими квалифицированной юридической помощи необходимо именно создание единой профессиональной организации адвокатов.

На наш взгляд, без такого объединения в Республике Таджикистан невозможна реальная независимость адвокатуры как необходимого условия адвокатской деятельности.

Специальный докладчик ООН по вопросу независимости судей и адвокатов в Республике Таджикистан Леандро Деспуй в своем докладе от 30 декабря (по итогам посещения Таджикистана с 23 по 30 сентября 2005 года) также рекомендовал «Создать единый, основанный на принципах самоуправления орган с обязательным членством, который ведал бы всеми связанными с адвокатурой вопросами, такими как доступ к юридической профессии, отрешение от профессии, принятие дисциплинарных мер, соблюдение этических норм и непрерывное юридическое образование. Этот

³⁶⁸ Юридический энциклопедический словарь. – 3-е издание, М.: Инфра-М, – 2001. – С. 9.

орган должен быть независим от исполнительной власти»³⁶⁹. К сожалению, в Программе судебно-правовой реформы³⁷⁰ реформированию системы адвокатуры не было уделено никакого внимания.

С 2004 по 2005 годы в Таджикистане Американской ассоциацией юристов (ABA|CEELI) при поддержке Таджикского филиала Института «Открытое общество» Фонд содействия проведено исследование «Индекс реформы правовой профессии для Таджикистана» (ИРПП). В основе Индекса лежат 24 фактора, вытекающих из международно-признанных стандартов для правовой профессии юристов, определенных такими организациями как ООН и Совет Европы.

В Индексе перечисляются как положительные, так и отрицательные факторы, которые наблюдаются в деятельности адвокатов Таджикистана.

Из 24 факторов – 13 оценены как отрицательные, 8 – как нейтральные и только 3 – как положительные.

Положительными факторами является то, что адекватно представлены этнические и религиозные меньшинства, а также представители обоих полов; отсутствует дискриминация в процессе допуска к адвокатской деятельности; адвокаты имеют возможность заниматься юридической деятельностью как по отдельности, так и объединяясь с другими.

Отрицательными названы, в частности, следующие моменты:

- коллегии адвокатов не получают адекватного финансирования и не имеют достаточных финансовых ресурсов для предоставления необходимых услуг своим членам;
- не существует центров повышения юридической квалификации для адвокатов;
- большинство адвокатов не имеют адекватного доступа к юридической информации и другим ресурсам;
- адвокаты получают неадекватную оплату за свои услуги;
- недостаточное количество адвокатов в отдельных регионах Таджикистана, качество предоставляемых юридических услуг не соответствует необходимым требованиям;
- отсутствие достаточных знаний и практических навыков;
- ограниченный доступ к задержанным лицам и другие³⁷¹.

С 1 июля 2008 года Таджикское отделение Американской ассоциации юристов /Программа верховенства права («АБА/Роли») в рамках Программы уголовного права в Таджикистане начала реализацию Программы укрепления текущих реформ уголовного права посредством обеспечения трех коллегий: Согдийской коллегии в г. Худжанде, Республиканской коллегии в г. Душанбе и Душанбинской (городской) коллегии адвокатов электронной правовой базой данных – «Адлия», обновляемой на ежемесячной основе.

В этих целях в головных офисах коллегий созданы ресурсные центры. АБА/Роли предоставила центрам оборудование, установила электронную правовую базу данных на каждом компьютере и обеспечила доступ к Интернету для ежемесячного обновления базы данных, а также предоставила одного юриста в качестве штатного сотрудника на полный рабочий день для работы в центре. Программа рассчитана на 1 год. В конце года, начиная с установки базы данных в коллегиях, коллегии приобретают право собственности на оборудование, мебель и оставшиеся офисные принадлежности, и сами будут нести ответственность за расходы и функционирование системы³⁷².

Заключение

Существование поверенных адвокатов, являющихся предпринимателями, противоречит независимости адвокатской профессии, поскольку адвокатская деятельность не является коммерческой и не может регулироваться Законом РТ «О лицензировании отдельных видов деятельности». В соответствии со ст. 13 Закона РТ «Об адвокатуре» специальное разрешение на осуществление адвокатской деятельности не требуется. Лицензия, выдаваемая исполнительным органом власти - Министерством юстиции РТ означает выдачу разрешения на осуществление адвокатской деятельности и подконтрольность органу исполнительной власти.

Лицензии могут выдаваться только самими адвокатскими формированиями, но не государственным органом.

К сожалению, в настоящее время в Таджикистане не существует единства мнений относительно будущего профессии адвоката. Позиции представителей существующих адвокатских формирований различны. Первостепенной задачей на данном этапе является достижение компромисса

³⁶⁹ Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леонардо Деспуй, Миссия в Таджикистан, E/CN.4/2006/52/Add.4, 30 декабря 2005 года. Доступно в Интернете по адресу: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rjudgesreport_tajikistan2005.html.

³⁷⁰ Указ президента Республики Таджикистан № 271 от 23.06.07 года.

³⁷¹ Индекс реформы правовой профессии (ИРПП). Доступно в Интернете по адресу: www.hrt.tj (раздел «Отчеты и исследования»)

³⁷² Меморандум о взаимопонимании для создания правового исследования и механизма поддержки адвокатов между АБА/Роли и коллегиями.

между существующими коллегиями адвокатов и поверенными адвокатами относительно создания единого органа адвокатского самоуправления.

Председателем Республиканской коллегии адвокатов Амирбековым Н. А. было высказано мнение, что таким объединяющим всех адвокатов страны органом могла бы стать уже существующая Ассоциация адвокатов Республики Таджикистан (прим. автора – в настоящее время Ассоциация адвокатов РТ состоит исключительно из членов Республиканской коллегии адвокатов). В Концепции реформирования адвокатуры РТ предлагается создание органа, который бы состоял из Центрального республиканского органа и независимых органов адвокатского самоуправления в виде региональных организаций, например, **Союза адвокатов Республики Таджикистан и региональных отделений Союза адвокатов областей и г. Душанбе**. Предполагается, что Союз адвокатов РТ должен представлять собой некоммерческое негосударственное объединение, основанное на обязательном членстве всех адвокатов Республики Таджикистан.

Высшим органом Союза адвокатов будет Республиканский съезд адвокатов, созываемый не реже одного раза в 4 года, а в период между съездами – ежегодная Конференция адвокатов. Постоянно исполнительным органом будет правление Союза адвокатов, которое будет подотчетно Республиканскому съезду. Предполагается, что региональные отделения Союза адвокатов (на уровне областей и г. Душанбе) станут адвокатскими организациями, объединяющими адвокатов на территории соответствующих регионов Республики Таджикистан. Высшим органом регионального отделения будет Общее собрание адвокатов соответствующего региона, которое созывается ежегодно.

Адвокаты могут осуществлять свою деятельность в различных организационных формах по своему выбору: единолично – адвокатский кабинет, а коллегиально – в составе адвокатских бюро, коллегий адвокатов, юридических консультаций.

Допуск к профессии будет осуществляться квалификационной комиссией, возглавляемой представителем адвокатуры. В квалификационную комиссию будут входить также представители судебной власти, Министерства юстиции, ученые.

В настоящее время достичь соглашения по указанным аспектам Концепции реформирования адвокатуры Республики Таджикистан между всеми существующими формированиями не удастся.

Закон Республики Таджикистан «Об адвокатуре», принятый еще в 1994 году, уже устарел. Создание единого профессионального органа адвокатов путем безотлагательного принятия нового Закона «Об адвокатуре» является очевидным.

Статистические данные об итогах правоприменения в уголовно-правовой сфере с 2000 г. по первый квартал 2008 г.

Введение

Дальнейшее совершенствование уголовного, уголовно-исполнительного законодательства и практики его применения невозможно без обобщения и анализа результатов работы судебных и правоохранительных органов. Исходя из этого, Центр исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) обратился с официальным запросом в Комитет по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, а также Комитет уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан о предоставлении статистических данных об итогах правоприменения в уголовно-правовой сфере с 2000 г. по первый квартал 2008 г.

В рамках конструктивного сотрудничества с указанными государственными органами соответствующая информация была получена. Центр исследования правовой политики в настоящем издании представляет отдельные показатели уголовной и уголовно-исполнительной статистики.

Центр исследования правовой политики надеется, что настоящее издание будет полезно тем, кто интересуется анализом состояния и перспективами развития уголовной и уголовно-исполнительной систем в Республике Казахстан.

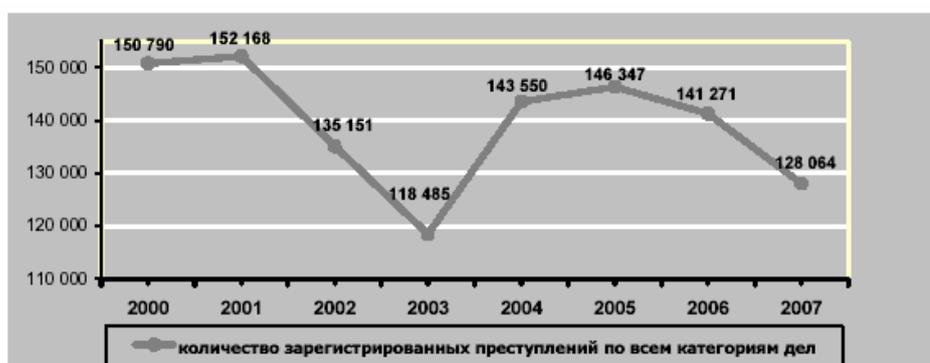
Центр исследования правовой политики выражает благодарность Комитету по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан и Комитету уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан за оказанное содействие, а также Центру Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане за финансовую поддержку проекта, в рамках которого было опубликовано настоящее издание.

Центр исследования правовой политики
(Legal Policy Research Centre)

Сведения по зарегистрированным преступлениям

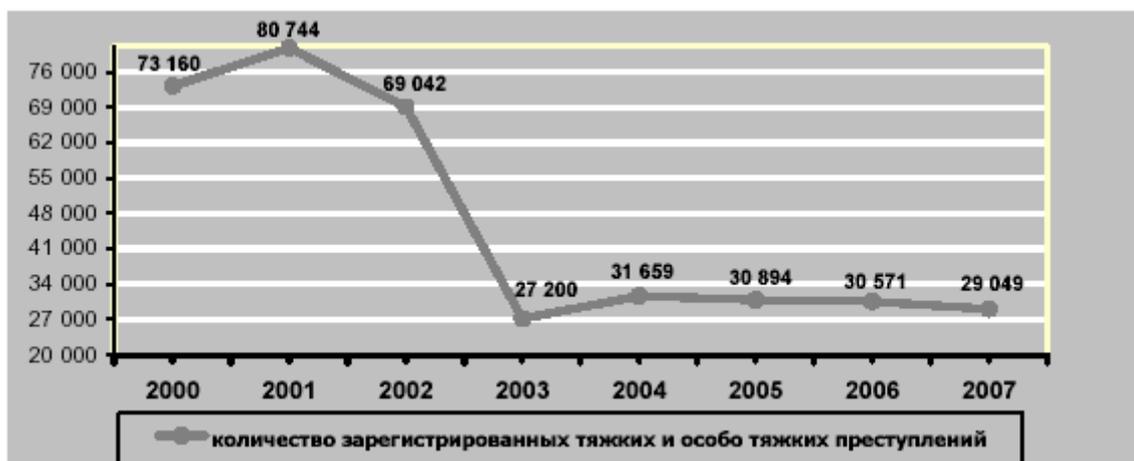
Количество зарегистрированных преступлений

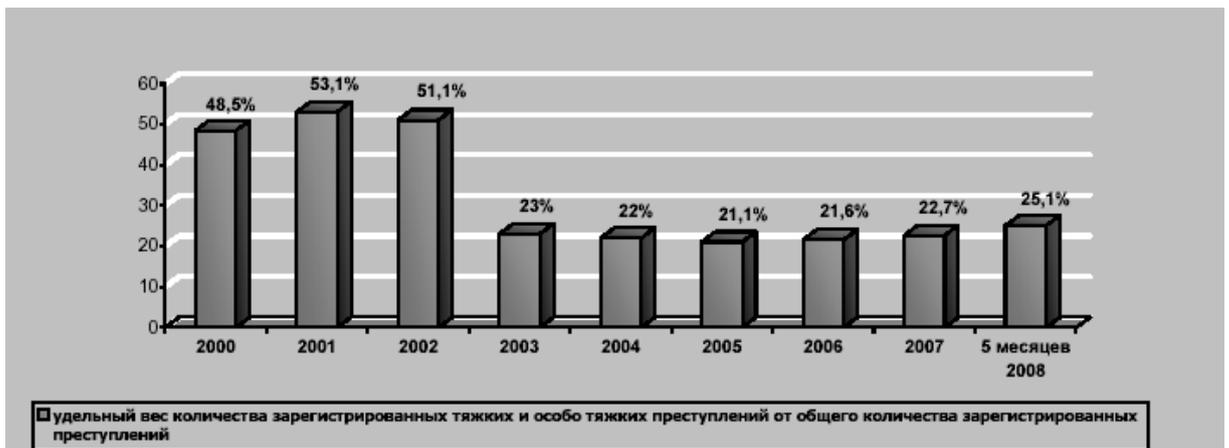
Год	Всего зарегистрировано преступлений
2000	150 790
2001	152 168
2002	135 151
2003	118 485
2004	143 550
2005	146 347
2006	141 271
2007	128 064
5 месяцев 2008	54 855



Количество зарегистрированных тяжких и особо тяжких преступлений

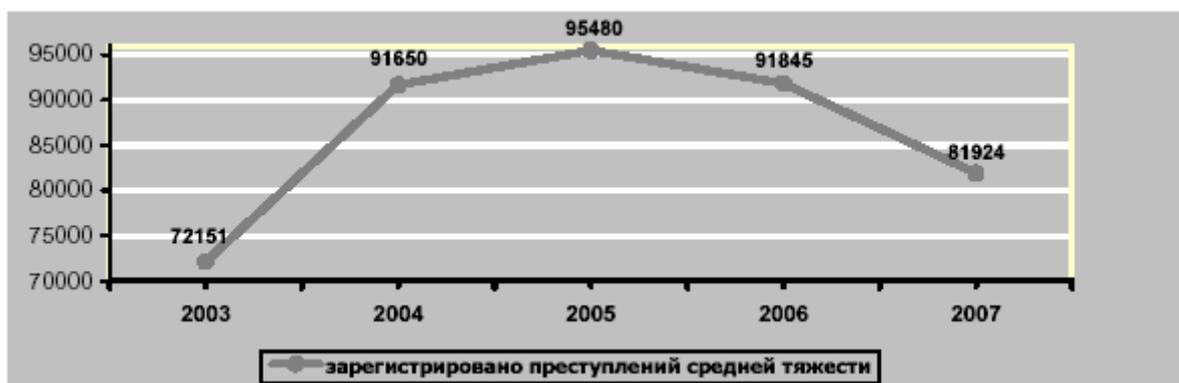
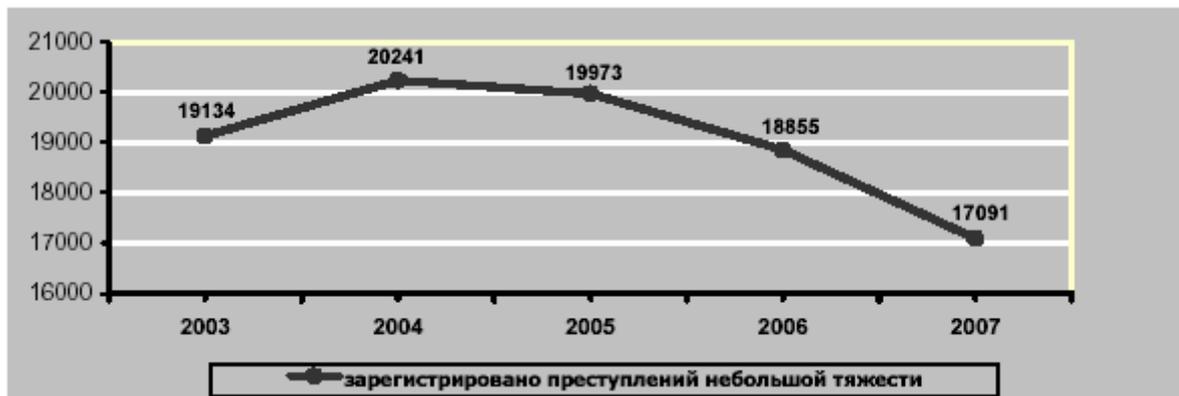
Год	Всего зарегистрировано преступлений	Всего зарегистрировано тяжких и особо тяжких преступлений
2000	150 790	73 160
2001	152 168	80 744
2002	135 151	69 042
2003	118 485	27 200
2004	143 550	31 659
2005	146 347	30 894
2006	141 271	30 571
2007	128 064	29 049
5 месяцев 2008	54 855	13 800

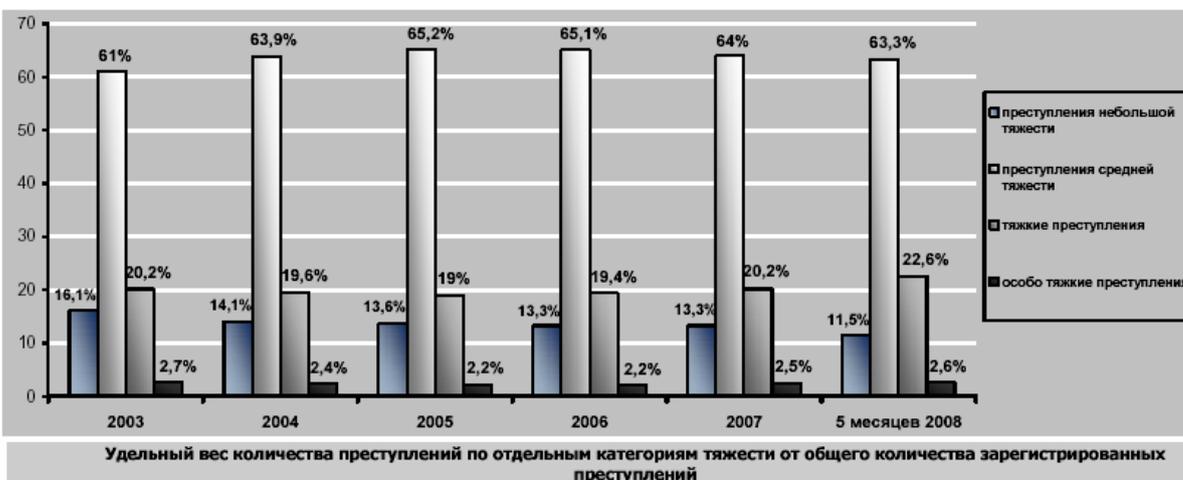
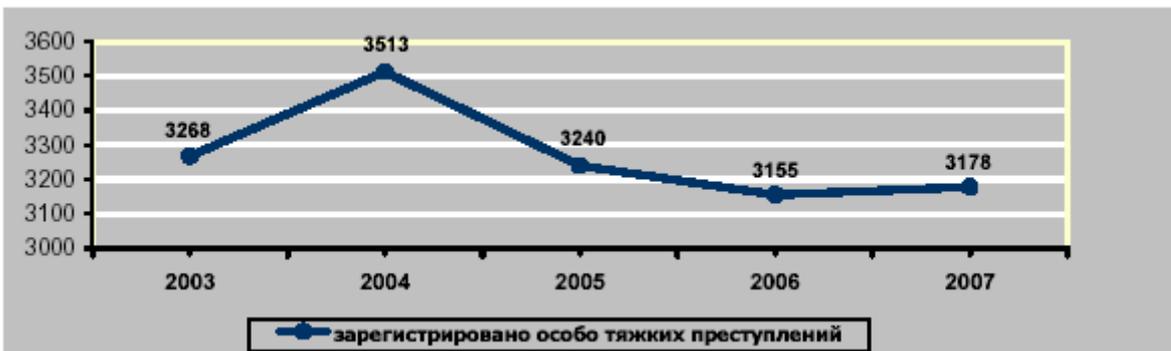
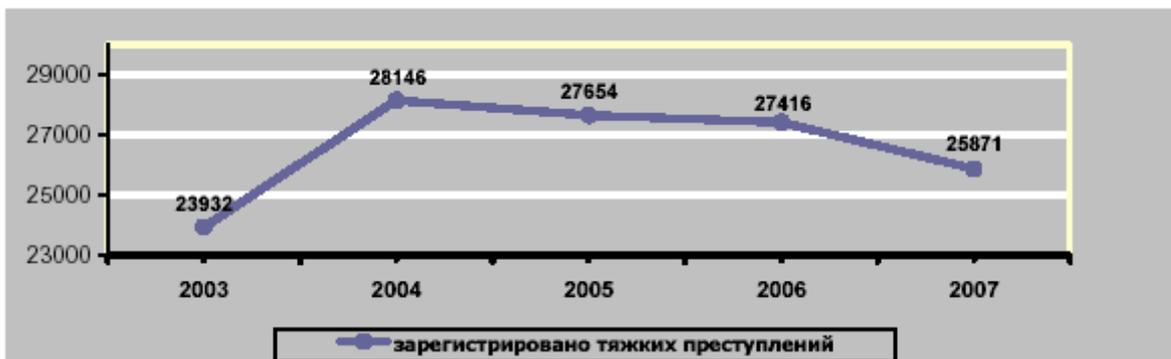




Количество зарегистрированных преступлений по категориям тяжести

Год	Всего зарегистрировано преступлений	Всего зарегистрировано преступлений небольшой тяжести	Всего зарегистрировано преступлений средней тяжести	Всего зарегистрировано тяжких преступлений	Всего зарегистрировано особо тяжких преступлений
2003	118 485	19 134	72 151	23 932	3268
2004	143 550	20 241	91 650	28 146	3513
2005	146 347	19 973	95 480	27 654	3240
2006	141 271	18 855	91 845	27 416	3155
2007	128 064	17 091	81 924	25 871	3178
5 месяцев 2008	54 855	6 320	34 735	12 394	1406

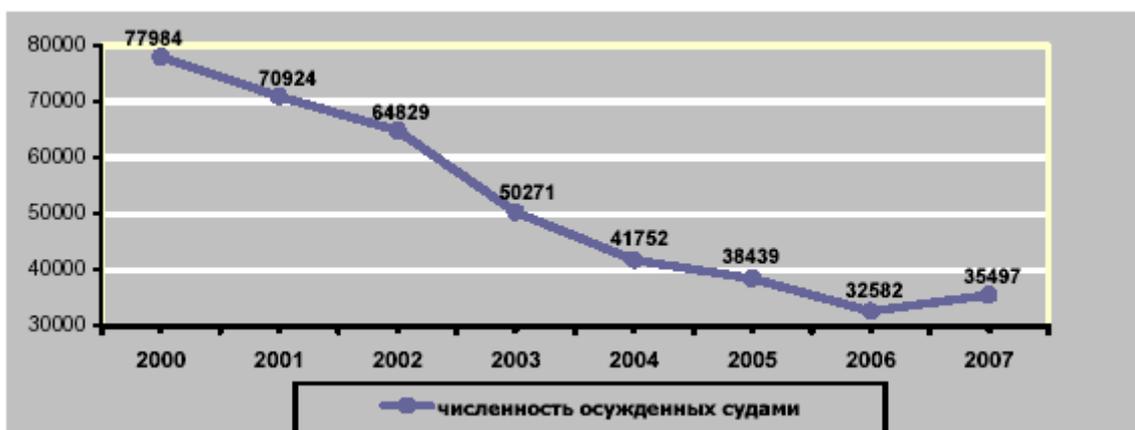




Сведения по составу осужденных

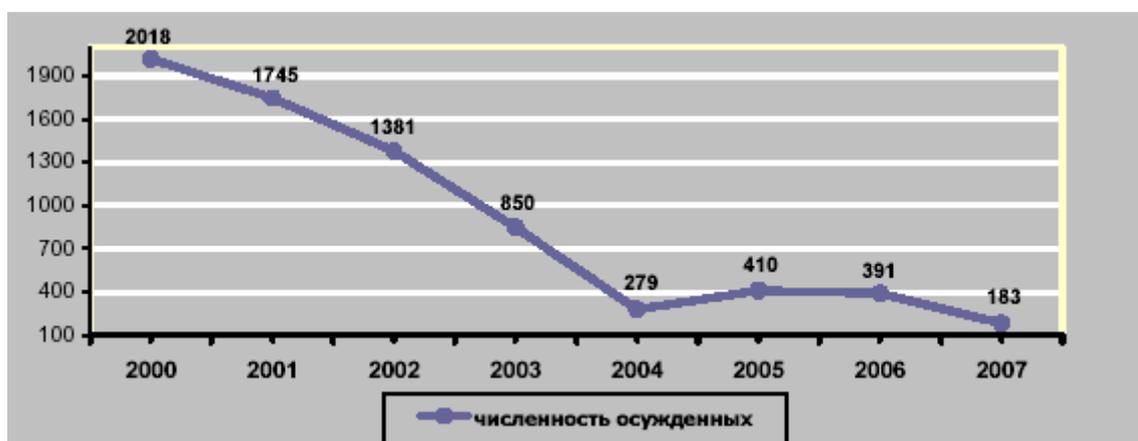
Сведения о численности осужденных судами

Год	Всего осуждено
2000	77 984
2001	70 924
2002	64 829
2003	50 271
2004	41 752
2005	38 439
2006	32 582
2007	35 497
I квартал 2008	7935



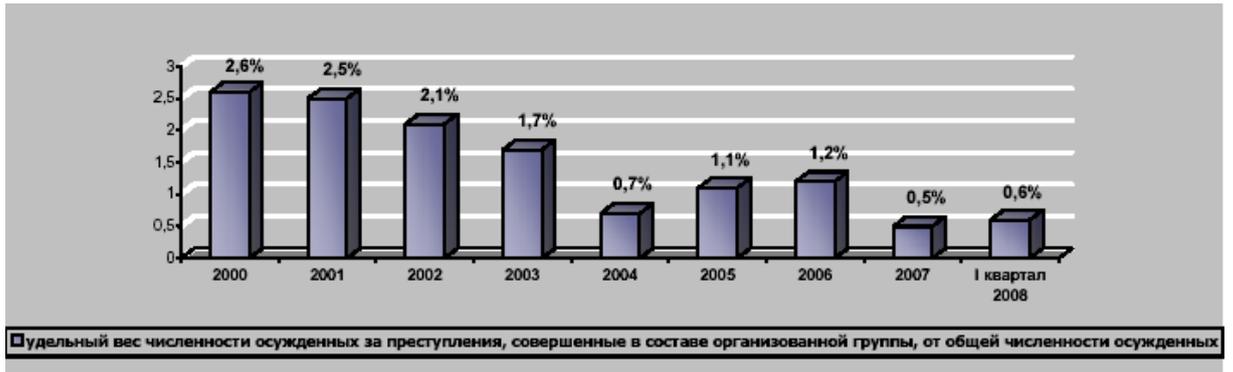
Сведения о численности осужденных за преступления, совершенные в составе организованной группы

Год	Всего осуждено
2000	2018
2001	1745
2002	1381
2003	850
2004	279
2005	410
2006	391
2007	183
I квартал 2008	46



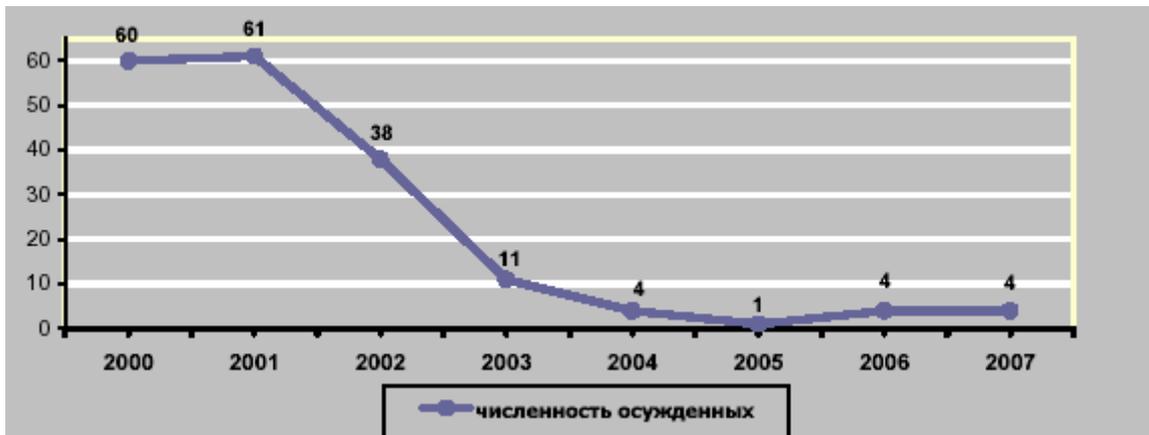
Соотношение численности осужденных за преступления, совершенные в составе организованной группы, и общей численности осужденных

Год	Всего осуждено	Осуждено за преступления, в составе организованной группы
2000	77 984	2018
2001	70 924	1745
2002	64 829	1381
2003	50 271	850
2004	41 752	279
2005	38 439	410
2006	32 582	391
2007	35 497	183
I квартал 2008	7935	46



Сведения о численности осужденных за преступления, совершенные в составе преступного сообщества

Год	Всего осуждено
2000	60
2001	61
2002	38
2003	11
2004	4
2005	1
2006	4
2007	4

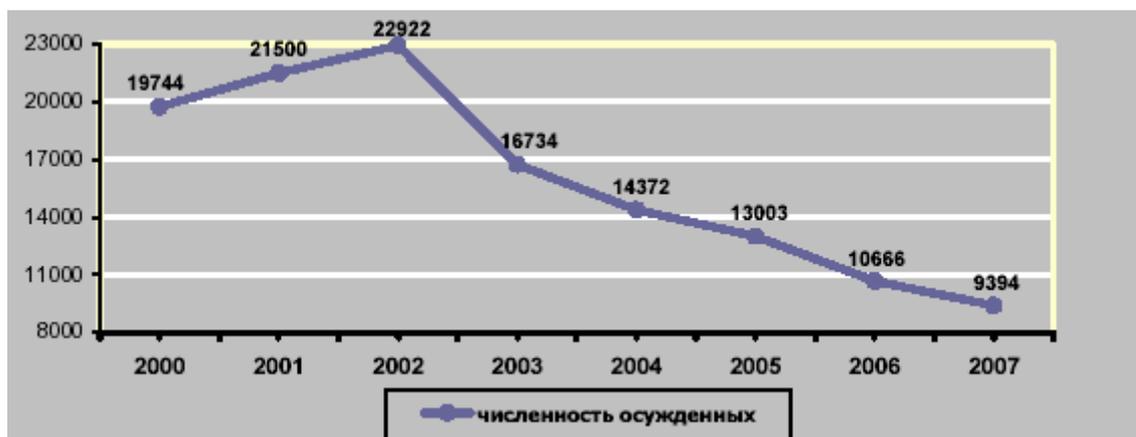


Соотношение численности осужденных за преступления, совершенные в составе преступного сообщества, организованной группы, и общей численности осужденных

Год	Всего осуждено	Осуждено за преступления, совершенные в составе преступного сообщества	Осуждено за преступления, совершенные в составе организованной группы
2000	77 984	60	2018
2001	70 924	61	1745
2002	64 829	38	1381
2003	50 271	11	850
2004	41 752	4	279
2005	38 439	1	410
2006	32 582	4	391
2007	35 497	4	183
I квартал 2008	7935	0	46

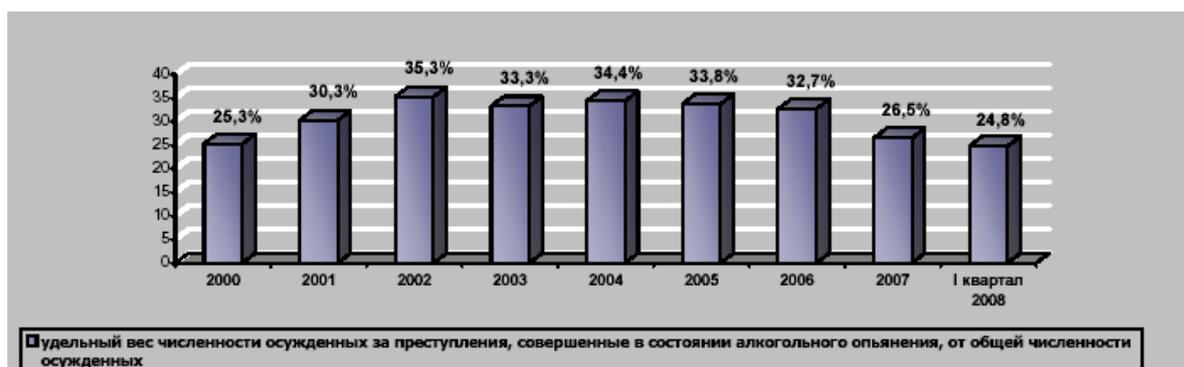
Сведения о численности осужденных за преступления, совершенные в состоянии алкогольного опьянения

Год	Всего осуждено
2000	19 744
2001	21 500
2002	22 922
2003	16 734
2004	14 372
2005	13 003
2006	10 666
2007	9 394
I квартал 2008	1 969



Соотношение численности осужденных за преступления, совершенные в состоянии алкогольного опьянения, и общей численности осужденных

Год	Всего осуждено	Осуждено за преступления, совершенные, в состоянии алкогольного опьянения
2000	77 984	19 744
2001	70 924	21 500
2002	64 829	22 922
2003	50 271	16 734
2004	41 752	14 372
2005	38 439	13 003
2006	32 582	10 666
2007	35 497	9394
I квартал 2008	7935	1969



Сведения о численности осужденных за преступления, совершенные в состоянии наркотического опьянения

Год	Всего осуждено
2000	203
2001	177
2002	114
2003	103
2004	102
2005	149
2006	184
2007	284
I квартал 2008	61



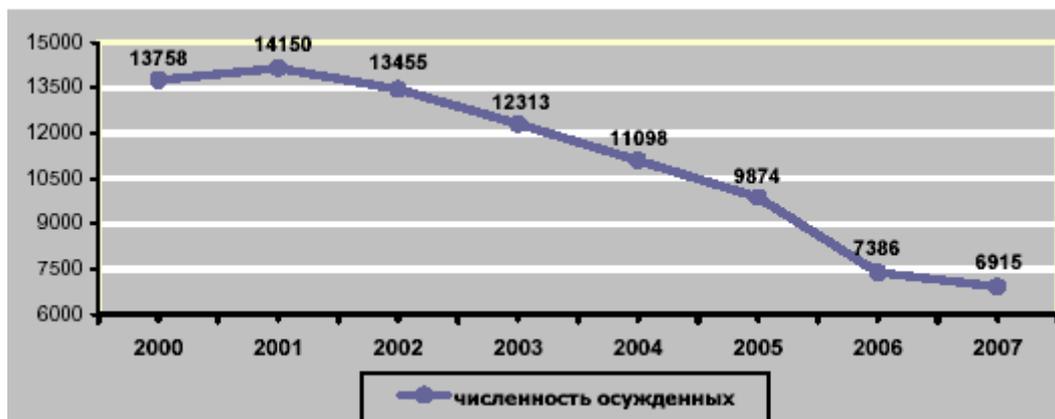
Соотношение численности осужденных за преступления, совершенные в состоянии наркотического опьянения, и общей численности осужденных

Год	Всего осуждено	Осуждено за преступления, совершенные в состоянии наркотического опьянения
2000	77 984	203
2001	70 924	177
2002	64 829	114
2003	50 271	103
2004	41 752	102
2005	38 439	149
2006	32 582	184
2007	35 497	284
I квартал 2008	7935	61



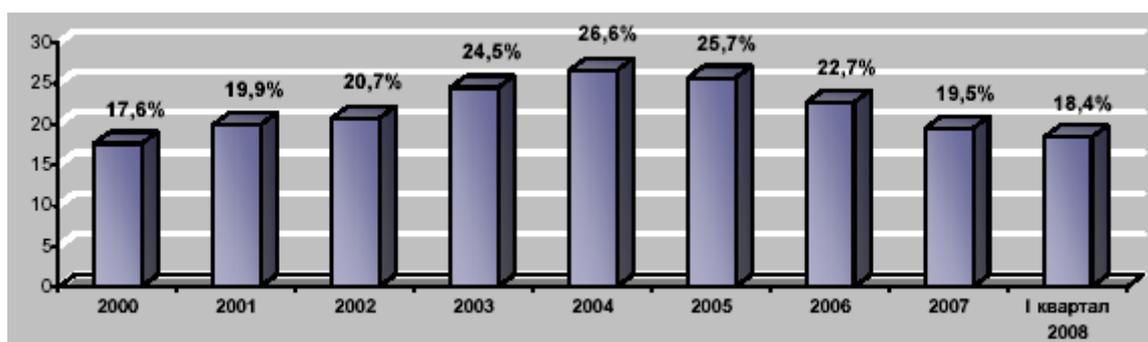
Сведения о численности осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость

Год	Всего осуждено
2000	13 758
2001	14 150
2002	13 455
2003	12 313
2004	11 098
2005	9 874
2006	7 386
2007	6 915
I квартал 2008	1 461



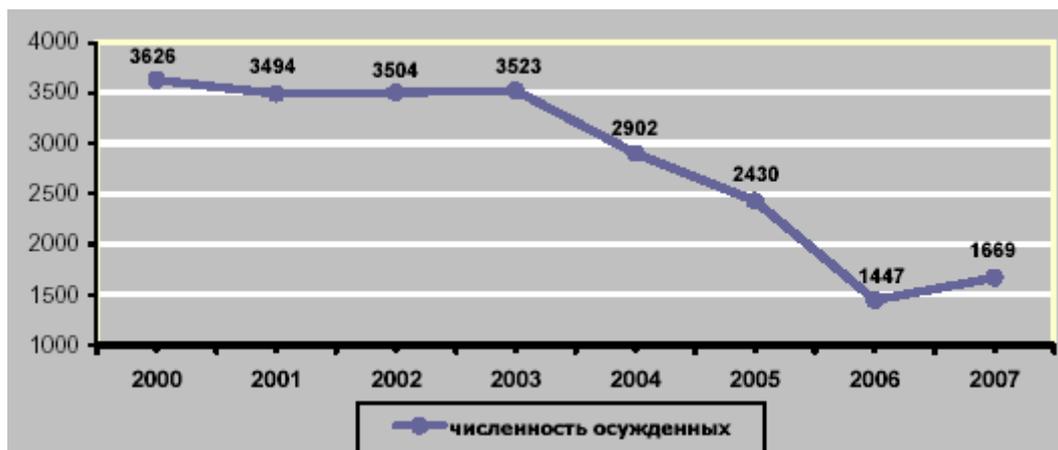
Соотношение численности осужденных, в прошлом неснятую и непогашенную, и общей численности осужденных

Год	Всего осуждено	Всего осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость
2000	77 984	13 758
2001	70 924	14 150
2002	64 829	13 455
2003	50 271	12 313
2004	41 752	11 098
2005	38 439	9 874
2006	32 582	7 386
2007	35 497	6 915
I квартал 2008	7 935	1 461



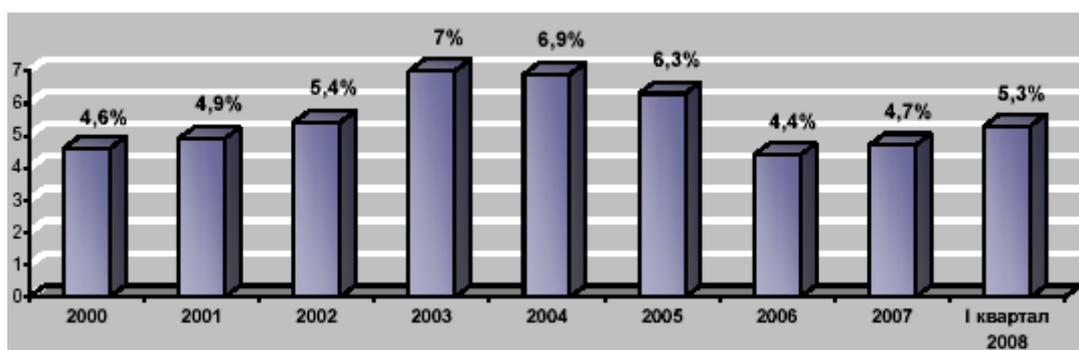
Сведения о численности осужденных вновь совершивших преступления, не отбыв меру наказания.

Год	Всего осуждено
2000	3 626
2001	3 494
2002	3 504
2003	3 523
2004	2 902
2005	2 430
2006	1 447
2007	1 669
I квартал 2008	425



Соотношение численности осужденных вновь совершивших преступления, не отбыв меру наказания, и общей численности осужденных.

Год	Всего осуждено	Всего осужденных вновь совершивших преступления, не отбыв меру наказания
2000	77 984	3 626
2001	70 924	3 494
2002	64 829	3 504
2003	50 271	3 523
2004	41 752	2 902
2005	38 439	2 430
2006	32 582	1 447
2007	35 497	1 669
I квартал 2008	7 935	425

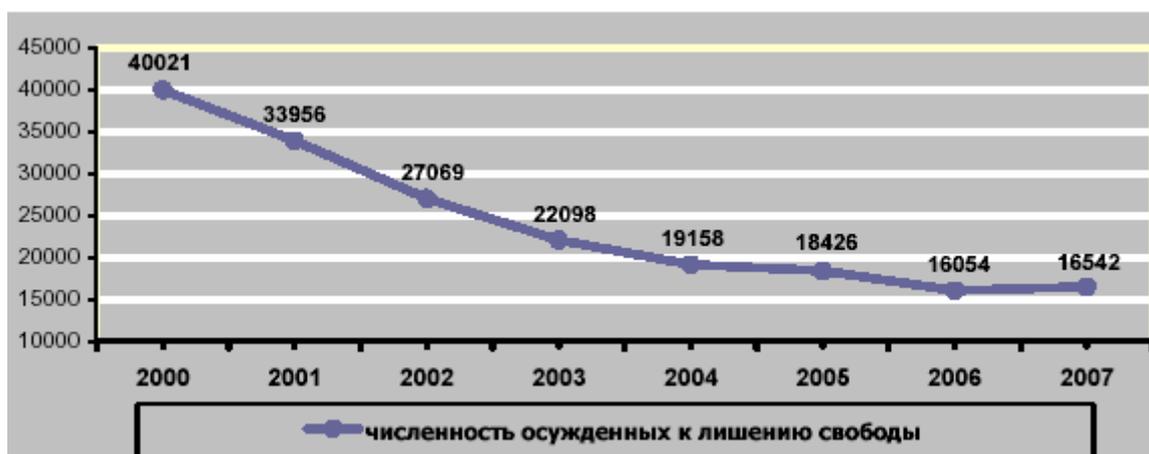


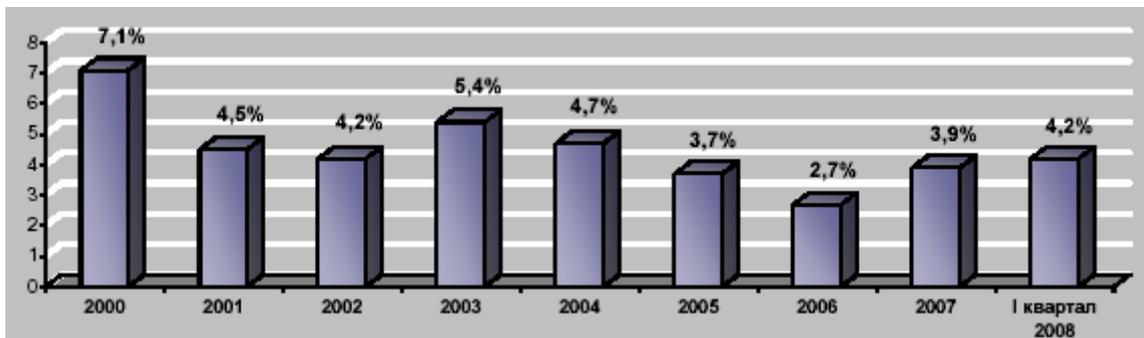
Сведения о численности осужденных по составам преступлений

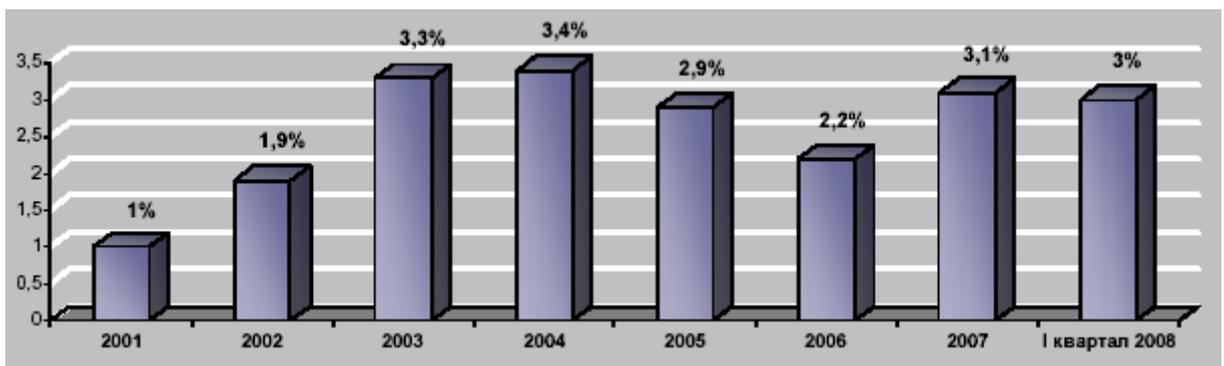
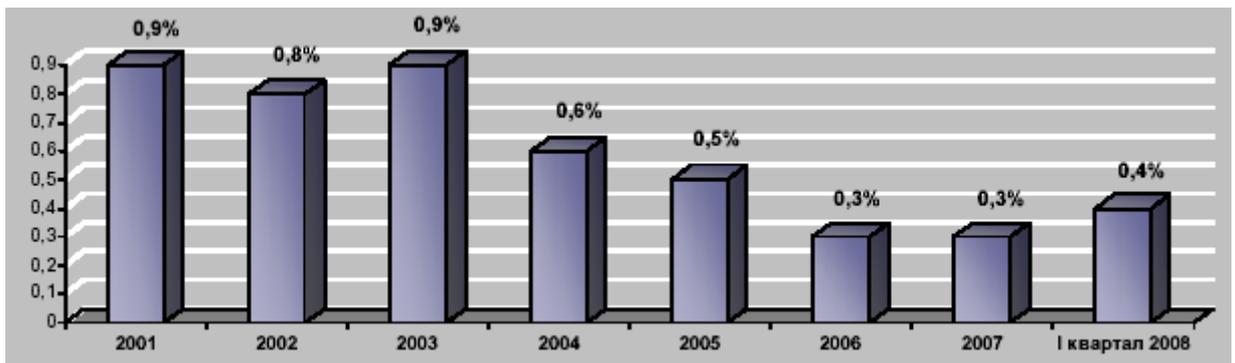
Состав преступления	Год								
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	
Преступления против конституционного строя и безопасности государства	30	25	43	8	8	9	8	9	
Убийство	8470	8609	8864	8339	8674	8996	9501	9951	
Умышленное причинение тяжкого вреда здоровью	4400	4595	4562	3803	3809	3786	4000	4369	
Изнасилование	3107	3138	2654	2251	2070	2057	2206	2457	
Разбой	6043	6536	6833	5912	5766	5834	6193	6175	
Грабеж	5822	6101	5409	4280	3873	3678	3591	4105	
Мошенничество	695	909	836	578	527	542	667	857	
Вымогательство	4589	1099	642	582	445	390	389	452	
Кража	21 272	23 748	20 836	11 165	8881	8236	6499	7296	
Хулиганство	1933	1715	1708	1072	899	868	735	801	
Воинские преступления	367	233	108	66	72	86	79	58	
Другие	11 209	13 777	12 656	10 692	9633	9673	9335	11 431	
Всего	67 937	70 485	65 151	48 748	44 657	44 155	43 203	47 961	

Сведения о численности осужденных по мерам наказания.

Мера наказания	Год									
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	
Лишение свободы	40 021	33 956	27 069	22 098	19 158	18 426	16 054	16 542	3 797	
Штраф	5 545	3 177	2 746	2 732	1 983	1 432	896	1 386	337	
Исправительные работы	-	621	534	474	263	182	101	98	36	
Лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью	-	5	7	12	14	20	2	4	2	
Общественные работы	-	685	1 222	1 675	1 412	1 113	724	1 113	239	
Всего осуждено	77 984	70 924	64 829	50 271	41 752	38 439	32 582	35 497	7 935	

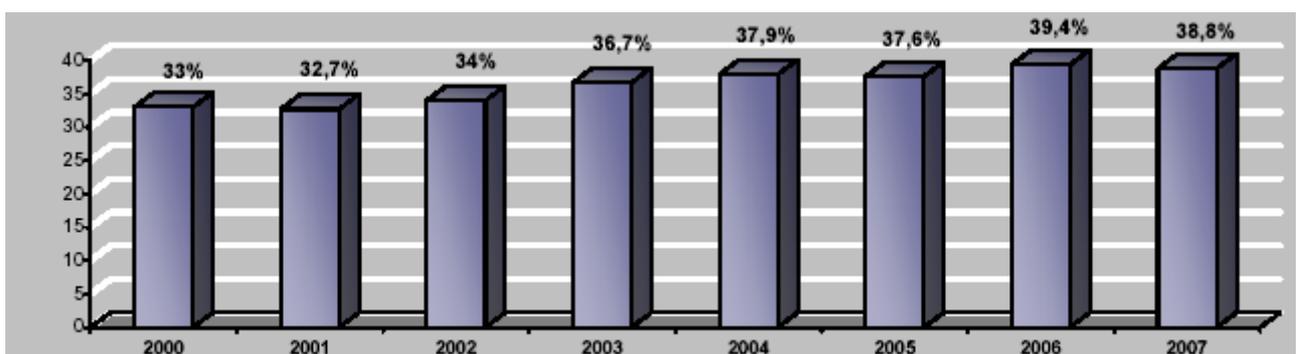
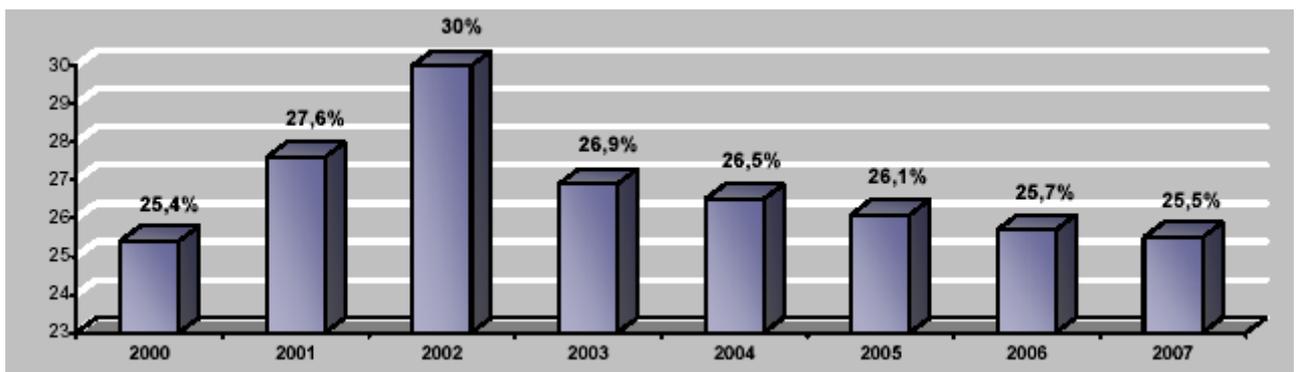
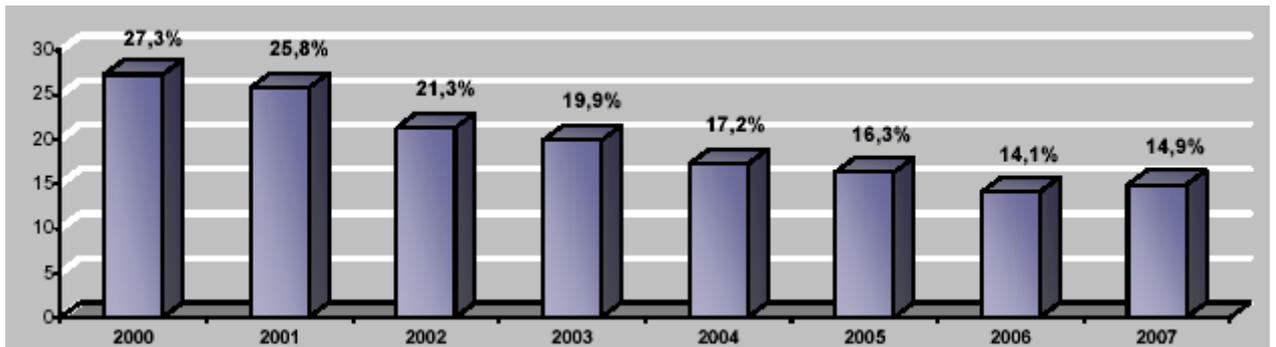
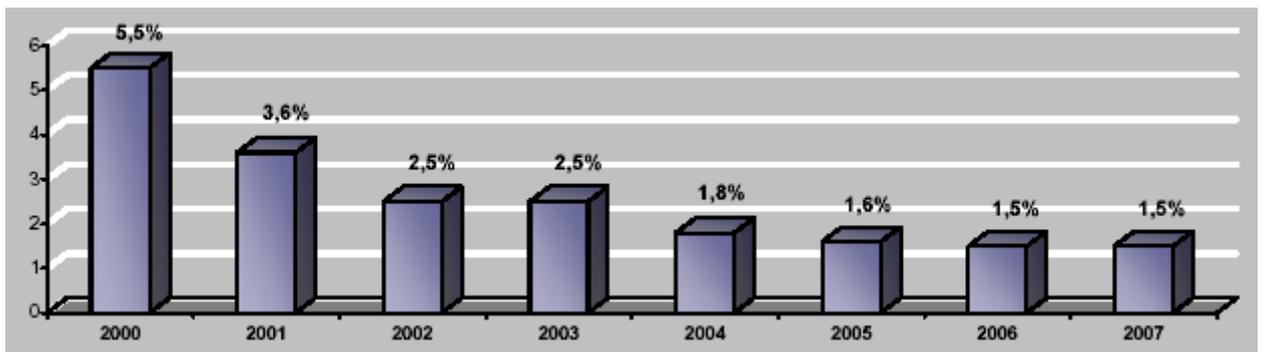




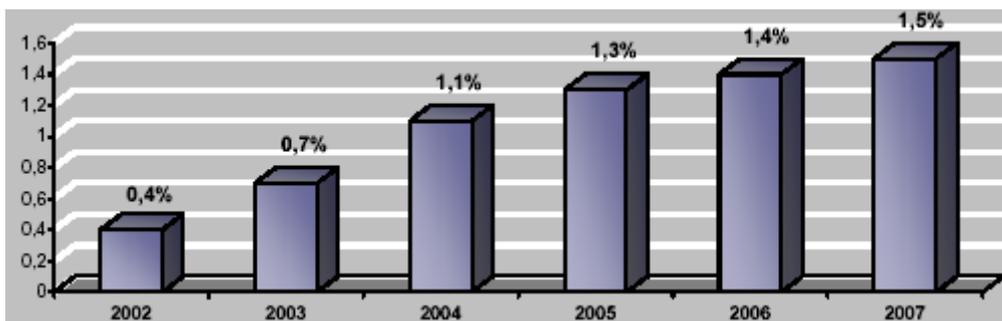
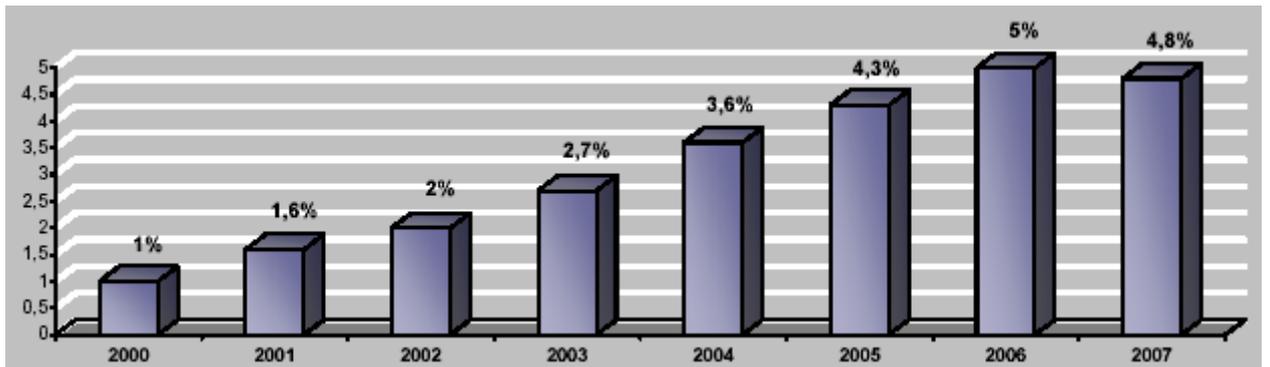
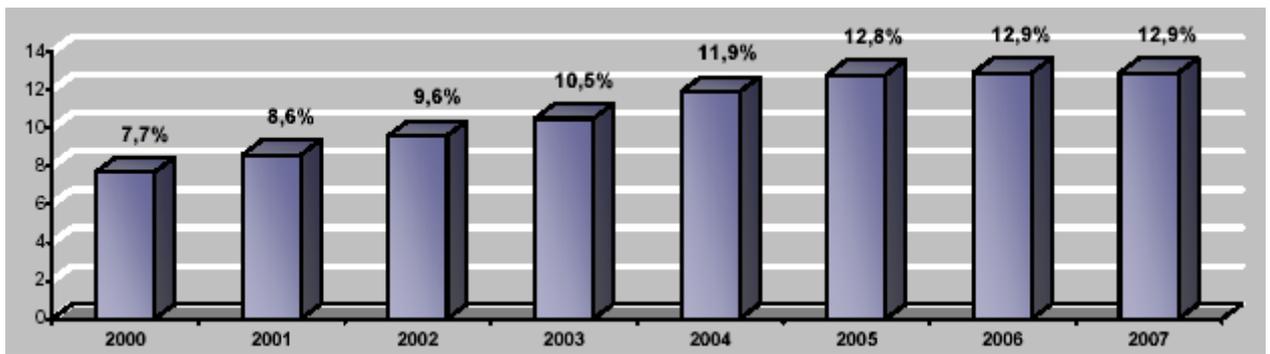


Сведения о численности осужденных к лишению свободы.

Срок наказания	Год							
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
до 1 года	3 749	2 574	1 658	1 232	787	717	662	714
от 1 до 3 лет	18 549	18 223	13 916	9 712	7 693	7 191	6 078	7 162
от 3 до 5 лет	17 242	19 440	19 572	13 096	11 828	11 512	11 107	12 223
от 5 до 10 лет	22 454	23 061	22 186	17 883	16 911	16 600	17 018	18 627
от 10 до 15 лет	5 232	6 057	6 263	5 144	5 328	5 650	5 570	6 210
от 15 до 20 лет	711	1 130	1 291	1 316	1 611	1 916	2 149	2 314
свыше 20 лет	-	-	265	365	499	569	619	711
Всего	67 937	70 485	65 151	48 748	44 657	44 155	43 203	47 961

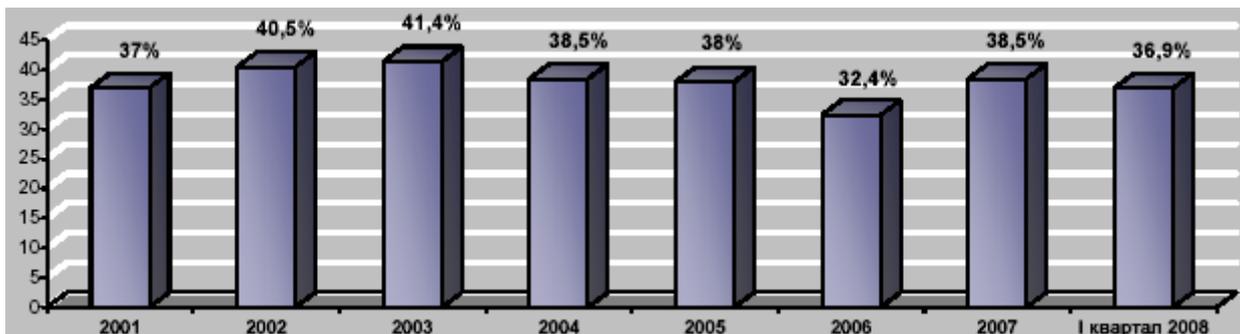


■ Удельный вес численности осужденных к лишению свободы на срок от 5 до 10 лет от общей численности осужденных



Сведения о численности условно осужденных.

Год	Всего осуждено	Количество условно осужденных
2000	77 984	-
2001	70 924	26 228
2002	64 829	26 280
2003	50 271	20 810
2004	41 752	16 062
2005	38 439	14 613
2006	32 582	10 554
2007	35 497	13 681
I квартал 2008	7 935	2 925



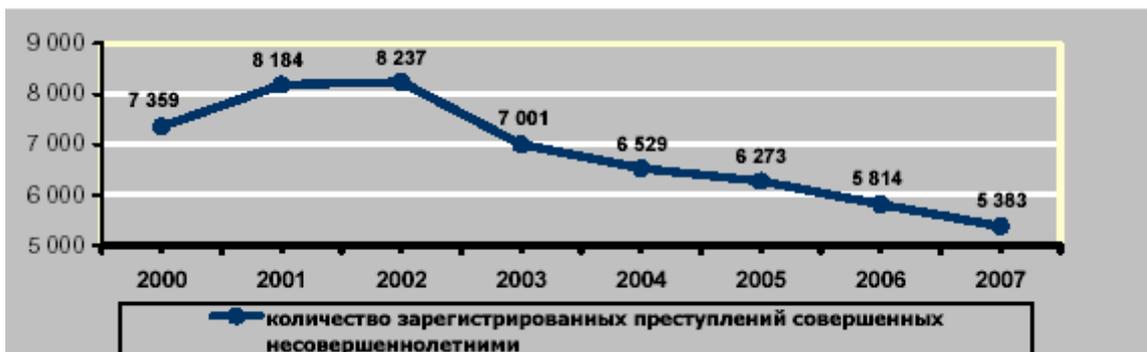
Сведения о применении условно-досрочного освобождения

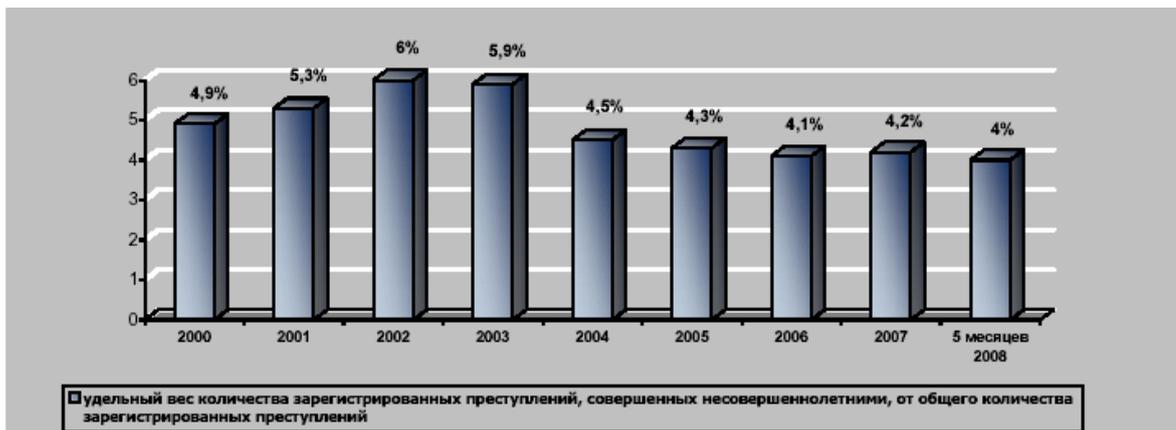
Год	Численность осужденных содержащихся в местах лишения свободы	Всего освобождено условно-досрочно
2000	67 937	11 794
2001	70 485	14 672
2002	65 151	15 630
2003	48 748	30 732
2004	44 657	18 759
2005	44 155	15 280
2006	43 203	11 199
2007	47 961	8 338

Сведения по несовершеннолетним осужденным

Соотношение количества преступлений, совершенных несовершеннолетними, и общего количества зарегистрированных преступлений

Год	Зарегистрировано всего преступлений	Зарегистрировано преступлений совершенных несовершеннолетними
2000	150 790	7 359
2001	152 168	8 184
2002	135 151	8 237
2003	118 485	7 001
2004	143 550	6 529
2005	146 347	6 273
2006	141 271	5 814
2007	128 064	5 383
5 месяцев 2008	54 855	2 220





Сведения о численности несовершеннолетних осужденных судами.

Год	Всего осуждено
2001	5726
2002	5927
2003	3287
2004	2973
2005	2793
2006	2406
2007	2680
I квартал 2008	646

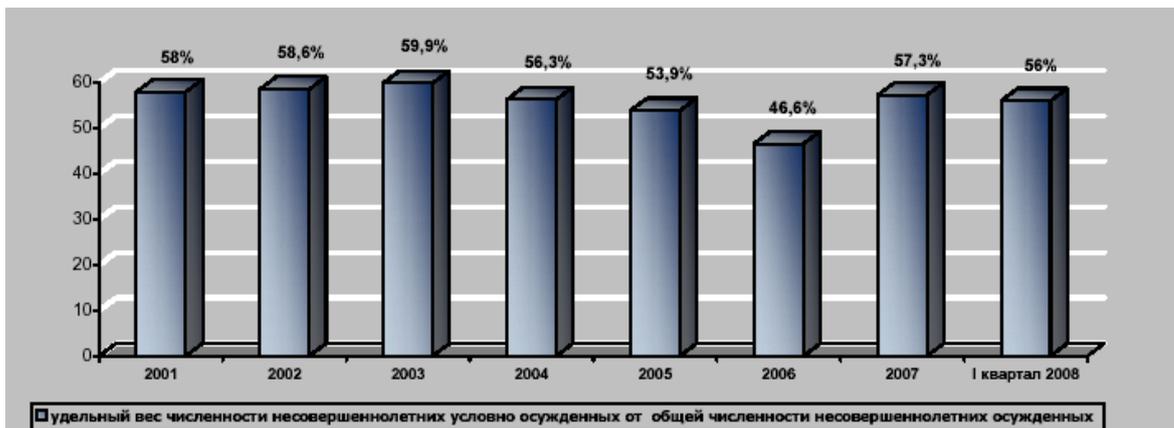
Сведения о мерах наказания примененных в отношении несовершеннолетних осужден-

Год	Всего осуждено	Лишение свободы	Штраф	Исправительные работы	Общественные работы	Принудительные воспитательного воздействия	меры воздействия
2001	5726	1601	15	0	19	19	
2002	5927	1460	15	6	36	19	
2003	3287	951	10	3	57	94	
2004	2973	860	6	3	62	122	
2005	2793	816	3	2	55	102	
2006	2406	751	1	0	33	50	
2007	2680	714	5	1	54	146	
I квартал 2008	646	151	0	1	8	49	

ных

Соотношение численности несовершеннолетних условно осужденных и общей численности несовершеннолетних осужденных

Год	Всего осуждено	Условное осуждение
2001	5726	3322
2002	5927	3474
2003	3287	1968
2004	2973	1673
2005	2793	1505
2006	2406	1122
2007	2680	1536
I квартал 2008	646	362



Сведения по исправительным учреждениям

Сведения о количестве исправительных учреждений.

Виды режима

Виды режима	Год								
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	I полугодие 2008
Колонии общего режима	21	21	22	22	19	20	19	19	19
Колонии строгого режима	16	16	17	17	20	20	19	19	19
Колонии особого режима	3	3	3	3	3	3	5	5	5
Больницы	8	8	8	8	8	8	8	8	8
Соматические больницы	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Колонии поселения	23	23	24	24	22	21	21	17	17
Воспитательные колонии	0	0	4	4	4	4	4	4	4
Тюрьмы	0	0	0	0	1	1	1	1	1
Всего	71	71	78	78	77	77	77	73	73



Сведения о численности осужденных по видам исправительных учреждений

Виды режима

Виды режима	Год								
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	I полугодие 2008
Колонии общего режима	33 898	32 906	26 195	18 463	15 507	14 549	14 067	16 903	18 343
Колонии строгого режима	19 359	21 943	20 876	18 409	17 816	18 538	18 293	18 210	18 318
Колонии особого режима	1 991	2 061	2 405	2 025	2 035	2 370	2 808	3 473	3 800
Больницы	8 087	8 107	7 950	6 154	5 798	5 365	4 523	4 217	3 810
Соматические больницы	0	0	372	301	236	257	190	226	0
Колонии поселения	4 602	5 468	6 289	2 625	2 367	2 389	2 690	4 309	4 404
Воспитательные колонии	0	0	1 064	771	713	514	460	434	412
Тюрьмы	0	0	0	0	185	173	172	189	179
Всего	67 937	7 485	65 151	48 748	44 657	44 155	43 203	47 961	49 266

ЕЖЕГОДНИК
Центра исследования правовой политики
2008

Сдано в набор 27.03.2009. Подписано в печать 30.04.2009.
Формат 60×90¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Arial. Усл. печ. л. 20,5. Тираж 1000.

Отпечатано в типографии ТОО «ПОЛИГРАФ СЕРВИС»
по адресу: 050050 Республика Казахстан, г. Алматы, ул. Зеленая, 13А.