

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2010

УДК 340

Е 36



Ежегодник Центра исследования правовой политики 2010. Алматы, 2012 — 360 с.

ISBN 978-601-7162-45-0



Организация по безопасности и
сотрудничеству в Европе
Центр в Астане

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 официальной позицией ОБСЕ и отражают авторскую точку зрения.

Ежегодник предназначается 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.

ISBN 978-601-7162-45-0

УДК 340

Е 36

© Центр исследования правовой политики, 2012

СОДЕРЖАНИЕ

Органы внутренних дел

Комментарии по поводу усовершенствования деятельности
Министерства внутренних дел Республики Казахстан в контексте
внедрения мер по повышению эффективности правоохранительной
деятельности, *Банчук О.А.*; 6

Экспертное заключение на проект новой редакции Закона Кыргызской
Республики
от 11 января 1994 года « 1360-ХII «Об органах внутренних дел
Кыргызской Республики», *Пашин С.А.* 15

Адвокатура

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан
от 31 августа 2010 года № 583 «О внесении изменений и дополнений в
некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам
адвокатуры», *Кипнис Н.М.* 23

Экспертное заключение на проект Закона Кыргызской Республики
«Об адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности»,
Пашин С.А. 45

Прокуратура

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан
«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты
Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности
органов прокуратуры», *Банчук О.А.* 50

Административные процедуры

Обзор административно-процедурного законодательства
некоторых зарубежных стран, *Тимошук В.П.* 60

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан
«Об административных процедурах» (новая редакция)
по состоянию на 25 августа 2010 года, *Тимошук В.П.* 77

Административная юстиция

Обзор законодательства об административной юстиции в странах бывшего СССР, *Куйбида Р.А.* 88

Проблемы объединения норм об административном судопроизводстве с правилами рассмотрения дел об административных правонарушениях в проекте Административного процессуального кодекса Республики Казахстан, *Куйбида Р.А.* 158

Меры административного процессуального принуждения в проекте Административного процессуального кодекса Республики Казахстан, *Банчук О.А.* 170

Законодательство об административных правонарушениях

Производство по делам об административных правонарушениях и административная юстиция: различия в процессуальной природе, *Головко Л.В.* 184

Совершенствование законодательства в области свободы выражения в свете разработки новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, подготовленно «Артикль 19» по запросу Центра исследования правовой политики 194

Совершенствование законодательства в области свободы вероисповедания в свете разработки новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, *Подопригора Р.А.* 214

Совершенствование законодательства в области свободы мирных собраний в свете разработки новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, *Яворский В.М.* 224

Уголовный процесс

Санкционирование ареста судом, *Пашин С.А.* 234

Применение мер пресечения в Республики Казахстан (Статистический обзор за 2005 – 2010 гг.), *Центр исследования правовой политики*..... 262

Предотвращение пыток и насильственных исчезновений

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам создания национального превентивного механизма», *Рахимбердин К.Х.* **322**

Аналитическая записка в связи с ратификацией Республикой Казахстан Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений, *Пашин С.А.* **330**

Примирительные Процедуры

Закон об имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан: имитация деятельности или первый шаг?, *Головки Л.В.* **336**

Лоббирование

Экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О лоббировании», *Толстых П.А.* **350**

О.А. БАНЧУК

*Руководитель проектов в сфере криминальной юстиции, к.ю.н.,
Центр политико-правовых реформ (Украина)*

КОММЕНТАРИИ ПО ПОВОДУ УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН В КОНТЕКСТЕ ВНЕДРЕНИЯ МЕР ПО ПОВЫШЕНИЮ ЭФФЕКТИВНОСТИ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ¹

Указом Президента Республики Казахстан «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан» от 17 августа 2010 года, № 1039 определен целый комплекс мероприятий, которые смогут поспособствовать демократизации системы органов власти Республики и повышения степени защиты прав лиц. Большое количество положений Указа касаются реорганизации Министерства внутренних дел. С точки зрения международных стандартов весь перечень предусмотренных мер относительно МВД можно в целом условно распределить на такие составляющие:

1) реорганизация подразделений Министерства, имеющих преимущественно административно-правовую направленность деятельности, которая состоит в:

- передаче в конкурентную среду функций проведения технического осмотра транспортных средств и охранной деятельности. Контроль за проведением технического осмотра будет осуществлять Министерство транспорта и коммуникаций;

- создании Миграционного комитета;

2) реорганизация подразделений Министерства, имеющих уголовно-правовую направленность деятельности, которая состоит в:

- передаче медицинских вытрезвителей в ведение Министерства здравоохранения, центров временной изоляции, адаптации и реабилитации несовершеннолетних - Министерству образования и науки, а специальных приемников для административно арестованных - в Министерство юстиции;

- преобразовании Следственного комитета и Комитета криминальной полиции в Комитет по расследованию;

¹ Комментарий подготовлен при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды отраженные в настоящей работе не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

3) усовершенствование статуса представителей органов правопорядка, в том числе сотрудников полиции. Оно заключается в необходимости определения основных и обеспечивающих функций сотрудников и предоставления возможности ношения форменной одежды лишь лицам, исполняющим основные функции, внедрения единых правил прохождения службы, а также совершенствования системы отчетности и оценки деятельности таких органов.

Полная реализация описанных выше мер, по нашему мнению, способна достигнуть основной цели этого документа - повышение эффективности деятельности полиции. Но вряд ли в этом случае можно говорить о системности предложенных мер, которые смогут кардинально реформировать деятельность Министерства внутренних дел. Не будет ошибочной позиция, что органы МВД на постсоветском пространстве являются наименее реформированными и для них характерны большинство черт советской милиции.

Прежде чем перейти к анализу обоснованности и правильности указанных выше мероприятий, направленных на совершенствование административно-правовой и уголовно-правовой деятельности полиции и статуса полицейских, нужно обратиться к вопросу *соответствия системы и статуса Министерства внутренних дел Республики Казахстан принципам надлежащего управления (good governance)* в демократических государствах. С этой целью следует пересмотреть устоявшийся советский подход к МВД как специфическому правоохранительному (военизированному) органу и начать его рассматривать в качестве неотъемлемой части системы публичной администрации государства.

С точки зрения этого подхода, министерства признаются главными государственными органами, призванными анализировать, координировать, набирать рекомендации по поводу государственной политики в определенных сферах общественной жизни, а также проводить мониторинг и оценку реализации политики. Применительно к деятельности полиции, государственная политика по поддержанию правопорядка может состоять в: преимуществе мер превенции, обязанности преследования каждого правонарушителя, использования института соглашений о признании вины и т.д.

Исходя из этого, вне компетенции министерства должны находиться вопросы предоставления административных услуг, проведения проверок деятельности частных лиц, поддержание правопорядка, уголовное преследование, осуществление хозяйственной деятельности и пр. Для осуществления этих функций в сфере ведения определенных министерств создаются автономные административные органы (агентства, комитеты, службы, инспекции и т.д.). Иными словами происходит процесс разграничения политической и административной деятельности, политических и административных должностей. Лучше всего, когда такое разграничение проводится на институциональном уровне, то есть для исполнения определенной функции исполнительной власти создается отдельный административный орган. Но зарубежный опыт подтверждает, что и

совмещение функций в одном органе возможны, но только при обеспечении основного принципа, что один руководитель не может отвечать за исполнение разных функций, в том числе политических и административных.

Неразграничение административных и политических функций в исполнительной власти связано с советским прошлым. Тогда ответственной за государственную политику была лишь Коммунистическая партия, поэтому все органы власти исполняли те или иные административные полномочия. Сейчас ситуация абсолютно иная, но важного для деятельности государства в демократическом обществе размежевания не произведено.

Позитивная сторона такого шага для общества и прав человека, а также системы государственной власти состоит в следующем:

1) **предотвращение системной коррупции**, которая состоит в конфликте интересов между разработкой политики, принятием подзаконных нормативных правовых актов и исполнением административных полномочий². Иными словами, речь идет о совмещении в деятельности одного органа или одного должностного лица несовместимых функций. Это позволяет сейчас органам власти собственными нормативными актами предоставлять больше полномочий или налагать на частных лиц дополнительные обязательства в сравнении с нормами законов, то есть детализировать «под себя» положения законов.

Институциональные изменения должны привести к системе, когда министр утверждает инструкцию о порядке предоставления определенных административных услуг, а конкретное их предоставление осуществляется отдельным агентством. Аналогично, министр утверждает правила проведения проверок в определенной сфере, а отдельная инспекция осуществляет такие инспекционные полномочия. А агентства, инспекции и иные схожие административные органы должны быть лишены полномочий принимать ведомственные нормативные акты;

2) **повышение степени защиты лиц и общества от нарушений со стороны публичной администрации**, что означает приоритет общественных (публичных) интересов в деятельности министерств над ведомственными, узкопрофильными интересами. Политическое должностное лицо (министр) будет поставлен в условия необходимости не защищать «ведомство от гнева общества», а защищать «общество от деятельности ведомства». Министр и аппарат его министерства, по сути, в такой ситуации выступают первым общественным (публичным) контрольным механизмом за деятельностью подотчетных административных учреждений;

3) **демилитаризация общества и публичной службы**. Аппараты министерств и иных центральных исполнительных органов, независимо от сферы ответственности органа (здравоохранение, оборона, правопорядок, образование и т.д.) должны состоять лишь из гражданских государственных

² Corruption risks in the fields of administrative services and control-supervision activities of public administration in Ukraine. – Kyiv, 2009. – p. 12-17 // http://www.ekmair.ukma.kiev.ua/bitstream/123456789/782/1/book_UPAC_eng_FINAL.pdf

служащих. Для формирования государственной политики в определенной сфере общественных отношений лицу не обязательно иметь воинское звание или его аналог. Также министры внутренних дел, обороны должны быть гражданскими, невоенными лицами.

Исходя из предназначения униформы, право ее ношения чиновниками может быть оправданно лишь в том случае, если на определенных объектах (улица, транспортная магистраль, граница, режимное учреждение и т.д.) дает возможность частным лицам незамедлительно (без дополнительных предоставлений документов) понять статус должностного лица. Если же должностное лицо не исполняет указанных функций, то право на ношение формы и знаков отличия нужно признавать необоснованным.

Проведение полной девоенизации аппарата министерства внутренних дел сделает возможным расширение его полномочий на сферу охраны границ,³ пожарной охраны, службы спасения и чрезвычайных ситуаций⁴ без особых рисков превращения этого ведомства в орган всеобщего контроля, «государства в государстве». А Министр, в таком случае, действительно, будет отвечать за все «внутренние дела».

Опыт европейских стран подтверждает, что к сфере ведения реформированного таким образом министерства внутренних дел относятся также вопросы развития системы публичной администрации, регионов страны, улучшения взаимосвязей между регионами;

4) **уменьшение размера государственных расходов** вследствие значительного уменьшения личного состава центральных аппаратов министерств и упразднения территориальных подразделений министерств. Для разработки и реализации государственной политики в определенной сфере аппарат министерств должен быть компактным и мобильным. Если министр и его аппарат ограничивается только вопросами государственной политики, то создание территориальных подразделений министерств является нецелесообразно. Свои структуры на местах должны иметь только административные органы (агентства, комитеты инспекции, службы и т.д.), потому что только они вступают в непосредственные правовые отношения с частными лицами в силу исполнения своих административных функций;

5) **Возможность проводить эффективное и быстрое реформирование системы публичной администрации.** Это обуславливается процессом отделения от министров и министерств реальных административных полномочий и создания для этих целей отдельных исполнительных структур.

Этим объясняется, например, логика подчинения не Министру внутренних дел, а Министру юстиции полицейских органов в таких европейских странах, как Дания, Швеция, Норвегия, Ирландия, Исландия. Так, если правительство решит улучшить деятельность некоторых структур, оно

³ В Республике Казахстан пограничная служба находится в составе Комитета национальной безопасности (КНБ), что неоправданно с точки зрения международных стандартов.

⁴ В Республике Казахстан Комитет противопожарной службы входит в состав Министерства по чрезвычайным ситуациям РК.

имеет в такой системе возможность безболезненно и без существенных промедлений отнести такие структуры в сферу компетенции иного министерства и т.п.

б) Стабильность государственной службы. Изменения в составе правительства (увольнение/назначение новых министров) не будут иметь фактическими последствиями увольнение руководителей территориальных подразделений органов исполнительной власти, поскольку министры не будут иметь полномочий по увольнению сотрудников административных органов (служб, агентств, комитетов, инспекций). Но в этом вопросе важным является также принятие европейских стандартов публичной службы.

Приведенный выше перечень не является исчерпывающим. В нем отображены главные, на наш взгляд, преимущества внедрения демократических основ организации исполнительной власти, которые успешно реализованы в практике и законодательстве стран Западной и Восточной Европы.

Без таких решений, свидетельствующих о переходе страны от советской к демократической системе власти, всякое точечное решение не может кардинально усовершенствовать деятельность государственных органов. И любое такое решение может выглядеть правильным с точки зрения нынешней организации власти, но окажется полностью бесполезным в сравнении с международными принципами построения исполнительных органов.

Так, *передача в конкурентную среду функций проведения технического осмотра транспортных средств и охранной деятельности* является абсолютно верной для нынешней системы МВД Республики Казахстан. А в европейских ведомствах (при разграничении политической и административной деятельности) проблема предоставления обозначенных услуг может быть решена с помощью создания отдельных учреждений (служб) по предоставлению административных услуг в сфере дорожного транспорта и охраны различных объектов собственности. Главным в таком шаге являются следующие моменты:

- частно-правовым хозяйствующим субъектам нужно, наравне с государством, предоставить право осуществлять указанную деятельность;
- разрешения (лицензии) на осуществления этой деятельности должны предоставляться не органами МВД;
- результаты проведенных технических осмотров могут проверяться в случае необходимости отдельными инспекциями (например, ГАИ).

Положения анализированного Указа Президента в части необходимости *создания Миграционного комитета* в составе МВД также нуждается в пристальном внимании с точки зрения соответствия отраслевым программам развития государственной миграционной политики и самому содержанию этой деятельности.

В Концепции миграционной политики Республики Казахстан на 2007-2015 годы, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 28 августа 2007 года № 399, указывается, что «в работе субъектов миграционной политики нередко имеют место случаи дублирования функций и недостаточный уровень межведомственного взаимодействия. Учитывая

сложность и многогранность миграционных процессов, узкопрофильность возможностей заинтересованных государственных органов, а также нескоординированность их деятельности целесообразно создание единого звена для координирования деятельности всех ведомств, ответственных за данный процесс и ведения мониторинга» (пункт 5.2). Но нигде в этом специальном документе не указано о необходимости создания отдельной миграционного органа в системе органов внутренних дел.

А сочетания в деятельности одного комитета таких вопросов, как эмиграция, иммиграция, внутренняя миграция, законные и незаконные способы миграции и вовсе ставят под сомнения эффективность реализации такого решения. Кроме этого, у руководства и сотрудников такого миграционного органа всегда будет соблазн использовать методы работы, характерные для противодействия незаконной миграции, для регулирования процессов законной миграции. Концентрирование в одном государственном органе всей информации о миграционных процессах в стране вообще может составлять реальную опасность для реализации основополагающего права человека – свободного передвижения и свободного выбора местожительства, гарантированного статьей 21 Конституции Республики Казахстан.

Если же считать, что Миграционный комитет предлагается создать для целей «координирования деятельности всех ведомств, ответственных за данный процесс и ведения мониторинга», определенных в Концепции миграционной политики, то возникает резонный вопрос о ведомственном подчинении такого координирующего органа. По нашему мнению, такой институт естественней всего вписывается в сферу Министерства юстиции, а не Министерства внутренних дел.

Но положения Указа Президента о мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности обходит молчанием вопрос о предмете ведения и задачах нового органа в сфере миграции.

В то же время нужно приветствовать предложения Указа *об изменении ведомственного подчинения учреждений лишения свободы* (медицинских вытрезвителей, центров временной изоляции, адаптации и реабилитации несовершеннолетних, специальных приемников для административно-арестованных). Но и этот шаг не является системным, поскольку в системе МВД останутся изоляторы временного содержания (ИВС). Они должны быть подчинены, как и следственные изоляторы, Министерству юстиции.

А преобразование Следственного комитета и Комитета криминальной полиции в Комитет по расследованию МВД невозможно провести, по нашему мнению, без основательных изменений законодательства об уголовном процессе и оперативно-розыскной деятельности. Согласно Постановлению Правительства Республики Казахстан от 21 апреля 2006 года № 313 Следственный комитет уполномочен осуществлять предварительное следствие и дознание в уголовных делах, а Комитет криминальной полиции – оперативно-розыскные мероприятия (подп. 1 пункта 10 Положений о Следственном комитете МВД и о Комитет криминальной полиции МВД). При неизменном законодательстве такое объединение в одном органе власти процессуальных и

непроцессуальных функций является очень опасным, вследствие превращения органа предварительного следствия (в значительной части открытого) в орган тайного следствия. В нынешних условиях в постсоветских странах оперативно-розыскная деятельность, в том виде, в котором она существует, стала часто вредить правам человека. Оперативно-розыскные мероприятия могут использоваться в противоправных целях «заказного» сбора информации об определенных лиц и т.д.

Законодательное урегулирование оперативно-розыскной деятельности в 90-х годах имело положительное значение для демократизации деятельности органов правопорядка. Но эта деятельность органов власти стала одной из самых главных преград для соблюдения прав человека вследствие неразвитости реального и действенного судебного контроля, отсутствие четкой законодательной и практической привязки к целям уголовного судопроизводства и, как следствие, возможность оправдания ограничений прав лиц ссылкой на интересы безопасности общества и государства.

В свете необходимости обеспечения свобод от произвольных или незаконных вмешательств в личную и семейную жизнь, посягательств на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции, гарантированных Международным пактом о гражданских и политических правах 1966 года, следует внедрить ограничение указанных личных прав только вследствие предварительного судебного контроля⁵. Если предварительный судебный контроль будет внедрен лишь в процессе расследования уголовных дел, то проведение оперативно-розыскных мероприятий станет своеобразной «лазейкой», с помощью которой власти смогут получать доказательства виновности лиц в совершении преступлений без соблюдения требований «официального» уголовного процесса. В таких случаях вместо начала уголовного преследования и необходимости обращения в суд для получения санкций на ограничение личных свобод лиц, будут проводиться оперативные меры и беспрепятственно выявляться, а также фиксироваться необходимые факты. В дальнейшем эти факты смогут быть по-новому процессуально закреплены в рамках уголовного дела.

Только признание оперативно-розыскной деятельности неотъемлемой частью предварительного расследования и распространение на обновленный уголовный процесс всех международных стандартов защиты прав человека может стать законодательной основой для организационного решения по созданию единого органа досудебного расследования (Комитета по расследованию) путем объединения нынешних органа следствия и дознания (Следственный комитет) и оперативно-розыскного органа (Комитета криминальной полиции).

⁵ Аналитическая записка по вопросу о развитии института судебного контроля за предварительным следствием и дознанием в Республике Казахстан // Источник в Интернете: http://lprc.kz/ru/index.php?option=com_content&task=view&id=97. (автор - Л. В. Головкин, д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова).

В этом случае необходимо будет также влить в новое структурное подразделения на правах отдела и нынешний Комитет по борьбе с наркобизнесом и контролю за оборотом наркотиков МВД, поскольку его существование выглядит нелогичным в цепочке анализированных решений по оптимизации структуры органов внутренних дел.

Предложенные в Указе Президента *меры по усовершенствованию статуса представителей органов правопорядка*, в том числе сотрудников полиции, считаем правильными и нуждающимися во всесторонней поддержке. Можно только высказать несколько предложений по поводу большей детализации предусмотренных мер.

Так, проведение описанной выше в общих чертах административной реформы сделала бы бессодержательным положение Указа о необходимости определения основных и обеспечивающих функций сотрудников правоохранительных органов и предоставления возможности ношения форменной одежды лишь лицам, исполняющим основные функции. Поскольку, стало бы понятным, что т.н. «основную» функцию исполняют представители административных органов (полицейские, пограничники и т.д.), а т.н. «обеспечивающую» - чиновники в аппарате министерства и соответствующих административных органов.

Верным также является положение о необходимости внедрения «единых правовых стандартов и норм прохождения правоохранительной службы, единых подходов к социальной и правовой защите сотрудников правоохранительных органов». Сейчас ведомственная принадлежность этих должностных лиц делает почти невозможным их переход из одного органа в другой. Также смена места работы (но продолжение исполнение схожих полномочий) влечет за собой определенные «потери» для служащих в вопросах материального обеспечения, динамики карьерного роста и т.д. Одним из вариантов разрешения этой проблемы могло бы стать распространение на всех должностных лиц требований законодательства о государственной (публичной) службе. В такой ситуации все правоохранители признавались бы государственными служащими, которые обязаны носить униформу, иметь специальные (унифицированные) звания, использовать оружие в случае необходимости и получать дополнительное денежное содержание.

Для повышения профессионального уровня личного состава органов правопорядка важным представляется внедрение конкурсного и открытого отбора кандидатов на должности правоохранителей. Отсутствие такого порядка принятия на должности создает возможности для подбора лояльных к руководству служащих независимо от их профессиональных качеств. Проведение соответствующих конкурсов целесообразно проводить конкурсной комиссией, в состав которых обязательно привлекать представителей общественности. А с целью уменьшения субъективизма в принятии решений, основным критерием для принятия решения должны стать результаты автоматизированного тестирования.

Большую проблему в деятельности сотрудников органов правопорядка составляет их зависимость от руководства, которое единолично уполномочено

решать подавляющее большинство вопросов во время прохождения службы (конкретный размер заработной платы и доплат, поощрение, канцелярское, техническое, транспортное обеспечение служебной деятельности, периодичность отпусков, карьерный рост, дисциплинарная ответственность и увольнение). Это лишает всякой самостоятельности сотрудников, что является причиной возможного давления руководителей при принятии определенных решений во время прохождения службы.

Выходом из этой ситуации может стать четкое определение на уровне закона размера заработной платы и доплат за каждый период выслуги лет. А продвижение по службе сотрудников также не должно зависеть от руководителей органов - следует лишить их возможностей субъективистского влияния. В законе нужно также установить, что вопросы дисциплинарной ответственности и увольнения служащих будут решаться коллегиальными дисциплинарными советами, состав которых будет состоять на паритетных началах из представителей руководства органов, рядовых служащих и общественности.

Завершая проведенный анализ, следует еще раз акцентировать внимание на том, что кардинальные изменения в деятельности органов МВД Республики Казахстан и повышения степени защищенности прав лиц произойдет только вследствие проведения системной реформы публичной администрации, которая будет заключаться в разграничении политической и административной деятельности органов исполнительной власти, создании отдельных административных органов (служб, комитетов, инспекций, агентств), демилитаризации аппарата министерства, усовершенствования порядка прохождения и прекращения публичной службы.

Апрель 2010 г.

С.А. ПАШИН

*член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», к.ю.н, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке*

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
НА ПРОЕКТ НОВОЙ РЕДАКЦИИ ЗАКОНА
КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ОТ 11 ЯНВАРЯ 1994 ГОДА № 1360-ХП
«ОБ ОРГАНАХ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ»⁶**

Как видно из текста ст. 1 Закона Кыргызской Республики от 11 января 1994 г. № 1360-ХП «Об органах внутренних дел Кыргызской Республики», органы внутренних дел Кыргызской Республики представляют собой организованный по принципу вертикали, составляющий единую систему «государственный вооруженный правоохранительный орган, осуществляющий исполнительно-распорядительные функции по обеспечению общественного порядка, безопасности личности и общества и борьбе с преступностью». Значение органов внутренних дел подчеркивается тем обстоятельством, что министр внутренних дел назначается лично Президентом Кыргызской Республики и несет перед ним персональную ответственность.

Поскольку правоохранительным органам, в особенности органам внутренних дел, принадлежит большая власть, и они располагают значительными ресурсами и вооруженными сотрудниками для ее реализации, международное сообщество традиционно рассматривает вопросы их деятельности и поведения соответствующих должностных лиц в неразрывной связи с проблемами соблюдения прав человека. Предваряя Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, принятый резолюцией 34/169 Генеральной ассамблеи ООН от 17 декабря 1979 г., Генеральная ассамблея подчеркнула, что «характер функций по поддержанию правопорядка в защиту общественного порядка и то, каким образом они осуществляются, оказывают непосредственное воздействие на качество жизни отдельных лиц, а также всего общества в целом».

Законодательство о деятельности правоохранительных органов на территории государств-членов СНГ должно периодически обновляться, имея в виду реализацию международных обязательств и достижение идеалов правового государства. Поэтому изложение в новой редакции норм Закона Кыргызской Республики об органах внутренних дел может оказаться важным шагом на пути совершенствования законодательства. Изучение текста законопроекта позволяет высказать следующие соображения относительно

⁶ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

вновь излагаемых и сохранившихся в нем норм.

Органы внутренних дел Кыргызской Республики, к сожалению, не планируется поставить под общественный контроль, что является угрозой правам и свободам человека и гражданина. Так, согласно ч. 2 ст. 2 проекта, вмешиваться в деятельность органов внутренних дел вправе только должностные лица. Статья 4 проекта отводит представителям гражданского общества лишь вспомогательную роль (оказание содействия) во взаимодействии с органами внутренних дел.

Полагаю, в законопроекте должны быть сформулированы нормы, гарантирующие подконтрольность органов внутренних дел общественности в соответствии с международными стандартами. Так, в пункте «d» преамбулы Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка прямо говорится: «действия должностных лиц по поддержанию правопорядка должны подвергаться тщательной проверке со стороны общественности»; такая проверка может осуществляться «советом» и даже «комитетом граждан».

Общественный

контроль, осуществляемый в отношении правоохранительных органов гражданами, особенно необходим, когда речь идет о проверке заявлений граждан о пытках, грубости, издевательстве, бездействии работников органов внутренних дел, о дисциплинарном преследовании сотрудников.

2. Необходимо ограничить круг актов делегированного законодательства и других нормативных актов, которые могут издаваться на основании закона об органах внутренних дел. Так, в проекте сохраняется положение, позволяющее Правительству определять права и обязанности внештатных сотрудников органов внутренних дел (ч. 5 ст. 4 проекта). Поскольку эти лица фактически могут вторгаться в пределы, очерченные для прав и свобод личности, постольку их возможности и запреты для них нужно установить властью законодателя.

Из статьи 6 проекта вытекает, что правовую основу деятельности органов внутренних дел Кыргызской Республики составляют, наряду с законами, также «другие нормативные правовые акты Кыргызской Республики». Данная формулировка чрезмерно широка, неконкретна и открывает простор ведомственному нормотворчеству, что недопустимо при регламентации работы вооруженных и влиятельных органов власти.

Правительство Кыргызской Республики, разумеется, вправе устанавливать порядок взаимодействия органов внутренних дел с другими правоохранительными органами, но из пункта 12 ст. 11 проекта можно сделать вывод, будто Правительство, а не высший орган законодательной власти, введет порядок досмотра «ручной клади, багажа и досмотра пассажиров гражданских воздушных судов, автомобильного и железнодорожного транспорта».

В силу части 4 ст. 16 проекта именно Правительство утверждает «Перечень специальных средств и специальной техники», находящихся на вооружении органов внутренних дел. По своей значимости, данный вопрос справедливо было бы разрешить в законе.

Порядок компенсации сотрудникам за работу в ночное время, выходные и праздничные дни, а также за работу сверх установленной законодательством Кыргызской Республики продолжительности рабочего времени определяется на основании части 4 ст. 26 проекта даже не решениями Правительства, а любыми по юридической значимости «нормативными правовыми актами Кыргызской Республики». Излишне подчеркивать, что такое снижение уровня правовых гарантий чревато нарушением прав сотрудников органов внутренних дел.

Думается, в проекте могли бы найти отражение все нормы по данному предмету регулирования, изложение которых необходимо именно в законе. Например, неясно, почему перечень специальных званий сотрудников органов внутренних дел содержится в проекте закона, а порядок присвоения этих званий отнесен к последующему законодательному регулированию (см. ч. 3 ст. 7 и ст. 9 проекта). Однако в законе об органах внутренних дел не следует приводить нормы из других отраслей права. Например, в части 3 ст. 13 вводится понятие оправданного профессионального риска; оно должно фигурировать в Уголовном кодексе Кыргызской Республики, а в проекте нужно сформулировать отсылочную норму. Надо отметить также, что это положение проекта неудачно изложено, превращая обстоятельство, исключаящее преступность деяния, в факт, зависящий от благоусмотрения правоприменителя («могут быть не признаны нарушением закона»).

3. Нуждаются в совершенствовании нормы, определяющие правовой статус претендентов на службу в органах внутренних дел Кыргызской Республики и их сотрудников. Так, в части 4 ст. 7 проекта предусмотрено, что «Лица, не прошедшие специальной проверки или на которых имеются компрометирующие материалы, на службу в органы внутренних дел не принимаются». В такой редакции эта норма создает проблемы при приеме на государственную службу, ограничивая права граждан на выбор профессии. «Компрометирующие материалы», как представляется, должны быть точно и формально описаны; к ним, в частности, могут быть отнесены сведения о судимости, систематическом совершении административных проступков. Нужно четко установить в законе «ограничения, связанные со службой в органах внутренних дел» (ч. 5 ст. 7 проекта).

Согласно части 2 ст. 8 проекта «Сотрудником органов внутренних дел может быть гражданин Кыргызской Республики, ... не имеющий судимость за уголовные преступления, независимо от того погашена или снята эта судимость...». Такое правоограничение означает сохранение негативного юридического влияния несуществующей судимости, что вряд ли оправданно. Специальный вопрос, не разрешенный в проекте, представляет значение осуждения лица в несовершеннолетнем возрасте.

Вызывает сомнение также норма, содержащаяся в части 8 ст. 8 проекта: «Сотрудникам органов внутренних дел запрещается участвовать в деятельности политических партий и религиозных организаций». Есть различие между участием в политической деятельности, направленной на овладение институтами государственной власти, с одной стороны, и работой внутри

церкви для реализации свободы совести и вероисповедания, с другой стороны. Быть может, вполне достаточно запретить сотрудникам органов внутренних дел участвовать *в руководстве* религиозными организациями. «Сотрудники органов внутренних дел, осуществляющие охрану объектов, пользуются всеми льготами, установленными для работников данных предприятий и учреждений», - гласит часть 2 ст. 21 проекта. Данное правило трудновыполнимо и может привести к непредсказуемым последствиям. Во-первых, неясно, кто обеспечивает столь щедрое законоположение: собственник «объекта» или Министерство внутренних дел. Во-вторых, на «объекте» могут располагаться несколько организаций, и к какой именно из них должен быть приписан по льготам охранник, не определено. В-третьих, работы, которыми занимаются сотрудники организаций (например, Академии наук), и деятельность охранников совершенно различны по своему характеру; приравнение милиционеров по статусу к академикам странно. В-четвертых, льготы эти могут заключаться не только в выплатах, но также в праве на длительный ежегодный отпуск, бесплатное получение материалов, использование «библиотечного дня», определенное место для парковки и т. п. В-пятых, работники одного и того же предприятия обычно пользуются разными льготами, исходя из их пола, возраста, нагрузки, выслуги лет, должностного положения; авторы проекта не предусмотрели, будут ли охранники пользоваться преимуществами сразу же руководителя организации либо недавно принятой на работу уборщицы.

Многие социальные гарантии, предусмотренные в частях 1 и 4 ст. 21, статьях 22 и 25 проекта, коренятся в социалистической распределительной системе и оказываются излишними при нормальной оплате труда государственных служащих.

4. Не все нормы проекта (и Закона в прежней редакции) сформулированы в соответствии с требованиями защиты жизни, здоровья, личной неприкосновенности, чести и достоинства граждан, находящихся во власти органов внутренних дел или соприкасающихся с сотрудниками этих органов. Особенно это нетерпимо, когда речь идет о лицах задержанных и вообще помещенных в места заключения (ограничения свободы).

Так, в части 5 ст. 3 проекта сказано: «Органы внутренних дел принимают меры к немедленному оказанию медицинской и другой помощи, а также устранению опасности жизни, здоровью или имуществу указанных лиц, возникшей в результате задержания, заключения под стражу». Между тем оказание медицинской помощи и предоставление защиты необходимо не только от опасностей, возникших из-за помещения в неволю, но и проистекающих от любых других причин. Например, обнаруженный на месте происшествия раненый поделщиками подозреваемый должен получить медицинскую помощь, хотя он пострадал вовсе не от задержания; человек, избитый в ИВС сокамерниками, также нуждается в защите и лечении.

В статьях 14, 15, 17 проекта, как и во всех нормах, дающих сотрудникам органов внутренних дел право травмировать людей, необходимо сформулировать требование соразмерности применяемых мер характеру и опасности правонарушения.

Кроме того, нужно ввести норму, обязывающую сотрудника перед применением опасных средств, в особенности оружия, убедиться, что человек понимает, от кого исходят требования и с кем он имеет дело. Это важно, главным образом, когда сотрудники действуют без формы и на транспортных средствах, не имеющих специальной маркировки (в том числе реквизируемых у граждан в силу пункта 19 ст. 11 проекта). Например, пункт 1 части 5 ст. 17 проекта позволяет открывать огонь по скрывающимся автомобилям, если водитель не подчинился законным требованиям сотрудника органа внутренних дел. Однако эта норма не предусматривает, что возможная жертва должна (или могла) понимать, что требования исходят от компетентного должностного лица.

Находящиеся на вооружении органов внутренних дел Кыргызской Республики специальные средства, очевидно, включают наручники, резиновые палки, водометы, слезоточивый газ, устройства для принудительной остановки транспорта, служебных собак и т. п. Эти средства неравнозначны по степени опасности для жизни и здоровья граждан. Поэтому нужно в ст. 16 проекта описать случаи применения специальных средств не скопом, а с учетом интенсивности воздействия того или иного спецсредства. Например, представляется неоправданным применение резиновой палки, слезоточивого газа или водомета к лицу, оказывающему «неповиновение» (не сопротивление) сотруднику органа внутренних дел, как и к людям, «если имеются основания полагать, что они могут совершить побег или причинить вред окружающим или себе» (пункт 5 ч. 1 ст. 16 проекта). Избиение или отравление, не предпринимающего никаких действий человека, на основании лишь предположения о возможности его ненадлежащего поведения означает узаконенное применение пыток.

По смыслу пункта 8 ч. 1 ст. 16 проекта человека можно избивать, заковывать в наручники, травить собаками «для выявления лиц, совершающих или совершивших преступление». Эта норма также развязывает руки сотрудникам органов внутренних дел, полагающихся на пытки для получения сведений о преступлениях.

Понятие «групповое нападение» (ч. 3 ст. 16 проекта) позволяет применять спецсредства в отношении малолетних, если, например, мальчики в возрасте 8 лет набросились вдвоем на сотрудника органа внутренних дел.

Пункт 2 части 2 ст. 17 проекта допускает применение огнестрельного оружия на поражение в случае группового нападения на сотрудников органов внутренних дел вне зависимости от соотношения сил нападающих и обороняющихся (например, если двое инвалидов напали на роту милиции). Критерий соотношения сил для ситуаций, не угрожающих жизни должностных лиц, нужно ввести; возможно, впрочем, что авторами проекта имелись в виду лишь ситуации, когда имеется реальная угроза жизни должностных лиц, но тогда норму надо сформулировать четче. Аналогичные соображения касаются и пункта 3 ч. 2 ст. 17 проекта.

В части 4 ст. 17 среди лиц, по которым нельзя открывать стрельбу, правильно было бы упомянуть и инвалидов (по аналогии с частью 3 ст. 16

проекта). Статья 18 изложена слишком общо, и ее редакция может послужить поводом для неоправданного применения огнестрельного оружия. Прежде всего, для приведения оружия в готовность и его демонстрации нужны веские причины, а не просто мнение сотрудника органа внутренних дел. Соответственно, в части 1 этой статьи слова «если считает» нужно заменить фразой «если имеет достаточные основания полагать». Самым решительным образом нельзя согласиться с каучуковой формулировкой части 2 ст. 18 проекта. Так, не следует относить к «опасным действиям и движениям» попытку человека достать документы из нагрудного кармана.

5. Нуждаются в совершенствовании нормы, определяющие права и обязанности сотрудников органов внутренних дел:

название ст. 11 целесообразно было бы поменять, ибо в ней речь идет не о правах органов внутренних дел (эти права осуществляют руководители соответствующих рангов), а о правах *сотрудников* органов внутренних дел;

- пункт 2 ст. 11 следует дополнить указанием на *достаточные* основания для проверки документов; необходимо также прояснить, обеспечивается ли право человека и гражданина «получить от сотрудников органов внутренних дел разъяснения по поводу ограничения своих прав и свобод» (ч. 3 ст. 3 проекта) обязанностью сотрудника изложить гражданину имеющиеся у него основания для проверки документов;

- в пункте 3 ст. 11 необходимо уточнить понятие «личный досмотр вещей и транспортных средств»; вероятно, досмотр вещей и личный досмотр – это разные меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях;

- в пункте 5 ст. 11 нужно изменить редакцию с тем, чтобы не создавалось ложного впечатления, будто человека можно доставить в приемник-распределитель только потому, что при нем нет документов; эту норму нужно увязать с положениями пункта 2 той же статьи о достаточных основаниях для проверки документов;

- в пункте 6 ст. 11 целесообразно указать, что задерживаться могут также военнослужащие, обоснованно подозреваемые в совершении преступления;

- пункт 9 ст. 11 чрезмерно широко изложен, позволяя не только по уголовным делам, но и по любым «материалам», находящимся в производстве органов внутренних дел, вызывать граждан, получать от них объяснения, справки и документы;

- пункт 10 ст. 11 закрепляет порочную ситуацию, при которой расследование уголовных дел и производство судебных экспертиз сосредоточены в руках органов уголовного преследования; кроме того, нужно указать, что привлечение специалистов осуществляется на добровольной основе и за обусловленное вознаграждение;

- в пункте 16 ст. 11 следует четко разграничить производимые после возбуждения уголовного дела следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия (контрольная закупка и т. п.); недопустимо без санкции компетентного органа (прокурора или суда, что предпочтительнее) «беспрепятственное» получение информации «о кредитно-денежных операциях физических и юридических

лиц»; - пункт 19 ст. 11 нужно сократить, поскольку неразрешенное собственником (владельцем) использование чужого транспорта для преследования правонарушителей и «в иных служебных целях» не свойственно стандартам правового государства, грубо вторгается в неотъемлемое право человека на собственность; в любом случае, необходимо указание на справедливую компенсацию за использование чужих транспортных средств и за повреждение их при осуществлении служебной деятельности; аналогичные соображения касаются и пунктов 21, 22 ст. 11 проекта; безвозмездное и, по-видимому, неограниченное использование «услуг» средств массовой информации нарушает свободу печати и других СМИ;

- представляется неадекватно изложенным право сотрудников органов внутренних дел «задерживать и доставлять на специальные стоянки транспортные средства для временного хранения, изымать государственные номерные знаки транспортных средств» (пункт 23 ст. 11); это право должно быть обусловлено четким перечнем правовых оснований для принятия соответствующего решения;

- пункт 23 ст. 11 правильно было бы преобразовать в несколько пунктов, поскольку в его тексте соединены различные права органов внутренних дел, которые осуществляются в различных сферах общественной жизни;

- в статье 12 после пункта 1 целесообразно было бы сформулировать норму об обязанности органа внутренних дел обеспечивать права граждан на квалифицированную юридическую помощь и доступ к суду;

- часть 4 ст. 3 проекта только выиграла бы от придания ей конкретности; в частности, полезно было бы указание на возможность судебного обжалования действий (бездействия) и решений сотрудников органов внутренних дел.

В законопроекте следовало бы предусмотреть правила общения сотрудников органов внутренних дел (хотя бы тех из них, кто непосредственно выполняет обязанности по охране общественного порядка и контролю за обеспечением безопасности дорожного движения) с гражданами. Гражданину полезно было бы прочесть в законе, каким образом он может узнать сведения о сотруднике, чтобы подать на него жалобу.

6. Существенным недостатком законопроекта является отсутствие в нем положений, регламентирующих дисциплинарную ответственность сотрудников органов внутренних дел. Данный вопрос слишком важен, чтобы решать его в подзаконных актах. Желательно также предусмотреть нормы, обеспечивающие участие представителей общественности в процессе привлечения сотрудников органов внутренних дел к дисциплинарной ответственности.

7. Имеются также другие замечания, наиболее важные из которых приводятся ниже: - нет надобности в пункте 15 ст. 12 проекта отдельно выделять обязанность органов внутренних дел «предупреждать, пресекать и выявлять должностные преступления», так как в пункте 3 той же статьи эти задачи провозглашены в отношении всех преступлений; при этом в

пункте 3 предполагается еще и «раскрывать преступления и регистрировать поступающую информацию о них»; может сложиться впечатление, что органы внутренних дел не призваны раскрывать и регистрировать должностные преступления;

- часть 3 ст. 13 проекта крайне неудачно

сформулирована не только юридически, о чем речь шла выше, но и лексически;

- часть 4 ст. 19 чрезмерно

ограничивает свободу средств массовой информации по освещению уголовных дел, в рамках которых подозреваемыми или обвиняемыми выступают сотрудники органов внутренних дел; скрываются также возможности опубликования результатов журналистских расследований; с точки зрения Комитета ООН по правам человека и Европейского суда по правам человека, подобные формулировки могут иметь недопустимый в демократическом обществе «замораживающий эффект»;

- в ст. 32 проекта

среди лиц, несущих ответственность за неисполнение закона об органах внутренних дел, следует упомянуть и самих сотрудников органов внутренних дел. В заключение позвольте выразить надежду, что приведенные выше соображения и рекомендации будут способствовать дальнейшему развитию законодательства Кыргызской Республики в направлении совершенствования правоохранительной системы страны, ее органов внутренних дел, с тем чтобы гарантировались права личности в соответствии со стандартами международного сообщества.

Февраль 2010 г.

Н.М. КИПНИС

член Квалификационной комиссии
Адвокатской палаты г. Москвы,
к.ю.н., доцент

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОТ 31 АВГУСТА 2010 ГОДА № 853 «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ АДВОКАТУРЫ»⁷

Согласно Концепции проекта Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам адвокатуры» он разработан во исполнение пункта 2 Указа Президента Республики Казахстан от 22 апреля 2009 г. № 793 «О дополнительных мерах по усилению борьбы с преступностью и коррупцией и дальнейшему совершенствованию правоохранительной деятельности в Республике Казахстан», поручения Президента Республики Казахстан от 25 августа 2009 г. № 3277 о необходимости усиления государственного контроля качества оказания квалифицированной юридической помощи, а также в целях реализации Концепции развития системы ювенальной юстиции в Республике Казахстан на 2009-2011 годы (одобрена Указом Президента Республики Казахстан от 19 августа 2008 г. № 646.).

Авторы концепции Закона указывают, *inter alia*, что:

– требуется пересмотреть в соответствии с международными стандартами процедуру лицензирования адвокатской деятельности, поскольку представляется более логичным проверять теоретические знания и практические навыки претендента только после стажировки;

– для исключения проявлений коррупции и установления прозрачности прохождения процедуры аттестации, представляется необходимым включить в состав аттестационной комиссии, помимо работников юстиции и представителей адвокатского сообщества, депутатов обеих палат Парламента и ученого-правоведа, предусмотрев возможность освещения экзамена в средствах массовой информации;

– представляется целесообразным регламентировать статус, деятельность и сроки полномочий аттестационной комиссии непосредственно в Законе.

⁷ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

Ознакомление с законопроектом показывает, что с его принятием предусматривается серьезное реформирование порядка доступа граждан Республики Казахстан к профессии адвоката, предлагается на законодательном уровне урегулировать процедуру дисциплинарного производства, а также решается ряд иных вопросов.

1. Согласно действующей редакции ч. 3 ст. 62 ГПК РК «3. Полномочия адвоката на ведение конкретного дела удостоверяются ордером, выдаваемым юридической консультацией или адвокатской конторой, а при ведении им своей деятельности индивидуально – договором, заключенным адвокатом с клиентом».

В законопроекте предлагается слова «а при ведении им своей деятельности индивидуально – договором, заключенным адвокатом с клиентом» заменить словами «а при осуществлении им своей деятельности индивидуально без регистрации юридического лица – президиумом коллегии адвокатов».

То обстоятельство, что законопроект предлагает заменить «договор, заключенный адвокатом с клиентом» на «ордер», заслуживает поддержки по двум причинам:

– в Республике Казахстан членство адвоката в коллегии адвокатов является обязательным (*ч. 1 ст. 7, ч. 2 ст. 19 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); адвокат вправе осуществлять свою деятельность через юридическую консультацию либо учредить самостоятельно или совместно с другими адвокатами адвокатскую контору, а также индивидуально без регистрации юридического лица (*ч. 1 ст. 19 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); члены коллегии адвокатов равны в своих правах и обязанностях (*ч. 2 ст. 28 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*);

– организация и деятельность адвокатуры основывается, *inter alia*, на принципе соблюдения норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны (*п. 4 ст. 3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*); адвокатскую тайну составляют, *inter alia*, сведения о содержании письменных переговоров с лицом, обратившимся за помощью, о характере и результатах, предпринимаемых в интересах лица, обратившегося за помощью, действий, а также иная информация, касающаяся оказания юридической помощи (*ч. 1 ст. 18 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*).

Установление для адвокатов разного порядка подтверждения их полномочий в зависимости от избранного способа адвокатской деятельности нарушает принцип равенства адвокатов, в частности, потому, что доверитель, обратившийся к адвокату, осуществляющему деятельность индивидуально без регистрации юридического лица, заранее законом лишается права на сохранение в тайне условий заключенного с адвокатом договора, хотя эти условия также составляют адвокатскую тайну. Между тем, каждый «адвокат обязан хранить в тайне сведения, ставшие ему известными в связи с оказанием юридической помощи, и не имеет права разглашать их без

согласия лица, обратившегося за помощью» (ч. 3 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Что касается выдачи президиумом коллегии адвокатов ордера адвокату, осуществляющему деятельность индивидуально без регистрации юридического лица, то в целом это дополнение следует признать конструктивным, поскольку оно внесет упорядоченность в процесс выдачи ордеров. В то же время, при принятии окончательного решения следует обсудить, не нарушит ли такой порядок право граждан на оперативное получение юридической помощи, а также самостоятельность и независимость адвокатов. Дело в том, что при предлагаемой системе необходимо выдавать адвокату так называемые «свободные» ордера (то есть ордера, в которые адвокат сам вписывает реквизиты заключенного позднее соглашения и затем отчитывается по ним перед Президиумом коллегии адвокатов), поскольку соглашение об оказании юридической помощи может быть заключено с адвокатом в ночное время, в выходные и праздничные дни, когда аппарат Президиума Коллегии адвокатов не работает. Впрочем, аналогичные вопросы возникают у адвокатов, осуществляющих адвокатскую деятельность через юридическую консультацию либо адвокатскую контору, поэтому, можно полагать, что в адвокатском сообществе Республики Казахстан разработаны способы действия в рассматриваемой ситуации.

В Российской Федерации ордер любому адвокату выдается соответствующим адвокатским образованием (п. 2 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»), то есть адвокат, учредивший адвокатский кабинет, сам себе выписывает ордер. Это очень демократичный порядок, но порой им злоупотребляют недобросовестные адвокаты, что влечет направление жалоб в дисциплинарные органы. В отдельных субъектах Российской Федерации советы адвокатских палат (аналог президиума коллегии адвокатов в Республике Казахстан) в целях нормализации ситуации своими решениями обязали адвокатов, учредивших адвокатские кабинеты, получать в совете палаты пронумерованные, прошнурованные и скрепленные печатью ордерные книжки, а затем сдавать использованные книжки обратно в совет. Но соответствие российскому закону названного порядка не бесспорно!

2. Изменения и дополнения в Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности»

I. В предлагаемой редакции ст. 9 Закона детально регламентируется порядок прохождения стажировки, которая будет предшествовать аттестации в Аттестационной комиссии. Данное предложение следует оценить положительно, поскольку стажировка имеет важное значение для приобретения практических навыков адвокатской деятельности.

В то же время, в проекте ч. 4-5 ст. 9 Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» указано, что:

«4. По результатам рассмотрения заявления президиум коллегии адвокатов принимает одно из следующих решений:

- 1) о допуске к прохождению стажировки;
 - 2) об отказе в допуске к прохождению стажировки.
5. Отказ в допуске к прохождению стажировки по мотиву набора большого количества стажеров не допускается.»

Однако, непонятно, в каком (каких) случаях президиум коллегии адвокатов вправе принять решение об отказе в допуске к прохождению стажировки. Было бы логично предположить, что такое решение может быть принято лишь при несоответствии претендента требованиям, предъявляемым к стажеру законом.

Равным образом, следует указать в Законе, что отказ в допуске к прохождению стажировки может быть обжалован в суд.

Решение о допуске к прохождению стажировки целесообразно дополнить указанием на одновременное принятие решения о назначении руководителя. В Законе может быть предложен иной порядок назначения руководителя стажировки, но в законопроекте такой порядок не определен вообще.

Документом, предопределяющим успешное завершение стажировки, согласно проекту ч. 8 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности», будет являться заключение руководителя стажера, к которому прилагается, в том числе, документ, подтверждающий посещение стажером теоретических и практических занятий. Между тем, в проекте закона не предусмотрено, кем будет выдаваться такой документ!

Согласно проекту ч. 9 ст. 8 Закона РК «Об адвокатской деятельности», «9. Стажировку не проходят судьи, прекратившие свои полномочия по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» [1) уход судьи в отставку; 1-1) освобождение от должности судьи по собственному желанию; 2) состояние здоровья, препятствующее дальнейшему исполнению профессиональных обязанностей, в соответствии с медицинским заключением; 8) упразднение суда или истечение срока полномочий, если председатель суда, председатель судебной коллегии или судья не дает согласие на занятие вакантной должности судьи в другом суде; 10) достижение предельного возраста пребывания в должности судьи].

Законодатель Республики Казахстан, безусловно, вправе сам определить круг лиц, освобожденных от прохождения стажировки, однако представляется логичным, чтобы этот круг был дополнен, как минимум, одной категорией, а именно указанием на лицо, лицензия которого на занятие адвокатской деятельностью прекратила свое действие ввиду добровольного возврата лицензии лицензиару, если такое лицо до возврата лицензии осуществляло адвокатскую деятельность, например, непрерывно не менее трех лет. Последнее условие можно формулировать по-разному, но, представляется, что следует облегчить бывшим адвокатам, не совершившим порочащих поступков, возврат в профессию (основание прекращения

действия лицензии взято из п. 5 ч. 1 ст. 48 Закона РК «О лицензировании» от 11 января 2007 г. № 214-III ЗРК).

Согласно проекту ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности», «3. Лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации вправе получить:

1) лица, сдавшие квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошедшие стажировку в суде и получившие положительный отзыв пленарного заседания суда;

2) лица, прекратившие полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»;

3) лица, уволенные из органов прокуратуры и следствия при наличии стажа работы прокурора или следователя не менее десяти лет, за исключением уволенных по отрицательным мотивам, и прохождении стажировки в коллегии адвокатов в порядке и на условиях, установленных настоящим Законом.»

Сопоставление проектов новых редакций текста ч. 9 ст. 8 и п. 2 ч. 3 ст. 9 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» однозначно свидетельствует о том, что при получении лицензии адвоката предлагается освободить лиц, прекративших полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», как от прохождения стажировки, так и от прохождения Аттестации в Аттестационной комиссии.

Четко сформулирована и новая редакция п. 3 ч. 3 ст. 9 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности». Данная норма прямо закрепляет правило о том, что лица, уволенные из органов прокуратуры и следствия при наличии стажа работы прокурора или следователя не менее десяти лет, за исключением уволенных по отрицательным мотивам, вправе получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации, но при условии прохождения стажировки в коллегии адвокатов в порядке и на условиях, установленных Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

Однако, нет ясности с третьей категорией: лицами, сдавшими квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошедшими стажировку в суде и получившими положительный отзыв пленарного заседания суда (проект п. 1 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности»). Если предполагается, что стажировка в суде равнозначна стажировке в коллегии адвокатов, то необходимо в проекте ч. 9 ст. 8 Закона указать и эту категорию лиц как освобожденную от прохождения стажировки. Если же предполагается, что данная категория проходит стажировку в коллегии

адвокатов, но освобождается от аттестации, то необходимо сделать единообразной редакцию пунктов 1 и 3 ч. 3 ст. 9 проекта Закона.

Непонятно почему освобождение от прохождения аттестации предоставлено лицам «уволненным из органов прокуратуры и следствия...», но не лицам, лицензии которых на занятие адвокатской деятельностью прекратили свое действие ввиду добровольного возврата лицензий лицензиару, если такие лица до возврата лицензии осуществляли адвокатскую деятельность, например, непрерывно не менее трех (пяти, десяти) лет.

Кроме того, буквальное прочтение предлагаемой редакции пунктов 1 и 2 ч. 3 ст. 9 Закона РК «Об адвокатской деятельности» позволяет предположить, что перечисленные в данных нормах лица вправе получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью без прохождения аттестации и без прохождения стажировки в коллегии адвокатов вне зависимости от того, как давно они сдали «квалификационный экзамен в Квалификационной комиссии при Высшем Судебном Совете Республики Казахстан, успешно прошли стажировку в суде и получили положительный отзыв пленарного заседания суда» либо «прекратили полномочия судьи по основаниям, предусмотренным подпунктами 1), 1-1), 2), 8), 10) пункта 1 статьи 34 Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан». Поскольку аттестация имеет своей целью выявить актуальность когда-то полученного лицом юридического образования современному состоянию законодательства, то следует предусматриваемую льготу ограничить каким-то конкретным сроком, по истечении которого лицо может получить лицензию на занятие адвокатской деятельностью на общих основаниях.

Небольшое техническое замечание состоит в том, что не существует Закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», поскольку правильное название этого нормативного акта Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»!

II. Новая ст. 9-1 Закона посвящена вновь создаваемой Аттестационной комиссии – ее статусу, основным задачам, составу и др. В целом норма сформулировано четко, однако имеются 3 замечания:

а. Согласно проекту абз. 2 ч. 2 ст. 9-1 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» «Аттестационная комиссия состоит из семи членов – представителей адвокатуры, включая президента Союза адвокатов Казахстана, органов юстиции и ученого-правоведа. Председателем Аттестационной комиссии является президент Союза адвокатов Казахстана по должности. Секретарь Аттестационной комиссии назначается Министерством юстиции Республики Казахстан.»

Предлагаемая редакция нормы не соответствует антикоррупционным правилам: являясь неясной, – открывает путь к злоупотреблениям!

Анализ проекта нормы позволяет однозначно уяснить, что:
– Аттестационная комиссия будет состоять из семи членов,

- что членом Аттестационной комиссии и ее председателем (по должности) будет Президент Союза адвокатов Казахстана,
- что членом Аттестационной комиссии будет один ученый-правовед,
- что персональный состав Аттестационной комиссии утверждается приказом Министра юстиции Республики Казахстан (проект абз. 3 п. 2 ст. 9-1 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Однако предложенная редакция нормы не дает ответа на главный вопрос, серьезно влияющий на независимость адвокатуры (см. ст. 3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»): каково будет соотношение в Аттестационной комиссии представителей адвокатуры и органов юстиции, для которых совокупно отведено 5 оставшихся мест. Законодатель вправе предложить любое решение данного вопроса, но оно должно быть конкретным, не оставляя простора для дискреции представителя исполнительной власти Министра юстиции. Предпочтительным является вариант, когда адвокаты в подобных органах имеют представительство, норма которого позволяет реально влиять на принимаемые решения, имеющие значение для всей корпорации. Представляется, что из 5 оставшихся мест не менее двух должны замещаться адвокатами (в дополнение к уже имеющемуся у адвокатов месту, замещаемому (по должности) Президентом Союза адвокатов Казахстана).⁸

б. Из проекта нормы неясно, является ли Секретарь Аттестационной комиссии ее членом, а если да, то кого он там будет представлять – адвокатуру или органы юстиции.

в. Проект ч. 2 ст. 9-1 Закона РК «Об адвокатской деятельности» упречен с точки зрения законодательной техники: он не просто состоит из 4 абзацев (что само по себе весьма неудобно, потому что эти абзацы являются

⁸ Для сведения: в Российской Федерации аналогичный орган адвокатской палаты субъекта Российской Федерации именуется «квалификационная комиссия» и формируется следующим образом:

«2. Квалификационная комиссия формируется на срок два года в количестве 13 членов комиссии по следующим нормам представительства:

- 1) от адвокатской палаты – семь адвокатов, включая президента адвокатской палаты субъекта Российской Федерации. При этом адвокат – член комиссии должен иметь стаж адвокатской деятельности не менее пяти лет;
- 2) от территориального органа юстиции – два представителя;
- 3) от законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации – два представителя. При этом представители не могут быть депутатами, государственными или муниципальными служащими. Порядок избрания указанных представителей и требования, предъявляемые к ним, определяются законами субъектов Российской Федерации;
- 4) от верховного суда республики, краевого, областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа – один судья;
- 5) от арбитражного суда субъекта Российской Федерации – один судья» (п. 2 ст. 33 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»).

классическими частями статьи), но его первый абзац дополнительно делится на 2 пункта (или подпункта), определяющих две основные задачи Аттестационной комиссии. Представляется, что было бы правильнее присвоить номера (1, 2, 3, 4, 5 и т.д.) всем абзацам ст. 9-1 и именовать их частями.

III. Новая ст. 9-2 Закона регулирует процедуру допуска к прохождению аттестации и замечаний не вызывает.

IV. Новая ст. 9-3 Закона подробнейшим образом регулирует порядок и условия проведения аттестации.

Предложенная в законопроекте редакция нормы достаточно ясная, четкая и последовательная, но отдельные положения нуждаются в корректировке:

a. Допускается ли использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы?

Тестирование (абз. 3 ч. 5 ст. 9-1)	Устный экзамен (ч. 8 и абз. 1 ч. 9 ст. 9-1)
<p>При прохождении тестирования не допускается использование претендентом справочной и иной литературы, принимающе-передающих электронных устройств, том числе карманных персональных компьютеров и иного электронного оборудования. В случае нарушения претендентом указанного требования он отстраняется решением Аттестационной комиссии от тестирования и повторно допускается на общих основаниях, установленных настоящим Законом.</p>	<p>8. При проверке знаний претендента на устном экзамене используются экзаменационные билеты различные по содержанию, включающие три теоретических вопроса.</p> <p>Экзаменационные билеты составляются на государственном и русском языках, утверждаются Аттестационной комиссией, запечатываются в конверты, скрепляемые печатью Министерства юстиции Республики Казахстан, и подлежат вскрытию председателем в день открытия заседания Аттестационной комиссии в присутствии явившихся на аттестацию претендентов и членов Аттестационной комиссии.</p> <p>9. На подготовку ответов на вопросы экзаменационных билетов претенденту отводится не более двадцати минут.</p>

Таким образом, если при регламентации прохождения тестирования прямо указано на запрет использования претендентом справочной и иной литературы, принимающе-передающих электронных устройств, том числе карманных персональных компьютеров и иного электронного оборудования, то при регламентации порядка подготовки к сдаче устного экзамена данный вопрос не решен. Отсутствие регламентации может привести к произвольному толкованию правовой нормы и нарушению прав претендентов. Логично предположить, что включение в одном случае прямого запрета и, наоборот, отсутствие указания на такой запрет могут быть истолкованы претендентами как дозволение использовать при подготовке ответов на вопросы экзаменационных билетов справочную и иную литературу, персональные компьютеры с установленными на них электронными справочными правовыми системами и т.п.

Если законодатель Республики Казахстан имеет в виду полностью запретить использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы, и различного электронного оборудования (включая персональные компьютеры), то такой запрет следует включить в Закон в общей форме, например в ч. 4 ст. 9-1.

Если же законодатель Республики Казахстан имеет в виду дифференцировать использование претендентом при прохождении аттестации справочной и иной литературы, и различного электронного оборудования (включая персональные компьютеры) – запретить на тестировании и разрешить при подготовке к сдаче устного экзамена, – то обе ситуации следует конкретно регламентировать в соответствующих частях ст. 9-3.

б. Согласно проекту ч. 2 и 8 ст. 9-3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»:

«2. Аттестация проводится не реже одного раза в квартал. Аттестационная комиссия проводит выездные заседания по мере необходимости, по согласованию с Министерством юстиции Республики Казахстан.

8. При проверке знаний претендента на устном экзамене используются экзаменационные билеты различные по содержанию, включающие три теоретических вопроса.

Экзаменационные билеты составляются на государственном и русском языках, утверждаются Аттестационной комиссией, запечатываются в конверты, скрепляемые печатью Министерства юстиции Республики Казахстан, и подлежат вскрытию председателем в день открытия заседания Аттестационной комиссии в присутствии явившихся на аттестацию претендентов и членов Аттестационной комиссии.»

Если заседания Аттестационной комиссии будут проводиться не реже одного раза в квартал, то означает ли это, что к каждому заседанию будут составляться новые экзаменационные билеты либо, что будет составлено несколько комплектов билетов? В противном случае теряется смысл запечатывания в конверты и скрепления печатью, потому что уже после первого заседания использованный комплект билетов утратит свою полную конфиденциальность.

В данном случае можно предусмотреть любой порядок, но он должен быть четким!

в. Согласно проекту абз. 1 ч. 9 ст. 9-3 Закона РК «Об адвокатской деятельности»: «На подготовку ответов на вопросы экзаменационных билетов претенденту отводится не более двадцати минут.»

Поскольку экзаменационный билет будет включать 3 теоретических вопроса, а аттестацию будут проходить лица различающиеся по возрасту, состоянию здоровья и иным признакам, то правильнее предусмотреть более длительное время для подготовки к сдаче устного экзамена – до 40 минут, либо до 30 минут, исходя из 10 минут на вопрос.

2. Согласно проекту абз. 4 ч. 10 ст. 9-3 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности»: «Решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации может быть обжаловано в суд.»

Поскольку логика прохождения аттестации состоит в том, что знания претендентов проверяет специальный орган – Аттестационная комиссия, суды не должны обладать правом проверять по существу и пересматривать решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации, поэтому правильнее указать, что

«Решение Аттестационной комиссии о непрохождении аттестации может быть обжаловано в суд по мотиву нарушения Аттестационной комиссией установленного настоящим Законом порядка проведения аттестации, но не по существу решения».⁹

V. В законопроекте предлагается более детально урегулировать вопрос о порядке приостановления действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью, а также расширить основания, по которым действие лицензии может быть приостановлено (новая редакция ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

В целом предложенная новая редакция ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности» представляется полезной, поскольку институт приостановления действия лицензии имеет важное значение в регламентации вопросов статуса адвоката в Республике Казахстан.

Однако нуждается в обсуждении предлагаемая редакция п. 6 абз. 1 ч. 2, абзаца 2 ч. 2 ст. 11, ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности»:

«Статья 11. Приостановление действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью

...

2. Помимо общих оснований, предусмотренных законами Республики Казахстан, действие лицензии на занятие адвокатской деятельностью приостанавливается на период:

...

б) занятия адвокатом предпринимательской или иной оплачиваемой деятельностью, за исключением преподавательской, научной или творческой деятельности, а также учреждения адвокатом коммерческой организации, его вхождения в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации.

⁹ Для сравнения: «Решение квалификационной коллегии судей о рекомендации кандидатом на должность судьи может быть обжаловано в судебном порядке, если коллегией нарушен установленный настоящим Законом порядок отбора претендентов на должность судьи. Решение об отказе в рекомендации на должность судьи может быть обжаловано в судебном порядке как в связи с нарушением порядка отбора претендентов на должность судьи, так и по существу решения» (абз. 5 ч. 8 ст. 5 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 г. № 3132-1).

Адвокат в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, в течение месяца после вступления в члены коллегии адвокатов обязан на время занятия адвокатской деятельностью передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих им, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению. Адвокат может не передавать в доверительное управление принадлежащие ему облигации, паи открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов. Адвокат имеет право получать доход от переданного в доверительное управление имущества...

Статья 15. Обязанности адвоката

...

6. Адвокату запрещается состоять на государственной службе, заниматься предпринимательской деятельностью, учреждать коммерческие организации, входить в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации, занимать иную оплачиваемую должность, кроме преподавательской, научной или творческой деятельности.»

Анализ действующего законодательства Республики Казахстан, с учетом недавно внесенных изменений и дополнений, свидетельствует о том, что предусматриваемая в проекте обязанность адвоката «в течение месяца после вступления в члены коллегии адвокатов обязан на время занятия адвокатской деятельностью передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих им, а также имущества, переданного в имущественный наем» представляет собой воспроизведение применительно к адвокатам правил, установленных законодательством Республики Казахстан в отношении государственных служащих в целях борьбы с коррупцией.

Так, введенным в действие с 1 января 2010 г. Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнения в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам правового положения лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, и лиц, приравненных к ним» от 8 декабря 2009 г. № 226-IV статья 10 Закона Республики Казахстан от 2 июля 1998 г. «О борьбе с коррупцией» изложена в следующей редакции:

«Статья 10. Деятельность, несовместимая с выполнением государственных функций

1. Должностным и иным лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций, и лицам, приравненным к ним (за исключением депутатов маслихатов, осуществляющих свою деятельность не на постоянной или освобожденной основе, а также лиц, указанных в подпунктах

2) и 4) пункта 3 статьи 3 настоящего Закона), запрещается заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности.

2. Депутатам Парламента Республики Казахстан, членам Правительства Республики Казахстан, Председателю и членам Конституционного Совета Республики Казахстан, судьям запрещается заниматься предпринимательской деятельностью, самостоятельно участвовать в управлении хозяйствующим субъектом, если управление или участие в управлении хозяйствующим субъектом не входит в их должностные обязанности в соответствии с законодательством, содействовать удовлетворению материальных интересов организаций или физических лиц путем неправомерного использования своих служебных полномочий с целью получения материальных благ.

3. Лица, указанные в пункте 2 настоящей статьи, в течение месяца после вступления в должность обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению.

4. Лицам, указанным в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, запрещается самостоятельно участвовать в управлении хозяйствующим субъектом, если управление или участие в управлении хозяйствующим субъектом не входит в их должностные обязанности в соответствии с законодательством, содействовать удовлетворению материальных интересов организаций или физических лиц путем неправомерного использования своих служебных полномочий с целью получения материальных благ, заниматься предпринимательской деятельностью, за исключением приобретения и (или) реализации паев открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов, облигаций на организованном рынке ценных бумаг, акций коммерческих организаций (простые акции в объеме, не превышающем пять процентов от общего количества голосующих акций организаций) на организованном рынке ценных бумаг, а также передачи в имущественный наем жилищ.

В случае приобретения акций лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, обязаны передать их в доверительное управление в течение месяца со дня приобретения в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, и представить в кадровую службу по месту работы копию нотариально удостоверенного договора на доверительное управление имуществом в течение десяти рабочих дней после нотариального удостоверения договора.

5. Лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, в течение месяца после вступления в

должностные обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, облигаций, паев открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению...»;

Также внесены изменения в редакцию п. 2 ст. 10 Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 г. «О государственной службе»:

«Статья 10. Ограничения, связанные с пребыванием на государственной службе

«2. Государственный служащий в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, в течение месяца после вступления в должность обязан на время прохождения государственной службы передать в доверительное управление находящиеся в его собственности доли (пакеты акций) в уставном капитале коммерческих организаций и иное имущество, использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению.

Государственные служащие, за исключением членов Правительства Республики Казахстан, Председателя и членов Конституционного Совета Республики Казахстан, могут не передавать в доверительное управление принадлежащие им облигации, паи открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов.

Государственный служащий имеет право получать доход от переданного в доверительное управление имущества.

Государственные служащие, за исключением членов Правительства Республики Казахстан, Председателя и членов Конституционного Совета Республики Казахстан, вправе передавать в имущественный наем жилища.»

Представляется, однако, что поскольку адвокат не является государственным служащим, не получает от государства заработную плату, гарантирующую ему достойный, по мнению государства, уровень жизни, то механическое копирование антикоррупционных норм-ограничений, введенных в законодательство для обеспечения большей прозрачности в деятельности чиновников, не имеет и изначально не может иметь таких целей в отношении адвокатов.

Установление для адвоката каких-либо ограничений на управление находящимися в его собственности имуществом правомерно только при одном условии – чтобы занятие адвокатской деятельностью имело для адвоката приоритет над иными видами деятельности как гарантия конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи (ч. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан).

В законодательстве Российской Федерации в настоящее время установлены следующие ограничения для адвокатов по совмещению адвокатской деятельности с иными видами занятости:

«Адвокат не вправе вступать в трудовые отношения в качестве работника, за исключением научной, преподавательской и иной творческой деятельности, а также занимать государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, должности государственной службы и муниципальные должности» (абз. 1 п. 1 ст. 2 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»);

«3. Адвокат также не вправе:

– заниматься иной оплачиваемой деятельностью в форме непосредственного (личного) участия в процессе реализации товаров, выполнения работ или оказания услуг;

– вне рамок адвокатской деятельности оказывать юридические услуги либо участвовать в организациях, оказывающих юридические услуги;

– принимать поручение на выполнение функций органов управления доверителя – юридического лица по распоряжению имуществом и правами последнего. Возложение указанных функций на работников адвокатских образований также не допускается.

4. Выполнение профессиональных обязанностей по принятым поручениям должно иметь для адвоката приоритетное значение над иной деятельностью.

Осуществление адвокатом иной деятельности не должно порочить честь и достоинство адвоката или наносить ущерб авторитету адвокатуры» (п. 3 и 4 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката).

Таким образом, в понимании российского законодателя и адвокатского сообщества, адвокат вправе заниматься предпринимательской деятельностью, но с определенными ограничениями. Например, он вправе быть учредителем неограниченного количества коммерческих организаций и получать прибыль от их деятельности. Такое допущение не противоречит природе адвокатской деятельности и не препятствует адвокату заниматься на постоянной основе оказанием квалифицированной юридической помощи. Наоборот, оно позволяет адвокату, не в ущерб основной деятельности, иметь стабильный источник дохода, чтобы беспрепятственно оказывать юридическую помощь нуждающимся в ней лицам, в том числе неимущим, то есть работать *pro bono*.

С другой стороны, даже в учрежденных им самим коммерческих предприятиях адвокат не вправе занимать какие-либо должности, в том числе директора, главного бухгалтера, поскольку это разновидности работы по найму, предполагающие полную сосредоточенность работника на выполняемой им трудовой функции.

Ограничение для адвоката управлять принадлежащими ему на праве собственности ценными бумагами в российской законодательстве

отсутствует как явно и очевидно чрезмерное.

Если правило, изложенное в проекте абзаца 2 ч. 2 ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности», законодатель сочтет целесообразным сохранить, то логично перенести его в ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности», закрепляющей круг обязанностей адвоката.

Основание для приостановления действия лицензии на занятие адвокатской деятельностью, изложенное в проекте п. 6 абз. 1 ч. 2 ст. 11 Закона РК «Об адвокатской деятельности», в совокупности с положениями новой редакции ч. 6 ст. 15 Закона РК «Об адвокатской деятельности» может быть истолковано в соответствии с волей законодателя, но, с точки зрения законодательной техники, в фразе «занятия адвокатом предпринимательской или иной оплачиваемой деятельностью, за исключением преподавательской, научной или творческой деятельности, а также учреждения адвокатом коммерческой организации, его вхождения в состав руководящего органа или наблюдательного совета коммерческой организации» слова «, а также» целесообразно заменить на знак «;», поскольку в противном случае часть фразы, следующая за словами «, а также», воспринимается как составная часть исключения из общего запрета, а не как самостоятельный запрет!

Наконец, проект ч. 5 ст. 11 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» целесообразно дополнить указанием на возможность обжалования в суд не только решений о приостановлении действия лицензии и об отказе в возобновлении действия лицензии, но и решения об отказе в приостановлении действия лицензии. Поскольку формально вынесение такого решения законом не исключается, то адвоката (гражданина) следует защитить от возможного произвола со стороны государственных органов:

«5. Решение о приостановлении действия лицензии или об отказе в приостановлении действия лицензии, или об отказе в возобновлении действия лицензии адвокат вправе обжаловать в суд.»

VI. В связи с урегулированием в проекте ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» порядка привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности из п. 1 ст. 21 Закона предлагается исключить пп. 10, согласно которому Устав коллегии адвокатов должен предусматривать «дисциплинарную ответственность членов коллегии адвокатов и стажеров адвокатов и порядок привлечения к ней». Данное предложение является обоснованным, но одновременно из п. 1 ст. 21 Закона необходимо исключить пп. 9, согласно которому Устав коллегии адвокатов должен предусматривать «порядок проведения аттестации адвокатов», поскольку этим же законопроектом предусматривается создание совершенно нового порядка аттестации адвокатов, к проведению которой коллегия адвокатов не будет иметь прямого отношения.

VII. Наряду с предлагаемыми изменениями и дополнениями в ст. 24 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» требует уточнения пп. 7 п. 2 ст. 24 о полномочиях Президиума коллегии адвокатов,

из которого следует исключить слова «проведение аттестации адвокатов и», поскольку данная функция передается Аттестационной комиссии.

VIII. Предлагаемая в законопроекте новая редакция ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» детально регламентирует порядок осуществления президиумом коллегии адвокатов дисциплинарного производства. В целом процедура сконструирована достаточно ясная и прозрачная, но отдельные моменты требуют уточнения.

Согласно проекту новой редакции ч. 2 ст. 34 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности»:

«Территориальный орган юстиции в пределах своей компетенции создает комиссию по проверке жалоб, поступающих от физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи, с участием представителя коллегии адвокатов, имеющего стаж адвокатской деятельности не менее пяти. Проверки проводятся в срок не более десяти рабочих дней.

Комиссия по проверке жалоб вправе:

1) запрашивать от адвоката, чьи действия обжалуются, заявителя, из коллегии адвокатов, судов, органов прокуратуры, следствия и дознания, а также из других органов документы, справки и иную информацию;

2) знакомиться с процессуальными и иными документами, необходимыми для проверки доводов жалобы;

3) составлять справку о результатах проведенной проверки, содержащую выводы относительно наличия или отсутствия в действиях (бездействии) адвоката нарушений норм законодательства Республики Казахстан и Кодекса профессиональной этики адвоката, а также рекомендации.

Один экземпляр справки с рекомендациями не позднее пяти рабочих дней со дня окончания проверки вручается адвокату, другой экземпляр направляется в президиум коллегии адвокатов для рассмотрения в двухнедельный срок со дня их поступления с участием членов комиссии, адвоката, чьи действия обжалуются, при необходимости и заявителя.

Комиссия по проверке жалоб не вправе проверять обращения относительно возврата сумм по оплате юридической помощи и возмещению расходов по защите и представительству.».

Председатель президиума коллегии адвокатов в соответствии с Уставом коллегии «обеспечивает участие представителя коллегии адвокатов в проведении проверок поступивших в орган юстиции жалоб физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи, представляет информацию и сведения, необходимые для проведения проверки» (проект новой редакции п. 9 ч. 2 ст. 25 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Член коллегии адвокатов обязан «представить в комиссию по проверке жалоб физических и юридических лиц на качество оказанной адвокатами юридической помощи необходимые для проверки материалы» (проект новой редакции п. 8 ч. 1 ст. 29 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

Проект новой редакции ч. 3 ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» предусматривает, что основанием для возбуждения дисциплинарного производства являются наличие обстоятельств, подтверждающих факты, изложенные в обращении физических и юридических лиц, в материалах проверок и частных постановлениях судов, представлениях правоохранительных органов. Дисциплинарное производство возбуждается председателем президиума коллегии адвокатов либо президиумом коллегии адвокатов по итогам рассмотрения материалов проверки, письменного объяснения адвоката, составленного после ознакомления с материалами проверки, и других материалов, представленных сторонами. В случае неполноты представленных материалов председатель президиума коллегии адвокатов либо президиум коллегии адвокатов запрашивает документы, необходимые для принятия решения.

Ознакомление с совокупностью перечисленных норм позволяет выделить 4 источника информации о наличии в действиях (бездействии) адвоката дисциплинарного проступка – (а) обращения физических и юридических лиц, (б) материалы проверок, (в) частные постановления судов, (г) представления правоохранительных органов. При этом, непонятно, как соотносятся между собой (а) обращения физических и юридических лиц и (б) материалы проверок, если по смыслу проекта ч. 2 ст. 34 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» все жалобы физических и юридических лиц должны передаваться в создаваемую при каждом территориальном органе юстиции комиссию по проверке таких жалоб. Если в комиссию будут передаваться не все жалобы, то тогда непонятно, кто и по какому принципу будет производить отбор? Если будут передаваться все жалобы, то в каких самостоятельных материалах проверок идет речь в проекте ч. 3 ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности»?

Согласно проекту абз. 2 ч. 3 ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» дисциплинарное производство возбуждается председателем президиума коллегии адвокатов либо президиумом коллегии адвокатов по итогам рассмотрения материалов проверки, письменного объяснения адвоката, составленного после ознакомления с материалами проверки, и других материалов, представленных сторонами.

Однако из совокупности приведенных норм следует, что по доводам, изложенным в частных постановлениях судов и в представлениях правоохранительных органов, проверки не проводятся. Если же они проводятся, то вновь возникает вопрос о соотношении проверок, проводимых комиссией при территориальном органе юстиции и проводимых председателем и президиумом коллегии адвокатов.

Перечисленные обстоятельства могут свидетельствовать о недостаточной продуманности концепции той части дисциплинарного производства, которая предваряет возбуждение дисциплинарного производства и его рассмотрение.

В Российской Федерации Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Кодексом профессиональной этики адвоката установлена несколько иная процедура первоначального рассмотрения поступающих в Адвокатскую палату субъекта Российской Федерации обращений, не предполагающая участие в этом рассмотрении кого-либо кроме Президента Адвокатской палаты субъекта Российской Федерации, уполномоченного на решение вопроса о возбуждении дисциплинарного производства (помощь сотрудников аппарата адвокатской палаты является технической и самостоятельного правового значения не имеет).

Кроме того, в Кодексе профессиональной этики адвоката установлен исчерпывающий перечень поводов для возбуждения дисциплинарного производства:

1) жалоба, поданная в адвокатскую палату другим адвокатом, доверителем адвоката или его законным представителем, а равно – при отказе адвоката принять поручение без достаточных оснований – жалоба лица, обратившегося за оказанием юридической помощи в порядке статьи 26 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»;

2) представление, внесенное в адвокатскую палату вице-президентом адвокатской палаты либо лицом, его замещающим;

3) представление, внесенное в адвокатскую палату органом государственной власти, уполномоченным в области адвокатуры;

4) сообщение суда (судьи) в адрес адвокатской палаты (*п. 1 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката*).

Не могут являться допустимым поводом для возбуждения дисциплинарного производства жалобы, обращения, представления лиц, не указанных в п. 1 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката, а равно жалобы, сообщения и представления указанных в настоящей статье лиц, основанные на действиях (бездействии) адвоката (в том числе руководителя адвокатского образования, подразделения), не связанных с исполнением им профессиональных обязанностей (*п. 4 ст. 20 Кодекса профессиональной этики адвоката*).

В качестве исключительного полномочия «Территориальный орган юстиции, располагающий сведениями об обстоятельствах, являющихся основаниями для прекращения статуса адвоката, направляет представление о прекращении статуса адвоката в адвокатскую палату. В случае, если совет адвокатской палаты в трехмесячный срок со дня поступления такого представления не рассмотрел его, территориальный орган юстиции вправе обратиться в суд с заявлением о прекращении статуса адвоката» (*п. 6 ст. 17 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»*).

Эксперт не утверждает, что установленный в Российской Федерации порядок решения вопроса о возбуждении дисциплинарного производства лучше предлагаемого в анализируемом законопроекте Республики Казахстан,

однако, по мнению эксперта, принятый в Российской Федерации порядок является более единообразным.

Согласно проекту п. 4 ст. 30 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» дисциплинарное взыскание налагается президиумом коллегии непосредственно за обнаружением дисциплинарного проступка, но не позднее шести месяцев со дня его обнаружения, не считая времени болезни адвоката, пребывания его в отпуске, длительной командировке или обжалования адвокатом в судебном порядке поступившего обращения физического или юридического лица, частного постановления суда или представления правоохранительного органа.

Таким образом, предполагается, что адвокат вправе обжаловать в судебном порядке обращения физического или юридического лица, частного постановления суда или представления правоохранительного органа. Между тем, юридическая обоснованность такого обжалования не бесспорна. Дело в том, что любое из перечисленных обращений является источником информации, но не может рассматриваться как доказанное утверждение о совершении адвокатом дисциплинарного проступка.

Так, Конституционный Суд РФ в определении от 15 июля 2008 г. № 456-О-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Плотникова Игоря Валентиновича и Хырхырьяна Максима Арсеновича на нарушение их конституционных прав частью четвертой статьи 29 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации указал, что «Сообщение суда (судьи) в адрес адвокатской палаты является одним из поводов для возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката (подпункт 4 пункта 1 статьи 20 принятого Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 года Кодекса профессиональной этики адвоката в редакции от 5 апреля 2007 года). Установление же оснований для привлечения адвоката к дисциплинарной ответственности отнесено законодателем к компетенции органов адвокатского сообщества, для которых частное определение или постановление суда не имеет преюдициальной силы (подпункт 9 пункта 3, пункт 7 статьи 31, пункт 7 статьи 33 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»».¹⁰

¹⁰ Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» указал:

«7. (абз 4) Не соответствующими действительности сведениями являются утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения. Не могут рассматриваться как не соответствующие действительности сведения, содержащиеся в судебных решениях и приговорах, постановлениях органов предварительного следствия и других процессуальных или иных официальных документах, для обжалования и оспаривания которых предусмотрен иной установленный законами судебный порядок (например, не могут быть опровергнуты в порядке статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации сведения, изложенные в приказе об увольнении, поскольку такой приказ может быть оспорен только в порядке, предусмотренном Трудовым кодексом Российской Федерации).

Таким образом, при проектировании процедуры дисциплинарного производства следует учитывать, что в ходе рассмотрения дисциплинарного дела дисциплинарный орган обладает полной свободой дискреции и самостоятельно формулирует вывод о наличии либо об отсутствии в действиях адвоката дисциплинарного проступка. При этом, поскольку «решение президиума о наложении дисциплинарного взыскания может быть обжаловано адвокатом в судебном порядке» (проект ч. 6 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»), то суд при рассмотрении такой жалобы не может и не должен быть связан решениями других судов, вынесенными по тем же фактам (по жалобе адвоката на поступившее обращение физического или юридического лица, частное постановление суда или представление правоохранительного органа), но до возбуждения дисциплинарного производства.

10. Статьей 33 Конституции Российской Федерации закреплено право граждан направлять личные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления, которые в пределах своей компетенции обязаны рассматривать эти обращения, принимать по ним решения и давать мотивированный ответ в установленный законом срок.

Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда гражданин обращается в названные органы с заявлением, в котором приводит те или иные сведения (например, в правоохранительные органы с сообщением о предполагаемом, по его мнению, или совершенном либо готовящемся преступлении), но эти сведения в ходе их проверки не нашли подтверждения, данное обстоятельство само по себе не может служить основанием для привлечения этого лица к гражданско-правовой ответственности, предусмотренной статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, поскольку в указанном случае имела место реализация гражданином конституционного права на обращение в органы, которые в силу закона обязаны проверять поступившую информацию, а не распространение не соответствующих действительности порочащих сведений.

Такие требования могут быть удовлетворены лишь в случае, если при рассмотрении дела суд установит, что обращение в указанные органы не имело под собой никаких оснований и продиктовано не намерением исполнить свой гражданский долг или защитить права и охраняемые законом интересы, а исключительно намерением причинить вред другому лицу, то есть имело место злоупотребление правом (пункты 1 и 2 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации).

11. Судам необходимо иметь в виду, что в случае, когда сведения, по поводу которых возник спор, сообщены в ходе рассмотрения другого дела участвовавшими в нем лицами, а также свидетелями в отношении участвовавших в деле лиц, являлись доказательствами по этому делу и были оценены судом при вынесении решения, они не могут быть оспорены в порядке, предусмотренном статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации, так как нормами Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации установлен специальный порядок исследования и оценки данных доказательств. Такое требование, по существу, является требованием о повторной судебной оценке этих сведений, включая переоценку доказательств по ранее рассмотренным делам.

Если же такие сведения были распространены в ходе рассмотрения дела указанными выше лицами в отношении других лиц, не являющихся участниками судебного процесса, то эти лица, считающие такие сведения не соответствующими действительности и порочащими их, могут защитить свои права в порядке, предусмотренном статьей 152 Гражданского кодекса Российской Федерации».

Требует уточнения регламентация в Законе РК «Об адвокатской деятельности» сроков давности привлечения к дисциплинарной ответственности:

«7. Если в течение шести месяцев со дня наложения взыскания адвокат не будет подвергнут новому взысканию, то он считается не подвергавшимся взысканию.

Дисциплинарное взыскание снимается досрочно президиумом коллегии адвокатов по инициативе председателя президиума коллегии адвокатов либо по ходатайству руководителей юридической консультации или адвокатской конторы в случае добросовестного отношения адвоката к исполнению своих профессиональных обязанностей и его безупречного поведения.

8. При неоднократном совершении адвокатом проступка до истечения сроков, указанных в пункте седьмом настоящей статьи, строгость взыскания увеличивается. На адвоката, имеющего строгий выговор, при повторном совершении проступка в течение года налагается взыскание в виде исключения из членов коллегии адвокатов с возбуждением ходатайства перед Министерством юстиции Республики Казахстан о лишении лицензии на занятие адвокатской деятельностью.» (проект ч. 7-8 ст. 30 Закона РК «Об адвокатской деятельности»).

В ч. 7 ст. 30 проекта Закона целесообразно сделать оговорку относительно годового срока, упомянутого в ч. 8 ст. 30 Закона. В противном случае, годичный срок, указанный в ч. 8 ст. 30 Закона, выпадает из правового поля сроков давности.

Иные положения законопроекта в комментировании не нуждаются.

Все высказанные в настоящем заключении замечания и предложения отражают личное мнение эксперта и, исходя из суверенного права народа Республики Казахстан осуществлять свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и иными законными способами, не имеют и не могут иметь обязательного значения.

Сентябрь 2010 г.

С. А. ПАШИН

*член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», к.ю.н, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке*

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
НА ПРОЕКТ ЗАКОНА КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ
«ОБ АДВОКАТУРЕ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ И
АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»¹¹**

Обеспечение доступности для человека квалифицированной юридической помощи предполагает создание и существование института адвокатуры, действующей на основе демократических принципов, включая самостоятельность, корпоративность, независимость от вмешательства извне.

Самоуправляемые объединения адвокатов, согласно пункту 24 Основных положений о роли адвокатов, сформулированных Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 года, создаются не для извлечения прибыли, а для представительства интересов адвокатов, «постоянной учебы и переподготовки и поддержания их профессионального уровня». Согласно пункту 25 Основных положений о роли адвокатов, 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».

Рассматриваемый законопроект призван усовершенствовать правовое регулирование вопросов адвокатуры, осуществлявшееся в Кыргызстане долгое время на основании Закона Кыргызской Республики от 21 октября 1999 г. № 114 «Об адвокатской деятельности». Имея в виду обеспечение «прозрачности и качества взаимодействия между правоохранительными, судебными органами и лицами, нуждающимися в юридической помощи», повышение возможностей адвокатского сообщества, авторы проекта в отдельной главе 4 провозглашают создание «Адвокатуры Кыргызской Республики, её право учреждать областные адвокатуры по инициативе адвокатов соответствующих областей», а также устанавливают границы свободы и ответственности данной «общественной некоммерческой организации» и ее членов.

¹¹ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

Законопроект отличается тщательной проработкой важных деталей и, в конечном счете, созвучен отраженной в пункте 25 Основных положений о роли адвокатов идее: 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».

Вместе с тем проект Закона «Об адвокатуре Кыргызской Республики и адвокатской деятельности» не свободен от ряда недостатков и может быть улучшен при условии учета следующих замечаний.

1. В части 2 ст. 2 адвокатура правильно определяется как «институт гражданского общества». В этой связи было бы более точным в названии законопроекта говорить об «адвокатуре в Кыргызской Республике» и адвокатской деятельности в Кыргызской Республике. Хотя по замыслу разработчиков Адвокатура Кыргызской Республики выступает самостоятельным образованием, законопроект по своему содержанию гораздо шире описания организации и деятельности данной структуры; в нем речь идет именно об адвокатуре и адвокатской деятельности в широком значении этих слов, а не только об одном из ее подразделений, пусть и включающих всех адвокатов страны; к тому же упоминаются «территориальные» адвокатуры (ч. 4 ст. 2).

2. Необходимо уточнить круг и уровень нормативных актов, которыми могут регулироваться вопросы адвокатской деятельности. Упоминание в ст. 1 «иных нормативных правовых актов» открывает простор для ведомственного нормотворчества, как правило, стеснительного для институтов гражданского общества.

3. Было бы правильно среди полномочий Съезда адвокатов упомянуть утверждение сметы на содержание органов Адвокатуры Кыргызской Республики.

4. Нуждаются в уточнении и полномочия квалификационной комиссии Адвокатуры. Так, нет необходимости отступать от принятого разграничения полномочий этой комиссии и Совета адвокатов в вопросах дисциплинарного преследования (ср. пункт 9 ч. 2 ст. 6 и ч. 4 ст. 7). Квалификационная комиссия, думается, не должна вмешиваться в процесс определения меры взыскания и обращаться «в Совет адвокатов с представлением о приостановлении действия лицензии на право занятия адвокатской деятельностью или ее лишении», который, в свою очередь, вносит точно такое же по содержанию представление в Минюст Кыргызской Республики.

5. Целесообразно описать полномочия председателя Совета адвокатов и его заместителя в отдельной статье проекта. Вероятно, председателю Совета должна принадлежать власть, связанная с возбуждением дисциплинарного преследования адвокатов по поступившим жалобам, обращениям, другим поводам. Заместитель председателя Совета должен располагать полномочиями по организации защиты подозреваемых и

обвиняемых по назначению. Во всяком случае, в ч. 1 ст. 6 нужно установить срок полномочий председателя Совета и его заместителя. Стоит также рассмотреть возможность избрания нескольких заместителей по представлению председателя Совета.

6. В статье 9 нужно сформулировать запрет на осуществление Адвокатурой Кыргызской Республики как организацией адвокатской деятельности от своего имени.

7. Части 2 и 3 ст. 16 можно было сформулировать точнее. «...Адвокат не отождествляется со своим клиентом и его интересами» (ч. 2) в общественном мнении и с точки зрения судов, правоохранительных и других государственных органов. Сам же адвокат может принимать интересы доверителя близко к сердцу вплоть до «отождествления» с ними. Адвокат работает в интересах доверителя, но не «служит» каким-либо принципам (ч. 3) Вероятно, правильнее было бы указать, что адвокат «руководствуется» определенными принципами.

8. Часть 3 ст. 17 содержит намек на возможность лишения человека права на выбор адвоката. Такое право, действительно, может быть ограничено, но не вовсе отнято, при предоставлении услуг назначенного адвоката. Например, по делу *Пинто против Тринидад-и-Тобаго* Комитет ООН по правам человека постановил 20 июля 1990 г., что суд должен отдавать предпочтение при назначении адвоката тому, который был выбран обвиняемым, в том числе и для подачи апелляции, даже если это требует переноса слушаний. Для обеспечения права на выбор адвоката (даже и при назначении адвоката) может практиковаться предложение обвиняемому списка его потенциальных защитников.

9. Нужно хорошо обдумать норму, сводящую квалификационный экзамен на допуск к адвокатской профессии лишь к тестированию (ч. 3 ст. 20). Дополнение тестирования устной частью экзамена, конечно, опасно возможным субъективизмом, но снижает уровень коррупции при организации письменных или компьютерных опросов.

10. По смыслу ст. 21 правом приостановления действия адвокатской лицензии, а также лишения адвоката лицензии обладает Министерство юстиции Кыргызской Республики. При этом представлению Совета адвокатов отводится роль одного из поводов, совсем необязательных, для дисциплинарного преследования адвоката государственным органом.

Между тем в пункте 28 Основных положений о роли адвокатов недвусмысленно говорится: «...Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой, с возможностью обжалования в суд». Согласно пункту 27 Основных положений о роли адвокатов «Обвинение или возбуждение дела против адвоката в связи с его профессиональной работой должны производиться в рамках быстрой и справедливой процедуры. Адвокат должен иметь право на справедливое разбирательство, включающее возможность помощи адвоката по его выбору».

В связи с созданием Адвокатуры Кыргызской Республики и территориальных адвокатур необходимо передать им функции дисциплинарного преследования адвокатов в соответствии с утверждаемым Съездом адвокатов Кодексом (правилами) профессиональной этики (об этих правилах говорится в п. 4 части 3 ст. 5). Нужно также в законе установить нормы, детально регламентирующие порядок дисциплинарного преследования адвоката. Нельзя поддержать категорические правила о лишении адвоката лицензии в случае «повторного нарушения норм профессиональной этики» и даже однократного нарушения норм закона вне зависимости от степени тяжести таких проступков (пункты 2 и 4 части 4 ст. 21). Столь суровый подход к адвокату чреват расправами с юристами, занимающими активную позицию по защите интересов клиента, в особенности вопреки желанию органов следствия и других казенных учреждений; этими нормами нарушается принцип соразмерности кары и проступка, то есть в конечном счете общеправовой принцип правомерности.

Сомнительно также правило о лишении адвоката лицензии при осуждении за совершение любого преступления (п. 1 ч. 4 ст. 21). Думается, здесь можно ограничиться упоминанием умышленных преступлений.

11. Пункт 11 части 1 статьи 24 по буквальному его смыслу возлагает на адвоката обязанность, а не предоставляет ему право, как прочие пункты данного узаконения. Видимо, здесь речь идет о процессуальной норме, обязывающей *следователя* обеспечить участие адвоката-защитника при решении вопроса о мере пресечения. Такая норма вполне уместна в уголовно-процессуальном законе, а здесь могла бы формулироваться как специальная норма («в том числе – и при решении судом вопроса о заключении под стражу») в пункте 1 ч. 1 ст. 24.

12. В пункте 3 ч. 1 ст. 25 нужно опустить слова «если только не возникнут обстоятельства, препятствующие осуществлению защиты подзащитного или доверителя». Такая фраза опасна своей неопределенностью и при неблагоприятном развитии ситуации с правами человека может быть истолкована как оправдывающая враждебное поведение защитника-адвоката в отношении подзащитного.

Возложение на адвоката обязанности «совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию» лишь «один раз в три года» (п. 5 ч. 1 ст. 25) представляется неудачей законодательной техники, создающей юмористический эффект. Очевидно, речь должна идти об участии в каких-то официальных программах, требующих отрыва от основной деятельности. Данная норма также представляет определенную опасность, поскольку законодатель, не предусматривая никаких форм повышения квалификации, которые могли бы засчитываться адвокату в качестве апробированных, допускает лишение его лицензии за то, что он «не повышал квалификацию в соответствии с нормами настоящего Закона» (п. 3 ч. 4 ст. 21, ч. 2 ст. 25).

13. Существенным пробелом правового регулирования выступает отсутствие описания конкретных образований, в рамках которых могут практиковать адвокаты, хотя термины «адвокатские организации» (ч. 2 ст.

15) и «адвокатское образование» (ч. 2, п. 1 ч. 3, ч. 5 ст. 26) в законопроекте употребляются.

Нельзя не отметить, что представляется неправильным, противоречащим характеру отношений между адвокатом и доверителем предусмотренные в проекте: возможность осуществления адвокатской деятельности не «в рамках», а «через адвокатские организации» (ч. 2 ст. 15); допустимость заключения соглашения об оказании юридической помощи не с адвокатом, а с «адвокатским образованием» (ч. 2 и п. 1 ч. 3 ст. 26). Позволяя адвокатским образованиям заключать соглашения с клиентами, авторы законопроекта, как это ни странно, упоминают об ответственности адвоката, но не контрагента в виде адвокатского образования (п. 5 ч. 3 ст. 26).

14. Требовать от адвоката предоставить соглашение об оказании юридической помощи недопустимо не только при его вступлении в дело, но и во всех других случаях (ч. 5 ст. 26).

15. Статья 27 нуждается в тщательном редактировании. Так, статус помощника адвоката не означает абсолютного запрета на ведение дел, хотя это вытекает из буквального смысла части 1 данной статьи. Помощник адвоката, очевидно, вправе выступить в процессе по доверенности. Нет необходимости доказывать, что неудачна формулировка из части 2 ст. 27: «получать документы, иметь с них копии, производить выписку и выполнять другие поручения по делам, находящимся в производстве адвоката, за исключением дел, относящихся к процессуальным полномочиям последнего». Нужно, по крайней мере, заменить слова «иметь» и «дел» соответственно на слова «снимать» и «действий». Думаю также, что не повредило бы упоминание о праве помощника адвоката сдавать процессуальные документы, подготовленные адвокатом, в канцелярии соответствующих учреждений, вручать их компетентным должностным лицам и гражданам.

16. Желательно определить в законодательстве статус стажера адвоката, возложив на него обязанность сохранения профессиональной тайны.

17. В части 4 статьи 28 установлено, что неприкосновенность офиса и жилища адвоката, его личная неприкосновенность могут нарушаться с санкции прокурора, то есть потенциального (или даже фактического) процессуального противника адвоката-защитника. Данные решения должны приниматься судом в условиях состязательности.

Часть 5 статьи 28 позволяет при привлечении адвоката к уголовному делу в качестве обвиняемого вторгаться в адвокатскую тайну. Здесь необходимо четко сформулировать принцип необходимости такого вторжения, относимости к делу получаемых таким образом доказательств. Норма же в существующей редакции дает основания думать, что все адвокатские досье становятся доступными органам уголовного преследования, как только адвоката начинают привлекать к уголовной ответственности.

Часть 6 статьи 28 излишне категорична. Полагаю, адвокат может быть допрошен об обстоятельствах получения доказательств (например, о следах пыток, которые он наблюдал на теле подзащитного; о незаконных действиях следователя; об отсутствии понятых при производстве следственных действий), если доверитель на этом настаивает. Разумеется, после этого адвокат утратит статус защитника по данному делу. Адвокат вправе также давать показания об обстоятельствах оказания юридической помощи в целях самозащиты, например, когда клиент пытается подвергнуть его преследованию в гражданском порядке за ненадлежащее исполнение обязанностей по соглашению.

Вопреки положениям части 7 ст. 28 хотелось бы, чтобы отдельные элементы неприкосновенности адвоката распространялись на его помощника или же были связаны не с местом обнаружения соответствующих материалов (у адвоката), а с их характером (неприкосновенность самого адвокатского досье, у кого бы оно ни находилось).

В данной статье либо следующей за ней статье проекта важно упомянуть о недопустимости производства в отношении адвоката оперативно-розыскных мероприятий, а также ввести запрет на негласное сотрудничество адвоката с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Такая запись отвечала бы требованиям пункта 16 Основных положений о роли адвоката: «Правительства должны обеспечить адвокатам... возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства».

18. Статья 29 об адвокатской тайне чрезвычайно короткая, что связано с перенесением соответствующих норм в предыдущую статью, посвященную гарантиям адвокатской деятельности (ч. 6 ст. 28 и др.).

Было бы правильным подчеркнуть недопустимость использования в качестве доказательств материалов адвокатской деятельности, полученных в результате уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности.

19. При окончательном редактировании законопроекта необходимо:

- упомянуть о субъекте и способе определения порядка оказания правовой помощи по назначению, а также неимущим клиентам;
- обсудить вопрос о введении страхования риска профессиональной имущественной ответственности адвокатов.

Буду рад, если приведенные выше соображения и рекомендации помогут дальнейшему развитию законодательства Кыргызской Республики в направлении совершенствования гарантий прав личности в соответствии со стандартами международного сообщества.

Март 2010 г.

О.А. БАНЧУК

*Руководитель проектов в сфере криминальной юстиции, к.ю.н.,
Центр политико-правовых реформ (Украина)*

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ»¹²

Необходимость совершенствования деятельности прокуратуры вытекает из значительного количества положений Концепции реформирования правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом Президента от 24 августа 2009 года. Поэтому следует приветствовать попытки органов власти Республики подготовить проект Закона с целью повышения эффективности деятельности прокуратуры.

По нашему мнению, нужно проанализировать предложенные в проекте Закона положения на их соответствие требованиям *Конституции, международных стандартов защиты прав человека, европейским тенденциям развития института прокуратуры*. Важно также увидеть, насколько содержание законопроекта отвечает *заявленным целям проекта*.

Конституция Республики Казахстан 1995 года содержит отдельную статью 83, которая определяет статус прокуратуры. В ней исчерпывающе перечислены полномочия прокуратуры. Но в проекте Закона нарушены эти конституционные требования путем значительного расширения полномочий органов прокуратуры (изменения в статью 4 Закона «О прокуратуре»).

Хотя некоторые дополнительные полномочия (например, надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, законных интересов юридических лиц и государства, за законностью применения законов о рассмотрении обращений физических и юридических лиц и надзор за применением законов в сфере международного правового сотрудничества) обоснованно могут считаться частями основного конституционного полномочия прокуратуры по высшему надзору за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики возникает вопрос по поводу качества нормотворческой техники в статье 4 Закона «О

¹² Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

прокуратуре». Ведь здесь перечисляются далеко не все сферы общественной жизни, где может осуществляться высший надзор. Поэтому, с точки зрения правил нормотворчества, подобную неполную детализацию сфер надзора нужно упразднить, дополнить всеми возможными сферами надзора или оставить только общую формулировку о надзоре.

В то же время предусмотренная проектом функция участия прокуратуры в нормотворческой деятельности государственных органов выходит за рамки конституционного полномочия по высшему надзору за «*применением* законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики». Поскольку в Конституции нигде не идет речь о надзоре за «*созданием*» нормативных актов.

Также считаем, что предоставление проектом Закона возможности «осуществлять иные функции, определенные законодательством Республики Казахстан» противоречит конституционным требованиям. В статье 83 Основного Закона перечень полномочий прокуратуры закрытый, и он не может изменяться или дополняться обычным законом. В ином случае налицо будет факт присвоения власти, запрещенное частью третьей статьи 3 Конституции Республики Казахстан.

Не согласовываются с Конституцией и изменения статьи 19 Закона «О прокуратуре» о возможности опротестования законов. В разделе VI «Конституционный совет» предусмотрена только одна (предварительная) форма контроля конституционности принятых Парламентом законов. Прокуратура в указанной процедуре не принимает участия. А в статье 83 Основного закона прокуратура наделяется полномочием опротестовывать законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции и законам Республики. Скорее всего, речь идет о контроле *post factum*. В обосновании законопроекта указывается, что необходимость законодательного урегулирования конституционного полномочия по опротестовыванию законов подтверждено Конституционным Советом в постановлении от 6 марта 1997 года № 3 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 4, пункта 1 статьи 14, подпункта 3) пункта 3 статьи 77, пункта 1 статьи 79 и пункта 1 статьи 83 Конституции Республики Казахстан» и в послании «О состоянии конституционной законности в Республики Казахстан» от 23 июня 2008 года № 09-6/1.

В то же время возникают возражения по поводу предложенной законопроектом процедуры опротестовывания законов. Генеральный прокурор уполномочивается вносить Президенту Республики протест на определенный закон. Но Глава государства не может единолично отменять законы, поскольку такое полномочие отсутствует в статье 44 Конституции. И парламент в этом процессе не может быть надлежащим субъектом, которому будут вноситься протесты прокуратуры. Он только имеет возможность принять новый закон и направить его на подпись Президенту.

Из этого вытекает, что опротестовывание законов не вкладывается в рамки системы сдержек и противовесов, предусмотренной статьей 3 Конституции Республики Казахстан.

Еще одной проблемой анализированной процедуры является то, что предложено опротестовывать законы в связи с их противоречием не только положениям Конституции, но и иным законам. Но в случае противоречий между положениями законов налицо коллизия правовых норм, которая на практике должна решаться с помощью принципа *lex specialis* (специальная норма имеет приоритет перед общей нормой) или *lex posterior* (норма, принятая позднее, имеет приоритет перед нормой, принятой раньше). Поэтому применение института прокурорского протеста становится нецелесообразным.

Международные стандарты защиты прав человека закреплены в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года и развиты в практике Комитета по правам человека. Указанные международные нормы ратифицированы Республикой Казахстан и являются частью национального законодательства в силу статьи 4 Конституции. Так, статья 17 Международного пакта гарантирует свободу от произвольных или незаконных вмешательств в личную и семейную жизнь, посягательств на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции. Ограничение указанных личных прав возможно только вследствие предварительного судебного контроля¹³. Для имплементации международных стандартов необходимо внести соответствующие изменения в Уголовно-процессуальный кодекс и Закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Но полноценное приведение казахстанского законодательства в соответствие с международными обязательствами в этой сфере произойдет только после изменений в деятельности прокуратуры.

Если предварительный судебный контроль будет внедрен только в процессе расследования уголовных дел и проведения оперативно-розыскных мероприятий, то проведение прокурорских проверок в порядке осуществления надзора станет своеобразной «лазейкой» для правоприменителей и превратит такие проверки в параллельный «уголовный» процесс. В таком случае вместо начала уголовного преследования и необходимости обращения в суд для получения санкций на ограничение личных свобод лиц, прокуроры будут инициировать проверки, беспрепятственно выявлять и фиксировать необходимые факты. В дальнейшем эти факты смогут быть по-новому процессуально закреплены в рамках уголовного дела.

Законопроект расширяет сферы надзора прокуратуры и, соответственно, расширяет возможности проведения проверок. Это делает

¹³ Аналитическая записка по вопросу о развитии института судебного контроля за предварительным следствием и дознанием в Республике Казахстан // Источник в Интернете: http://lprc.kz/ru/index.php?option=com_content&task=view&id=97 // Центр исследования правовой политики.

еще более проблематичным реализацию международных норм по защите прав человека. Создастся ситуация, когда органы власти (в том числе прокуратура) будут действовать согласно национальному закону, но в нарушении личных прав, гарантированных международным правом.

Во избежание подобных нарушений необходимо максимально ограничить сферы надзора или же кардинально изменить содержание надзорной деятельности, во время которой не смогут ограничиваться права лиц на свободу от вмешательства в личную и семейную жизнь, от посягательств на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции.

Европейские тенденции развития института прокуратуры отражены в *Рекомендации Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) «О роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве права»* от 2003 года¹⁴. В пункте 6 Рекомендации ПАСЕ высказывается озабоченность по поводу соответствия основным принципам отдельных функций прокуратуры, в том числе осуществление органами прокуратуры разнообразных функций, которые не относятся к сфере уголовного права. Исходя из этого, Ассамблея предлагает правительствам государств-членов Совета Европы в части исполнения «неуголовных» полномочий следующие рекомендации:

- какие-либо полномочия прокурора по общей защите прав человека не должны приводить к каким-либо конфликтам интересов или отталкивать лиц, которые добиваются защиты своих прав со стороны государства;

- эффективное разделение ветвей власти нужно соблюдать в случаях придания прокуратуре дополнительных функций при полной независимости органов прокуратуры от вмешательства на уровне индивидуальных дел со стороны любой ветви государственной власти; и

- полномочия и функции прокуроров следует ограничивать сферой преследования лиц, виновных в совершении уголовных правонарушений, и решения общих задач по защите интересов государства через систему отправления уголовного правосудия, а для выполнения каких-либо иных функций нежно учреждать отдельные, надлежащим образом размещенные и эффективные органы.

Именно поэтому в рамках Совета Европы принята только одна Рекомендация Комитета Министров государств-членов, которая имеет силу «мягкого права» (soft law) и касается лишь деятельности прокуроров в уголовном правосудии. Речь идет о *Рекомендации Rec(2000)19 о роли прокуроров в системе уголовной юстиции* от 6 октября 2000 года¹⁵.

Сказанное выше подтверждает тенденцию ограничения компетенции органов прокуратуры в странах Европы. Основная ценность прокуратуры для демократического общества состоит в том, что это – единственный орган, уполномоченный на уголовное преследование подозреваемых и обвиняемых

¹⁴

Источник

в

Интернете:

<http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta03/erec1604.htm>.

¹⁵ Источник в Интернете: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=COE>.

лиц. Увеличение количества функций непременно будет отвлекать от этого основного предназначения прокуратуры и ставить на пути эффективному исполнению основного полномочия.

Прокуратура могла качественно осуществлять высший надзор за всеми сферами общественной жизни и выступать «оком государевым» только в минувших столетиях. В нынешнее время стремительного и быстрого развития техники, экономики и всего общества утопически выглядит требование к одному органу власти надзирать за законностью во всех сферах. Намного качественнее эту роль могут исполнять различные инспекционные органы, которые государство может создавать для проверки законности в деятельности частных лиц в определенных отраслях (строительство, дорожное движение, сельское хозяйство и т.д.). Тем более, Конституционный Совет подтвердил, что нет конституционных ограничений по надделению государственных органов, в пределах их компетенции, контрольными и надзорными полномочиями. То есть надзорные полномочия могут возлагаться и на иные, кроме прокуратуры, государственные органы (пункт 2.2 Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года).

В то же время в демократическом государстве прокуратура, как и любой другой несудебный орган, не должна осуществлять надзора за судом, поскольку это противоречило бы принципу разделения властей. Положения проекта (в равной степени, как и действующих законов) о праве прокурора истребовать из суда дело и опротестовывать решения суда не соответствуют сразу двум европейским стандартам, изложенным в *Заключении N 3 (2008) Консультативного совета европейских прокуроров «О роли прокуратуры за пределами сферы уголовного права»* от 18 декабря 2008 г.¹⁶ Во-первых, действуя в неуголовных процессах, прокуроры должны иметь те же права и обязательства, что и любая другая сторона и не могут занимать привилегированную позицию в судебном процессе. Во-вторых, действия прокурора в целях защиты публичного интереса в неуголовных делах не должны нарушать принципа обязательности окончательного судебного решения (*res judicata*) с некоторыми исключениями, установленными в соответствии с международными стандартами, включая практику Европейского суда по правам человека.

Но эксклюзивное право прокурора опротестовывать судебные решения не подпадает под такие исключения. Более того, Европейский суд по правам человека в деле «*Брумареску (Brumarescu) против Румынии*»¹⁷ признал

¹⁶ Opinion No.3 (2008) of the Consultative Council of European Prosecutors (CCPE) on the "Role of prosecution services outside the Criminal Law Field" // Источник в Интернете: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1608160&SecMode=1&DocId=1609216&Usage=2>.

¹⁷ Источник в Интернете: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=14746&sessionId=29733897&skin=hudoc-en&attachment=true>.

пересмотр судебных решений в порядке надзора противоречащим требованиям принципа верховенства права и статьи 6 Конвенции о защите прав человека и фундаментальных свобод. Эта позиция стала прецедентной для многих других постановлений против государств постсоветского пространства, в которых сохранялся такой вид пересмотра. Возможность пересмотра окончательного судебного решения, вступившего в законную силу, на протяжении неопределенного времени противоречит принципу юридической определенности. А зависимость права на обжалование судебного решения от реализации дискреционных полномочий должностных лиц, некоторые из которых могли быть или стать стороной (прокурор), а другие – судьями по делу, нарушает принципы равенства сторон и беспристрастности суда.

Законопроект (изменения в Гражданский процессуальный кодекс) предусматривает расширение круга гражданских дел, в которых участие прокурора является обязательным, за счет дел, «возбужденных по инициативе прокурора, затрагивающих интересы государства, о восстановлении на работе, о взыскании заработной платы, выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью».

Что касается дел, затрагивающих интересы государства, то участие прокурора может быть целесообразным только в случае, когда соответствующий государственный орган, предприятие или учреждение ненадлежащим образом защищают интересы государства. Иначе участие прокурора можно расценивать как нарушение принципов равенства сторон и независимости суда. Это следует из решения Европейского суда по правам человека в деле *«Менчинская против России»*¹⁸. Так, в деле по иску Анны Менчинской к Центру занятости о взыскании задолженности по выплате пособия по безработице на стадии апелляционного обжалования решения вступил прокурор. При этом позиция прокурора совпала с позицией Центра занятости. Европейский суд счел, «что, хотя прокурор городской прокуратуры ... в соответствии с внутренним законодательством имел юридические основания вступить в процесс, данное дело не представляло каких-либо особых обстоятельств, оправдывающих его вмешательство», «простое повторение аргументации Центра занятости по правовым вопросам со стороны прокурора, если только оно не было направлено на воздействие на суд, кажется бессмысленным» (п. 37-38 постановления). Таким образом, Европейский суд признал в этом деле нарушение требований справедливости судебного разбирательства и принципа равенства сторон.

Участие прокурора либо в интересах истца, либо в интересах ответчика в делах о восстановлении на работе, о взыскании заработной платы, о

18

Источник

в

Интернете:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=24510&sessionId=29732679&skin=hudoc-en&attachment=true>.

выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, о возмещении ущерба, причиненного жизни и здоровью также, на наш взгляд, будет нарушать принцип равенства сторон. Речь идет о случаях, когда он будет действовать в интересах дееспособных лиц, которые сами или с помощью представителя могут защищать свои права. Существует угроза, что прокурор будет использоваться в качестве бесплатного адвоката, само лишь присутствие которого может влиять на суд. Для защиты социально незащищенных лиц в государстве должна быть создана и действовать система бесплатной правовой помощи.

Таким образом, целесообразно установить, что прокурор может принимать участие в гражданских делах с целью защиты интересов государства, если их не защищают надлежащим образом соответствующие государственные органы, предприятия, организации; а также прав и интересов недееспособных лиц, если их не защищают надлежащим образом законные представители, органы опеки и попечительства.

Участие прокурора в форме дачи заключения по делу в большинстве случаев может свидетельствовать о вмешательстве государства в деятельность суда, а также в сферу частноправовых отношений. Наличие прокурора в качестве «государственного эксперта» по правовым вопросам объективно свидетельствует о слабости суда самостоятельно и правильно решить дело.

Основной целью законопроекта является повышение эффективности деятельности прокуратуры путем детализации сфер надзора, урегулирования отдельных надзорных полномочий, совершенствование материально-технического обеспечения органов прокуратуры, предоставления права сотрудникам прокуратуры создавать общественные объединения и унификация правового статуса прокуроров.

Но детальный анализ предложенных законоположений свидетельствует, что не все положения проекта согласовываются с заявленными целями.

Так, законопроектом не решается *проблема неурегулированности процедур реализации различных полномочий прокуратуры*. По советской традиции, закон не раскрывает полностью содержание каждого из новых полномочий и не определяет четких и конкретных механизмов их реализации прокурорами. Учитывая то, что речь идет об ограничении конституционных прав и свобод лиц, такая ситуация является недопустимой. Под процедурой мы понимаем: основания для реализации определенного полномочия, порядок и форма инициирования производства; поэтапность исполнения процедурных действий; степень и характер ограничения прав лиц при осуществлении полномочий; окончание производства; способ оформления результатов процедуры и т.д. Указанные правила должны выписываться исключительно в положениях законов.

В то же время возникают обоснованные сомнения по поводу нормативного акта, в котором должен регулироваться порядок реализации конституционных полномочий прокуратуры. Методологически верным

будет, когда эти положения излагаются в иных отраслевых законах, например:

- процедура надзора за законностью дознания и следствия, осуществление уголовного преследования – в Уголовно-процессуальном кодексе;

- процедура надзора за законностью оперативно-розыскной деятельности – в Законе «Об оперативно-розыскной деятельности»;

- процедура надзора за законностью административного производства – в Кодексе об административных правонарушениях и Законе «Об административных процедурах»;

- процедура надзора за законностью исполнительного производства – в Законе «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей»;

- процедура представления интересов государства в суде – в процессуальных кодексах.

Предложенное законопроектом регулирование непременно станет причиной дублирования положений других законодательных актов, что может привести к несогласованностям и противоречиям в действующем законодательстве Республики Казахстан.

Например, в Законе «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» не регулируется деятельность судей по рассмотрению дел. Для этого предназначены процессуальные кодексы. Поэтому, Закон «О прокуратуре» не должен содержать нормы о порядке исполнения полномочий прокуратуры, а лишь определять систему органов прокуратуры и статус прокуроров.

Нужно приветствовать попытку авторов законопроекта определить *особенности материально-технического обеспечения деятельности прокуратуры*. В постсоветских условиях вопрос о надлежащем обеспечении деятельности органа власти является одним из основных в целях повышения независимости должностных лиц и предотвращения возможных фактов коррупции. Предлагается, чтобы эту функцию исполняли уполномоченные подразделения в области правовой статистики и специальных учетов (статья 56-1 проекта Закона). Речь идет о Комитете по правовой статистике и специальным учетам при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан.

Анализ положений проекта позволяет сделать вывод о том, что такой шаг не является системным решением. Статья 9 Закона дополняется новой второй частью о том, что при прокуратуре Республики Казахстан могут быть образованы ведомства, учреждения. При этом профессиональная подготовка, переподготовка и повышение квалификации сотрудников органов прокуратуры будет проводится прокурорами (статья 47-5). И сам Комитет по правовой статистике и специальным учетам состоит из сотрудников прокуратуры.

На лицо возложение на прокуроров не свойственных для прокуратуры полномочий, что может быть использовано для воздействия на их деятельность. Мы не можем себе представить судью, который во время

исполнения своих полномочий занимается иной деятельностью, кроме осуществления правосудия. А прокуроры вынуждены решать вопросы от ремонта здания до закупки транспорта, оргтехники, от обеспечения противопожарной безопасности в здании прокуратуры до закупки канцелярских принадлежностей и т.д. И эта деятельность выходит за рамки конституционных полномочий прокуратуры. Надлежащее исполнение этих обязанностей нередко может создавать возможности для влияния на прокуроров.

С целью уменьшения такого влияния для исполнения этих административно-хозяйственных функций можно в законе предусмотреть создание в каждой прокуратуре канцелярии (секретариата), где будут работать не прокуроры, а государственные и иные служащие. В таком случае, при возникновении проблем с материальным обеспечением определенного органа прокуратуры, ответственным за их решения будет не прокурорский сотрудник, а чиновник, который не имеет прокурорских полномочий.

Унификация правового статуса сотрудников правоохранительных органов также заявлена как цель законопроекта. Но эта цель не может достигаться, на наш взгляд, простой постановкой на учет в органы прокуратуры военнообязанных сотрудников военных прокуратур (часть 12 статьи 48 Закона). Реализация этого предложения должна состоять в признании за всеми сотрудниками прокуратур (военных, природоохранных, транспортных, прокуратур специальных объектов) единого статуса. Например, не способствует единому статусу требование к военным прокурорам быть военнослужащими, на которых в полном объеме распространяется законодательство о военной службе и статусе военнослужащих (часть 7 статьи 48 Закона). Кроме всего прочего, действующее законодательное регулирование может на практике влиять на независимость работников специализированных прокуратур при исполнении своих полномочий, вследствие существования конфликта между интересами общества и ведомства, за деятельностью которого производится надзор.

Для защиты и реализации общих интересов прокурорам предоставляется *право создавать общественные объединения* (статья 52-1 в редакции Проекта). Целью такого законодательного шага может являться и необходимость вступления представителей прокуратуры Казахстана в члены международной ассоциации прокуроров. Но полноценной защиты от вмешательства в деятельность прокуроров можно добиться только путем создания системы профессионального самоуправления. Именно органы прокурорского самоуправления (собрания, конференции, съезды прокуроров) смогли бы принимать участие в определении нужд кадрового, финансового, материально-технического и другого обеспечения прокуратур, социальной защиты прокуроров и их семей, а также других вопросов, непосредственно не связанных с осуществлением прокурорских полномочий, а также контролировать соблюдение установленных нормативов такого обеспечения.

Проведенный анализ проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности органов прокуратуры» позволяет сделать вывод о том, что его положения не достигают поставленных целей. Для реального усовершенствования деятельности прокуратуры, считаем, нужно привести полномочия прокуроров в соответствии с требованиями Конституции и международных обязательств Республики Казахстан, детально урегулировать на уровне закона процедуру реализации полномочий прокуроров, решить вопрос о самостоятельных службах материально-технического обеспечения прокуратуры, унифицировать статус всех прокуроров и внедрить профессиональное самоуправление прокуроров.

Для качественного разрешения этих проблем следует разработать новый проект Закона, положения которого смогут дать комплексный ответ на поднятые выше вопросы.

Ноябрь 2010 г.

В.П. ТИМОЩУК

*Заместитель председателя правления
Центра политико-правовых реформ, к.ю.н.
(Украина)*

ОБЗОР АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НЕКОТОРЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН¹⁹

Данный материал имеет своей целью ознакомить широкий круг общественности с тенденциями развития административно-процедурного законодательства в государствах бывшего СССР. Учитывая пожелания инициаторов исследования, особый акцент в обзоре делается на законодательство стран Кавказского региона (Азербайджана, Армении и Грузии).

В начале необходимо сделать несколько предостережений. Во-первых, известно, что тематика административной процедуры является достаточно новой для всего постсоветского пространства, поскольку в СССР не было традиции законодательного регулирования административной процедуры (процедур), а в теории административного права эта тема практически не разрабатывалась (даже в рамках так называемой концепции «административного процесса» в широком понимании).

Во-вторых, можно констатировать, что на данном этапе развития наших стран особенное влияние на разработку законодательства об административной процедуре имеет соответствующая доктрина и законодательство ФРГ, а также некоторых других стран, ориентированных на немецкое административное право.

В-третьих, конечно же, данный обзор не претендует на полноту и абсолютную точность, поскольку является субъективной интерпретацией зарубежного законодательства. При этом для иллюстраций и сравнения избирательно используется законодательство лишь некоторых стран (кроме названных стран Кавказского региона использовался опыт преимущественно Эстонии, Латвии, Беларуси, Украины). Также нет полной уверенности в точности переводов зарубежного законодательства и актуальности текстов законов. Тем не менее, как кажется, это не повлияло на выявление именно общих характеристик в административно-процедурном законодательстве разных стран.

¹⁹ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

Большой отпечаток на формирование материала накладывает личный опыт работы автора над проектом Административно-процедурного кодекса Украины, результаты украинских научных и общественных дискуссий по этой тематике. Некоторые положения обзора подаются в упрощенной форме, поскольку объем публикации и время отведенное на ее подготовку не позволяет полно отобразить все нюансы того или иного вопроса.

О возникновении законов об административной процедуре. Деятельность публичной администрации и ее отношения с гражданами на законодательном уровне к первой четверти XX века практически не регулировалась. Но в некоторых государствах Европы, по мере становления административной юстиции, начало развиваться и административно-процедурное законодательство. При этом в большинстве стран было избрано направление систематизации законодательства об административной процедуре в едином акте (из наиболее известных исключений можно назвать Францию, хотя и в этой стране в конце 1990-х был разработан соответствующий кодифицированный законопроект).

Сегодня, с точки зрения хронологии, можно условно выделить несколько волн систематизации законодательства об административной процедуре в зарубежных странах. Первые административно-процедурные законодательные акты были приняты в Австрии (1925 год), Польше и Чехословакии (1928 год), Югославии (1930 год).

Вторая волна принятия общих законов об административной процедуре началась со середины XX века. Так в США закон об административной процедуре был принят в 1946 году, в Венгрии - в 1957 году, в Испании - в 1958 году. Новые редакции законодательных актов в этой сфере были приняты в Югославии (1956 год) и Польше (1960 год).

Следующий этап кодификационных работ отметился принятием административно-процедурных законов в ФРГ (1976 год), Болгарии (1979 год, новая редакция – 2006 год), Польше (новая редакция - 1980 год), Дании (1985 год), Италии (1990 год), Австрии (1991 год - новая редакция), Португалии (1991 год), Нидерландах (1992 год, с последующими дополнениями), Японии (1994 год), Греции (1999 год) и др.

На территории бывшего СССР большинство стран также уже приняли законы об административной процедуре (процедурах). Кроме государств Балтии (например, Закон Эстонской Республики об административной процедуре от 6 июня 2001 года; Административно-процессуальный закон Латвии от 25 октября 2001 года), это также: Грузия (Общий административный кодекс Грузии от 25 июня 1999 года); Казахстан (Закон об административных процедурах от 27 ноября 2000 года); Армения (Закон об основах административной деятельности и административном производстве от 18 февраля 2004 года); Кыргызстан (Закон об административных процедурах от 1 марта 2004 г.); Азербайджан (Закон об административном производстве от 21 октября 2005 года); Таджикистан (Кодекс об административных процедурах от 5 марта 2007 г.); Беларусь

(Закон об основах административных процедур от 28 октября 2008 года) и др.

Следует указать, что часто эти законы отличаются по названию. Реже, наоборот – при схожем названии – по предмету правового регулирования²⁰. Существуют различные подходы к систематизации административно-правовых норм, что влияет не только на объем предмета правового регулирования. Законы некоторых стран включают не только административно-процедурную часть, но и процедуру судебного обжалования административных актов (например, административно-процессуальные законы Латвии и Болгарии, Акт по общему административному праву Нидерландов). Но так же следует отметить, что по объему прав частного лица в отношениях с административными органами все законы имеют больше общего, нежели принципиальных содержательных отличий. В этом смысле можно говорить не только о европейских, но и общепризнанных (практически - мировых) стандартах административной процедуры.

В западных странах развитие законодательства об административной процедуре вообще привело к такому положению, когда административное право этих государств регулирует, прежде всего, деятельность административных органов.

Можно также отметить, что попытки разработки административно-процедурных законов предпринимались не только в названных выше республиках бывшего СССР, но и в других странах, в том числе в Украине и в Российской Федерации. Возможно, в данных государствах пока не хватает достаточного понимания важности именно законодательного регулирования соответствующих отношений между государством (публичной администрацией) и частными лицами, хотя разработанные законопроекты в целом соответствуют основным стандартам справедливой административной процедуры. Также одной из причин медленного продвижения соответствующего законопроекта, например, в Украине являются проблемы теоретического характера, т.е. недостаточная разработанность многих вопросов в научном плане.

О ключевой терминологии. При знакомстве с законодательством об административной процедуре в постсоветских странах очевидно, что уже очень неоднообразно используется юридическая терминология. Например, даже такие базовые конструкции как «административная процедура (процедуры)», «административный процесс», «административное производство» используются в разной интерпретации. Возможно, вопрос терминологии может казаться и непринципиальным, ибо во многих случаях это действительно предмет научной договоренности, национальной традиции и т.д. Но все же, нельзя не признать, что многие правовые категории на

²⁰ Особенно это касается Закона Республики Казахстан об административных процедурах 2000 года. Но на этом аспекте в обзоре внимание не фокусируется, учитывая, что казахские специалисты осведомлены о содержании данного закона.

данном этапе развития правовой доктрины имеют достаточно определенное содержание. Учитывая также факт интеграции правовых систем стран различных правовых семей можно утверждать, что например, в странах Европы вырабатываются общие (или доминирующие) подходы к пониманию правовых понятий и их использованию. В анализируемой сфере, как кажется, принципиально важно, в частности, не отождествлять категории «административный процесс» и «административная процедура», ибо первый касается административного судопроизводства (юстиции), а второй деятельности органов публичной администрации. Автор обзора поддерживает точку зрения, по которой наиболее рациональным является подход, за которым *деятельность* административного органа по рассмотрению дела и принятию административного акта – это «административное производство», а нормативная (законодательная) *модель* такого производства – это «административная процедура». Обоснованным кажется употребление категории «административная процедура» именно в единственном числе (т.е. не «процедуры»). Поскольку в противном случае происходит отождествление категории «процедура» со «стадиями» и другими элементами процедуры (например, административное обжалование, исполнение административного акта и т.д. - это всего лишь стадии единой процедуры, одного дела).

Также следует обратить особое внимание на категорию «административный акт». В доктрине и законодательстве абсолютного большинства стран эта конструкция применяется для обозначения исключительно индивидуальных правовых актов публичной администрации (но не нормативных). Прежде всего, это связано с толкованием принципа разделения властей, за которым принятие правовых норм (т. е. издание нормативных актов) - это прерогатива законодательной власти, а не исполнительной (административной). Поэтому кажется очень дискуссионным подход некоторых стран (например, Грузии) по использованию конструкции «нормативный административно-правовой акт». Да и сама приставка «правовой» тоже вряд ли нужна и корректна, поскольку публичная администрация может ошибаться, принимая иногда и неправомерные (т.е. неправовые) акты.

Предмет регулирования и структуры административно-процедурных законов. Прежде следует констатировать, что законы об административной процедуре регулируют отношения между административными органами и частными (физическими или юридическими) лицами по поводу принятия административного акта. Конечно, это несколько упрощенная формула. Можно добавлять в этот перечень и вопросы обжалования административных актов, прекращения их действия и т.д., хотя эти стадии и действия фактически совершаются через принятие новых административных актов. Нельзя также забывать о стадии исполнения административных актов, в частности, принудительного. В странах, где применяется институт административных (или публично-правовых)

договоров, административно-процедурные законы распространяются и на эту сферу (как по примеру ФРГ, это сделано в Эстонии или Грузии). А в законах Армении и Латвии еще урегулированы и отношения относительно возмещения вреда причиненного административной деятельностью (статьи 95-108 Закона Армении, статьи 92-97 Закона Латвии).

В любом случае большинство законов постсоветских стран об административной процедуре достаточно корректно и четко определяют предмет своего регулирования (см., например, ст. 1 законов Азербайджана, Армении).

При определении сферы действия законов об административной процедуре по кругу субъектов, особое внимание следует обратить на «функциональную» характеристику категории «административный орган». Т.е. к административным органам относятся не только «уставные» органы исполнительной власти и местного самоуправления, но и любые другие субъекты (в т.ч. физическое или юридическое лицо), уполномоченные принимать административные акты (см., например, ст. 2 Закона Азербайджана).

Структуры законов, регулирующих административную процедуру в разных странах, имеют много вариаций. Но в то же время, во всех этих законах можно найти и много общего. Например, на уровне общей структуры, практически во всех законах стран Кавказского региона сначала выделяются общие положения (где излагается предмет и сфера действия законов, дается определение основных терминов), далее излагаются принципы административной процедуры, определяется статус участников. Сам ход административного производства может по-разному размещаться в законах, но опять же, этот структурный раздел является одним из обязательных. Во всех законах присутствуют разделы, посвященные административному акту (форма, реквизиты, порядок ознакомления, вступления в силу и т.д.), административному обжалованию и исполнению административных актов. Фактически, это обязательные составляющие административно-процедурных законов.

Конечно же, во всех государствах есть и свои особенности в структурировании текстов таких законов. Часто это связано с тем, что нормы об административной процедуре включаются в законодательные акты с более широким предметом регулирования. Например, Общий административный кодекс Грузии включает и положения о свободе информации (в частности, о доступе к публичной информации и защите персональных данных), а также о порядке принятия «нормативных административно-правовых актов». Как уже упоминалось, административно-процессуальный закон Латвии и Общий административный кодекс Грузии включают не только административно-процедурную часть, но и административное судопроизводство (с обжалованием по всех судебных инстанциях). Такие прецеденты есть и в странах «старой» демократии. Например, одним из наиболее комплексных зарубежных законодательных актов в сфере административного права является Акт общего административного права Нидерландов. Последний в

ходе своего развития, начиная с 1992 года, на данный момент включает регулирование очень широкой сферы отношений (начиная от тех же вопросов административной процедуры и административной юстиции и заканчивая принятием «правил» (инструкций), порядком мандатирования и делегирования полномочий и т.д.). Конечно же, 50-летний опыт разработки этого законодательного акта позволяет оценивать его как однозначно успешный. Тем не менее, для наших постсоветских стран регулирование этих вопросов отдельными законами представляется более реалистичным и практичным в среднесрочной перспективе.

Учитывая перечисленные выше общие для большинства стран положения законов об административной процедуре, и будет излагаться последующий обзор.

Принципы административной процедуры. Во всех постсоветских государствах в законах об административной процедуре большое внимание уделяется принципам административной процедуры. Это действительно очень важный элемент построения полноценной и эффективной системы правового регулирования. Именно принципы позволяют правильно применять законодательство на практике, и особенно - заполнять его пробелы.

В законах стран Кавказского региона закреплено несколько общих принципов (хотя в названиях и могут быть различия): законности, равенства перед законом, пропорциональности (соразмерности), ограничения дискреционных полномочий. Интересной особенностью законов Азербайджана и Армении является наличие такого принципа как «большее включает в себя меньшее». Очень важным принципом административной процедуры является принцип экономичности (ст. 11 Закона Армении), который к тому же еще отдельно раскрывается через обязанность быстрого действия административного органа (ст. 36 упомянутого Закона). Также как позитив, следует отметить наличие в Кодексе Грузии таких принципов как беспристрастность, гласность и право стороны на представление собственных соображений (т.е. право быть выслушанным). Эти положения действительно имеют фундаментальное значение для справедливого и законного разрешения административного дела.

Определение большинства из названных принципов в целом соответствует пониманию и в других странах, в т.ч. в государствах «старой» демократии в Европе. Лучше всего это проиллюстрировать на таком новом для права наших стран принципе как пропорциональность (соразмерность). В законах стран бывшего СССР при раскрытии данного принципа акцент делается на том, что при принятии административного акта следует соблюдать баланс частных интересов лица и публичных интересов, а административный орган должен придерживаться цели полномочия (в частности, дискреционного). Также следует учитывать любые негативные последствия вмешательства административного органа в права и законные интересы физического или юридического лица. В этой части законы

базируются на положениях Рекомендации Совета Европы № R80(2) относительно выполнения дискреционных полномочий административными органами.

Права частного лица. Следующим за важностью элементом для правового регулирования административной процедуры является статус частного лица, и особенно его права, во взаимоотношениях с административными органами.

Можно по разному подходить к определению статуса норм о праве лица быть заслушанным: считать его принципом, или составляющей принципа более высокого уровня (например, принцип «участия»). В любом случае, важно констатировать, что в административно-процедурных законах всех стран, включая и страны Кавказского региона, обязательно закреплено это право-принцип.

Право на участие предусматривает обязанности административного органа уведомлять заинтересованных лиц о начале производства (ст. 35 Закона Армении), вовлекать лицо на основании просьбы такого лица (ст. 95 Кодекса Грузии), право лица представить доказательства и обязанность органа рассматривать ходатайства лица с просьбой об исследовании доказательств (ст. 98 Кодекса Грузии). Также и в Азербайджане, и в Армении, административный орган обязан перед принятием административного акта известить заинтересованных лиц об обстоятельствах дела, о предусмотренных действиях, выслушать их мнение (ст. 21 Закона Азербайджана, ст. 38 Закона Армении). Перечень исключений из правила дается в этих же статьях законов и похож на аналогичные исключения в законах других стран: благоприятный административный акт не вторгается в права других лиц, необходимо немедленное принятие акта и т.д.

Не менее важными в этом контексте являются и другие права лица, в частности, право на доступ к материалам административного производства (см., например, ст. 39 Закона Армении); право на представительство, на помощь административного органа. Регламентация этих прав в административно-процедурных законах стран бывшего СССР в целом также соответствует известной Рекомендации Совета Европы №(77)31 о защите лица относительно актов административных органов.

Позитивом названного законодательства является то, что эти права во многих случаях имеют регулирование и механизмов реализации. Хотя в некоторых странах отдельные механизмы можно было бы регламентировать и более детально. Например, в вопросе ознакомления с материалами дела можно было бы указать, где осуществляется такое ознакомление (например, в помещении административного органа и в присутствии должностного лица), возможные исключения из правила и т.д. (см., например, регулирование в ст. 37 Закона Эстонии).

Также важным правом частного лица является право на представительство. Все административно-процедурные законы предусматривают возможность частного лица действовать в

административном производстве через представителя. Но в части оформления представительства большинство законов, в т.ч. стран Кавказского региона, делают акцент на нотариально удостоверенную доверенность или отсылают к нормам гражданского права. При этом нужно помнить, что изготовление нотариальной доверенности - это дополнительные расходы частного лица. Поэтому кажется очень конструктивной норма Административно-процессуального кодекса Латвии, по которой физическое лицо может уполномочить своего представителя в устной форме в учреждении, а учреждение оформляет это полномочие письменно (ст. 38).

Полезными нормами для наших стран являются и требования закона по оказанию административными органами помощи участникам производства (см., например, ст. 40 Закона Армении). Т.е. административный орган обязан давать физическим лицам разъяснения об их правах и обязанностях, содействовать оформлению заявления и прилагаемых к нему документов, а по возможности – составлять их.

Заинтересованное лицо. Важным достижением административно-процедурного законодательства стран бывшего СССР является появление еще одного субъекта в отношениях с публичной администрацией, так называемых «заинтересованных лиц» (или «третьих лиц»), т.е. лиц, на права и законные интересы которых может повлиять административный акт. Иногда, правда, законы разных стран употребляют свою терминологию (возможно, также имеют место трудности перевода) и статус участников разграничивается недостаточно четко. Например, в Законе Азербайджана категория «заинтересованное лицо» распространяется и на «адресата» и на, собственно, «заинтересованных лиц». Но в любом случае важно, что законодатель уделяет внимание необходимости защиты прав и законных интересов частного лица, которое не является непосредственным адресатом административного акта. Хорошим примером в регулировании данного вопроса кажется подход Армении, где четко разграничиваются «адресат» и «третьи лица» (ст. 21 Закона Армении) (хотя сам термин ««третьи лица» более свойственен гражданскому процессуальному праву и не совсем точно отражает характер отношения этих субъектов к делу). Разграничение адресата и заинтересованных лиц особенно четко проявляется в заявительных производствах. Например, одно лицо желает получить разрешение на строительство, а одно или несколько других лиц возражают против выдачи такого разрешения. Очевидно, что их интересы, а значит и статус – разные.

В любом случае законодательство всех стран (возможно, определенное исключение остается за Законом Беларуси) защищает данную категорию субъектов – «заинтересованных лиц». Неоспоримость пользы выделения такой категории субъектов административно-процедурных отношений можно проиллюстрировать на негативном опыте Украины, где до сегодня даже в строительном законодательстве не предусмотрено привлечение к процедуре выдачи разрешений на строительство лиц, на права и законные

интересы которых будет влиять такое строительство. Как следствие, частыми являются факты конфликтного развития событий возле новых строительных объектов.

Производство по инициативе административного органа. Позитивом стран, которые приняли законы об общей административной процедуре, является отдельное внимание такому виду административной деятельности, как принятие административных актов по собственной инициативе публичной администрации (т.е. и без заявления частного лица). Для постсоветских стран это принципиальная новация, так как в правовой науке СССР этой проблеме внимание вообще не уделялось. Как следствие, все наши государства, имея определенное представление о проблематике рассмотрения обращений граждан, не уделяли должного внимания тем отношениям, когда инициатива принятия административного акта исходит от административного органа. Теперь законодательство дает правовые инструменты для защиты и в таких ситуациях через обязанности административного органа: информировать потенциального адресата и/или заинтересованных лиц об инициировании соответствующего производства, о проекте решения, о праве представить свою позицию, и т.д.

Очень важно, с точки зрения правового регулирования, что производство возбуждается уже самим фактом действия (действий) со стороны административного органа (см., например, ч. 3 ст. 30 Закона Армении). Но лучше всего это правило отображено в Законе Азербайджана (п. 28.3 ст. 23), поскольку факт возбуждения (начала) производства связан даже не с днем, а самим моментом совершения первого действия в отношении заинтересованного лица (аналогично этот вопрос урегулирован и в Законе Эстонии). Это означает, что уже с момента первого действия административного органа частное лицо имеет право использовать весь инструментарий справедливой административной процедуры.

Отводы. Нами уже упоминался среди принципов административной процедуры принцип беспристрастности. Все анализируемые законы, независимо от того фиксируют ли они данный принцип, фактически его предусматривают, поскольку закрепляют правила о самоотводах и отводах должностных лиц административного органа. Т.е. должностное лицо, которое имеет личную заинтересованность в результатах рассмотрения дела, не может принимать участие в административном производстве (см., например, ст. 22 Закона Азербайджана). При этом в большинстве законов достаточно детально перечисляются основания для самоотводов и отводов, а также регулируется порядок рассмотрения вопроса об отводе / самоотводе (ст.ст. 42 и 44 упомянутого Закона).

Содержание административного производства («текущая стадия»). Сердцевиной административного производства является активная фаза, т.е. период действий административного органа по подготовке и

рассмотрению административного дела. В абсолютном большинстве административно-процедурные законы стран бывшего СССР в этой части очень похожи. Как правило, всегда детальное внимание уделяется вопросам формы и содержания заявления частного лица, порядка его подачи, порядка устранения недостатков заявления, порядка переадресации (в случае направления в неполномочный орган), истребования дополнительных документов, и т.д.

При этом можно отметить, что в большинстве стран акцент делается на письменную форму заявления, дается перечень обязательных реквизитов заявления. Также приоритетным считается именно простое производство, т.е. без привлечения других участников и лиц, способствующих рассмотрению дела (свидетелей, экспертов и т.п.), а также других «осложнений». И как уже упоминалось, полезной кажется формула ст. 36 Закона Армении, по которой административный орган должен осуществлять административное производство без его усложнений, без дополнительных слушаний, экспертизы или проведения осмотра, если нет необходимых причин для уяснения фактических обстоятельств дела.

Невзирая на то, зафиксированы ли на законодательном уровне виды административной процедуры, в зависимости от уровня сложности, по сути существует разделение на простую и более формальную процедуру. Ярким примером такой дифференциации является Общий административный кодекс Грузии, в котором законодательно, кроме «простого производства», отдельно выделяются еще два вида производства: «формальное производство» (предусматривает привлечение заинтересованных лиц, проведение слушания и другие дополнительные действия); и «публичное производство» (когда следует публично оповещать общественность и о производстве, о его ходе и результатах). Интересно, что Кодекс Грузии четко определяет сферы вопросов, при разрешении которых применяется публичное административное производство (в частности, при распоряжении государственной или муниципальной собственностью, выдаче природоохранных разрешений и разрешений на строительство, стандартизации и распределении телекоммуникационных частот). Известно, что одним из первых государств, которое использовало законодательную дифференциацию различных видов административной процедуры по уровню ее сложности и открытости, были Нидерланды.

При этом, касательного так называемого формального производства, и особенно проведения «слушания», следует отметить, что этот механизм, невзирая на кажущуюся сложность, на самом деле упрощает решение дела. Ведь в одном месте и в одно время административный орган имеет возможность заслушать позиции всех участников и лиц, способствующих рассмотрению дела. Т.е. за короткое время можно решить потенциально конфликтную ситуацию. Кроме того, такое рассмотрение дела является максимально открытым. В этой части, к сожалению, законы не всех стран предусмотрели механизм «слушания».

Безусловно, детально расписанная процедура является гарантией прозрачного и эффективного рассмотрения дела. И если некоторые развитые страны могут обходиться минимумом норм (даже норм-принципов), полагаясь на традиции и высокий уровень правовой культуры, то нашим странам действительно необходима более детальная регламентация. И как уже упоминалось, особенно важной частью такого регулирования являются механизмы реализации прав частного лица в административной процедуре, направленные на его активную роль. Речь идет о правах: быть выслушанным (представить свою позицию), на доступ к материалам дела, на представительство и помощь, и др.

Административный акт. Также обязательным для абсолютного большинства административно-процедурных законов стран бывшего СССР является наличие отдельного раздела, посвященного вопросу административных актов. Здесь особенно ощущается влияние немецкой административно-правовой доктрины, что абсолютно оправдано, поскольку именно в Германии категория «административного акта» является одной из центральных, и действительно очень добротна разработана.

В законах излагаются положения о понятии и форме (формах) административного акта, требования к письменному административному акту, обязательство административного органа относительно обоснования административного акта, порядок оповещения о принятии административного акта и его вступления в силу. Следует отметить позитив армянского и азербайджанского законов, которые дают законодательное определение «благоприятного» и «обременительного» административного акта. Для наших стран такие положения также могут быть очень полезны, поскольку характер будущего административного акта существенно влияет на объем действий, которые должен предпринять административный орган (например, в части заслушивания адресата и заинтересованных лиц, обоснования административного акта).

Принципиально важными являются и несколько других новаций для права постсоветских стран. Наиболее значимым, конечно же, есть требование об обосновании административного акта, что поднимает на новый уровень возможность законного, справедливого и прозрачного разрешения административных дел. Это положение также является общепризнанным для справедливой административной процедуры. Публичная администрация обязуется обосновывать административные акты, в частности, неблагоприятные. Исключения из правила об обосновании административного акта также типичны для всех законов: благоприятный для частного лица акт не затрагивает прав и интересов других лиц; административный акт принимает аналогичные акты в стандартизированной форме в большом количестве и т.д.

Новым правилом для большинства стран бывшего СССР является новационный подход к вступлению в силу административного акта. Если раньше считалось, что индивидуальный акт вступает в силу с момента его

принятия (такое правило до сих пор доминирует в законодательстве Украины и закреплено, например, в законе Беларуси – ст. 28), то, безусловно, более обоснованным является правило о вступлении акта в силу с момента его оповещения адресату (и/или другому лицу, чьи права и законные интересы затрагиваются таким актом). Такой подход способствует более эффективной защите прав граждан, поскольку они будут осведомлены о новой правовой ситуации, а также, при необходимости, смогут своевременно воспользоваться инструментами правовой защиты. При этом очень важно предусматривать в законах четкий порядок оповещения о принятии административного акта и презумпции, которые определяют момент ознакомления лица (лиц) с административным актом.

Важным требованием к административному акту является норма об обязательном указании в административном акте порядка его обжалования. Это предписание, давно применяемое в правосудии, также направлено на усиление правовой защиты частных лиц.

Ничтожный административный акт. Позитивным достижением стран бывшего СССР является также законодательное урегулирование вопросов, которые ранее обсуждались лишь на уровне юридической науки. В частности, это касается понятия «ничтожного административного акта» (и хотя в текстах законов некоторых стран используется конструкция «недействительного административного акта», все же она меньше подходит к характеристике данной правовой ситуации). Подходы большинства наших стран относительно определения ничтожного административного акта, т.е. акта, который вообще не имеет юридической силы с момента принятия, очень схожи и касаются явных (очевидных) ошибок такого акта. Как правило, среди оснований для ничтожности административного акта перечисляются случаи, когда из акта не ясно какой орган его принял; или же акт принят явно неполномочным органом (эти нормы отображены в законах большинства стран); исполнение акта невозможно ввиду фактических причин; исполнение акта повлечет совершение уголовного правонарушения (законы Грузии, Эстонии) и др.

Для признания акта ничтожным никакая процедура, как правило, не требуется, но в наших странах частным лицам предоставляется возможность обращения в органы власти за признанием акта ничтожным, что тоже абсолютно оправдано.

Прекращение действия административного акта. Принципиально новым вопросом, связанным с административными актами является сфера досрочного прекращения действия административного акта. Не акцентируя внимание на употребление различной терминологии: «отмена», «отзыв», «признание недействительным», «признание утратившим силу» административного акта (эта тема заслуживает отдельного внимания) важно, что эти вопросы вообще законодательно урегулированы в большинстве административно-процедурных законов стран бывшего СССР. Эти правила

крайне важны для наших стран, поскольку направлены на минимизацию неограниченной деятельности публичной администрации по неоправданной отмене административных актов. Например, в Украине до сих пор иногда практикуется увольнение государственного служащего с должности через отмену первичного решения о его назначении. Да и в других ситуациях публичная администрация считает свое право на отмену ранее принятого решения практически неограниченным (например, бывают случаи отмены решений о разрешении на строительство или о выделении земельного участка в собственность и т.п.), трактуя его через полномочие на «принятие решения по вопросу ...».

В правовом государстве, как известно, административный акт после истечения сроков на его обжалование должен оставаться стабильным. Основания для его отмены должны быть определены так же четко, как и процедура. И здесь также следует отметить позитивное влияние немецкого опыта. Невзирая на то, что страны бывшего СССР в разном объеме урегулировали эти вопросы, но в любом случае внимание обращается на такие моменты как: правомерность / неправомерность административного акта; характер административного акта (благоприятный или обременительный); необходимость обратной силы решения об отмене / или действие только в будущее; и конечно же – вопрос «защиты доверия» частного лица. Последний институт также воспринят из опыта Германии и основывается он на том, что доверие частного лица о неизменности административного акта может преобладать публичный интерес, связанный с его отменой. Т.е. даже в случае выявления нарушения закона, акт может быть оставлен в силе, учитывая права и интересы лица. Или же лицу должен быть компенсирован ущерб, связанный с отменой такого административного акта.

Еще одним интересным моментом является урегулирование вопроса о сроке действия административного акта. Очень детально этот вопрос прописан в Законе Армении (ст. 61). Административный акт, принятый на определенный срок, действует до истечения предусмотренного им срока. Административный акт, принятый на неопределенный срок действует до тех пор, пока не заменен другим актом или не признан утратившим силу. Но особенно полезными кажутся нормы ч. 2 ст. 61 упомянутого Закона, согласно которым, если решение регулируемого вопроса связано с совершением определенного действия или с наступлением события, то срок действия такого акта заканчивается в момент исполнения этого условия. Такая норма также очень полезна, поскольку не позволяет ревизировать уже исчерпавшее себя административные акты, т.е. акты которые исполнены и привели к неотвратимым правовым последствиям. Хотя следует признать, что в этом вопросе (относительно момента прекращения действия административным актом, связанным с наступлением события или исполнения условия) подходы разных стран отличаются.

Административное обжалование. Во всех законах об административной процедуре стран бывшего СССР регулируются вопросы

административного обжалования. Этот правовой институт был известен (а по сути - вообще безальтернативен) для граждан СССР в отношениях с органами государственного управления. Традиционно он определяется как обжалование акта к вышестоящему органу или должностному лицу. Но в нашем случае следует сделать несколько замечаний критического характера и к этому «традиционному» пониманию механизма административного обжалования, и даже к новому законодательству некоторых стран.

Во-первых, очень сложной проблемой является обеспечение беспристрастности при рассмотрении административной жалобы. К сожалению, большинство законов об административной процедуре постсоветских стран не дают адекватного ответа на этот вопрос, поскольку предусматривают возможность подачи жалобы лишь в рамках административной (бюрократической) иерархии (одно из немногих исключений - Закон Грузии, который хотя и выборочно, но предусматривает возможность создания независимых коллегиальных органов для рассмотрения жалобы). В тоже время в западных странах очень распространенным механизмом правовой защиты является создание постоянных специальных апелляционных органов для рассмотрения жалоб (комиссий, комитетов – в ФРГ, Голландии, Польше и др.). При этом, как правило, такие апелляционные органы формируются полностью или преимущественно из общественности (т.е. не чиновников). Позитив такого подхода состоит в том, что уровень доверия граждан к этим апелляционным органам существенно выше, нежели к традиционным «вышестоящим» бюрократическим институциям. В результате многие споры удается решить без обращения в суды.

Хотелось бы привести еще один аргумент о преимуществах административного обжалования. В частности, именно в административном порядке можно ревизировать не только правомерность административного акта, но и его целесообразность (например, такое правило прямо зафиксировано в ст. 83 Закона Эстонии).

Дискуссионными являются и некоторые сроки для обжалования административного акта. Так в большинстве постсоветских стран применяется 30-дневный срок, хотя можно было бы использовать и более сжатые сроки (в странах Восточной Европы доминирует срок в 14-15 дней – см., например, законы Польши, Венгрии). Поскольку административные акты часто требуют быстрого обращения к исполнению (не говоря уже о таком сомнительном правиле, как 6-месячный срок для обжалования административных актов в Армении или годичный срок со дня принятия административного решения в Беларуси).

Страны Кавказского региона по разному подошли к регулированию вопроса о правовых последствиях подачи административной жалобы. Азербайджан фактически отказался от правила об автоматическом приостановлении действия административного акта в период его обжалования. Тем не менее, по ходатайству лица, такое решение может быть принято органом, который рассматривает административную жалобу. Здесь в

комплексе с регулированием сроков обжалования (как правило, 30 дней) и сроков рассмотрения дела по жалобе (30 дней) возможна проблема возобновления законности. Так как с момента вступления решения в силу и до момента вынесения решения по административной жалобе может пройти до 60 дней, то многие административные акты за такой срок могут быть уже реализованы. Именно поэтому, более удачным кажется регулирование этого вопроса в Законе Армении (ст. 74) и Кодексе Грузии (ст. 184), где по общему правилу подача административной жалобы приостанавливает исполнение (или действие) обжалуемого акта. А из этого правила уже установлены исключения.

Ну и наиболее спорным моментом административно-процедурных законов многих стран бывшего СССР является возможность одновременного обжалования административного акта и в административном, и в судебном порядке. Исключения из этого правила составляют Грузия, Эстония, Латвия (а по данным исследователя административной юстиции Р.А.Куйбиды – также Литва, Молдова, Туркменистан и частично Беларусь). При этом установлено правило (в Армении, Азербайджане и других странах этой группы), что при факте параллельного административного и судебного обжалования, приоритет имеет судебная процедура, т.е. рассмотрение жалобы в административном органе прекращается и дело рассматривает суд. Автору неизвестно как этот механизм функционирует на практике в данных странах. Но, например, в Украине административные споры в судебном порядке могут рассматриваться годами и таким образом граждане сами лишают себя возможности в более эффективной и быстрой защите. Кажется, следует еще надлежащим образом взвесить все позитивы и недостатки стадии административного обжалования как обязательной перед обращением в суд. Прагматичным и более перспективным является подход с обязательностью прохождения еще хотя бы одной инстанции в административном порядке. И опыт стран, которые со временем выбирают именно такой порядок обжалования, подтверждает его рациональность.

Исполнение административных актов. С теоретической точки зрения исполнение административных актов можно было бы рассматривать за пределами вопросов административной процедуры, поскольку акт уже принят. Да и в европейских западных странах соответствующие правовые нормы располагаются в отдельных законодательных актах (в т.ч. и в ФРГ). Но наши государства, в т.ч. страны Кавказского региона, в большинстве избрали другой вариант систематизации законодательства. В частности, в наших законах отношения по поводу исполнения административных актов, как правило, выделяются отдельным структурным подразделом общего административно-процедурного закона, и касаются, прежде всего, принудительного исполнения административных актов. И здесь опять же можно отметить сильное влияние германского опыта, поскольку все законы делают акцент не трех основных инструментах принудительного исполнения административного акта: исполнение другими лицами за счет обязанного

лица; штраф; непосредственное принуждение (см., например ст. 83 Закона Азербайджана). Если данные возможности в полной мере действительно используются административными органами, которые принимают административные акты и должны отвечать за их исполнение, то вполне можно ожидать повышения эффективности публичного администрирования.

Расходы в административной процедуре. Среди недостатков административно-процедурных законов в странах бывшего СССР можно отметить очень скромное внимание вопросам оплаты издержек (расходов) в административной процедуре. В большинстве случаев просто указывается, что такие расходы осуществляются за счет административного органа (государственного бюджета), хотя и это положение сомнительно. Ведь во многих случаях и за обращение в административный орган и за совершение определенных действий (например, экспертизу) обязано платить частное лицо. Не говоря уже о расходах на представителя, транспортных расходах, и др. В законах некоторых стран указывается лишь на возможность оплаты пошлины за копии документов. Поэтому кажется, здесь большинству стран еще следует развивать законодательство.

При этом вместо «традиционного» института пошлины, здесь должен применяться механизм административных сборов. Административно-процедурный закон должен давать ответ на вопрос по крайней мере об общих принципах распределения издержек между административным органом и частными лицами.

Одним из наиболее полных регулирований в этой части является Закон Армении (глава 14), где излагаются общие положения о видах административных расходов и их распределении.

Последствия нарушения процедуры. Важным моментом в регулировании вопроса административной процедуры является норма о правовых последствиях нарушения процедуры. В большинстве случаев законы не регулируют этот вопрос детально, ограничиваясь, как правило, формулой, что «нарушение норм процессуального (процедурного) законодательства является основанием для отмены административного акта». Но, как кажется, это несколько упрощенный подход. И хотя нарушений процедуры следует избегать, все же не всякое нарушение должно быть основанием для отмены административного акта. В этом плане рациональной кажется норма Закона Армении (ч. 2 ст. 77), согласно которой нарушение процессуальных норм может стать основанием для пересмотра административного акта, если эти нарушения привели или могли привести к принятию другого решения.

Общие выводы

Итак, можно констатировать, что, несмотря на разные названия административно-процедурных законов стран бывшего СССР, их структурирование, особенности в правом регулировании отдельных

вопросов, в целом, они в своем большинстве отображают основные стандарты справедливой административной процедуры. Это касается регламентации ее принципов, прав частного лица, обязанностей административного органа и т.д. Очевидное влияние на содержание законов оказывает опыт западных европейских государств и, прежде всего, Германии. И этот факт также можно приветствовать, поскольку зарубежное законодательство уже прошло достаточный период апробации практикой и показало свою эффективность. Наш опыт применения законов может потребовать внесения изменений в законодательство в будущем. Такая тенденция прослеживается в государствах, которые принимали административно-процедурные законы первыми среди стран бывшего СССР, а теперь вносят коррективы в отдельные нормы. В любом случае, уже сам факт принятия законов об административной процедуре заслуживает позитивной оценки, поскольку четкая и прозрачная процедура принятия решений является гарантией правомерности деятельности публичной администрации, важным условием борьбы с коррупцией, действенным механизмом защиты прав и законных интересов граждан.

Сентябрь 2010 г.

В.П. ТИМОЩУК

*Заместитель председателя правления
Центра политико-правовых реформ, к.ю.н.
(Украина)*

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА
ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРОЦЕДУРАХ» (НОВАЯ РЕДАКЦИЯ)
ПО СОСТОЯНИЮ НА 25 АВГУСТА 2010 ГОДА²¹**

Прежде чем перейти к изложению замечаний и предложений к проекту Закона Республики Казахстан «Об административных процедурах» (новая редакция) (*далее – законопроект*), следует отметить несколько обстоятельств.

Основными критериями для оценивания законопроекта выступают общепринятые стандарты справедливой административной процедуры, закрепление в большинстве аналогичных законов зарубежных стран, а также на уровне рекомендаций международных институций, и в частности Совета Европы.

Можно сразу же отметить большую работу разработчиков законопроекта, поскольку очевиден значительный прогресс в совершенствовании данного законодательного акта Республики Казахстан. Законопроект в таком виде, в случае принятия, должен иметь позитивное влияние на правовую систему Республики Казахстан. Но все ж в нем есть некоторые положения, которые можно усовершенствовать. Именно поэтому, в экспертном заключении основное внимание уделяется дискуссионным положениям и пробелам законопроекта. В некоторых случаях перед разработчиками ставится только вопрос, поскольку его решение - это выбор национальных экспертов и/или субъектов политического уровня. Известно также, что иногда пробелы могут заполняться через позитивную административную и судебную практику. Возможно также, что отдельные вопросы, поднятые в экспертном заключении, на самом деле не являются проблемой для Республики Казахстан.

Нужно также признать, что некоторые поднятые в экспертном заключении вопросы обусловлены научной позицией автора заключения, и при этом не имеют однозначного понимания (подхода) для их решения и в теории административного права Украины.

1. Прежде всего, следует еще раз оценить корректность употребления ключевых терминов. Понятие «административной процедуры», которое дается в законопроекте (пункт 1 *статьи 1*) не позволяет однозначно определить или перечисляемые в нем элементы (принятие, исполнение,

²¹ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

изменение, признание ничтожным административного правового акта, порядок рассмотрения административных жалоб т.д.) – это однопорядковые виды административной процедуры или это стадии единой административной процедуры и другие ее элементы.

Более обоснованной кажется позиция тех ученых, которые считают, что правовая *процедура* – это определенная нормативная *модель*, которая направлена на единую конечную *цель*. Например, законодательная процедура имеет своей целью принятие закона. И в этом смысле административная процедура – это законодательная модель, которая устанавливает общий порядок принятия административного акта, т.е. общий порядок деятельности административных органов. Поэтому перечисленные выше группы действий (пункт 1 статьи 1) - это в основном не отдельные виды административной процедуры, а именно ее стадии (принятие, исполнение административных актов, рассмотрение административных жалоб) или другие элементы (изменение, признание ничтожным административного акта). Т.е. нельзя отождествлять категории «процедура» и «стадия». Процедура едина (общая и универсальная), поскольку обрамляет всю деятельность по рассмотрению административного дела, начиная от инициативы по принятию административного акта и заканчивая исполнением административного акта. Таким образом, категория «административная процедура» (относительно публичной администрации) по характеру однопорядочна с категорией «административный процесс» (применительно к административным судам/юстиции).

2. Также кажется перегруженной употребляемая в законопроекте конструкция «административный *правовой акт*» (пункт 3 статьи 1). Прилагательное «правовой» характеризует акт как однозначно правомерный. В то же время, очевидно, что даже законы иногда бывают неправовыми. Поэтому рекомендуется употреблять более простую конструкцию - «административный акт». Тем более, что такая конструкция является доминирующей в административном праве большинства стран, которые законодательно урегулировали проблематику административной процедуры.

3. Не совсем ясно, в каких целях в данном законопроекте используется категория «государственная услуга» (пункт 7 статьи 1).

Во-первых, понятие «государственные услуги» этимологически и содержательно шире, чем услуги, предоставляемые непосредственно административными органами. Поскольку, кроме так называемых «административных услуг», к государственным услугам относятся также услуги неадминистративного характера (например, государственная медицина, образование и т.п.). С другой стороны, если в Казахстане функционирует местное самоуправление, тогда может ставиться вопрос о выделении и так называемых «муниципальных услуг», т.е. услуг, за предоставление которых отвечают именно органы местного самоуправления. Как следствие наиболее широким понятием является категория «публичные услуги».

Во-вторых, следует обратить внимание, что в последующем данный термин в законопроекте практически не используется (за исключением одной-двух норм). Поэтому возникает вопрос насколько целесообразно интегрировать в законопроект категории с неоднозначным смыслом? При этом следует признать, что например, в проекте Административно-процедурного кодекса Украины используется категория «административные услуги», но дискуссии относительно целесообразности ее законодательного закрепления в данном акте продолжаются.

4. Не совсем ясно, в каких целях в законопроекте дается определение термина «должностные лица» (пункт 9 статьи 1), и почему это определение ограничивается «единоличной распорядительской деятельностью». Как кажется, члены коллегиального органа также могут охватываться понятием «должностного лица». Такой подход существенно упростил бы текст законопроекта.

5. Следующее замечание имеет принципиальный характер. Несколько ошибочным кажется определение категории «заинтересованное лицо» (пункт 10 статьи 1). Ведь в данном случае не разграничивается статус двух разных участников: «адресата» административного акта и «заинтересованного лица». Должно быть очевидно, что на права адресата административный акт влияет прямо, а к заинтересованному лицу имеет, как правило, лишь косвенное отношение. Например, одно лицо получает разрешение на строительство, а другое лицо (лица) может иметь какие-либо возражения против такого строительства. Поэтому интерес данных лиц относительно административного акта по делу различный. Значит и статус у этих лиц разный. Важно также помнить, что если адресат (по крайней мере – заявитель) может не только инициировать административное производство, но и практически всегда может ходатайствовать о его прекращении (это его право), то заинтересованное лицо таких прав не имеет.

Исходя из вышеизложенного, следует разграничить категории «заинтересованное лицо» и «адресат». При необходимости можно употреблять общую категорию «лицо» или «частное лицо». Дополнительно также могут использоваться и категории «заявитель» и «жалобщик».

Кстати, в других нормах законопроекта упоминаются и другие субъекты (например, «третьи лица» - см.: пункт 1 части 3 статьи 56 законопроекта).

6. Возможно, некоторые определения терминов в статье 1 являются лишними. По крайней мере, такие категории как «административная жалоба» и «заявление» кажутся общепонятными и без специального определения.

7. С точки зрения структуры законопроект является достаточно сбалансированным и отображает наиболее важные элементы административной процедуры. Замечания можно выдвинуть относительно выделения лишь в одной из глав законопроекта (в частности в Главе 4) двух отдельных параграфов. Т.е. имеются сомнения по поводу корректности названия главы и / или ее полноты. В науке административного права, например Украины, к двум названным стадиям, как правило, еще относят

стадию разрешения дела. Отдельно иногда выделяют стадию подготовки дела к разрешению. Факультативной стадией считается стадия административного обжалования. Поэтому рекомендуется изменить название данной главы и ее параграфов (например, исключив слово «стадия», «стадии»).

8. В законопроекте было бы целесообразно в отдельной статье определить предмет регулирования закона. Наличие преамбулы закона не позволяет в полной мере считать этот вопрос урегулированным, поскольку преамбула больше отражает цель принятия закона, нежели его предмет.

В этом же контексте следует отметить, что статью 4 (Сфера действия настоящего закона), очевидно, необходимо поставить выше по тексту законопроекта (по крайней мере, перед статьями 2 и 3). И хотя ее положения в целом обоснованы, необходимо взвесить, не будет ли проблемы на практике в том, что перечень отношений, на которые распространяется закон, определен исчерпывающе. Т.е. не будет ли ситуаций, когда отношения (особенно новые) будут выпадать из правового регулирования данного закона.

Возможно, также стоит уточнить исключение в пункте 1 части 2 статьи 4 законопроекта, согласно которому действие настоящего Закона не распространяется на отношения, возникающие при осуществлении административными органами деятельности по «рассмотрению обращений физических и юридических лиц, содержащих предложения, запрос или отклик». Например, можно добавить, что эти предложения, запрос или отклик не должны касаться субъективных прав, законных интересов или обязанностей лица.

9. Не совсем ясна цель и механизм реализации норм статьи 3 законопроекта (Несоответствие нормативных правовых актов об административных процедурах настоящему Закону). Что означает формула «нормативный правовой акт об административных процедурах *признается не соответствующим настоящему Закону*» (выделение – В.Т.)? Какой механизм такого «признания ...», и какие правовые последствия?

10. Есть определенные сомнения в корректности нормы части 4 статьи 7 законопроекта, по которой «нарушение закона административным органом при осуществлении административных процедур недопустимо и влечет за собой установленную законом ответственность, *признание ничтожными принятых административных правовых актов или их отмену*».

Нужно помнить, что не всякое нарушение закона имеет такие последствия. Для отмены административного акта нужно, чтобы эти нарушения повлияли или могли повлиять на его содержание. Для признания административного акта ничтожным нарушения должны быть явными.

11. При определении принципа соразмерности (статья 11) было бы целесообразно акцентировать регулирование на том, что административный орган должен всегда брать во внимание негативные последствия своих решений, действий, бездействия.

12. В статье 17 (Экономичность и эффективность) следует обратить внимание не только на экономичность, а именно на простоту административной процедуры. Т.е. нужно ориентировать административные органы на использование минимально необходимых средств и способов для разрешения дела.

13. Незирая на всю прогрессивность статьи 18 (Приоритет интересов заинтересованных лиц), известно, что административная процедура должна гарантировать баланс частных и публичных интересов. Т.е. в каждой конкретной ситуации нужно учитывать все обстоятельства дела.

Возможно, положения данной статьи целесообразнее перенести в статью 7, и использовать для разрешения коллизий в законодательстве.

14. Следует взвесить реалистичность нормы части 5 статьи 24, согласно которой «свидетельствование верности копий административных правовых актов или иных документов производится административным органом в *однодневный* срок со дня подачи соответствующего заявления *бесплатно*» (все выделения – *В.Т.*).

Очевидно, на практике может возникнуть вопрос, кто должен сделать такие копии (заявитель или орган)? Насколько реалистичны упомянутые сроки, особенно если потребуются сложная обработка данных и т.д.?

15. Следует также оценить реалистичность норм частей 2 и 3 статьи 25 (Язык административных процедур), согласно которым:

«2. Участвующим в деле лицам, не владеющим или недостаточно владеющим государственным языком, ... обеспечивается право делать заявления, давать объяснения и показания, заявлять ходатайства, приносить административные жалобы, *знакомиться с материалами дела, выступать при его рассмотрении на родном языке или другом языке, ..., бесплатно пользоваться услугами переводчика*».

«3. *Расходы по переводу и услуги переводчика оплачиваются за счет государственного бюджета*» (все выделения – *В.Т.*).

Т.е. фактически государство берет на себя обязанность обеспечивать перевод на любой из существующих языков материалов дела и другие аналогичные расходы.

Это же замечание касается и пункта 8 части 1 статьи 27.

16. Не совсем ясно, какой правовой статус имеет упомянутый в пункте 3 статьи 26 «представитель государственного органа (органа местного самоуправления)».

17. Как кажется, положения части 2 статьи 28 (требования к Интернет-ресурсам административных органов) не совсем относятся к предмету законопроекта. Хотя следует признать, что по своему содержанию эти требования очень позитивны.

18. К статье 29 (Представительство в административных процедурах) можно предложить дополнительную норму, которая используется в административно-процедурных законах других государств. Частное лицо должно иметь возможность непосредственно в административном органе

заявить о своем представителе. В таком случае административный орган самостоятельно фиксирует данный факт, и нотариальное или другое удостоверение доверенности не требуется. Такой подход упрощает реализацию права на представительство.

19. Статья 32 (Порядок разрешения заявленного отвода (самоотвода)), имеет несколько пробелов:

- во-первых, не ясно кто разрешает вопрос об отводе, если дело рассматривается непосредственно руководителем административного органа;
- во-вторых, не ясно как решается ситуация, если удовлетворение ходатайства об отводе невозможно из объективных причин (например, не существует возможности определить другое должностное лицо для разрешения дела в пределах органа).

В других государствах есть способы решения данной проблемы. Например, можно установить порядок, по которому дело может передаваться для рассмотрения из одного административного органа в другой (например, по решению вышестоящего органа или члена правительства, который отвечает за вопросы публичной администрации, если речь идет об органах местного самоуправления).

Полезной может быть и констатирующая норма, по которой отвод не принимается, если замещение невозможно. Таким образом, конфликт интересов фиксируется, но не возникает формальных оснований для наказания должностных лиц за несоблюдение принципа беспристрастности.

20. Как кажется, положения частей 4 и 5 статьи 33 являются лишними, поскольку только сужают внимание исполнителей на отдельных нормах закона. На самом деле в любом административном производстве должны применяться и другие положения закона (особенно это касается принципов и иных общих положений – главы 1-3 и т.д.).

21. Перечень требований к заявлению в части 3 статьи 34 может быть несколько упорядочен, поскольку для физических и для юридических лиц применяются разные пункты (т.е. можно объединить пункты 2 и 3, 5 (в части подписи заявителя) и 6).

Также не совсем ясно, насколько альтернативны способы подачи заявления, предусмотренные в части 2 этой же статьи. Например, в Украине многие специальные акты требуют исключительно личной подачи заявления. Т.е. нужно взвесить реалистичность этих норм, хотя в целом они очень прогрессивны.

22. Как кажется, в законопроекте не хватает норм о порядке истребования документов и информации административным органом. Нормы статьи 19 и части 3 статьи 35 может быть недостаточно, ведь необходимость в истребовании документов может возникнуть и в других делах (в т.ч. по инициативе административного органа или в порядке рассмотрения административной жалобы). Т.е. часто для рассмотрения дела нужно иметь инструменты, чтобы орган мог самостоятельно истребовать такие документы и установить механизм истребования (обязательность требований административного органа, возможно - сроки для исполнения и

др.). Также целесообразно установить норму, что в случае истребования данных персонального характера, частное лицо должно давать предварительное согласие на истребование таких данных в другом органе.

23. Целесообразно уточнить правовые последствия применения норм части 2 статьи 36 (Устранение формальных ошибок в заявлении), согласно которым «если список прилагаемых к заявлению документов не является полным, то административный орган предлагает заявителю в установленный срок дополнить этот список». Т.е. нужно указать как это влияет на течение общего срока рассмотрения дела.

24. Нормы статьи 37 (Личный прием) не совсем вписываются в предмет и идеологию законопроекта. Т.е. в данном законопроекте акцент должен делаться не на прием граждан руководителем органа, а на обычный каждодневный прием заявителей должностными лицами.

25. Нужно взвесить реалистичность норм части 2 статьи 39 («если один или *несколько* из представленных в заявлении *вопросов* относится к компетенции другого административного органа, то административный орган переадресовывает заявление в этой части компетентному административному органу, одновременно известив об этом заявителя»). Т.е., если в заявлении будет одновременно затрагиваться несколько вопросов, то фактически административный орган должен организовывать решение всех этих вопросов.

26. К сожалению, статья 45 (Заслушивание участников административных процедур) не указывает механизма реализации данного права. Статья 15 тоже не дает полного представления об этом. Не ясно на каком этапе нужно предоставить частному лицу возможность представить позицию, т.е. в какие сроки до принятия решения, есть ли у других участников возможность отреагировать на такую позицию и т.д.. Также кажется целесообразным для сложных дел (с несколькими участниками; с участием лиц, которые способствуют рассмотрению дела) предусмотреть возможность проведения единого заседания (слушания), чтобы в одном месте в открытом режиме рассмотреть спорные вопросы.

27. Такое же замечание и к статье 46 (Доступность материалов административных процедур). На самом деле было бы полезно указать, где производится такое ознакомление (как правило, в помещении административного органа), какие исключения из данного правила.

28. Некоторые положения законопроекта могут быть упрощены. Например, нецелесообразно по тексту употреблять конструкцию «*участники и / или их представители*» (например, см.: статья 43, часть 1 статьи 45, часть 2 статьи 51). Во-первых, неясно, почему в одних случаях употребляется союз «и», а в других «или». Во-вторых, в нормах о представительстве (в статье 29) уже указаны достаточные положения (в части 1) для регулирования данного вопроса. Разве что, можно еще добавить такую норму, что в случае, если участник выступает в административной процедуре через представителя, то все документы и информация направляются представителю.

29. Нормы статьи 52 (Последствия непринятия административного правового акта в течение срока административных процедур) требуют дополнения. Так, например пунктом 1 этой статьи предусмотрено, что «если во время установленного законом срока административных процедур, возбужденного на основе заявления, административный правовой акт не принимается, то административный правовой акт *считается принятым* и заявитель вправе приступить к осуществлению соответствующего права». На практике может возникнуть проблема: 1) может ли административный орган принять акт с опозданием, или он в принципе утрачивает такую возможность; 2) если административный акт все же будет принят с опозданием и заявителю отказывается в осуществлении запрашиваемого права, то как будет решаться такая коллизия?

30. Как кажется, нормы законопроекта, посвященные вопросам расходов (прежде всего статья 53), недостаточно регулируют этот вопрос. Хотя, возможно в практике Казахстана эта проблема и не имеет такого острого характера как, например, в Украине.

31. Не совсем ясно почему, не требуется обоснование административного акта, в случае его опубликования (пункт 2 части 3 статьи 56 - Обоснование административного правового акта). Ведь опубликование акта не означает его бесспорности и частные лица должны знать, чем руководствовался административный орган, принимая акт, особенно если такой акт является неблагоприятным для некоторых лиц.

32. В статье 60 (Ничтожность административного правового акта) было бы целесообразно дополнить к определению (характеристике) ничтожности административного акта такое качество акта, как *явную очевидность* ошибок. Ведь в некоторых случаях основания, перечисленные в этой статье, могут служить лишь основанием для оспаривания акта (особенно это касается пункта 2 части 1 этой статьи – вопроса о компетентности (правомочности) органа на принятие акта).

Кстати, акцент на «очевидности» сделан в пункте 5 части 1 этой статьи.

Также не очень ясно в этой статье в части 3, как административный орган, принявший ничтожный административный правовой акт, будет «по собственной инициативе» «немедленно подтверждать ничтожность данного акта». Ведь даже если спроектировать ситуацию, что орган сам выявил грубую ошибку, ему проще отменить акт, нежели признавать его ничтожным. В то же время в данной норме можно было бы добавить и такую институцию как суд.

33. Несколько неполными являются положения части 1 статьи 61 (Отмена незаконного административного правового акта), которыми предусмотрено, что «незаконным административным правовым актом признается акт, принятый административным органом *с нарушением процедурных* или материальных *норм права*». Как уже упоминалось, нужно брать во внимание, что процедурные нарушения могут быть незначительными и не всегда влияют на само содержание решения в деле. В таких случаях нецелесообразно отменять акт.

Также в части 7 этой статьи нужно более осторожно выписать норму, связанную с обратной силой решения об отмене административного акта. Могут быть ситуации, когда отмена незаконного благоприятного административного акта не всегда ликвидирует правовые последствия, *возникшие с момента вступления его в силу*. Например, если лицо, заслуживающее доверия, получало пенсию или пособие на основании незаконного акта, и такой акт отменяется, то не обязательно забирать у такого лица средства, полученные за прошлые периоды. Т.е. нужно учитывать обстоятельства конкретного дела.

34. Положение части 2 статьи 61, согласно которому «заинтересованное лицо *уведомляется* об отмене незаконного административного правового акта ...» рождает вопрос: по какой процедуре осуществляется такая отмена? Неужели лицо уже не принимает участие в процедуре, а только информируется по факту? Очевидно, что норм лишь данной статьи недостаточно. По этой же причине кажутся ошибочными положения части 4 *статьи 62* и части 2 *статьи 63*. Ведь в любом случае, для объективного рассмотрения дела важно соблюдение всех норм и стандартов справедливой административной процедуры (начиная от права лица быть выслушанным и доступа к материалам дела и т.д.). Это замечание является принципиальным.

35. Некоторые пробелы имеются в регулировании вопросов административного обжалования (глава 6).

Статья 64 (Право на административное обжалование), согласно которой «заинтересованные лица имеют право обжаловать административные правовые акты, отказ в их принятии, *а также действия или бездействия административного органа*» требует дополнения. В частности, проблемой есть вопрос обжалования процедурных решений, действий, то есть совершаемых до момента принятия административного акта. Нерационально оставлять частным лицам право на абсолютное обжалование таких решений, действий. Рассмотрение каждой такой жалобы может существенно тормозить работу административного органа и негативно влиять на эффективность и оперативность рассмотрения дела. Нужно доверять административному органу в вопросе выбора оптимальных средств для разрешения дела. К тому же частное лицо не может еще знать, каким будет общий результат дела, возможно, решение будет благоприятным и лицо не обжаловало бы такое процедурное решение (например, отклонение ходатайства о приобщении документов к делу, или о привлечении свидетелей ...).

Т.е. можно оставить право на обжалование таких процедурных решений и действий лишь одновременно с обжалованием административного акта.

В то же время в законе нужно сделать перечень исключений для таких процедурных решений и действий, которые могут существенно повлиять на его исход (например, решения об отводах, о доступе к материалам дела и

некоторые другие). Жалобы на такие процедурные решения и действия должны рассматриваться оперативно.

36. Как кажется, нужно еще раз взвесить механизмы, заложенные в статье 65 (Порядок административного обжалования).

Во-первых, кажется нерациональной предусмотренная в части 3 этой статьи фактическая возможность одновременной подачи административной жалобы и административного иска в судебном порядке. Поскольку споры желательно разрешать в досудебном порядке, то более предпочтительной была бы норма об обязательной стадии административного обжалования (если Конституция Республики Казахстан не ограничивает законодателя).

Во-вторых, из этой же нормы не ясно, почему судебное обжалование имеет приоритет над административным обжалованием. Ведь в административном порядке можно было бы быстрее рассмотреть многие дела и не доводить их до суда.

В-третьих, можно предложить рассмотрение некоторых технических моментов в порядке подачи административной жалобы (т.е. предложения к части 2 статьи 65). В частности, целесообразно добавить норму по которой в вышестоящий административный орган передается не только административная жалоба, но и материалы дела. Кроме того, можно подумать о целесообразности подачи жалобы не на следующий день после ее получения, а после истечения общего срока на обжалование. Ведь жалоб может быть несколько, и тогда апелляционный орган должен рассматривать их вместе. В теперешнем же регулировании, могут возникать вопросы, связанные со сроками рассмотрения жалобы. Например, одно лицо подало жалобу на второй день предусмотренного месячного срока, а другое лицо относительно этого же акта подало жалобу в последний день обжалования. В таком случае апелляционная инстанция будет фактически рассматривать дело в течении двух месяцев, ведь срок рассмотрения жалобы связан с моментом ее подачи.

37. Ну и возможно самый принципиальный вопрос, в новом регулировании института административного обжалования в постсоветских странах - как гарантировать большую объективность (беспристрастность) рассмотрения дела. Конечно выбор модели обжалования, это право каждой страны, но очень рекомендуется предусмотреть хотя бы гипотетическую возможность создания общественных органов для рассмотрения жалоб (например, при органах местного самоуправления, если такие существуют в Республике Казахстан). Т.е. можно было бы дать таким органам, при условии их формирования не из должностных лиц административных органов (а из учителей, врачей и других авторитетных граждан), такие совещательные органы, которые бы давали рекомендации относительно жалоб.

Также, в случае отсутствия вышестоящих органов, можно было бы предусмотреть право органа, который принял административный акт пересмотреть его на основании административной жалобы.

38. В статье 68 (Оставление административной жалобы без рассмотрения) нужно уточнить некоторые положения. В частности, в части 1

этой статьи речь идет уже об оставлении жалобы «без движения». Очевидно, это разные механизмы. Без движения жалобу можно оставить в случае, если жалоба не соответствует формальным требованиям (статье 67 – т.е. до момента устранения недостатков).

Кроме того, часть 3 (о праве на заслушивание) не относится к предмету регулирования статьи 68.

39. Как кажется, в статье 69 (Правовые последствия подачи административной жалобы) было бы целесообразнее предусмотреть общим правилом именно правило о приостановлении исполнения обжалуемого административного акта (с одновременным установлением возможных исключений из правила). Такой подход стимулировал бы использование инструментов именно административного обжалования перед обращением в суд. К тому же меньше проблем возникало бы с правовыми последствиями в случае отмены акта.

40. В части 2 статьи 71 рекомендовалось бы предусмотреть возможность рассмотрения административной жалобы и с точки зрения целесообразности административного акта.

41. В статье 72 (Принятие решения по административной жалобе) было бы рационально указать, как влияют процедурные нарушения на решение по административной жалобе.

42. Возможно, в законопроекте имеются пробелы. В частности, разработчики должны отдавать себе отчет о характере полномочий административного органа по вызову (приглашению) частных лиц – участников производства и лиц, способствующих решению дела. Т.е. желательно в законе давать четкий ответ на вопрос: насколько повестка (или приглашение) административного органа является обязательным для лица; могут ли осуществляться определенные процедурные действия без участия таких лиц и т.д..

Также можно взвесить целесообразность внедрения института «присяги» для свидетелей, если административный орган считает нужным его применение.

Эти и другие положения, конечно же, могут дорабатываться и развиваться в законодательстве постепенно, по мере необходимости для государства и готовности общества.

Общий вывод

Некоторые положения законопроекта еще можно усовершенствовать. Это касается как нескольких общетеоретических вопросов (ключевой терминологии, статуса заинтересованных лиц и др.), так и отдельных технических деталей. Но в любом случае, текст законопроекта является достаточно полным и сбалансированным. Многие положения законопроекта имеют очень прогрессивный характер. Таким образом, принятие данного закона должно качественным образом улучшить регулирование отношений между публичной администрацией и частными лицами.

Октябрь 2010 г.

Р.А. КУЙБИДА

*Заместитель председателя правления
Центра политико-правовых реформ,
к.ю.н., (Украина)*

ОБЗОР ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В СТРАНАХ БЫВШЕГО СССР²²

ВСТУПЛЕНИЕ

Развитие административной юстиции в независимых государствах, возникших на территории бывшего Советского Союза, связано с переходом от тоталитарных методов управления к демократическим.

Административное судопроизводство раньше всех появилось в странах Балтии. В Литве, Эстонии, Латвии действуют административные суды. Создана и совершенствуется необходимая законодательная база их деятельности.

В 1999 г. был принят Административно-процессуальный кодекс в Грузии. Административные дела рассматриваются общими судами. Также в Верховном суде Грузии создана палата по административным делам.

В 2000 г. Закон «Об административном суде» принят в Молдове. По существу это административно-процессуальный закон. Административные дела рассматривают специализированные коллегии общих судов, которые в процессуальном смысле являются административными судами. В то же время активно обговаривается вариант создания отдельных административных судов.

В Украине идея создания административных судов была закреплена еще в Концепции судебной реформы 1992 г., но решение об этом принято лишь Законом «О судостроительстве Украины» 2002 г. В 2005 г. в Украине принят и введен в действие Кодекс административного судопроизводства. На протяжении 2002 – 2009 г. была сформирована система административных судов.

Административно-процессуальный кодекс вступил в силу в Армении. Там уже несколько лет создан и функционирует Административный суд Армении.

²² Обзор подготовлен при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

В Азербайджане в 2009 г. тоже принят Административно-процессуальный кодекс. Административные суды должны быть созданы на основе экономических судов и ожидается, что начнут свою деятельность с 2011 г.

Таким образом, в странах Балтии, Кавказа, в Украине и Молдове институт административной юстиции активно развивается. В то же время в остальных странах бывшего СССР (Россия, Беларусь, страны Центральной Азии) этот институт пока не нашел достаточного процессуального и организационного оформления.

Вашему вниманию предлагается обзор системы административной юстиции во всех 15 государствах – республик бывшего СССР. Первая часть обзора посвящена государствам, в которых административное судопроизводство осуществляется в рамках гражданского процесса либо других его разновидностей (Россия, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан). Во второй части представлен опыт стран, в которых внедрено специализированное административное судопроизводство (Литва, Эстония, Латвия, Украина, Молдова, Грузия, Армения, Азербайджан).

Опыт каждой страны раскрывается по таким вопросам:

- акты законодательства, регулирующие сферу административной юстиции;
- суды, уполномоченные рассматривать административные споры, их компетенция и подсудность;
- особенности судопроизводства по административным делам, в частности вопросы об обязательности административного обжалования перед обращением в суд, сроках обращения в суд, составе суда, мерах временной защиты, которые он может применить, обязанности доказывания, возможных решениях суда и их исполнении.

ЧАСТЬ I.

Государства, в которых административное судопроизводство осуществляется в рамках гражданского процесса

РОССИЯ

1. Правовое регулирование административной юстиции

В соответствии с *Конституцией Российской Федерации* 1993 г. судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (ст. 118). В то же время отдельное законодательство об административном судопроизводстве в Российской Федерации (далее – РФ) пока отсутствует. Положения, по которым осуществляется правосудие в административных спорах, разпылены по разным законодательным актам.

Прежде всего, эту сферу регулируют Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» от 27 апреля 1993 г., Гражданский процессуальный кодекс РФ (далее – ГПК) от 14 ноября 2002 г. и Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – АПК) от 24 июля 2002 г.

В Верховном Суде РФ наработаны проекты закона «О федеральных административных судах в Российской Федерации», а также Кодекса административного судопроизводства. Первый из них был внесен в 2000 г. и даже принят в первом чтении Государственной Думой РФ в 2002 г.²³, второй – Верховный Суд РФ внес в 2006 г.²⁴ Оба законопроекта сохраняют актуальность, но пока недостаточно политической воли для формирования отдельной системы административной юстиции.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В РФ не созданы отдельные административные суды. Судопроизводство по административным спорам осуществляется судами общей юрисдикции (в том числе военными судами) во главе с Верховным Судом РФ, а также арбитражными судами во главе с Высшим Арбитражным Судом РФ. Системы судов общей юрисдикции и арбитражных судов организационно не связаны между собой и имеют несколько различную компетенцию.

Компетенция. В соответствии с ГПК (статьи 22, 245) суды общей юрисдикции рассматривают дела, возникающие из публичных правоотношений, которые считаются гражданскими делами. В частности к таким относятся дела:

- по заявлениям граждан, организаций, прокурора об оспаривании нормативных правовых актов;
- по заявлениям об оспаривании решений и действий (бездействия) административных органов;
- по заявлениям о защите избирательных прав или права на участие в референдуме граждан РФ.

Военные суды, которые являются судами общей юрисдикции, разрешают дела о защите прав, свобод и охраняемых законом интересов военнослужащих Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований и органов, граждан, проходящих военные сборы, от решений, действий (бездействия) органов военного управления, воинских должностных лиц.

²³ Электронная регистрационная карта на законопроект № 7886-3 О федеральных административных судах в Российской Федерации // [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=7886-3&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=7886-3&02).

²⁴ Электронная регистрационная карта на законопроект № 381232-4 Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации // [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=381232-4&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=381232-4&02).

В соответствии с АПК (статья 29) *арбитражные суды* рассматривают в порядке административного судопроизводства (именно этот термин упоминается в АПК!) возникающие из административных и иных публичных правоотношений экономические споры и иные дела, связанные с осуществлением организациями и гражданами предпринимательской и иной экономической деятельности. В частности это дела:

- об оспаривании нормативных правовых актов, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда;

- об оспаривании ненормативных правовых актов, решений и действий (бездействия) административных органов, затрагивающих права и законные интересы заявителя в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

- об административных правонарушениях, если Кодексом об административных правонарушениях РФ их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда;

- о взыскании с организаций и граждан, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, обязательных платежей, санкций, если федеральным законом не предусмотрен иной порядок их взыскания;

- другие дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, если федеральным законом их рассмотрение отнесено к компетенции арбитражного суда.

При обращении в суд с заявлением, содержащим несколько связанных между собой требований, из которых одни подведомственны суду общей юрисдикции, другие – арбитражному суду, если разделение требований невозможно, дело подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции.

Таким образом, административные по существу споры в РФ распределены между судами разной специализации: по общему правилу, они рассматриваются судами общей юрисдикции, а административные споры в сфере экономики разрешаются арбитражными судами. Проблемы в определении юрисдикции в РФ возникают нередко, и иногда их вынужден разрешать Конституционный Суд РФ.

Предметная подсудность. Большинство административных споров разрешаются по первой инстанции *судами первого звена* – районными судами, арбитражными судами субъектов РФ. *Суды общей юрисдикции второго звена* (верховный суд республики, краевой, областной суд, суд города федерального значения, суд автономной области и суд автономного округа) рассматривают по первой инстанции дела, связанные с государственной тайной; об оспаривании нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов РФ; о приостановлении деятельности или ликвидации регионального отделения либо иного структурного подразделения политической партии, межрегиональных и региональных общественных объединений и т.п.; некоторые категории

избирательных споров. *Верховному Суду РФ* в первой инстанции подсудны дела об оспаривании нормативных и ненормативных правовых актов Президента РФ и Правительства РФ, ненормативных правовых актов палат Федерального Собрания РФ, нормативных правовых актов иных федеральных органов государственной власти; об оспаривании постановлений о приостановлении или прекращении полномочий судей либо о приостановлении или прекращении их отставки (за исключением случаев прекращения полномочий судей за совершение ими дисциплинарных проступков); о приостановлении деятельности или ликвидации политических партий, общероссийских и международных общественных объединений и т.п.; некоторые категории избирательных споров; споры между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов РФ, между органами государственной власти субъектов РФ, переданных на рассмотрение в Верховный Суд Президентом РФ.

Высший Арбитражный Суд РФ рассматривает в качестве суда первой инстанции дела об оспаривании нормативных и ненормативных правовых актов Президента РФ, Правительства РФ, ненормативных правовых актов палат Федерального Собрания РФ, Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в РФ, нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти; экономические споры между РФ и субъектами РФ, между субъектами РФ.

Территориальная подсудность. В порядке гражданского судопроизводства жалоба подается по усмотрению заявителя – либо в суд по месту его жительства, либо в суд по месту нахождения административного органа. Заявление об оспаривании нормативного правового акта подается по месту нахождения органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица, принявшего нормативный правовой акт. В арбитражном судопроизводстве действует общее правило рассмотрения дел по месту нахождения ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Обжалование решений, действий либо бездействия административного органа перед обращением в суд в РФ не является обязательным. Лицо вправе обратиться с жалобой либо непосредственно в суд, либо к вышестоящему в порядке подчиненности административному органу или должностному лицу. В тоже время для споров, рассматриваемых арбитражными судами, федеральным законом могут быть установлены исключения из этого правила.

В Законе «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» имеется интересное правило. Если гражданин сначала обратился к вышестоящему органу, но ответа не получил либо получил его с нарушением срока, то он имеет право на компенсацию судебных издержек даже в случае если суд не удовлетворит жалобу. Правда, обязанность компенсировать судебные издержки почему-то возлагается на

орган, деятельность которого признана судом правомерной, а не на вышестоящий орган, который своевременно не предоставил ответ на жалобу.

В административных спорах, разрешаемых в порядке гражданского судопроизводства, лицо вправе обратиться в суд с заявлением в течение:

- трех месяцев со дня, когда ему стало известно о нарушении его прав и свобод, либо

- одного месяца со дня получения лицом письменного уведомления об отказе вышестоящего органа в удовлетворении жалобы или со дня истечения месячного срока после подачи жалобы, если не был получен на нее письменный ответ.

Пропуск трехмесячного срока обращения в суд не является для суда основанием для отказа в принятии заявления, но может стать основанием для отказа в его удовлетворении.

В арбитражном процессе для оспаривания ненормативных актов, действий, бездействия административных органов также установлен трехмесячный срок.

Административные споры в первой инстанции, как правило, рассматриваются судьей единолично. Некоторые категории дел в предусмотренных законом случаях рассматриваются коллегиально. Например, некоторые избирательные споры в судах общей юрисдикции разрешаются коллегией в составе трех профессиональных судей. В таком же составе рассматриваются дела об оспаривании нормативных правовых актов в арбитражных судах.

По общему правилу, обращение в суд не останавливает действие оспариваемого решения. Однако, приняв жалобу к рассмотрению, суд по просьбе гражданина или по своей инициативе вправе приостановить исполнение обжалуемого действия (решения). Похожие правила действуют в арбитражном судопроизводстве – там суд вправе применять обеспечительные меры.

Обязанности по доказыванию обстоятельств, послуживших основанием для принятия нормативного правового акта, его законности, а также законности оспариваемых решений, действий или бездействия административного органа возлагаются на такой орган. Лицо освобождается от обязанности доказывать незаконность обжалуемых решений, действий, бездействия, но обязано доказать факт нарушения своих прав и свобод.

В АПК можно найти несколько другую формулировку: обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия административным органом оспариваемых актов, решений, совершения действий (бездействия), возлагается на соответствующий орган. Но суть та же: действует презумпция вины органа, которую он должен опровергнуть.

В административных спорах действие принципов диспозитивности и состязательности несколько ограничено. Так, суд не связан основаниями и доводами заявленных требований. Также он может признать обязательной явку в судебное заседание представителя административного органа. На случай неявки предусмотрен штраф.

В гражданских делах об оспаривании нормативных актов отказ лица, обратившегося в суд, от своего требования не влечет за собой прекращение производства по делу. Признание требования административным органом для суда необязательно, а отмена нормативного акта самим органом не является достаточным основанием для прекращения производства по делу.

И в гражданском, и в арбитражном процессах при рассмотрении административных споров предусмотрено право суда истребовать доказательства по своей инициативе в целях правильного разрешения дела.

ГПК не предусматривает заключения мирового соглашения по административным спорам, поскольку считается, что там нет сторон, а только заявитель и заинтересованное лицо. В то же время АПК определяет, что экономические споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, могут быть урегулированы путем заключения соглашения или с использованием других примирительных процедур. Сомнительно, что такое различие в двух процессах имеет серьезную подоплеку.

Решение суда по административному спору, согласно ГПК, направляется соответствующему либо вышестоящему административному органу для исполнения, а также заявителю в течение трех дней после вступления в законную силу. Об исполнении решения должно быть сообщено суду и заявителю не позднее чем в месячный срок со дня получения решения суда.

Вступление в силу решения суда о признании нормативного правового акта недействующим влечет за собой утрату силы этого нормативного правового акта, а также других нормативных правовых актов, основанных на признанном недействующим нормативном правовом акте или воспроизводящих его содержание. Такое решение суда или сообщение о решении публикуется в печатном издании, в котором был официально опубликован нормативный правовой акт. Решение суда о признании нормативного правового акта недействующим не может быть преодолено повторным принятием такого же акта.

В заключение следует отметить, что наличие в РФ, по крайней мере, трех основополагающих актов об административном судопроизводстве, а также двух отдельных систем судов, разрешающих административные споры, на наш взгляд, не способствует унификации судебной практики и укреплению общих подходов в административном праве и процессе.

БЕЛАРУСЬ

1. Правовое регулирование административной юстиции

Кодекс о судостроительстве и статусе судей от 29 июня 2006 г. предусматривает, что судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, уголовного, хозяйственного и

административного судопроизводства (ст. 2). Административное судопроизводство осуществляется общими и хозяйственными судами (ст. 5).

В то же время отдельного законодательного акта об административном судопроизводстве в Беларуси нет. Судопроизводство по административным спорам в общих судах регулируется *Гражданским процессуальным кодексом* (далее – ГПК) от 11 января 1999 г., в частности главой 29 (производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений), а в хозяйственных судах – *Хозяйственным процессуальным кодексом* (далее – ХПК) от 15 декабря 1998 г., в частности главой 25 (производство по делам о проверке законности ненормативных правовых актов, действий, бездействия государственных органов, органов местного управления и самоуправления, должностных лиц).

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Административные по природе споры разрешают *общие суды*, в том числе военные, во главе с Верховным Судом, а также *хозяйственные суды* во главе с Высшим Хозяйственным Судом. Системы общих судов и хозяйственных судов так же, как и в России, организационно не связаны между собой. Кодекс о судостроительстве и статусе судей предусматривает возможность создания в системе общих судов специализированных судов, в том числе административных, а в рамках хозяйственных судов – например, налоговых. Однако на практике эта возможность пока не реализована.

Компетенция. *Общие суды* рассматривают в рамках гражданского судопроизводства дела:

- по жалобам на действия избирательных комиссий в случаях, предусмотренных законом;
- по жалобам на отказ органов, регистрирующих акты гражданского состояния, внести исправления или изменения в записи актов гражданского состояния;
- по жалобам на нотариальные действия или на отказ в их совершении;
- по жалобам на действия²⁵ (бездействие) административных органов;
- по жалобам на решения апелляционного совета при патентном органе;
- иные дела, возникающие из административно-правовых отношений, в случаях, предусмотренных законом.

Военные суды рассматривают жалобы военнослужащих на действия (бездействие) должностных лиц и органов военного управления.

²⁵ По определению, под действиями можно понимать и решения административных органов (*К действиям (бездействию) подлежащих судебному обжалованию, относятся коллегиальное и единоличное действия (бездействие), в результате которых гражданин незаконно лишен возможности полностью или частично осуществить право, предоставленное ему нормативным правовым актом, либо на гражданина незаконно возложена какая-либо обязанность.* – Ч. 2 ст. 353 ГПК/).

Гражданин вправе обратиться в суд с жалобой лишь в случаях, когда для разрешения отдельных жалоб законодательством не установлен иной, несудебный, порядок обжалования.

Хозяйственные суды рассматривают в рамках хозяйственного процесса хозяйственные (экономические) споры, возникающие из административных, земельных, финансовых и иных публичных правоотношений. В частности имеются в виду дела об (о):

- обжаловании ненормативного правового акта, действий, бездействия административного органа, которыми затрагиваются права заявителя в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности;

- взыскании с юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и граждан, осуществляющих предпринимательскую и иную хозяйственную (экономическую) деятельность, налогов, иных обязательных платежей, если иной порядок их взыскания не установлен законодательными актами;

- признании не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производится в бесспорном порядке;

- возврате из бюджета денежных средств, списанных в бесспорном порядке с юридических лиц и индивидуальных предпринимателей;

- отказе в выдаче (продлении срока действия) специального разрешения (лицензии);

- спорах о создании, реорганизации и ликвидации юридических лиц, организаций, не являющихся юридическими лицами, прекращении деятельности индивидуальных предпринимателей;

- спорах об отказе в государственной регистрации юридических лиц, организаций, не являющихся юридическими лицами, и индивидуальных предпринимателей.

Предметная подсудность. *Общие суды первого звена* (районные, городские) рассматривают по правилам гражданского судопроизводства по первой инстанции все дела, за исключением отнесенных к подсудности других судов. Межгарнизонные военные суды рассматривают по первой инстанции дела по спорам военнослужащих об увольнении с военной службы, о переводах, возмещении материального ущерба, предоставлении отпуска, по жалобам военнослужащих на неправомерные действия должностных лиц и органов военного управления, а также другие дела, связанные с прохождением военной службы.

Общие суды второго звена (областные, Минский городской, Белорусский военный суды), в частности, по первой инстанции рассматривают дела по жалобам на отказ в регистрации местных общественных объединений граждан, на отказ в регистрации инициативной группы по проведению областного референдума, дела, в материалах которых содержатся сведения, составляющие государственные секреты. Также эти суды вправе изъять любое дело из нижестоящих судов и принять его к своему производству в качестве суда первой инстанции.

Верховный Суд рассматривает дела в первой инстанции:

- по жалобам на отказ в регистрации республиканских и международных общественных объединений граждан;
- по заявлениям о прекращении деятельности таких объединений, по жалобам на отказ в регистрации инициативной группы по проведению республиканского референдума;
- по жалобам на отказ в регистрации политических партий;
- по заявлениям о прекращении деятельности политических партий;
- по жалобам на решения Президента по вопросам гражданства;
- по жалобам на отказ Центральной комиссии по выборам и проведению республиканских референдумов в регистрации кандидатов на пост Президента;
- по спорам, связанным с правовой охраной объектов интеллектуальной собственности и др.

Верховный Суд также вправе изъять любое дело из любого общего суда и принять его к своему производству в качестве суда первой инстанции.

Дела, подведомственные *хозяйственным судам*, рассматриваются по первой инстанции хозяйственными судами областей и приравненными к ним судами, за исключением дел, отнесенных к подсудности Высшего Хозяйственного Суда.

Высший Хозяйственный Суд рассматривает в качестве суда первой инстанции:

- дела об оспаривании ненормативных правовых актов Президента, Совета Республики и Палаты представителей Парламента, Правительства, республиканских органов государственного управления и иных республиканских органов;
- хозяйственные (экономические) споры между Республикой Беларусь и административно-территориальными единицами Республики Беларусь, а также между административно-территориальными единицами Республики Беларусь;
- дела, связанные с государственными секретами и др.

Высший Хозяйственный Суд имеет право дополнительно принимать к своему производству и рассматривать любое дело, подведомственное хозяйственным судам.

Территориальная подсудность. По общему правилу, в общий суд жалоба подается по месту нахождения административного органа, чьи действия, бездействие обжалуются.

В хозяйственных судах действует абсолютно противоположное общее правило: заявления к административным органам, вытекающие из административных правоотношений, предъявляются по месту нахождения заявителя. Заявления о незаконности решений, действий, бездействия судебного исполнителя по исполнению исполнительного документа, выданного хозяйственным судом, подаются в хозяйственный суд, при котором состоит этот судебный исполнитель.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

В соответствии с ГПК жалоба на действия (бездействие) административного органа, кроме случаев, когда законодательством установлен иной порядок, подается в суд после обжалования вышестоящему в порядке подчиненности органу, должностному лицу, который обязан рассмотреть ее и о результатах рассмотрения сообщить гражданину в месячный срок. То есть, по общему правилу, обжалование в административном порядке для граждан является обязательным перед обращением в суд.

В то же время в ХПК такое требование отсутствует. Есть только правило, что если законодательными актами для определенной категории споров установлен досудебный (претензионный) порядок урегулирования спора, спор может быть передан на рассмотрение хозяйственного суда лишь при условии соблюдения такого порядка.

Судебный процесс по административным спорам инициируется путем подачи жалобы (в общий суд) или заявления (в хозяйственный суд). Частное лицо и административный орган не признаются сторонами (истцом и ответчиком), а поэтому мирового соглашения между ними достигнуто не может быть.

Дела по первой инстанции в общих судах независимо от уровня рассматриваются судьями единолично. Только споры, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием объектов промышленной собственности, – рассматриваются в Верховном Суде в составе трех судей.

Хозяйственные суды по первой инстанции рассматривают дела как в коллегиальном составе, так и единолично. Коллегию может созвать председатель хозяйственного суда или его заместитель. При этом в нее должны входить не менее трех (нечетное количество) судей хозяйственного суда, один из которых является председательствующим.

Подача жалобы или заявления, по общему правилу, не приостанавливает действия оспариваемого акта. Но законом в некоторых случаях может быть установлен запрет на исполнение действий административного органа до истечения срока на судебное обжалование или обязательное приостановление исполнения обжалованного действия. В то же время суд вправе и в иных случаях по собственной инициативе или ходатайству заявителя приостановить исполнение обжалованного действия. ХПК предусматривает, что подача заявления об оспаривании ненормативного правового акта в хозяйственный суд и принятие его к рассмотрению не приостанавливают действия оспариваемого ненормативного правового акта. Исключений из этого правила в ХПК не установлено.

Жалоба в общий суд может быть подана в месячный срок со дня получения гражданином отказа вышестоящего органа в удовлетворении жалобы или со дня истечения месячного срока после подачи жалобы, если заявителем не был получен на нее ответ, а при отсутствии обязательного внесудебного порядка обжалования – со дня, когда гражданину стало известно о нарушении его права. Пропущенный по уважительным причинам срок для подачи жалобы может быть восстановлен судом. ХПК не

предусматривает специальных сроков обращения в суд по административным спорам.

Что касается доказывания, то в ГПК есть лишь требование к административным органам предоставить суду материалы, послужившие основанием для соответствующих действий, бездействия.

ХПК устанавливает более детальные правила: при рассмотрении заявления об оспаривании решения административного органа на такой орган возлагается обязанность доказывания:

- соответствия этого решения законодательному или иному нормативному правовому акту;
- наличия в органа надлежащих полномочий на издание оспариваемого решения.

Обязанность доказывания законности действий или бездействия органа, которые обжалуются, также возлагаются на такой орган.

При принятии решения по делу суд не связан основаниями и доводами, изложенными в жалобе или заявлении. Решение суда для устранения допущенных нарушений направляется руководителю административного органа либо в вышестоящий в порядке подчиненности орган после вступления решения в законную силу. Об исполнении решения суда по жалобе должно быть сообщено суду и заявителю не позднее чем в месячный срок со дня получения решения суда.

Следует отметить, что наличие двух не унифицированных актов, регулирующих административное судопроизводство, а также двух отдельных систем судов, разрешающих административные споры, свидетельствует о разных и не всегда обоснованных подходах для защиты физических лиц и юридических лиц. Физические лица, на наш взгляд, находятся в более ущемленном положении. Также нельзя не обратить внимание на существенные ограничения в том, что может быть предметом обжалования в квази-административном судопроизводстве в Беларуси. В частности, нормативные правовые акты не могут быть предметом обжалования.

КАЗАХСТАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

Публично-правовые споры частных лиц с органами власти в Казахстане разрешаются в соответствии со специальными предписаниями *Гражданского процессуального кодекса* (далее – ГПК) от 13 июля 1999 г. В частности, в ст. 3 этого Кодекса указано, что законодательство о гражданском судопроизводстве устанавливает порядок рассмотрения дел по спорам, возникающим, в том числе, из административных правоотношений.

Для разрешения административных и иных публично-правовых споров ГПК предусматривает так называемое «особое исковое производство». В соответствующем подразделе урегулированы особенности производства по делам:

- об оспаривании решений, действий или бездействия административных органов;
- по делам об оспаривании законности нормативных правовых актов;
- о защите избирательных прав;
- об оспаривании решений, действий (бездействия) местных исполнительных органов, нарушающих права граждан на участие в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя;
- по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

По существу, первая из указанных категорий публично-правовых споров является общей для административной юстиции, остальные – являются частными случаями этой категории.

Что касается возможности обжаловать подзаконные нормативные правовые акты, то оспаривать законность нормативных правовых актов, проверка которых отнесена к компетенции Конституционного Совета, запрещено. Таким образом, в этих случаях возможна проверка лишь конституционности таких актов, но не законности.

С утверждением в 2009 г. Президентом *Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года* правовое регулирование в сфере защиты прав частных лиц в отношениях с административными органами может измениться. Во-первых, в Концепции констатирована важность развития «административно-процессуального права, вершиной которого стало бы принятие Административного процессуального кодекса. При этом следует четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства». Имеется в виду вопрос, нужно ли включать в Административный процессуальный кодекс положения о производстве по делам об административных проступках. В этой связи целеполагающими являются положения Концепции о том, что «в контексте развития административно-процессуального права следует рассматривать вопрос об административной юстиции, разрешающей споры о праве, возникающие из публично-правовых отношений между государством и гражданином (организацией). То есть подлежит рассмотрению вопрос процессуального обособления и легитимации порядка разрешения конфликтов публично-правового характера.

Таким образом, административное судопроизводство должно стать полноправной формой осуществления правосудия, наряду с уголовным и гражданским судопроизводством».

Понимание административных судов как институций административной юстиции, а не административной репрессии привело к закреплению в Концепции положений о том, что «на базе действующих административных судов необходимо создание системы административной юстиции, рассматривающей публично-правовые споры» с исключением дел об административных правонарушениях из юрисдикции этих судов.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Публично-правовые споры с органами власти разрешаются в Казахстане *общими* – прежде всего городскими и районными судами. К разрешению таких дел также причастны *военные суды* и *специализированный финансовый суд*. Также здесь созданы *специализированные административные суды*. Но их уникальность в том, что они рассматривают только дела об административных правонарушениях и не являются органами административной юстиции (разве что кроме случаев рассмотрения жалоб на решения административных органов именно по этим делам).

Компетенция. В соответствии со ст. 24 ГПК о подсудности гражданских дел судам, суды рассматривают иски по спорам, вытекающим из гражданских, семейных, трудовых, жилищных, административных, финансовых, хозяйственных, земельных правоотношений, отношений по использованию природных ресурсов и охране окружающей среды и других правоотношений, в том числе отношений, основанных на властном подчинении одной стороны другой. Акт, принятый административным органом, может быть оспорен в суде.

Предметная подсудность. Большинство дел о публично-правых спорах разрешаются районными, городскими и приравненными к ним судами. Исключения установлены для некоторых категорий споров, возникающих из законодательства о выборах и референдуме, которые рассматриваются судом высшего уровня.

Специализированные административные суды рассматривают дела об оспаривании постановлений административных органов по делам об административных правонарушениях.

Специализированные экономические суды рассматривают административные споры между административными органами и юридическими лицами, а также индивидуальными предпринимателями.

Военные суды рассматривают гражданские дела об обжаловании военнослужащими, гражданами, проходящими военные сборы, действий или бездействия должностных лиц и органов военного управления.

Специализированный финансовый суд рассматривает дела об обжаловании участниками регионального финансового центра г. Алматы действий (бездействия) должностных лиц и органов этого регионального финансового центра и другие дела, если одной из сторон является участник регионального финансового центра г. Алматы.

Территориальная подсудность. По общему правилу гражданского судопроизводства, территориальная подсудность определяется местом нахождения ответчика. Иски в пенсионных спорах могут предъявляться по месту жительства истца. Иски об оспаривании постановлений о наложении административных взысканий могут предъявляться также по месту жительства истца. В принципе, заявления об обжаловании решений (кроме нормативных правовых актов), действий или бездействия административных органов, рассмотрение которых отнесено к подсудности районных судов,

могут быть поданы в суд как по месту жительства гражданина, либо же в суд по месту нахождения административного органа. Отказ в разрешении на выезд из Казахстана за границу по основанию, что заявитель осведомлен о сведениях, составляющих государственную тайну, оспаривается по месту принятия решения об оставлении просьбы о выезде без удовлетворения.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

При обжаловании решений, действий или бездействия административного органа предварительное обращение в вышестоящие органы или к должностному лицу не является обязательным условием для предъявления заявления в суд и его принятия судом к рассмотрению и разрешению по существу.

В соответствии со ст. 280 ГПК и ст. 17 Закона «Об административных процедурах» от 27 ноября 2000 г. частное лицо вправе обратиться в суд с заявлением в течение 3 месяцев со дня, когда ему стало известно о нарушении их прав, свобод и охраняемых законом интересов. На постановление административного органа по делу об административном правонарушении жалоба может быть подана в суд в течение 10 дней со дня вручения копии постановления.

Пропуск срока для обращения в суд не является основанием для отказа в принятии заявления. Причины пропуска срока выясняются в судебном заседании при рассмотрении заявления по существу и могут являться одним из оснований к отказу в удовлетворении заявления.

Административные споры в суде первой инстанции рассматриваются судьей единолично.

По общему правилу, подача заявления в суд об оспаривании акта (в том числе нормативного правового) не приостанавливает его действия. В то же время одной из мер обеспечения иска предусмотрено приостановление действия оспариваемого акта административного органа. Исключение предусмотрено для дел об оспаривании постановлений в делах об административных правонарушениях – подача жалобы в суд приостанавливает исполнение постановления об административном взыскании.

Что касается доказывания, то в публично-правовых спорах, так же как и в гражданских делах, действует принцип состязательности сторон. Суд полностью освобожден от сбора доказательств по собственной инициативе. Презумпции вины административного органа и обязанности его доказывать правомерность своего решения, действия или бездействия не предусмотрено. Лишь при рассмотрении заявления об оспаривании нормативного правового акта обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия указанного акта, возлагается на орган или должностное лицо, принявшее акт.

Решение суда об удовлетворении иска к административному органу направляется для устранения допущенных нарушений руководителю соответствующего органа или должностному лицу, решения, действия,

бездеятельность которых были оспорены, либо вышестоящему в порядке подчиненности органу в течение трех дней после вступления решения суда в законную силу. Указанные субъекты должны сообщить суду и частному лицу об исполнении решения не позднее чем в месячный срок со дня получения решения суда.

Решение суда о признании незаконным нормативного правового акта или сообщение о нем должно быть опубликовано в средствах массовой информации, в которых был опубликован нормативный правовой акт. После вступления в силу такого решения суда нормативный правовой акт считается недействующим с момента его принятия.

КЫРГЫЗСТАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

Административные дела в Кыргызстане разрешаются в соответствии с *Гражданским процессуальным кодексом* (далее – ГПК) от 29 декабря 1999 г. с последующими изменениями. Примечательно, что ГПК оперирует понятием административного дела, которое является составляющей понятия гражданского дела и определено как «дела, вытекающие из административных правоотношений, сторонами которых являются органы государственной власти, органы местного самоуправления, их должностные лица, а также граждане и юридические лица».

Производство по административным делам осуществляется судами по общим правилам гражданского судопроизводства с учетом главы 26 ГПК «Особенности гражданского судопроизводства по административным делам» (в редакции Закона от 25 июля 2008 года №168). Вместе с тем отдельными главами ГПК регулируются особенности производства по делам о защите избирательных прав, а также по заявлениям о включении в окончательный список кандидатов в присяжные заседатели либо об исключении, а также об исправлении неправильностей записей в окончательном списке кандидатов в присяжные заседатели.

Конституцией Кыргызской Республики 2010 г. установлено, что судебная система состоит из Верховного суда и местных судов. Законом могут учреждаться специализированные суды (ст. 93). Так, *Законом Кыргызской Республики «О Верховном суде Кыргызской Республики и местных судах»* от 18 июля 2003 г. предусмотрено межрайонные суды, которые имеют статус районного суда, но разрешают только административные и экономические дела.

Следует отметить, что после утверждения на референдуме в июле 2010 г. новой Конституции запланировано разработать новые Закон «О Верховном суде Кыргызской Республики и местных судах» и ГПК.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Правовые споры рассматриваются в различных инстанциях судами трех уровней – районными (в том числе межрайонными), областными, а также Верховным судом.

Районными судами считаются районные и приравненные к ним суды – районный суд в городе, городской суд, военный суд гарнизонов, межрайонный суд области и города Бишкек. *Межрайонные суды* специализируются на разрешении одновременно административных и экономических дел.

Областными являются областные и приравненные к ним суды – Военный суд Кыргызской Республики и Бишкекский городской суд.

В областных судах и *Верховном суде* учреждены коллегии по разрешению административных и экономических дел.

Компетенция. Суды в порядке гражданского судопроизводства, в частности, рассматривают дела, возникающие из государственно-правовых, административно-правовых, налоговых и других отношений, основанных на властном подчинении одной стороны другой; дела об оспаривании решений и действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц, государственных служащих; дела об оспаривании нормативных правовых актов; дела по экономическим спорам, возникающим в том числе из административных правоотношений.

Дела об оспаривании решений, действий и бездействия административных органов рассматриваются в порядке искового судопроизводства.

В порядке гражданского судопроизводства по административным делам суды рассматривают:

- заявления о признании недействительными постановлений административных органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;
- заявления о признании недействительными ненормативных актов административных органов;
- заявления о признании недействительными нормативных правовых актов административных органов;
- заявления об оспаривании действий или бездействия административных органов.

Предметная подсудность. Административные дела рассматриваются по первой инстанции межрайонными судами. Так, *межрайонный суд* разрешает административные дела:

- по спорам между учредителями юридических лиц, юридическими лицами и административными органами по вопросам регистрации, перерегистрации и ликвидации юридических лиц;
- об оспаривании нормативных правовых актов административных органов, не соответствующих закону и нарушающих права, свободы и охраняемые законом интересы граждан и юридических лиц;

- об оспаривании прокурорами в пределах своей компетенции нормативных правовых актов, касающихся неопределенного круга лиц и нарушающих права и свободы граждан и юридических лиц;
- об оспаривании ненормативных актов, решений, действий (бездействия) административных органов;
- об оспаривании постановлений административных органов, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях, кроме постановлений судов;
- по экономическим спорам, возникающим из административных, налоговых, таможенных и иных правоотношений.

Дела о защите избирательных прав, дела об установлении неправильностей записей в книгах регистрации актов гражданского состояния, дела по заявлениям на совершение нотариальных действий или отказ в их совершении, а также по заявлениям относительно списка кандидатов в присяжные заседатели рассматриваются *районными судами*.

Военным судом гарнизона рассматриваются дела по защите прав военнослужащих, а также военнообязанных во время прохождения ими сборов от действий (бездействия) органов военного управления, воинских должностных лиц и принятых ими решений.

Территориальная подсудность. Административные дела рассматриваются по первой инстанции по месту нахождения административных органов, чьи акты, действия или бездействие обжалуются в суд.

При обжаловании актов, действий или бездействия нескольких административных органов заявление подается в суд по месту нахождения одного из таких органов по выбору заявителя.

Иски о восстановлении трудовых, пенсионных и жилищных прав, заявления об оспаривании постановлений о наложении взысканий, вынесенных административными органами, уполномоченными рассматривать дела об административных правонарушениях, могут предъявляться также по месту жительства истца.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Решения, действия или бездействие административного органа могут быть обжалованы как в вышестоящий в порядке подчиненности орган либо к его должностному лицу, так и в суд. Решения исполнительных органов местного самоуправления обжалуются только в судебном порядке. Подача административной жалобы не исключает права на одновременную или последующую подачу аналогичной жалобы (искового заявления) в суд (ст. 44 Закона «Об административных процедурах» от 1 марта 2004 г.).

По общему правилу, для подачи иска по административному делу в суд установлено три месяца со дня получения копии акта административного органа либо со дня, когда заявитель узнал о вынесении данного акта. При обжаловании действий административного органа этот срок отсчитывается со дня, когда заявитель узнал о его совершении. При обжаловании же

бездействия административного органа заявление подается в течение трех месяцев по истечении одного месяца со дня обращения в соответствующий орган, по которому не было получено ответа либо получен ответ, с которым заявитель не согласен.

При обращении граждан и юридических лиц в вышестоящий в порядке подчиненности орган трехмесячный срок для обращения в суд начинает течь по окончании одного месяца с момента обращения при неполучении ответа либо получении ответа с отказом в удовлетворении их требований.

Подача заявления в суд не приостанавливает действие оспариваемого акта или действия, за исключением постановлений о привлечении к административной ответственности.

Дела по первой инстанции рассматриваются, как правило, судьями единолично. Административные дела в областных судах в апелляционном и кассационном порядке рассматриваются судебной коллегией по административным и экономическим делам – в составе трех судей. Административные дела рассматриваются в порядке надзора в Верховном суде судебной коллегией по административным и экономическим делам в составе трех судей.

По общему правилу, лица, участвующие в деле, должны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований и возражений. Другими словами, доказательства представляют стороны и другие лица, участвующие в деле, но суд вправе предложить им представить дополнительные доказательства. В то же время по собственной инициативе суд доказательства не истребует.

Обязанность доказывания законности и обоснованности акта, действия, бездействия административного органа, обжалуемого в суде, возлагается на орган, принявший такой акт или допустивший действия (бездействие).

При пересмотре актов административных органов суд проверяет:

- компетенцию органа, принявшего оспариваемый акт;
- соответствие акта Конституции и иным законам;
- нарушены ли права, свободы и законные интересы лица, обратившегося в суд, либо созданы ли препятствия к осуществлению этим лицом его прав, свобод и законных интересов.

При этом суд не связан доводами, изложенными в заявлении об оспаривании акта, действия или бездействия органа.

ГПК определяет полномочия суда при разрешении административных дел. Так, в результате рассмотрения заявления о признании недействительным ненормативного акта, обжалования действия, бездействия административного органа суд вправе вынести решение, которым признать недействительным оспариваемый акт полностью или в части либо обязать орган или должностное лицо, допустившее обжалуемое действие или бездействие, устранить в полном объеме допущенное нарушение прав заявителя.

В результате рассмотрения заявления о признании недействительным нормативного правового акта суд вправе вынести решение, которым

признать недействительным полностью или в части обжалуемый акт. Если данный акт был ранее опубликован средствами массовой информации, то в резолютивной части решения указывается об обязанности данного средства массовой информации опубликовать сообщение о вынесенном решении в срок, установленный судом.

В результате рассмотрения заявления о признании недействительным постановления административного органа, уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях, суд вправе вынести решение которым:

- признать недействительным данное постановление и прекратить производство по делу об административном правонарушении;

- изменить постановление, учитывая характер совершенного административного правонарушения, личность нарушителя, степень его вины, имущественное положение, иные обстоятельства, смягчающие ответственность, не устанавливая при этом административного взыскания или иным образом не ухудшая положения лица, в отношении которого вынесено постановление;

- признать недействительным постановление и направить дело об административном правонарушении по подведомственности;

- признать недействительным данное постановление и направить дело об административном правонарушении на новое рассмотрение административному органу.

УЗБЕКИСТАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

В Узбекистане административные споры рассматриваются двумя автономными системами судов – судами по гражданским и уголовным делам, в том числе военными судами, во главе с Верховным судом и хозяйственными судами во главе с Высшим хозяйственным судом. В рамках последнего даже действует Судебная коллегия по разрешению споров, возникающих из административных правоотношений. Такая судебная система установлена *Конституцией* 1992 г. и *Законом «О судах»* от 2 сентября 1993 г. (в редакции Закона от 14 декабря 2000 г. №162-II).

Конституция предусматривает административное судопроизводство наряду с гражданским и уголовным судопроизводством, однако оно регулируется в рамках *Гражданского процессуального кодекса* (далее – ГПК) и *Хозяйственного процессуального кодекса* (далее – ХПК) – оба от 30 августа 1997 г.

В первом кодексе есть подраздел о производстве по жалобам и заявлениям на действия (решения) государственных и иных органов, а также должностных лиц. Он регулирует судопроизводство по жалобам на действия и решения, нарушающие права и свободы граждан, по жалобам на отказ или неправильное совершение действия нотариусом или органом записи актов

гражданского состояния, по заявлениям прокурора о признании правового акта незаконным. Такие дела рассматриваются судами по общим правилам гражданского судопроизводства с изъятиями и дополнениями, указанными в соответствующем подразделе ГПК.

ХПК практически не устанавливает особенностей рассмотрения административных споров.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В Узбекистане административные дела при участии граждан рассматриваются *судами по гражданским делам*, а также *военными судами* – по искам или жалобам военнослужащих к командованию и по делам, касающимся государственных секретов. Последней инстанцией по отношению к этим судам является *Верховный суд*.

Административные споры при участии юридических лиц и предпринимателей рассматривают *хозяйственные суды* (хозяйственный суд Республики Каракалпакстан, хозяйственные суды областей и города Ташкента), возглавляемые Высшим хозяйственным судом. Последний состоит из двух судебных коллегий – по разрешению споров, возникающих из гражданских правоотношений, и по разрешению споров, возникающих из административных правоотношений.

Отдельных административных судов не создано, хотя закон предусматривает, что в Республике Узбекистан может осуществляться специализация судов по категориям дел.

Компетенция. Компетенция *судов* по рассмотрению административных дел является ограниченной. Так, в ГПК предусмотрено, что суды рассматривают жалобы на любые решения и действия, нарушающие права граждан, но кроме решений и действий, в отношении которых законом предусмотрен иной порядок обжалования. То есть наличие административного порядка обжалования исключает возможность обращения в суд, если закон не предусматривает на этот случай альтернативу.

По особым правилам ГПК разрешаются такие споры из публично-правовых отношений: по жалобам на действия и решения, нарушающие права и свободы граждан, по жалобам на отказ или неправильное совершение действия нотариусом или органом записи актов гражданского состояния; по заявлениям прокурора о признании правовых актов незаконными.

Хозяйственным судам подведомственны дела по спорам, возникающим в экономической сфере в частности из административных правоотношений между юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями и административными органами. Определение подсудности дел хозяйственным судам свидетельствует о том, что они не рассматривают жалобы на нормативные правовые акты.

Предметная подсудность. Большинство административных споров, рассматриваемых по правилам гражданского судопроизводства, подсудны *межрайонным, районным (городским) судам по гражданским делам*.

Военным судам подсудны дела по искам военнослужащих к командованию воинских частей, соединений и объединений, органов военного управления и жалобы на действия (решения) органов военного управления и воинских должностных лиц, а также дела, касающиеся государственных секретов.

Все хозяйственные административные споры рассматриваются *местными хозяйственными судами*, кроме подсудных *Высшему хозяйственному суду* споров, вытекающих из экономических соглашений между административными органами, а также дел о признании недействительными не имеющих нормативного характера актов высших органов власти.

Вышестоящие суды наделены правом изъять любое дело из нижестоящего суда и принять его к своему производству по первой инстанции или передать дело из одного суда в другой.

Территориальная подсудность. По административным спорам, рассматриваемым в порядке гражданского судопроизводства, установлена альтернативная подсудность – жалоба подается по усмотрению гражданина в суд по месту его жительства или в суд по месту нахождения административного органа. В хозяйственном судопроизводстве действует общее правило подачи иска по месту нахождения ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Гражданин вправе обжаловать решения и действия административного органа непосредственно в суд либо к вышестоящему в порядке подчиненности органу. Если гражданину в удовлетворении жалобы, поданной в административном порядке, отказано или он не получил ответа в течение месяца со дня ее подачи, он вправе обратиться с жалобой в суд.

Для обращения гражданина в суд с жалобой устанавливаются такие сроки:

- три месяца со дня, когда гражданину стало известно о нарушении его прав и свобод;

- один месяц со дня получения гражданином письменного уведомления об отказе вышестоящего органа, должностного лица в удовлетворении жалобы или со дня истечения месячного срока после подачи жалобы, если гражданином не был получен на нее письменный ответ.

Пропущенный по уважительной причине срок подачи жалобы может быть восстановлен судом.

Дела по первой инстанции во всех судах рассматриваются судьей единолично. Высший хозяйственный суд разрешает подсудные ему споры в составе трех судей. По решению председателя хозяйственного суда любое дело может быть рассмотрено коллегиально в составе трех или другого нечетного количества судей.

Каких либо существенных особенностей производства по административным спорам в процессуальных кодексах не установлено. Разве что по ХПК при рассмотрении споров о признании недействительными актов

административных органов обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия таких актов, возлагается на орган, принявший акт. А в ГПК установлена обязанность административного органа сообщить суду и гражданину в месячный срок об исполнении решения суда.

ТАДЖИКИСТАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

В Таджикистане административные споры разрешаются двумя ветвями судов – судами общей юрисдикции, в том числе военными судами, во главе с Верховным судом и экономическими судами во главе с Высшим экономическим судом. Такая система определена *Конституцией* 1994 г. и *конституционным законом «О судах Республики Таджикистан»* от 6 августа 2001 г.

В судах общей юрисдикции эти споры разрешаются по правилам *Кодекса об административных процедурах* (далее – КАП) от 5 марта 2007 г. и *Гражданского процессуального кодекса* (далее – ГПК) от 5 января 2008 г., а в экономических судах – по правилам *Кодекса об экономическом судопроизводстве* (далее – КЭС) от 5 января 2008 г.

КАП регулирует не только порядок осуществления административного судопроизводства, но и процедуры подготовки, принятия и исполнения административных актов индивидуального и нормативного характера, рассмотрения административных заявлений и жалоб. ГПК и КЭС имеют разделы, регулирующие производство по делам, возникающим из публичных правоотношений. Следует отметить, что КАП и ГПК регулируют административное судопроизводство в одних и тех же судах несколько коллизионно.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Суды общей юрисдикции состоят из городских и районных судов (первый уровень), суда Горно-Бадахшанской автономной области, областных судов, суда города Душанбе (второй уровень), Верховного суда (третий уровень), а также из *военного суда*. В структуре судов второго уровня, а также в Верховном суде учреждены судебные коллегии по административным делам.

Экономическими судами являются экономический суд Горно-Бадахшанской автономной области, экономические суды областей, экономический суд города Душанбе (первый уровень) и Высший экономический суд (второй уровень).

Компетенция. По специальным правилам гражданского судопроизводства рассматриваются такие дела, возникающие из публичных правоотношений:

- по заявлениям об оспаривании решений, действий или бездействия административных органов;

- по заявлениям о защите избирательных прав граждан или права на участие в референдуме;

- по заявлениям об оспаривании постановлений административных органов, уполномоченных рассматривать материалы об административных правонарушениях;

- иные дела из публичных правоотношений, отнесенные законом к ведению судов общей юрисдикции.

Предметом спора, разрешаемого в суде в порядке КАП, могут являться:

- соответствие индивидуального или нормативного административного акта законам, указам Президента и постановлениям Правительства;

- обязанность административного органа по возмещению вреда;

- обязанность административного органа по принятию административного акта или осуществлению какого-либо иного действия по административной процедуре.

Военным судам подсудны все административные дела по искам военнослужащих к командованию воинских частей, соединений и объединений Вооруженных Сил и другие административные дела, в которых одной из сторон являются военнослужащие

Экономические суды рассматривают экономические споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, в частности:

- об оспаривании ненормативных правовых актов административных органов в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;

- о взыскании с граждан и организаций, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность, обязательных платежей, санкций, если законом не предусмотрен иной порядок их взыскания;

- о возврате из бюджета денежных средств, незаконно списанных контролирующими органами в бесспорном (безакцептном) порядке.

Возможность оспаривания в экономическом суде нормативных правовых актов не предусмотрена.

Предметная подсудность. Большинство административных дел по первой инстанции рассматривается судами общей юрисдикции и экономическими судами первого уровня. Хотя законом могут быть определены случаи разрешения административных дел судами высшего уровня. Например, Высший экономический суд рассматривает в качестве суда первой инстанции дела об оспаривании ненормативных правовых актов Правительства в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности.

Территориальная подсудность. В судах общей юрисдикции по административным спорам установлена альтернативная подсудность: заявление может быть подано гражданином в суд по месту его жительства или в суд по месту нахождения административного органа, решение, действие, бездействие которого оспариваются. Отказ в разрешении на выезд из Республики Таджикистан в связи с тем, что заявитель осведомлен о

сведениях, составляющих государственную тайну, оспаривается в суде по месту принятия решения об оставлении просьбы о выезде без удовлетворения.

В экономических судах действует общее правило территориальной подсудности – по месту нахождения ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Правила ГПК и КАП предусматривают, что обращение заинтересованного лица в вышестоящий в порядке подчиненности орган или к должностному лицу не является обязательным условием для подачи заявления в суд. Заявитель сохраняет за собой право на обращение с жалобой в суд за защитой нарушенного права или свободы без обращения в административный орган. В экономическом судопроизводстве предусмотрено, что для определенной категории споров законом может быть установлен досудебный порядок урегулирования. В таких случаях спор передается на разрешение экономического суда после соблюдения такого порядка.

И в гражданском, и в экономическом судопроизводстве действует трехмесячный срок для обращения в суд с заявлением об оспаривании решения, действия (бездействия) административного органа. Он исчисляется со дня, когда лицу стало известно о нарушении его прав и свобод. В то же время в соответствии с КАП иск о признании административного акта недействительным или о признании утратившим силу может быть предъявлен в суд в шестимесячный срок после ознакомления с ним или с решением, связанным соответственно с административной жалобой.

КАП предусматривает четыре вида административных исков:

- о признании административного акта недействительным или о признании утратившим силу;
- о принятии административного акта;
- об осуществлении действия или о воздержании от такого действия;
- о признании (права или правоотношения).

По КАП предъявление иска в суд приостанавливает действие обжалованного административного акта, кроме случаев, если это связано с внесением налогов, сборов или иных обязательных платежей, или он издан во время чрезвычайного или военного положения, объявленного на основании соответствующего закона. Но и в этих случаях сторона вправе обратиться в суд с ходатайством о приостановлении действия административного акта.

Административные споры по первой инстанции рассматриваются судьями единолично.

В соответствии с ГПК при рассмотрении и разрешении дел, возникающих из публичных правоотношений, не применяются нормы искового производства о признании иска, встречном иске, мерах по обеспечению иска, мировом соглашении сторон. В то же время КАП предусматривает право административного органа завершить дело мировым

соглашением сторон, отказаться от иска или признать иск в случае, если это не противоречит закону

Обязанность доказывания законности решений, действий, бездействия возлагается на административный орган, принявший решение или допустивший действия (бездействие), которые оспариваются. В гражданском процессе на административный орган также возложена обязанность доказывания обстоятельств, послуживших основанием для принятия нормативного правового акта.

При рассмотрении дел, возникающих из публичных правоотношений, суд более активен и может истребовать доказательства по своей инициативе в целях правильного разрешения дела.

КАП устанавливает интересные положения о судебных решениях по административным искам. Так, если административный акт является незаконным, суд выносит решение о признании его недействительным. Если такой акт был исполнен до вынесения судебного решения, суд по ходатайству стороны указывает в решении порядок отмены исполнения.

В случае признания административного акта утратившим силу до вынесения судебного решения, суд вправе при наличии законных интересов стороны и по её ходатайству признать данный административный акт недействительным.

Если же суд признает, что административный акт принят без выяснения и оценки обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, он вправе, не решая спорный вопрос, признать административный акт недействительным и поручить административному органу после выявления и оценки этих обстоятельств принять новый административный акт. Суд выносит это решение, если для признания административного акта недействительным существует безотлагательный законный интерес стороны.

Судебное решение о признании административного акта недействительным имеет обязательную силу. Если признание административного акта недействительным создает значительную угрозу государственной или общественной безопасности или повлечет существенное увеличение расходов государственного бюджета, суд вправе вместо признания административного акта недействительным объявить его утратившим силу.

Резолютивная часть решения суда должна быть опубликована в том же порядке, в каком был опубликован административный акт.

ТУРКМЕНИСТАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

По *Конституции Туркменистана* 1992 г. граждане имеют право обжаловать в суд решения и действия государственных органов, а также требовать возмещения в судебном порядке материального и морального

ущерба, причинённого им незаконными действиями государственных органов (ст. 43, 44).

Закон «О суде» от 15 августа 2009 г. предусматривает административное судопроизводство наряду с гражданским, арбитражным и уголовным (ст. 1). Однако, по всей видимости, административным судопроизводством считается производство по делам об административных правонарушениях, поскольку этот же закон предусматривает деятельность судей по административному и исполнительному производству, которые, прежде всего, рассматривают дела об административных правонарушениях.

Производство в суде по административным спорам осуществляется по *Гражданскому процессуальному кодексу* (далее – ГПК) от 29 декабря 1963 г., а в спорах по искам юридических лиц и физических лиц - предпринимателей – по *Арбитражному процессуальному кодексу* (далее – АПК) от 19 декабря 2000 г.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В Туркменистане действуют этрапские суды и суды городов с правами этрапа, велятские суды и суды городов с правами веляята, Арбитражный суд, Верховный суд.

Гражданские дела, в том числе возникающие из административно-правовых отношений, рассматриваются всеми этими судами, кроме Арбитражного суда.

Арбитражное судопроизводство, в частности по делам из правоотношений в сфере управления, осуществляется велятскими и Ашхабадским городским судами, Арбитражным судом и Верховным судом.

Также в Туркменистане действуют судьи по административному и исполнительному производству, рассматривающие дела об административных правонарушениях и осуществляющие контроль за работой судебных исполнителей.

Компетенция. Закон «О суде» дублирует положение Конституции о праве на судебную защиту от неправомерных действий административных органов, но дополнительно предусматривает, что иной порядок защиты прав граждан может быть установлен законами.

В порядке гражданского судопроизводства (по ГПК) разрешаются такие дела, возникающие из административно-правовых отношений:

- по жалобам на неправильности в списках избирателей;
- по жалобам на действия административных органов в связи с наложением административных взысканий;
- по жалобам на неправомерные действия административных органов, ущемляющие права граждан, отнесенные законом к компетенции судов;
- по заявлениям прокурора о признании опротестованного им правового акта незаконным;
- о взыскании с граждан недоимки по налогам, самообложению сельского населения и государственному обязательному страхованию.

К действиям органов, подлежащим судебному обжалованию, относятся коллегиальные и единоличные действия, в результате которых гражданин незаконно лишен возможности осуществить право, которое предоставлено ему законом или иным нормативным актом, или на него незаконно возложена какая-либо обязанность.

В порядке арбитражного судопроизводства (по АПК) разрешаются, в частности, споры юридических лиц либо физических лиц-предпринимателей с административными органами, вытекающие из правоотношений в сфере управления, в том числе о признании недействительными актов административных органов, а также о возмещении убытков, связанных с принятием таких актов.

Следует обратить внимание на существенные ограничения, которые существуют как в гражданском, так и арбитражном судопроизводстве:

- не могут быть обжалованы в суд действия административных органов, если законом предусмотрен иной порядок их обжалования и разрешение которых законодательством отнесено к ведению других органов;
- не подлежат судебному обжалованию нормативные правовые акты.

Предметная подсудность. Все административные споры, разрешаемые в порядке гражданского судопроизводства, подсудны в первой инстанции судам низшего уровня – *этрапскому или городскому суду*. Но *велятские и Ашгабатский городской суд*, а также *Верховный суд* вправе изъять любое дело из нижестоящего суда и принять его к своему производству в качестве суда первой инстанции.

Велятские и Ашгабатский городской суд рассматривают в первой инстанции большинство административных споров, которые разрешаются по правилам арбитражного судопроизводства. К исключительной подсудности *Арбитражного суда* относятся споры, в которых одной из сторон является иностранное юридическое лицо или предприниматель, о признании недействительности актов ненормативного характера центральных органов, а также о возмещении убытков, связанных с принятием таких актов.

Территориальная подсудность. Жалоба подается суд по месту нахождения административного органа, чьи действия обжалуются. Иски о восстановлении пенсионных прав, а также связанные с возмещением ущерба, причиненного незаконным осуждением, незаконным привлечением к уголовной ответственности, незаконным применением заключения под стражу либо незаконным наложением административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, могут предъявляться также по месту жительства истца. Жалоба на постановление административного органа о наложении штрафа или о взыскании в административном порядке подается по месту жительства гражданина.

В арбитражном процессе действует общее правило о подсудности дела по месту нахождения ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

АПК не предусматривает никаких особенностей рассмотрения административных споров.

По ГПК жалоба на действия административного органа подается в суд после их обжалования вышестоящему в порядке подчиненности органу или должностному лицу. Жалоба может быть подана в суд не только потерпевшим гражданином или его представителем, но и по просьбе гражданина – надлежаще уполномоченным представителем общественной организации, трудового коллектива.

Жалоба может быть подана в суд в месячный срок, исчисляемый со дня получения гражданином отказа вышестоящего органа либо должностного лица в удовлетворении жалобы или со дня истечения месячного срока после подачи жалобы вышестоящему органу или должностному лицу, если заявителем не был получен на нее ответ. Пропущенный по уважительной причине срок для подачи жалобы может быть восстановлен судом.

Жалоба на постановление административного органа о наложении штрафа или о взыскании в административном порядке может быть подана в суд в течение десяти дней со дня вручения гражданину.

Дела по жалобам (а в арбитражном процессе – по искам) на действия административных органов рассматриваются судьей единолично. В соответствии с АПК, по решению председателя суда любое дело может быть рассмотрено коллегиально.

По общему правилу, подача жалобы не приостанавливает обжалуемое действие. Только жалоба на постановление о наложении штрафа или о взыскании в административном порядке приостанавливает такое взыскание.

Что касается доказывания, то в гражданском процессе в любом деле, независимо от того, является ли оно частноправовым спором или публично-правовым, суд не ограничивается представленными материалами и объяснениями и вправе собирать доказательства по своей инициативе. В арбитражном процессе обязанность по доказыванию возложена только на стороны и другие лица, участвующие в деле.

Суд, по результатам рассмотрения жалобы, ограничен в способах защиты нарушенных прав – он может лишь вынести решение об обоснованности жалобы и обязанности соответствующего административного органа устранить допущенное нарушение. Решение суда по жалобе для устранения допущенных нарушений направляется административному органу либо вышестоящему в порядке подчиненности органу или должностному лицу. Об исполнении решения суда по жалобе должно быть сообщено суду и заявителю не позднее чем в месячный срок со дня получения решения суда. В случае неисполнения решения суд может наложить штраф.

Часть II.

ГОСУДАРСТВА СО СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫМ АДМИНИСТРАТИВНЫМ СУДОПРОИЗВОДСТВОМ

ЛИТВА

1. Правовое регулирование административной юстиции

Конституция Литвы 1992 г. предусматривает для рассмотрения административных, трудовых и семейных дел, а также дел других категорий, возможность учреждения специализированных судов (ст. 111). *Закон «О судах Литвы»* от 31 мая 1994 г. (в редакции 2002 г. с последующими изменениями) определяет, что единую судебную систему Литвы составляют суды общей юрисдикции и специализированные суды. Суды общей юрисдикции рассматривают гражданские и уголовные дела, а также дела об административных правонарушениях, отнесенные законодательством к их компетенции. Специализированными судами, рассматривающими дела по спорам, возникающим из административных правовых отношений, являются Высший административный суд и окружные административные суды. Административные суды полностью автономны по отношению к судам общей юрисдикции.

Процессуальная деятельность административных судов регламентирована *Законом «О производстве по административным делам»* от 14 января 1999 г. (в редакции 2000 г. с последующими изменениями). В определенных этим законом случаях административный суд применяет нормы Гражданского процессуального кодекса. Помимо общего порядка административного судопроизводства закон определяет особенности рассмотрения дел о законности нормативных актов, дел о нарушениях законов о выборах и референдуме, жалоб на постановления по делам об административных правонарушениях.

Одновременно с *Законом «О производстве по административным делам»* вступил в действие *Закон «О комиссиях по административным делам»* от 14 января 1999 г., который установил общий досудебный порядок рассмотрения жалоб на индивидуальные административные акты или действия (бездействие) государственных служащих и служащих самоуправлений в сфере публичного администрирования. Со временем этот порядок был имплементирован в *Закон «О производстве по административным делам»*, а в *Законе «О комиссиях по административным делам»* остались положения об учреждении и принципах работы этих комиссий.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В соответствии с *Законом «Об учреждении административных судов»* от 14 января 1999 г. в Литве были учреждены: административные суды пяти округов, Главный административный суд и отделение

административных дел Апелляционного суда Латвии. С 1 января 2001 г. отделение административных дел Апелляционного суда и Главный административный суд объединили в Высший административный суд. Таким образом, в Литве создана двухуровневая система административных судов – *пять окружных административных судов и Высший административный суд.*

Компетенция. Административные суды разрешают споры о праве в сфере публичного администрирования – конфликты частных лиц с административными органами или конфликты между неподведомственными друг другу административными органами, споры служащих с администрацией, а также споры, связанные с выборами.

В административных судах разрешаются дела:

- о законности принятых административными органами правовых актов и их действий, а также о законности и обоснованности отказа этих органов от выполнения отнесенных к их компетенции действий или затягивания их выполнения;

- о возмещении ущерба, возникшего в связи с незаконными действиями административных органов;

- об уплате, возврате или взыскании налогов, других обязательных платежей, сборов, применении финансовых санкций, а также о налоговых спорах;

- связанные со служебными спорами;

- связанные со спорами между неподведомственными друг другу административными органами по поводу компетенции или нарушения законов;

- в связи с нарушением законов о выборах и референдуме;

- в связи с обжалованием постановлений, в том числе уездных судов общей юрисдикции, в делах об административном правонарушении;

- о законности принятых общественными организациями, сообществами, политическими партиями, политическими организациями или ассоциациями актов общего характера;

- по жалобам иностранцев в связи с отказом в выдаче разрешения на проживание или работу в Литве или в связи с аннулированием такого разрешения, а также по жалобам, касающимся статуса беженца.

Административные суды не разрешают дела, отнесенные к компетенции Конституционного Суда, а также дела, отнесенные к судам общей юрисдикции или другим специализированным судам, в частности дела об административных правонарушениях по первой инстанции.

В то же время суд общей юрисдикции при рассмотрении гражданского дела одновременно может принять решение и относительно законности связанного с делом индивидуального административного акта. Но что касается подзаконного нормативного акта, то суд общей юрисдикции не может признать его незаконным, а должен обратиться с этим вопросом в административный суд.

Споры суда общей юрисдикции и административного суда относительно юрисдикции по их обращению разрешаются специальной коллегией судей, в состав которой входят председатель Отдела по гражданским делам Верховного Суда, заместитель председателя Высшего административного суда и по одному судье, назначенному председателями этих судов.

Предметная подсудность. Все административные дела рассматривают *окружные административные суды*, кроме дел подсудных в первой и последней инстанции Высшему административному суду. *Высший административный суд* является единственной и окончательной инстанцией по делам:

- о законности нормативных административных актов, принятых центральными административными органами;
- о законности принятых общественными организациями, сообществами, политическими партиями, политическими организациями или ассоциациями актов общего характера.

Также он является окончательной инстанцией по делам в связи с жалобами на решения или бездействие Главной избирательной комиссии, кроме тех, которые отнесены к компетенции Конституционного Суда.

Территориальная подсудность. По общему правилу, жалоба подается в административный суд, на территории которого имеет местонахождение административный орган, акты или действия (бездействие) которого обжалуются. Закон определяет также специальную подсудность Вильнюсскому окружному административному суду.

Если ответчиками по делу являются несколько административных органов, находящихся в территориальной юрисдикции разных судов, вопрос об отнесении дела решается в зависимости от местонахождения вышестоящего органа. В случаях, если эти органы являются равными по своему правовому положению, суд, в котором будет рассматриваться дело, вправе выбрать заявитель.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

До обращения в административный суд индивидуальные административные акты или действия (бездействие) административных органов во многих случаях должны быть оспорены путем обращения в орган предварительного рассмотрения споров во внесудебном порядке. Такими органами в большинстве случаев являются общественные комиссии по административным спорам самоуправлений и Главная комиссия по административным спорам. Также в соответствии со специальными законами действуют другие – специализированные комиссии (например, Комиссия по налоговым спорам). Наличие таких независимых органов – примечательная особенность литовской системы административного обжалования.

Без применения процедуры предварительного рассмотрения во внесудебном порядке окружной административный суд разрешает дела:

- о законности нормативных административных актов;
- по заявлениям советов самоуправлений в связи с нарушением их прав;

- по заявлениям представителя Правительства в связи с актами органов местного самоуправления и их должностных лиц, противоречащими Конституции и законам, в связи с невыполнением законов и решений Правительства, в связи с законностью актов или действий, нарушающих права жителей и организаций;

- о возмещении ущерба, возникшего в связи с незаконными действиями административных органов;

- связанные со служебными спорами, если Законом «О государственной службе» не установлен иной порядок разрешения соответствующих споров;

- связанные со спорами между неподведомственными друг другу административными органами по поводу компетенции или нарушения законов;

- по жалобам на постановления государственных органов (должностных лиц) по делам об административных правонарушениях;

- по жалобам на решения избирательной комиссии или комиссии по референдуму в связи с допущенными в списке избирателей или в списке граждан, имеющих право на участие в референдуме, ошибками;

- по ходатайствам относительно обеспечения исполнения решений комиссий по административным спорам;

- по жалобам иностранцев в связи с отказом в выдаче разрешения на проживание или работу в Литве или в связи с аннулированием такого разрешения, а также по жалобам, касающимся статуса беженца.

Решение соответствующей комиссии по административным спорам или другого органа предварительного рассмотрения споров во внесудебном порядке может быть обжаловано стороной в споре, не согласной с таким решением, в течение 20 дней со дня получения решения. В случаях не рассмотрения комиссией или другим органом предварительного рассмотрения споров во внесудебном порядке в установленный срок жалобу может быть подано в административный суд в течение 2 месяцев со дня, до которого должно было быть вынесено решение.

В других случаях жалоба подается в административный суд в течение одного месяца со дня опубликования обжалуемого акта или вручения индивидуального акта либо извещения заинтересованной стороны о действии (бездействии) или в течение 2 месяцев со дня истечения срока выполнения требования, установленного законом или другим правовым актом.

В случае затягивания административным органом рассмотрения соответствующего вопроса и не разрешения его в установленный срок такое бездействие (волокита) может быть обжаловано в течение 2 месяцев со дня истечения срока, установленного для разрешения вопроса.

Сроки на подачу в административный суд заявлений о рассмотрении законности нормативных административных актов не устанавливаются.

В окружных административных судах дела о возмещении ущерба, возникшего в связи с незаконными действиями административных органов, связанные со служебными спорами, а также в связи с обжалованием постановлений несудебных органов по делу об административном

правонарушении рассматриваются одним судьей, а другие дела – коллегией в составе трех судей. В некоторых случаях определением председателя суда может образовываться коллегия судей и для рассмотрения таких дел, для которых предусмотрено единоличное рассмотрение.

Рассмотрение дел в Высшем административном суде осуществляется коллегией в составе трех судей. Для рассмотрения сложных дел по инициативе председателя суда или по предложению коллегии может образовываться расширенная коллегия в составе пяти судей или дело может быть передано на рассмотрение на пленарной сессии суда (не менее две трети судей из состава суда).

Обжалование административного акта или действий в суд, как правило, не приостанавливает действие акта или действий. Но суд по мотивированному ходатайству участников процесса или по собственной инициативе может принять меры по обеспечению требования на любой стадии производства, если непринятие обеспечительных мер может затруднить или сделать невозможным исполнение решения суда. Мерами обеспечения требования могут быть: временное приостановление действия оспариваемого акта, запрещение ответчику совершать определенные действия; приостановление взыскания по исполнительному документу.

Хотя доказательства представляются сторонами процесса и другими участниками процесса, но суд занимает активную позицию. При необходимости он может предложить указанным лицам представить дополнительные доказательства или по ходатайству этих лиц либо по собственной инициативе истребовать необходимые документы, потребовать объяснений от должностных лиц.

При рассмотрении административных дел судьи обязаны активно участвовать в исследовании доказательств, установлении всех важных для дела обстоятельств и осуществлять их всестороннее объективное исследование.

Что касается разрешения дела, то суд не производит оценку оспариваемого административного акта и действий (или бездействия) с точки зрения политической или экономической целесообразности, а только устанавливает то, не был ли в конкретном случае нарушен закон или другой правовой акт, не превысил ли административный орган компетенцию, а также не противоречит ли акт (деяние) целям и задачам, ради которых орган был учрежден и наделен соответствующими полномочиями.

Удовлетворяя жалобу, административный суд в частности может:

- отменить обжалуемый акт (или его часть) либо возложить на соответствующий орган обязанность устранить совершенное нарушение или выполнить иное распоряжение суда;
- возложить на орган местного самоуправления обязанность соответствующим образом осуществить закон, выполнить постановление Правительства или иной правовой акт;
- присудить возмещение ущерба, возникшего в связи с незаконными действиями административных органов;

- возложить на административный орган обязанность в установленный судом срок вынести соответствующее решение или выполнить иное распоряжение суда (в случае бездеятельности).

После вступления в законную силу решения суда в пользу заявителя его копия направляется на исполнение административному органу – ответчику, а также заявителю. В случае неисполнения решения в течение 15 дней или в течение установленного судом срока по ходатайству заявителя соответствующий административный суд выдает ему исполнительный лист с предписанием о его исполнении судебным исполнителем.

В делах об оспаривании нормативных административных актов установлены некоторые особенности. Так, нормативный административный акт (или его часть) считается отмененным и, как правило, не может применяться со дня официального оглашения вступившего в законную силу решения административного суда о признании его незаконным. Административный суд с учетом конкретных обстоятельств дела и после оценки вероятности отрицательных юридических последствий своим решением может установить, что отмененный акт (или его часть) не может применяться со дня его вынесения.

Решение административного суда о признании нормативного административного акта незаконным и его отмене во всех случаях публикуется в официальных изданиях за счет ответчика. Ответчик должен представить в суд экземпляр печатного издания, в котором было опубликовано решение административного суда о нормативном акте.

ЭСТОНИЯ

1. Правовое регулирование административной юстиции

Административные суды в Эстонии предусмотрены *Конституцией* 1992 г. как суды первой инстанции. Второй инстанцией по отношению к ним являются окружные суды, а высшей (кассационной) инстанцией – Государственный суд, который одновременно осуществляет конституционную юрисдикцию. Количество этих судов определено *Законом «О судах»* от 1 июня 2002 г.

Процессуальная деятельность по рассмотрению административных споров урегулирована *Административно-процессуальным кодексом* (далее – АПК) от 25 февраля 1999 г. (вступил в действие с 2000 г.).

В Эстонии достаточно развито административное законодательство. В частности действуют *Закон «Об ответственности государства»* от 2 мая 2001 г., *Закон «Об административных процедурах»* от 6 июня 2001 г., *Закон «Об административном сотрудничестве»* от 29 января 2003 г.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Административное судопроизводство в Эстонии осуществляется отдельно образованными *административными судами* (на сегодня их два, но каждый из них имеет свои офисы в двух городах), *окружными судами* (их тоже два, в их структуре действуют судебные коллегии по административным делам) и *Государственным судом* (в нем тоже есть судебная коллегия по административным делам).

Таким образом, система административных судов в Эстонии является трехзвенной и только нижайшее звено является специализированным, хотя в высших звеньях поведена внутренняя специализация.

Каждый уровень судов в административных делах исполняет функции лишь одной инстанции – соответственно первой, апелляционной и кассационной.

Компетенция. К компетенции административных судов, согласно ст. 3 АПК, относится:

- разрешение публично-правовых споров;
- предоставление разрешений на осуществление административных действий в предусмотренных законом случаях;
- решение других дел, отнесенных законом к компетенции административного суда.

Вопрос о возмещении ущерба от противоправного акта или действия администрации в Эстонии также относится к юрисдикции административного суда.

К компетенции административных судов не относится разрешение публично-правовых споров, относительно которых законом предусмотрен иной порядок производства (например, споров о конституционности актов, разрешаемых Государственным судом по особым правилам).

Предметная подсудность. Все административные дела в первой инстанции рассматриваются административными судами.

Территориальная подсудность. В большинстве случаев жалобы рассматривает административный суд по месту нахождения административного органа. Жалобы в отношении нескольких органов, которые находятся в разных судебных округах, рассматриваются судом по месту нахождения одного из органов по выбору лица, подающего жалобу. Поскольку каждый административный суд имеет здания и судей в двух разных городах, то лицо вправе выбрать в каком городе подать жалобу. Если лицо этого не сделает, тогда место рассмотрения определит суд.

Заявление об установлении наличия или отсутствия публичных правоотношений подается по месту жительства или нахождения заявителя.

Разрешение на осуществление административного действия дает суд, в округе которого находится запрашивающий административный орган, если иное не установлено законом.

Споры, возникающие из административных договоров, рассматриваются судом по месту совершения договора, если иное не предусмотрено законом либо самим договором.

Жалобу также можно подать через уездный суд, который немедленно направляет ее в административный суд.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Требований об обязательности обжалования в административном порядке перед обращением в суд АПК не содержит, но определяет, что несоблюдение установленного законом обязательного досудебного порядка обжалования является основанием для оставления судом жалобы без рассмотрения.

По общему правилу, жалобу об отмене административного акта может быть подано в суд в течение 30 дней со дня уведомления административным органом о принятии административного акта. В случае отказа в принятии административного акта или совершения действия жалобу может быть подано в течение 30 дней после уведомления об отказе.

Жалоба в отношении возмещения ущерба, причиненного административным органом в публичных правоотношениях, может быть подана в течение 3 лет с даты, когда заявителю был причинен ущерб или когда заявитель узнал или должен был узнать о нем, но не позднее чем через 10 лет после причинения ущерба.

Административное решение о выдаче лица другому государству можно обжаловать в суд в течение 3 дней со дня выдачи уведомления о таком решении.

Жалоба, которая объединяет несколько требований, подается с таким расчетом, чтобы каждое требование соответствовало установленным срокам предъявления.

Срок обжалования административного акта, не доведенного до сведения заявителя, не ограничен во времени.

В административном суде первой инстанции жалоба рассматривается судьей единолично. Постановлением административного суда дело может быть передано для рассмотрения административным судом в составе трех членов суда (ст. 19 АПК).

Подача жалобы не препятствует исполнению обжалованного административного акта, кроме предусмотренных законом случаев. Но административный суд может по ходатайству лица, которое подает жалобу, либо по своей инициативе принять меры временной защиты, если непринятие таких мер может привести к невозможности или сложности исполнения решения суда. В качестве применения предварительной судебной защиты административный суд имеет право:

- приостановить действие оспариваемого административного акта или деятельности;

- запретить принятие оспариваемого административного акта или действия;

- обязать административные органы издать административный акт или продолжать определенные действия, когда они были приостановлены;

- запретить регистрацию имущественных прав;

- принять временные меры, предусмотренные Гражданским процессуальным кодексом.

В ряде статей АПК можно найти элементы принципа официальности. Так, ст. 12 АПК уполномочивает административный суд в ходе предварительного производства истребовать в административного органа документы, касающиеся обжалованного административного акта или действия, а также письменное объяснение по поводу жалобы, сделать осмотр на месте и т.п. Ст. 16 АПК предусматривает, что административный суд может собирать доказательства, вызывать свидетелей и по своей инициативе. Согласно ст. 19 АПК, административный суд хоть и рассматривает дело в пределах заявленных в жалобе требований, но не связан формулировкой жалобы.

Если учреждение, должностное или иное лицо, осуществляющее публично-правовые административные функции, уполномочено действовать дискреционно (по собственному усмотрению), то суд проверяет соблюдение при издании административного акта или совершении действия границ и целей дискреции, а также принципов пропорциональности и равного обращения со всеми, а также других общепризнанных принципов права (ст. 19 АПК).

При удовлетворении жалобы административный суд в частности имеет право:

- отменить противоправный административный акт полностью или в части и, в случае необходимости, предписать о возврате исполнения административного акта с указанием способа его осуществления;

- издать предписание об исполнении противоправно остановленного административного акта, принятии не принятого административного акта или совершении не совершенного действия;

- признать административный акт или действие противоправными, если в жалобе заявленный обоснованный интерес к такой констатации;

- взыскать компенсацию на возмещение причиненного противоправными административным актом или действием вреда;

- признать наличие или отсутствие публично-правовых отношений.

Если заявитель ходатайствует об отмене административного акта или о совершении действия, и ходатайство связано с выплатой определенной суммы денег, то в случае удовлетворения жалобы административный суд определяет в решении размер суммы, подлежащей выплате, и стягивает ее в пользу заявителя.

Суд может сделать административному органу мотивированное предписание об установлении размера суммы, подлежащей выплате, и об ее выплате, если установление размера этой суммы судом потребовало бы больших затрат времени и тем самым нанесло бы ущерб интересам заявителя. В предписании суд должен определить общие условия установления и выплаты данной суммы.

На лица, виновные в неисполнении предписаний, содержащихся в решении суда, суд может наложить штраф.

ЛАТВИЯ

1. Правовое регулирование административной юстиции

Отдельные административные суды *Конституцией* 1922 г. прямо не предусмотрены: правосудие в Латвии вершат районные (городские) суды, окружные суды и Верховный суд, а во время войны или чрезвычайного положения – также и военные суды (ст. 82). В то же время *Закон "О судебной власти"* от 15 декабря 1992г. (с изменениями), детализируя положения Конституции, учредил два административных суда – районный и окружной.

Административное судопроизводство регулируется *Административно-процессуальным законом* (далее – АПЗ) от 25 октября 2001 г., вступившим в силу с 1 февраля 2004 г. Особенность этого закона в том, что он регламентирует не только административное судопроизводство, но и административные процедуры по рассмотрению заявлений частных лиц в административных органах, а также процедуру обжалования и пересмотра административных актов и действий в административном порядке.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В Латвии действуют: *Административный районный суд* с офисами (домами) в пяти городах, далее – *Административный региональный суд* в основном как суд апелляционной инстанции и *Верховный Суд*, в структуре которого действует Департамент Сената по административным делам.

Компетенция. В порядке административного судопроизводства суд осуществляет контроль правомерности и соображений целесообразности административного акта или фактического действия административного органа в рамках свободы действий, а также выясняет публично-правовые обязанности или права частного лица, и рассматривает вытекающие из публично-правового договора споры. Более подробное регулирование предмета административной юрисдикции отсутствует. Если вопрос о компетенции признается особенно сложным, суд или судья обращается к председателю Верховного суда с заявлением о разрешении этого вопроса.

Предметная подсудность. Административное дело в первой инстанции рассматривается *Административным районным судом*. Закон может предусматривать подсудность отдельных категорий административных дел по первой инстанции *Административному окружному суду* или *Верховному суду*.

Территориальная подсудность. Первоначально предусматривалась подсудность по месту нахождения административного органа, акты или действия которого оспариваются. Но сейчас действует иное правило – заявление подается в офис Административного районного суда по месту жительства или нахождения заявителя. Лицо, заключенное под стражу, подает заявление по месту заключения. Заявитель без адреса в Латвии подает заявление в Рижский офис Административного районного суда.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

В Латвии заявление о возбуждении административного дела против актов и действий административных органов, как правило, может быть подано в суд лишь после использования механизма административного обжалования. Это не относится к случаям отсутствия вышестоящего органа или если этим органом является Кабинет министров.

Заявление о принятии административного акта, его отмене, признании незаконным или об установлении нарушения процедуры может быть подано в течение одного месяца со дня вступления в действие решения вышестоящего органа по жалобе.

В случае отсутствия вышестоящего органа или если таковым органом является Кабинет министров, заявление может быть подано в течение одного месяца после вступления в действие административного акта (как правило, он вступает в действие с момента ознакомления).

Если в административном акте не указан срок обжалования, тогда заявление может быть подано в течение одного года после вступления административного акта в действие.

Заявление по поводу действий (бездействия) административного органа может быть подано в течение одного месяца со дня вступления в действие решения вышестоящего органа по поводу такого поведения. Если в этом решении не указано срок обжалования, тогда заявление может быть подано в течение одного года после принятия решения. Если действия (бездействие) исходят от органа, по отношению к которому нету высшего органа либо таким органом является Кабинет министров, заявление может быть подано в течении одного года с даты, когда заявитель стало известно о них.

Если административный орган или вышестоящий орган не сообщил заявителю о принятом им решении, заявление может быть подано в суд в течение года после обращения лица в административный орган или вышестоящий орган.

Интересно, что в АПЗ закреплены и детализированы общие для административных процедур и административного судопроизводства принципы (ст. 4-14): соблюдения прав лица, равноправия, правомерности, разумного применения норм права, запрещения произвола, юридической определенности, обусловленности законом, демократического строя (принцип необходимости в демократическом обществе при любых ограничениях прав частных лиц), пропорциональности, верховенства права, справедливости разбирательства.

В суде первой инстанции административное дело рассматривается судьей единолично. В случае особой сложности дела председатель суда первой инстанции может назначить коллегиальное рассмотрение дела в составе трех судей.

Подача жалобы в административный орган, как правило, приостанавливает действие обжалуемого акта, но это не касается

обжалования в суд. В то же время, если имеются веские основания полагать, что обжалованные административный акт, действия или экстрадиция могут причинить существенный вред или нанести убытки, устранение или возмещение которых значительно затруднили бы исполнение судебного решения или потребовали несоразмерных ресурсов, и если при оценке имеющейся в распоряжении суда информации констатируется, что обжалованный административный акт является очевидно (*prima facie*) противоправным, суд по ходатайству заявителя может принять постановление о временных мерах. Такое постановление может:

- до решения суда заменить истребованный административный акт или фактическое действие;
- вменить в обязанность соответствующему органу в установленный срок произвести определенное действие или запретить определенное действие.

Что касается доказывания, то по АПЗ суд в ходе административного процесса при выполнении своих обязанностей самостоятельно (*ex officio*) объективно выясняет обстоятельства дела и дает им юридическую оценку. Для того, чтобы в пределах требования выяснить истинные обстоятельства дела и достигнуть правового и справедливого разрешения дела, суд дает участникам административного процесса указания и рекомендации, а также собирает доказательства по собственной инициативе (принцип объективного расследования).

Разрешая дело, суд имеет право вынести такие решения:

- об отмене соответствующего административного акта полностью или в какой-либо его части или о признании его недействительным (в случае отмены административного акта суд определяет день, с которого административный акт считается отмененным);
- об обязанности органа издать соответствующий административный акт или исполнить конкретные действия в определенный судом срок;
- о запрещении органу осуществлять определенное фактическое действие;
- о выплате заявителю возмещения;
- о существовании, несуществовании публично-правовых отношений или констатации их содержания;
- об отмене соответствующего публично-правового договора полностью или в какой-либо его части;
- об обязанности учреждения заключить публично-правовой договор;
- о допущении нарушений прав или интересов лица в процессе принятия административного акта и о компенсации ущерба вследствие таких нарушений.

В предусмотренных законом случаях суд может изменить административный акт и определить конкретное его содержание. При необходимости суд поручает учреждению издать вместо отмененного или признанного недействительным административного акта новый административный акт.

На основании ходатайства заявителя суд может установить, что судебное решение подлежит немедленному исполнению, если промедление с этим может вызвать значительные убытки для заявителя или же исполнение решения может стать невозможным. В предусмотренных законом случаях суд сам устанавливает, что решение подлежит немедленному исполнению.

УКРАИНА

1. Правовое регулирование административной юстиции

В Украине введение административного судопроизводства состоялось одновременно с реформой гражданского судопроизводства. Так, новый Гражданский процессуальный кодекс был принят 18 марта 2004 г., а *Кодекс административного судопроизводства* (далее – КАС) – 7 июля 2005 г., оба они вступили в силу одновременно – с 1 сентября 2005 г. В гражданском процессе принцип объективной истины уступил принципам диспозитивности и состязательности. Гражданское судопроизводство было очищено от элементов инквизиционного (розыскного) процесса. Вместе с тем одним из принципов административного судопроизводства стал принцип официального выяснения обстоятельств по делу, который обусловил более активную роль суда.

Структура КАС построена почти по той же схеме, что и ГПК, но предусматривает только исковое производство (в гражданском процессе существуют также приказное и отдельные виды производства). В то же время в КАС самостоятельной главой предусмотрены процессуальные особенности таких категорий дел:

- об обжаловании нормативно-правовых актов;
- об обжаловании актов Президента, Парламента, Высшего совета юстиции, Высшей квалификационной комиссии судей;
- об обжаловании решений, действий или бездействия административных органов в делах по наложению административных взысканий;
- относительно правоотношений, связанных с избирательным процессом или процессом референдума;
- о досрочном прекращении полномочий народного депутата Украины в случае невыполнения им требований несовместительности;
- об обжаловании решений, действий или бездеятельности государственной исполнительной службы (она занимается исполнением судебных решений и исполнительных документов, изданных на основании других решений);
- относительно ограничений в реализации права на мирные собрания;

- о принудительном отчуждении земельного участка, а также находящейся на нем недвижимости по мотивам общественной необходимости.

В этих делах установлены особенности сроков обращения в суд, подсудности, последствий неприбытия сторон в судебное заседание, представительства, исчисления процессуальных сроков, обжалования и пересмотра судебных решений и т.п. По всем другим вопросам применяются общие правила административного судопроизводства. Предусмотрено также сокращенное производство для отдельных категорий дел, которое немного напоминает приказное производство в гражданских делах.

Система административных судов определена *Законом «О судоустройстве и статусе судей»* от 7 июля 2010 г. (до этого времени она была установлена *Законом «О судоустройстве Украины»* 2002 г.). Специального закона об административных судах нет.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Одной из особенностей украинской модели административного судопроизводства является то, что *административные суды наряду с общими и хозяйственными судами входят в систему судов общей юрисдикции*. Поэтому наивысшей инстанцией для них является Верховный Суд.

Систему специализированных административных судов составляют:

- 27 окружных административных судов (действуют на уровне областей);
- 7 апелляционных административных судов (вскоре должны быть созданы еще два);
- Высший административный суд.

Кроме того, с целью лучшего обеспечения доступности административной юстиции рассмотрение определенных категорий административных дел в первой инстанции отнесено к полномочиям *666 местных общих судов* (действуют на уровне городов и районов), которые территориально являются наиболее приближенными к населению. В исключительных случаях решения административных судов могут быть пересмотрены *Верховным Судом*. При рассмотрении таких дел все эти суды считаются административными в процессуальном смысле и руководствуются КАС.

Компетенция. Юрисдикция административных судов распространяется на правоотношения, возникающие в связи с осуществлением субъектом властных полномочий (административным органом) властных управленческих функций, а также в связи с публичным формированием субъекта властных полномочий путем выборов либо в связи с организацией и проведением референдума.

По правилам административного судопроизводства разрешаются публично-правовые споры, в частности:

- споры физических и юридических лиц с административным органом относительно обжалования его решений (нормативных или индивидуальных правовых актов), действий или бездействия;
- споры по поводу принятия граждан на публичную службу, ее прохождения, увольнения с публичной службы;
- споры между административными органами по поводу реализации их компетенции в сфере управления, в том числе делегированных полномочий;
- споры, возникающие по поводу заключения, выполнения, прекращения, отмены либо признания недействительными административных договоров;
- споры по обращению административного органа в случаях, установленных Конституцией либо законом (речь идет прежде всего о судебном контроле за ограничением конституционных прав: запрещении проведения митинга или ином ограничении права на мирное собрание, принудительном прекращении деятельности объединения граждан, принудительном выдворении иностранца и др.);
- споры из правоотношений, связанных с избирательным процессом или процессом референдума.

Требования о возмещении вреда, причиненного административным органом, рассматриваются административным судом, если истец их заявил в одном производстве с требованием признать его решения, действия или бездействие неправомерными. Иначе требования о возмещении ущерба разрешаются судами в порядке гражданского или хозяйственного судопроизводства.

Вместе с тем компетенция административных судов не распространяется на публично-правовые споры, которые рассматриваются по правилам конституционного или уголовного судопроизводства. Также административные суды не налагают административные взыскания на физические лица.

Несмотря на то, что в Украине вопросы юрисдикции урегулированы достаточно подробно, проблемы разграничения видов судебной юрисдикции стали одними из самых сложных в судебной практике. К их решению привлекается даже Конституционный Суд. Например, 1 апреля 2010 г. он определил, что рассмотрение споров об оспаривании решений, действий или бездействия органов местного самоуправления по распоряжению земельными участками, в частности по предоставлению их в частную собственность либо в пользование, относится к административной, а не гражданской или хозяйственной юрисдикции.

Предметная подсудность. Функциями первой инстанции в той или иной мере наделены все уровни административных судов. *Местные общие суды* в качестве административных судов рассматривают дела, где одной из сторон является орган местного самоуправления (кроме советов областного уровня), дела относительно обжалования физическими лицами наложенных на них административных взысканий, все пенсионные и иные социальные споры.

Окружные административные суды (действуют на уровне областей, а поэтому считаются менее податливыми влиянию местной власти) разрешают дела, где одной из сторон является орган государственной власти либо совет областного уровня.

Дела об обжаловании действий или бездействия должностных лиц местных органов исполнительной власти рассматриваются местным общим судом или окружным административным судом по выбору истца.

Апелляционные административные суды в первой инстанции рассматривают дела о принудительном отчуждении земельных участков по мотивам общественной необходимости, а также некоторые категории избирательных споров.

В отдельных категориях дел *Высший административный суд* также может быть судом первой инстанции. Это дела об обжаловании актов Президента, Парламента, Высшего совета юстиции, Высшей квалификационной комиссии; споры об установлении результатов всеукраинских выборов или референдума; о досрочном прекращении полномочий народного депутата; он в таких спорах принимает окончательные решения.

Территориальная подсудность. Большинство административных дел разрешаются по выбору истца – частного лица: либо судом по месту его жительства (нахождения) или судом по месту нахождения ответчика – административного органа.

Дела об оспаривании нормативно-правовых актов рассматриваются по месту нахождения ответчика – административного органа. Это должно предупредить предъявление исков в отношении одного и того же акта в разные суды.

В тех аномальных для административной юстиции случаях, когда ответчиком является частное лицо по иску административного органа, дело рассматривает суд по месту жительства (нахождения) ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Чтобы обратиться в административный суд в Украине нет обязательной необходимости обжаловать решения, действия или бездействие административного органа в административном порядке. Такое правило вывел из Конституции Украины Конституционный Суд.

Административное судопроизводство является более доступным и благоприятным для частных лиц в отношении судебных издержек по сравнению с другими видами судопроизводства. Плата за обращение в суд является минимальной. В случае выигрыша истец – частное лицо может получить от ответчика - административного органа компенсацию всех понесенных им судебных издержек. Если же в удовлетворении иска будет отказано, то на истца может быть возложена обязанность компенсировать ответчику только судебные издержки, связанные с привлечением свидетелей и проведением судебных экспертиз (расходы административного органа на юридическую помощь, на прибытие в суд и т.п. с истца не взыскиваются).

В административном судопроизводстве установлен шестимесячный срок для обращения в административный суд за защитой своих прав. Законом предусмотрен месячный срок обращения в суд в случае использования механизма административного обжалования, по делам о публичной службе, об оспаривании решения административного органа, по которому он может предъявить требование о взыскании денежных средств. Также специальными законами могут быть установлены другие сроки обращения в административный суд (как правило, еще короче). Пропуск этого срока без уважительных причин является основанием для оставления иска без рассмотрения.

По первой инстанции дела разрешает судья единолично. Но с целью обеспечения объективности и предотвращения влияния на суд предусмотрена возможность рассмотрения административных дел в первой инстанции коллегиальным составом суда – в определенных категориях дел, а также, что важно, по ходатайству стороны или по инициативе судьи.

Следует заметить, что в подавляющем большинстве случаев обжалование в суд нормативного или индивидуального подзаконного правового акта автоматически не приостанавливает его действие, чтобы не было возможности подачей необоснованных исков препятствовать деятельности административных органов.

Но суд уполномочен как по собственной инициативе, так и по ходатайству истца принимать меры к обеспечению административного иска (меры временной защиты): приостановить действие обжалованного подзаконного акта или запретить совершать определенные действия. Основаниями для этого могут стать:

- наличие явной опасности причинения вреда правам истца до принятия решения в административном деле;
- невозможность после удовлетворения иска защитить эти права, если эти меры не будут приняты;
- необходимость применения значительных усилий и издержек для восстановления прав истца в случае удовлетворения иска;
- наличие явных признаков неправомерности решения, действия или бездействия административного органа.

В Украине рассмотрение судом вопроса об обеспечении иска подробно урегулировано. В частности, такое рассмотрение возможно и в отсутствие ответчика. Но впоследствии, если ответчик убедит в отсутствии оснований для обеспечения иска, суд может отменить меры обеспечения.

К сожалению, законодатель часто старается установить исключения из правила об обеспечении административного иска. Некоторые из них уже признаны Конституционным Судом неконституционными. Но пока сохраняется недавно установленный запрет суду на обеспечение иска путем приостановления актов Президента, Парламента и Высшего совета юстиции.

Правила административного судопроизводства установили презумпцию вины административного органа, то есть обязанность доказывания правомерности решений, действий или бездействия органа – ответчика

возложена на него самого, а не на истца. Это обеспечивает неравным в публично-правовых отношениях субъектам равенство в судебном процессе.

Административный орган обязан предоставить суду все имеющиеся у него материалы, которые могут служить доказательствами по делу, независимо от того, в чью пользу они могут быть истолкованы.

В силу принципа официального выяснения обстоятельств по делу административный суд более активен, нежели суд в гражданских делах, в частности, он не ограничен доказательствами, предоставленными сторонами, а может собирать их по собственной инициативе. Во время судебного разбирательства суд имеет право задавать вопросы участникам процесса в любое время допроса, а не только после допроса их сторонами, как в гражданском судопроизводстве.

Сторонам предоставлена возможность примирения. Невыполнение условий примирения влечет за собой возобновление производства по делу. Реализация права истца на отказ от иска, а также примирение сторон находятся под тщательным контролем суда: суд проверяет, не нарушаются ли при этом закон либо права, свободы и интересы других лиц.

Ликвидация административного органа не является основанием для прекращения производства по делу, а предполагает привлечение как правопреемника органа, уполномоченного предпринять меры для восстановления нарушенных прав.

В случае неявки ответчика – представителя административного органа, надлежащим образом уведомленного о судебном заседании, без уважительных причин или без сообщения им о причинах неявки рассмотрение дела не откладывается, и спор может быть разрешен на основании имеющихся доказательств.

Предусмотрена возможность рассмотрения и разрешения дела в письменном производстве на основании имеющихся доказательств без проведения судебного заседания и без участия сторон.

Правила административного судопроизводства устанавливают особые критерии для оценки решений, действий или бездействия административного органа:

- соблюдены ли органом основания, границы полномочий и способ, которые предусмотрены законом;
- принято ли решение, совершены действия с использованием полномочия с целью, с которой это полномочие предоставлено;
- принято ли решение, совершено (не совершено) действие обосновано, т.е. с учетом всех обстоятельств, имеющих значение для принятия решения или совершения действия;
- принято ли решение, совершено (не совершено) действие разумно (рассудительно), добросовестно, беспристрастно, с соблюдением принципа равенства, предотвращая несправедливую дискриминацию;
- принято ли решение, совершены действия пропорционально, в частности, с соблюдением необходимого баланса между любыми

неблагоприятными последствиями для прав либо интересов лица и целями, на достижение которых направлены эти решение (действия);

- принято ли решение с учетом права лица на участие в процессе принятия решения;

- принято ли решение, совершены действия своевременно, т.е. в течение разумного срока.

По-существу, эти критерии являются принципами административной процедуры, но ввиду отсутствия кодекса или закона об административной процедуре законодатель решил закрепить их в качестве критериев для судебной оценки деятельности публичной администрации.

Поскольку в административном материальном праве (в отличие от гражданского права) отсутствует перечень способов защиты прав, то в КАС предусмотрен ориентировочный, но не исчерпывающий перечень таких способов защиты административным судом нарушенных прав. Так, в случае удовлетворения административного иска суд может принять постановление:

- о признании неправомерными решения публичной администрации или отдельных его положений, действий или бездействия и об отмене решения или отдельных его положений, повороте исполнения этого решения либо отдельных его положений с указанием способа его осуществления;

- об обязанности ответчика к совершению определенных действий;

- об обязанности ответчика к воздержанию от осуществления определенных действий;

- о взыскании с ответчика денежных средств;

- о признании наличия или отсутствия компетенции (полномочий) органа публичной администрации или должностного лица.

Суд может принять другое постановление, которое бы гарантировало защиту прав, свобод, интересов физического или юридического лица в сфере публично-правовых отношений от нарушений со стороны публичной администрации. Суд с целью полной защиты прав частного лица, которые оно стремится защитить, также вправе выйти за пределы исковых требований.

Интересными являются особенности рассмотрения дел об обжаловании нормативных правовых актов. Так, право оспорить нормативно-правовой акт имеют лица, относительно которых он применен, а также лица, являющиеся субъектами правоотношений, в которых может быть применен этот акт. В случае открытия производства в административном деле по обжалованию нормативного правового акта суд обязывает ответчика опубликовать объявление об этом в издании, в котором этот акт был или должен был быть официально обнародован. Если объявление опубликовано своевременно, считается, что все заинтересованные лица, которые не являются сторонами, должным образом уведомлены о судебном рассмотрении дела. Лица, на которых распространяет действие этот акт, имеют право вступить в дело. Но, если они этого не сделали, то они лишаются права на обжалование судебного решения в этом деле. Резолютивная часть постановления суда о признании недействительным нормативного правового акта безотлагательно

публикуется ответчиком в издании, в котором он был официально обнародован, после вступления постановления в законную силу.

Для обеспечения надлежащего исполнения судебных решений по административным делам установлена обязанность административного органа подать в суд отчет об исполнении постановления суда в каждом случае, когда решение принято не в его пользу. При неисполнении постановления или непредоставлении отчета суд может взыскать штраф с виновных лиц в пользу истца и государственного бюджета. Последующее игнорирование постановления влечет за собой увеличение суммы штрафа и применение пени.

Чтобы лучше понять некоторые особенности административного судопроизводства, для сравнения отметим, что в украинском гражданском процессе все дела в первой инстанции рассматриваются судьей единолично (за незначительными исключениями, когда к рассмотрению также привлекаются народные заседатели). Доказательную базу по делу искового производства формируют исключительно лица, участвующие в деле; суд не истребует доказательства по собственной инициативе и не имеет права выходить за пределы исковых требований. Признанные сторонами обстоятельства не входят в предмет доказывания. Меры обеспечения иска принимаются судом только по инициативе стороны. Исходя из принципа диспозитивности, в случае отказа от иска или заключения мирового соглашения суд прекращает производство по делу. Лишь по ходатайству сторон суд проверяет условия мирового соглашения, чтобы в случае его невыполнения можно было обеспечить принудительное исполнение. Ликвидация юридического лица – стороны по делу является основанием для прекращения производства, поскольку отсутствует правопреемник.

МОЛДОВА

1. Правовое регулирование административной юстиции

В Молдове нет отдельных административных судов, хотя *Закон «О судостроительстве»* от 6 июля 1995 г. предусматривает возможность функционирования специализированных судебных инстанций.

В то же время 10 февраля 2000 г. принят *Закон «Об административном суде»*. Но следует отметить, что он не учреждает административные суды, как может показаться из названия. Предметом его регулирования является именно административное судопроизводство, которое осуществляется судами общей юрисдикции. Как указано в этом Законе, он дополняет положения Гражданского процессуального кодекса. Многие нормы являются отсылочными к гражданскому процессу, урегулированному *Гражданским процессуальным кодексом* от 12 июня 2003 г. Например, такие отсылки касаются формы искового заявления, общих правил производства в суде и так далее.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В Законе «Об административном суде» административный суд определен как «судьи, назначенные в судах, коллегии или составы административного суда апелляционных палат, коллегия административного суда Высшей судебной палаты, уполномоченные законом осуществлять судебную проверку законности административных актов». Таким образом, административная юстиция внедрена в Молдове путем специализации судей в судебных инстанциях общей юрисдикции – *судах, апелляционных палатах, Высшей судебной палате*. Хотя, на практике, такая специализация остается достаточно условной. Например, в составе Высшей судебной палаты действует общая Коллегия по гражданским и административным делам.

Компетенция. В порядке административного судопроизводства оспариваются административные акты нормативного и индивидуального характера, ущемляющие какое-либо право лица, изданные органами публичной власти и приравненными к ним другими органами, подразделениями органов публичной власти, служащими таких органов. В законе к административному акту приравниваются административный договор, а также неудовлетворение прошения в предусмотренные законом сроки.

Иск, кроме требования об аннулировании административного акта, может включать также требование о возмещении ущерба. Если такое требование не было включено в исковое заявление об аннулировании административного акта, иск о возмещении ущерба подается в компетентную судебную инстанцию общей юрисдикции по правилам гражданского судопроизводства.

В то же время закон устанавливает довольно широкий перечень актов, которые не могут быть обжалованы в суде:

- исключительно политические акты Парламента, Президента и Правительства;
- административные акты индивидуального характера Парламента, Президента и Правительства по многих кадровых вопросах;
- административные акты дипломатического характера по внешней политике;
- законы, указы Президента нормативного характера, ордонансы и постановления Правительства нормативного характера, международные договоры, одной из сторон которых является Республика Молдова, подлежащие контролю конституционности;
- акты военного командования, кроме актов о применении дисциплинарных взысканий и освобождении от должности военнослужащих и лиц со статусом военнослужащих;
- административные акты, касающиеся национальной безопасности, исполнения режима чрезвычайного положения, принятия органами публичной власти чрезвычайных мер в целях борьбы со стихийными бедствиями, пожарами, эпидемиями, эпизоотиями и другими подобными явлениями;

- административно-юрисдикционные акты о наложении административного взыскания и другие административные акты, для отмены которых или для внесения изменений в которые законом предусмотрена иная судебная процедура;

- распорядительные акты, изданные органом публичной власти в качестве юридического лица в связи с управлением и использованием имущества, относящегося к его частному владению;

- административные акты, изданные во исполнение окончательных судебных решений.

Такой обширный список актов, не подлежащих пересмотру в порядке административного судопроизводства, на наш взгляд, существенно и не всегда обоснованно ограничивает судебный контроль легальности многих актов органов власти.

Предметная подсудность. Суды как судебные инстанции первого звена рассматривают:

- споры об административных актах административных органов, действующих на территории села, коммуны или города для защиты интересов и решения проблем местных сообществ, децентрализованных общественных служб, созданных на условиях автономии в соответствующей административно-территориальной единице, государственных служащих указанных органов и служб и субъектов частного права соответствующего уровня, предоставляющих публичные услуги;

- заявления об установлении обстоятельств, оправдывающих приостановление деятельности местного совета;

- жалобы, относящиеся к нарушениям избирательного права, за исключением тех, рассмотрение которых законом отнесено к компетенции других судебных инстанций;

- споры об отказе нотариальных органов осуществлять отдельные нотариальные акты, а также проверяют законность осуществленных нотариальных актов, за исключением случаев, когда между заинтересованными лицами возникает спор о частном праве, вытекающий из обжалованного нотариального акта, когда дело рассматривается в порядке гражданского иска.

Апелляционные палаты по первой инстанции рассматривают:

- споры об административных актах административных органов, действующих на территории района, муниципия, автономного территориального образования с особым правовым статусом для защиты интересов и решения проблем населения административно-территориальной единицы, децентрализованных общественных служб, созданных на условиях автономии в соответствующей административно-территориальной единице, деконцентрированных общественных служб, государственных служащих указанных органов и служб, а также субъектов частного права соответствующего уровня, предоставляющих публичные услуги;

- споры об административных актах центральных отраслевых органов публичного управления, автономных публичных органов, созданных

центральными публичными властями, и государственными служащими указанных органов (только Апелляционная палата Кишинэу);

- заявления об установлении обстоятельств, оправдывающих приостановление деятельности районного совета;

- некоторые другие категории дел.

Высшая судебная палата в первой инстанции рассматривает:

- споры об административных актах индивидуального характера Парламента, Президента и Правительства, посредством которых ущемлены права и законные интересы физических и юридических лиц, за исключением административных актов, не подсудных административному суду;

- споры о законности постановлений Высшего совета магистратуры в случаях, предусмотренных законом;

- некоторые другие категории дел.

Территориальная подсудность. По общему правилу, административные иски подаются в суды по месту жительства истца или по месту нахождения ответчика, за исключением случаев, когда законом установлена иная подсудность.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

В Молдове, по общему правилу, прежде чем обратиться в суд, обязательно обжаловать административный акт в административном порядке. В суд можно обратиться, если лицо не удовлетворено ответом, полученным на предварительное заявление, или не получило такого ответа в предусмотренный законом срок. Иск может быть подан непосредственно в суд без подачи предварительного заявления лишь в предусмотренных законом случаях.

Предварительное заявление об отмене акта, а также возмещении ущерба направляется в издавший его административный орган. Если такой орган подчиняется вышестоящему органу, то предварительное заявление может быть подано по выбору заявителя как в орган, издавший административный акт, так и в вышестоящий орган, если законодательством не предусмотрено иное. Срок подачи такого заявления – 30 дней со дня сообщения лицу содержания акта. Этот срок не распространяется на административный акт нормативного характера.

Иск об аннулировании административного акта или о признании своего права подается, по общему правилу, в 30-дневный срок со дня получения ответа на предварительное заявление или истечения срока, предусмотренного законом для рассмотрения такого заявления. Если законом не предусмотрена предварительная процедура, тогда этот срок начинается со дня ознакомления с административным актом. Нормативные акты могут быть обжалованы как незаконные в любое время.

Истцы по административным искам освобождены от уплаты государственной пошлины.

Вместе с подачей административного иска лицо может подать заявление о приостановлении исполнения обжалуемого административного акта. При наличии достаточных доказательств неизбежности нанесения ущерба и во избежание такого ущерба суд может вынести определение о приостановлении исполнения административного акта и по своей инициативе. Таким образом, подача иска автоматически не приостанавливает действие обжалуемого акта.

Что касается бремени доказывания, то при рассмотрении требования об аннулировании обжалуемого административного акта представление доказательств вменяется в обязанность ответчика, а при рассмотрении требования о возмещении причиненного ущерба – в обязанность обеих сторон.

Обжалуемый административный акт может быть аннулирован полностью или частично, если:

- является незаконным по существу, будучи изданным в нарушение закона;
- является незаконным, будучи изданным с нарушением компетенции;
- является незаконным, будучи изданным с нарушением установленной процедуры.

Суд не может выносить решение о целесообразности административного акта и административных действий, послуживших основанием для принятия акта.

В определенных случаях суд вправе выйти за пределы исковых требований и вынести по своей инициативе решение относительно незаконности административных актов или действий, на основании которых был издан обжалуемый административный акт. В случаях, когда проверка законности таких актов или действий относится к компетенции вышестоящего административного суда, делается запрос о законности административного акта.

Административный суд после вступления решения в законную силу направляет его копии ответчику для исполнения и судебной инстанции общей юрисдикции по месту нахождения ответчика для осуществления контроля за его исполнением, а при необходимости – для его принудительного исполнения.

Решение исполняется в предусмотренный в нем срок, а если таковой не указан, то в срок не более 30 дней со дня вступления решения в законную силу.

Вступившее в законную силу решение административного суда об аннулировании незаконного административного акта, вступление в силу которого обусловлено его опубликованием в официальном источнике, подлежит опубликованию в том же источнике за счет ответчика.

Ответственность за исполнение решения возлагается на руководителя соответствующего административного органа. Руководитель такого органа вправе предъявить в судебную инстанцию общей юрисдикции регрессный

иск к государственному служащему, виновному в неисполнении решения административного суда.

ГРУЗИЯ

1. Правовое регулирование административной юстиции

В Грузии административное судопроизводство введено с 2000 г., когда вступил в действие *Административно-процессуальный кодекс* (далее – АПК) от 23 июля 1999 г. Тогда же вступил в действие *Общий административный кодекс* от 25 июня 1999 г. как кодекс материального и процедурного административного права. В административном судопроизводстве subsidiarily также применяются положения *Гражданского процессуального кодекса*.

Административные дела рассматриваются общими судами, поскольку по *Конституции Грузии* «правосудие осуществляется общими судами» (ст. 83). Общие суды действуют на основании *Органического закона «Об общих судах»*.

Помимо общих правил рассмотрения административных дел, в АПК имеются главы, определяющие особенности рассмотрения дел о выдаче судом приказов о проверке деятельности предпринимателя по заявлению контролирующего органа, о реализации подвергнутого аресту имущества налогоплательщика, о помещении лиц в стационар в целях принудительной психиатрической помощи; дел о пресечении насилия в семье, защите жертв насилия и оказании помощи жертвам насилия в семье (в частности – о выдаче охранного ордера и утверждении сдерживающего ордера); дел, связанных с присвоением лицу статуса беженца или предоставлением убежища.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В первой инстанции административные дела ограниченной компетенции рассматривают *судьи-магистраты* (аналог мировых судей), все другие административные дела – *районные и городские суды*, во второй инстанции – *апелляционные суды*, в кассационной инстанции – *Верховный Суд*. В апелляционных судах и Верховном Суде созданы палаты по административным делам.

В Грузии некоторые категории дел, которые во многих странах рассматриваются по правилам административного судопроизводства, отнесены к компетенции Конституционного Суда. Это, например, споры по разграничению компетенции между государственными органами; вопросы конституционности создания и деятельности политических объединений граждан; дела по иску лица о неконституционности нормативных актов любых органов применительно к конституционным правам и свободам человека (ст. 89 Конституции).

Компетенция. Суды в порядке административного судопроизводства рассматривают споры о:

- соответствии административного акта законодательству Грузии;
- заключении, исполнении или прекращении административного договора;
- обязательстве административного органа по возмещению вреда, издании административного акта или осуществлении какого-либо иного действия;
- признании акта ничтожным, установлении наличия и отсутствия права или правоотношения.

В порядке административного судопроизводства разрешаются также другие дела по правовым отношениям, вытекающим из административного законодательства, в частности дела о помещении лиц в стационар с целью оказания принудительной психиатрической помощи, о выдаче приказов или ордеров суда по определенным вопросам, о которых упоминалось выше.

Предметная подсудность. Все административные дела подсудны в первой инстанции *районным и городским судам*, за исключением дел, подсудных *судьям-магистратам*. Последние рассматривают такие административные дела:

- о законности индивидуальных административно-правовых актов об административных правонарушениях;
- по вопросам государственной социальной защиты;
- о спорах, возникших в связи с исполнением вступивших в законную силу решений суда;
- о спорах, возникших в процессе трудовых отношений на публичной службе;
- об издании приказов о проверке деятельности предпринимателей на основании ходатайств контролирующих органов;
- о помещении лица в стационар в целях принудительной психиатрической помощи по обращению администрации соответствующего психиатрического учреждения.

Там, где судьи-магистраты не действуют, подсудные им дела рассматривают районные (городские) суды.

Территориальная подсудность. По общему правилу гражданского судопроизводства, применяемому в административном судопроизводстве, иск предъявляется в суд по месту нахождения ответчика. Однако АПК в отдельных категориях дел устанавливает особые правила. Так, например, заявление с требованием об издании охранного ордера подается в суд по месту жительства жертвы. Приказ о помещении лица в стационар в целях оказания принудительной психиатрической помощи на основании обращения администрации соответствующего психиатрического учреждения издается по месту нахождения психиатрического учреждения. Приказ о проверке деятельности предпринимателя издается по месту нахождения предпринимателя. Приказ о реализации подвергнутого аресту имущества налогоплательщика по ходатайству налогового органа издается по местонахождению налогоплательщика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

По общему правилу, прежде чем обратиться в суд лицо должно подать жалобу в административном порядке. Суд не принимает иски в отношении административных органов, если истцы не воспользовались возможностью однократной подачи административной жалобы (ч. 5 ст. 2 АПК).

АПК устанавливает такие виды исков, с которыми можно обратиться в суд:

- иск о признании административного акта недействительным или об объявлении утратившим силу;
- иск об издании административного акта;
- иск об осуществлении действия – с требованием осуществить такое действие или воздержаться от такого действия, которое не подразумевает издания индивидуального административного акта;
- иск о признании – с требованием признания административного акта ничтожным, установления наличия или отсутствия права или правового отношения.

Иск о признании административного акта недействительным или об объявлении утратившим силу подается в суд в месячный срок после ознакомления с индивидуальным административным актом или решением, связанным с административной жалобой, а равно истечения установленного срока для вынесения решения по административной жалобе, а в случае с нормативным актом – в 3-месячный срок после причинения непосредственного вреда. Иск об издании административного акта должен быть внесен в суд в месячный срок после получения отказа в издании такого акта. Законами могут быть предусмотрены и иные сроки обращения в суд.

Встречный иск при подаче иска о признании административного акта недействительным или об издании административного акта не допускается.

Административные дела рассматриваются в первой инстанции судьей-магистратом или судьей районного (городского) суда единолично.

АПК предусматривает различные способы предоставления временной (предварительной) защиты лицу. Так, принятие иска судом автоматически приостанавливает действие обжалованного индивидуального административного акта. Но по требованию стороны суд вправе отменить приостановление действия акта или его части при наличии необходимости безотлагательного исполнения акта или его части, которое связано со значительным (существенным) вредом или ограничивает права или интересы стороны.

Действие обжалованного индивидуального административного акта автоматически не приостанавливается, если:

- это связано с внесением государственных или местных налогов, сборов или иных платежей;
- отсрочка исполнения влечет значительный материальный ущерб или создает существенную угрозу общественному порядку или безопасности;
- он издан во время действия чрезвычайного или военного положения, объявленного на основании соответствующего закона;

- административным органом принято письменное обоснованное решение о немедленном исполнении при наличии необходимости в безотлагательном исполнении;

- индивидуальный административный акт исполнен или представляет собой правонадеждающий акт и его приостановление причинит значительный вред законным правам или интересам других лиц;

- это предусмотрено законом.

Но и в этих случаях по требованию стороны суд может приостановить действие индивидуального административного акта или его части при наличии обоснованного подозрения, касающегося законности такого акта или если его безотлагательное исполнение причиняет существенный вред или делает невозможной защиту права либо интереса истца.

Ходатайство стороны о приостановлении действия индивидуального административного акта может представляться и до предъявления иска. В случае исполнения приостановленного индивидуального административного акта суд может отменить решение, принятое в связи с таким исполнением.

По общему правилу, суд может, принимая иск, по ходатайству стороны приостановить действие также нормативного административного акта при наличии обоснованного подозрения, касающегося законности данного акта, или если его безотлагательное исполнение причинит лицу существенный вред или сделает невозможной защиту права или интереса лица.

На основании заявления суд может до возбуждения иска принять временное определение об издании индивидуального административного акта или осуществлении действия при наличии угрозы, что изменение существующего положения может препятствовать реализации права заявителя или в значительной мере осложниться. Применение временного определения суда допускается также при предварительном регулировании спорных правовых отношений, если это регулирование, в первую очередь в случае с долгосрочными правовыми отношениями, необходимо для предотвращения существенного вреда, при наличии угрозы или иных оснований.

В административном судопроизводстве признается принцип диспозитивности, но с некоторыми особенностями. Так, стороны вправе завершить дело мировым соглашением, отказаться от иска или признать иск. В то же время административный орган имеет на это право только в случае, если это не противоречит законодательству. Суд не вправе выходить за пределы исковых требований, но он не ограничен формулировкой искового требования. С целью ускорения процесса судья может помочь стороне в трансформировании требования.

В административном судопроизводстве действует и принцип состязательности. Истец обязан обосновать свой иск и представить соответствующие доказательства. Ответчик обязан представить письменный ответ (возражения) и соответствующие доказательства. По общему правилу, бремя доказывания в случае внесения иска о признании административно-

правового акта ничтожным, недействительным или утратившим силу возлагается на административный орган, издавший этот акт.

В то же время суд, в отличие от гражданского процесса, правомочен устанавливать фактические обстоятельства и собирать доказательства по собственной инициативе. Сторона вправе до использования этих фактических обстоятельств и проверки доказательств предоставить свои соображения по ним.

Административный орган обязан по требованию суда представлять ему документы и иную информацию, необходимые для рассмотрения и разрешения дела. Если административный орган без уважительных причин не предоставил доказательства, суд налагает на соответствующее должностное лицо административного органа штраф, что не освобождает его от обязательства представления доказательств в дальнейшем.

Если суд в результате рассмотрения дела установит, что административный акт или его часть являются противозаконными и наносят прямой и непосредственный (индивидуальный) вред праву или интересу истца либо незаконно ограничивают его право, суд выносит решение о признании административного акта недействительным. Если индивидуальный административный акт был исполнен еще до вынесения судебного решения, суд по ходатайству стороны указывает в решении порядок отмены исполнения.

В случае объявления административным органом индивидуального административного акта утратившим силу до вынесения судебного решения суд правомочен при наличии законного интереса стороны и по ее требованию признать данный индивидуальный административный акт недействительным.

Если суд признает, что индивидуальный административный акт издан без исследования и оценки обстоятельств, имеющих существенное значение для дела, он правомочен, не решая спорный вопрос, признать такой акт недействительным и поручить административному органу после исследования и оценки этих обстоятельств издать новый акт.

Судебное решение об объявлении нормативного административного акта недействительным имеет обязательную силу для всех, к кому он относится. Если объявление нормативного административного акта недействительным создает значительную угрозу государственной или общественной безопасности или влечет существенное увеличение расходов государственного или местного самоуправления, суд правомочен вместо признания нормативного административного акта недействительным объявить его утратившим силу. Резолютивная часть судебного решения подлежит опубликованию в том же порядке, в каком был опубликован нормативный акт, за счет административного органа, издавшего акт.

В связи с иском о принятии административного акта суд выносит решение, которым поручает административному органу принять административный акт, если отказ от принятия такого акта является противозаконным или нарушен срок его принятия и это причиняет прямой и

непосредственный (индивидуальный) вред праву или интересу истца. Суд по требованию стороны устанавливает срок принятия административного акта. Суд также правомочен урегулировать спорный вопрос своим определением, если издание индивидуального административного акта не требует дополнительного исследования обстоятельств дела и вместе с тем вопрос не относится к дискреционному полномочию административного органа.

В связи с иском об осуществлении действия суд выносит решение, которым поручает административному органу осуществить данное действие или воздержаться от его осуществления, если отказ от осуществления такого действия или же его осуществление является незаконным и это причиняет прямой и непосредственный (индивидуальный) вред праву или интересу истца.

АРМЕНИЯ

1. Правовое регулирование административной юстиции

Конституция от 5 июля 1995 г. определяет, что в Армении действуют суды первой инстанции общей юрисдикции, Апелляционный Суд и Кассационный Суд, а в предусмотренных законом случаях и специализированные суды.

Институт административной юстиции представлен Административным судом, функционирующем на основе *Судебного кодекса* от 21 февраля 2007 г. и *Административно-процессуального кодекса* (далее – АПК) от 27 ноября 2007 г., который вступил в действие с 1 января 2008 г. Перед этим действовал Административно-процессуальный кодекс 2004 г.

Согласно ст. 2 действующего АПК порядок судопроизводства по административным делам в предусмотренных этим кодексом случаях устанавливается также *Гражданским процессуальным кодексом* в той мере, в какой его нормы по своей сущности применимы относительно административного судопроизводства и не противоречат Административно-процессуальному кодексу и сущности административного судопроизводства.

Деятельность административных органов урегулирована *Законом «Об основах административной деятельности и административном производстве»* от 18 февраля 2004 г. Этот законодательный акт используется судами для оценки деятельности администрации.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. В соответствии со ст. 3 Судебного кодекса *Административный суд* является специализированным судом первой инстанции по административным делам. Высшей судебной инстанцией по отношению к Административному суду является Кассационный Суд.

Компетенция. К юрисдикции Административного суда отнесены все дела, вытекающие из публичных правоотношений, в том числе:

- споры в связи с осуществлением или прохождением публичной или альтернативной службы;

- споры между административными органами, если они не подлежат разрешению высшими инстанциями;

- споры о приостановлении или прекращении деятельности объединений, в том числе профсоюзов, которые действуют в сфере публичного права;

- дела о даче распоряжений об оплате в публичных правоотношениях.

По постановлению Конституционного Суда от 3 февраля 2009 г. Административный суд уполномочен разрешать также гражданско-правовой спор, производный от административно-правовых отношений, в рамках одного административного дела.

Право на обращение в Административный суд имеет любое физическое или юридическое лицо, если считает, что вследствие актов, действий или бездействия административных органов:

- нарушены или ущемлены его права и свободы, гарантированные Конституцией, международными договорами, законами и другими документами, в том числе в случаях препятствия осуществлению этих прав и свобод или не создания необходимых условий для их реализации;

- на лицо незаконно была возложена обязанность;

- лицо было незаконно привлечено к административной ответственности.

Административный орган может обратиться в Административный суд:

- с требованием возложения на физическое или юридическое лицо ответственности, когда закон предусматривает, что только Административный суд может это сделать;

- с требованием лишить физическое или юридическое лицо определенных прав или возложить определенные обязанности, если по закону это возможно по решению суда;

- для решения спора по компетенции, если это спор не может быть решен в административном порядке.

В юрисдикцию Административного суда не входят вопросы, отнесенные к компетенции Конституционного Суда, вопросы, разрешаемые в порядке уголовного процесса, а также вопросы, связанные с несостоятельностью лиц.

Подсудность. Все административные дела в первой инстанции подсудны Административному суду Республики Армения.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

Законом «Об основах административной деятельности и административном производстве» (ст. 70) устанавливает право обжаловать административные акты, действие или бездействие административного органа как в административном, так и в судебном порядке. Обязанности обязательного предыдущего обжалования в административном порядке перед обращением в суд не установлено.

В административном порядке жалоба может быть представлена либо административному органу, принявшему обжалуемый административный акт, либо вышестоящему административному органу. Если акт был обжалован одновременно в административном и судебном порядке, то жалоба подлежит судебному рассмотрению. В этом случае начатое в административном органе производство прекращается.

По АПК, иск об отмене административного акта может быть подан в суд в течение двух месяцев после вступления его в силу. Иск о возложении на административный орган обязанности издать акт подается в течение одного месяца с момента получения отказа административного органа или в течение двух месяцев с момента, когда истек максимальный срок для издания акта. Для подачи иска о принуждении к исполнению обязательства установлен одномесячный срок, исчисляемый с момента получения от органа отказа или трехмесячный срок с момента окончания срока, предоставленного для совершения этого действия. Иск об установлении наличия или отсутствия права или правоотношения может быть подан в любое время.

В случае обжалования административного акта, действия или бездействия в административном порядке указанные сроки рассчитываются с момента истечения срока рассмотрения жалобы.

По общему правилу, дела в Административном суде рассматриваются судьей единолично. В случае отмены решения Административного суда и направления дела на новое рассмотрение дело разрешается коллегией из трех судей. Дела о правомерности нормативных актов, а также наиболее важные категории избирательных споров рассматриваются коллегией из пяти судей.

Что касается доказывания, то каждая сторона должна представить суду все доказательства, на обоснование своих требований или возражений и находящиеся в ее распоряжении. По требованию суда сторона также должна предоставить доказательства, находящиеся в ее распоряжении и оправдывающие позицию другой стороны.

Стороны не имеют права уничтожать или скрывать доказательства или и другим способом мешать их сбору, исследованию и оценке. В случае нарушения такого правила суд может возложить бремя доказывания на другую сторону.

Административный орган несет бремя доказывания фактов, которые стали причиной его решения, действия или бездействия.

Если после изучения всех доказательств факт остается спорным, негативные последствия несет сторона, которая несет бремя доказывания этого факта.

Суд по собственной инициативе указывает на факты, которые имеют значение для принятия решения, и в случае необходимости призывает стороны предоставить доказательства относительно этих фактов, а также имеет право истребовать любую информацию по делу.

Суд имеет право по ходатайству стороны или по собственной инициативе принять меры по обеспечению иска (в том числе встречного

иска). Обеспечение иска осуществляется по правилам гражданского судопроизводства.

Разрешая дело по существу, суд имеет право:

- отменить административный акт или признать его недействительным полностью или частично;
- возложить обязанность на административный орган издать административный акт;
- возложить на участников процесса и иных лиц обязательство осуществить определенные действия или воздержаться от действий;
- установить наличие или отсутствие правоотношения;
- признать незаконными обременительные административные действия;
- признать полную или частичную недействительность (незаконность) нормативного акта.

По спорам о компетенции суд может определить, на какой орган возложены полномочия по решению спорного вопроса.

В случае установления в ходе процесса грубого или регулярных нарушений прав физических и юридических лиц, существенных нарушений Конституции и законов, суд помимо решения по существу вправе дополнительно принять определение, адресованное руководителю органа либо соответствующему должностному лицу, для принятия мер по устранению данных нарушений в течение одного месяца после получения решения.

АЗЕРБАЙДЖАН

1. Правовое регулирование административной юстиции

В соответствии с *Конституцией Азербайджанской Республики* 1995 г. судебную власть осуществляют Конституционный Суд, Верховный Суд, апелляционные суды, общие и специализированные суды.

На сегодняшний день отдельных административных судов в Азербайджане не создано. Административные споры пока что разрешаются общими и экономическими судами, система которых определена *Законом «О судах и судьях»* от 10 июня 1997 г. По Конституции Верховный Суд является высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и другим делам, отнесенным к производству общих и специализированных судов.

30 июня 2009 г. принят *Административно-процессуальный кодекс* (далее – АПК). Он вступает в действие с 1 января 2011 г. В административном судопроизводстве субсидиарно могут применяться положения *Гражданского процессуального кодекса* – в случаях неурегулированных Административно-процессуальным кодексом и когда это не противоречит предусмотренным им процессуальным принципам.

Следует отметить, что в Азербайджане процедура рассмотрения дел в административных органах урегулирована *Законом «Об административном производстве»* от 21 октября 2005 г.

2. Суды, компетенция и подсудность

Суды. Административные суды создаются на основе системы экономических судов и соединены с ними организационно и функционально. Теперь эти суды называются *судами по делам об административных и экономических спорах*. В то же время некоторые категории дел по первой инстанции подсудны судебным коллегиям по делам об административных и экономических спорах *апелляционных судов*, которые, как правило, являются апелляционной инстанцией. Высшей (кассационной) инстанцией и далее будет оставаться *Верховный Суд*, в котором создана судебная коллегия по делам об административных и экономических спорах.

Компетенция. К административному судопроизводству отнесены такие иски:

- об оспаривании (отмене или изменении) административного акта, принятого административным органом в отношении прав и обязанностей лица (иски об оспаривании);
- о возложении на административный орган соответствующего обязательства, связанного с вынесением административного акта, и иски о защите от бездействия административного органа (иски о принуждении);
- о совершении административным органом определенных действий, не связанных с вынесением административного акта (иски об исполнении обязательства);
- о защите от незаконного вмешательства, не связанного с вынесением административного акта административным органом и непосредственно нарушающего права и свободы лица (иски о воздержании от совершения определенных действий);
- о наличии или отсутствии административно-правового отношения, а также о признании административного акта недействительным (иски об установлении или признании);
- о проверке соответствия закону актов нормативного характера, за исключением вопросов, отнесенных к полномочиям Конституционного суда (иски о соответствии закону);
- по имущественным требованиям, связанным с решением административных споров, а также по требованиям об оплате компенсации за ущерб, причиненный незаконными решениями (административными актами) или действиями (бездействием) административных органов;
- иски муниципалитетов против действий органов административного контроля или органов административного контроля против муниципалитетов.

Предметная подсудность. Как правило, административные споры в качестве суда первой инстанции рассматривают *суды по делам об административных и экономических спорах*. Но некоторые категории административных дел в первой инстанции подсудны *апелляционным судам*: дела об оспаривании соответствия закону актов нормативного характера, дела, связанные с государственной регистрацией или с ликвидацией

политических партий, споры, связанные с выдачей специального разрешения (лицензии) на телерадиовещание, или с прекращением производства и распространения средств массовой информации либо приостановлением их деятельности.

Территориальная подсудность. По общему правилу, административные иски рассматриваются судом по месту нахождения, месту жительства ответчика, а в случае отсутствия места жительства — по месту его пребывания или последнему месту жительства или месту пребывания.

Административные споры, связанные с недвижимым имуществом либо с правами или правоотношениями, связанными с определенной территорией, рассматриваются судом по месту нахождения данного имущества или территории.

Иски об оспаривании рассматриваются судом по месту нахождения административного органа, принявшего оспариваемый административный акт. В случае если административный акт вынесен административным органом, полномочия которого охватывают территорию, на которую распространяется юрисдикция более чем одного суда, иски против данных административных актов рассматриваются судом по месту жительства или месту нахождения заинтересованного лица.

Иски против дипломатических представительств и консульств Азербайджанской Республики рассматриваются судами по месту нахождения соответствующего органа исполнительной власти.

Иски против административного органа, связанные со служебными правоотношениями, существующими или ранее существовавшими между данным органом и судьей, государственным служащим или военнослужащим, а также споры, связанные с возникновением таких правоотношений, рассматриваются судом по месту нахождения служебного жилья истца, в случае отсутствия такого жилья – по месту его жительства, а при его отсутствии – по месту нахождения административного органа-ответчика.

3. Особенности судопроизводства по административным спорам

В соответствии с Законом «Об административном производстве» обжалование решений, действий либо бездействия административных органов может осуществляться в административном или в судебном порядке. То есть обязательного предыдущего обжалования в административном порядке не установлено. В случае, если на административный акт одновременно подана и жалоба и административный иск как в административном, так и в судебном порядке, иск рассматривается в судебном порядке, а производство по жалобе в административном органе прекращается.

По АПК, иск об оспаривании может быть подан в течение 30 дней с момента предоставления (объявления) административного акта, а в случае подачи жалобы в административном порядке – с момента предоставления административного акта, принятого по жалобе.

Иск о принуждении может быть подан в течение 30 дней с момента предоставления истцу соответствующего административного акта об отказе от вынесения административного акта либо выдачи письменных сведений об этом.

Если административный орган не принимает в установленный законом срок административный акт в связи с обращением о вынесении административного акта либо жалобой, поданной в административном порядке, подача иска в суд до истечения 35 дней с момента подачи данного обращения или жалобы не допускается (за исключением случаев установления законодательством более короткого или длительного срока). В случае непринятия требуемого административного акта, в том числе решения по административной жалобе по уважительным причинам, суд для принятия решения по административному акту или административной жалобе устанавливает определенный срок. До завершения данного срока суд приостанавливает производство по делу. Если в течение установленного судом срока административный акт будет принят либо жалоба удовлетворена, производство по делу прекращается.

В судах по делам об административных и экономических спорах административные споры рассматриваются судьей единолично. Административные споры в судебных коллегиях по делам об административных и экономических спорах апелляционных судов рассматриваются судебным составом из трех судей.

По Закону «Об административном производстве» обжалование административного акта не приостанавливает его исполнение. Заинтересованное лицо может обратиться в суд для получения защиты временного характера как до подачи иска в суд или одновременно с иском либо в ходе судебного процесса.

В случае если заинтересованное лицо обжаловало административный акт в административном порядке, оно должно обратиться с ходатайством о защите временного характера в соответствующий административный орган. Лицо может обратиться с таким заявлением в суд лишь в случае, если этот орган не обеспечит ходатайство заинтересованного лица в течение 15 дней.

В случае если третье лицо подало иск против административного акта, адресованного другому лицу и благоприятного для данного лица, суд может вынести определение о защите временного характера также на основании заявления третьего лица.

В соответствии с АПК защита временного характера может предоставляться путем приостановления исполнения административного акта либо другими мерами, направленными на обеспечение иска (охрану прав истца). В частности суд в качестве мер защиты временного характера может наложить на ответчика обязанность совершить определенные действия или воздержаться от совершения определенных действий либо претерпеть определенные действия. При наличии законных оснований суд может наложить подобные обязанности и на третьих лиц.

Суд до вынесения решения в связи с заявлением о приостановлении исполнения административного акта, может возложить на ответчика обязанность воздержаться от совершения действий, направленных на исполнение административного акта.

Основанием для вынесения судом определения о защите временного характера является:

- наличие необходимости первичного срочного урегулирования ввиду того, что изменение существующего положения сделает невозможным либо затруднит защиту (обеспечение или восстановление) прав заявителя (истца);
- определение во время первичного судебного рассмотрения большой вероятности удовлетворения материального требования заявителя.

В случае вынесения соответствующего определения суда о защите временного характера, исполнение административного акта приостанавливается до окончания рассмотрения связанного с иском дела по существу.

В АПК имеются детальные правила о бремени доказывания. Так, административный орган, вынесший оспариваемый административный акт, обязан доказать наличие фактических условий, делающих необходимым вынесение данного акта.

По искам о защите от незаконного вмешательства, не связанного с вынесением административного акта административным органом, обязанность по доказыванию наличия фактических условий, делающих необходимым такое вмешательство, лежит на соответствующем административном органе.

По искам с требованиями об издании административного акта (о принуждении) обязанность по доказыванию наличия фактических условий, делающих вынесение данного акта необходимым, лежит на истце. Однако если административный орган ссылается на наличие фактических условий, исключающих вынесение в конкретном случае желаемого истцом административного акта, обязанность по доказыванию таких условий лежит на данном административном органе.

По принципу исследования обстоятельств дела, суд обязан, исходя из своего служебного положения, исследовать все фактические обстоятельства дела, имеющие значение для правильного разрешения спора. При этом он не ограничен объяснениями, заявлениями и предложениями участников процесса, представленными ими доказательствами и другими материалами, содержащимися в деле. Суд обязан самостоятельно по собственной инициативе или на основе ходатайства участников процесса собирать другие необходимые доказательства. Суд может требовать от сторон дополнительных сведений и доказательств.

По результатам рассмотрения дела, в случае установления противоречия административного акта закону и нарушения в связи с этим прав истца, суд выносит решение об отмене данного акта. Это правило применимо и в случаях установления нарушений в административном производстве, которые повлияли на решение административного органа.

В случае исполнения административного акта суд наряду с отменой административного акта может на основании соответствующего заявления возложить на административный орган обязательства по устранению последствий его исполнения. Если устранить последствия исполнения административного акта невозможно, суд выносит решение о выплате компенсации административным органом.

В случае отмены административного акта самим административным органом либо утраты им силы по другим основаниям, суд с учетом правовых интересов истца на основании его заявления выносит решение о признании данного акта недействительным (незаконным).

В случае оспаривания административного акта в части денежной суммы или наличия определенных условий для определения денежной суммы суд может установить другую денежную сумму или другие условия для выплаты денежной суммы.

В случае если истец наряду с отменой административного акта вправе требовать выполнения каких-либо обязательств, суд может вынести решение о принуждении выполнить такое обязательство.

В случае если непринятие административного акта ответчиком противоречит закону или послужило причиной нарушения прав истца, суд возлагает на административный орган обязательство принять административный акт. В случае невозможности вынесения определенного конкретного решения на основании требования истца, суд возлагает на административный орган обязательство о принятии с учетом правовой позиции суда соответствующего административного акта в пользу истца.

Суд, как правило, не может самостоятельно вынести решение вместо органа, если административный орган наделен дискреционными полномочиями, или необходимо продолжить исследования для принятия административного акта и эти исследования суд не может провести самостоятельно в рамках судебного рассмотрения.

Если в установленный судом срок административный орган не исполнит возложенные на него судебным решением обязательства, суд может оштрафовать административный орган.

ОБЩИЕ ВЫВОДЫ

Правовое регулирование. Практически во всех странах – бывших республиках СССР сфера административной юстиции регулируется конституциями, законами (кодексами) о судеустройстве и процессуальными кодексами. Также судопроизводство в административных делах может регулироваться специальным законом (закон «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» в России) либо законом об административной процедуре (Кодекс об административной процедуре в Таджикистане).

Анализ опыта бывших республик СССР в сфере административной юстиции позволяет выделить две основные категории:

- государства, в которых приняты отдельные административно-процессуальные законы и которые отказались от полного регулирования административного судопроизводства в рамках гражданского процесса (Литва, Эстония, Латвия, Украина, Молдова, Грузия, Армения, Азербайджан);

- государства, в которых административное судопроизводство осуществляется в рамках гражданского процесса или его разновидностей (Россия, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан).

Отличительной чертой первой категории является полнота правового регулирования, которое максимально учитывает специфику публично-правовых споров.

Вторая категория характеризуется поверхностным регулированием порядка разрешения публично-правовых споров, недостаточной адаптацией правил судопроизводства к потребностям института судебной защиты прав частных лиц от нарушений со стороны власти, противоречивым соотношением специальных и общих правил судопроизводства. Вторую категорию можно поделить еще на две группы:

- с разрешением административных споров по правилам гражданского судопроизводства (Казахстан, Кыргызстан);

- с разрешением административных споров по правилам гражданского и хозяйственного (арбитражного, экономического) судопроизводства (Россия, Беларусь, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан).

Существенным недостатком второй группы является неунифицированность механизмов и процедур защиты физических лиц, а также юридических лиц и индивидуальных предпринимателей.

Суды. Что касается судов, которые уполномочены разрешать административные дела, то на территории бывшего СССР существует большое разнообразие.

Так, отдельные административные суды созданы в Литве, Эстонии, Латвии, Украине и Армении. При этом в Украине административные дела по первой инстанции разрешаются также общими местными судами (на уровне района, города), наиболее приближенными к населению. В Литве действует замкнутая двухуровневая система административных судов. В Эстонии специализированные административные суды функционируют лишь на местном уровне. В Латвии отдельные административные суды созданы на двух уровнях, но высшей инстанцией для них является Верховный суд. В Армении действует лишь один административный суд.

В Азербайджане и Кыргызстане административные дела подсудны судам, которые одновременно специализируются на экономических спорах. В Молдове и Грузии административными считаются общие суды при рассмотрении административных дел.

В России, Беларуси, Узбекистане, Таджикистане административные споры разрешаются отдельными системами – судов общей юрисдикции и арбитражных (хозяйственных, экономических) судов. Также в рамках судов

общей юрисдикции административные дела рассматривают военные суды. Недостатком такой системы являются проблемы с унификацией подходов при разрешении административных дел, ведь эти дела подведомственны автономным системам судов.

В Казахстане некоторые категории административных дел рассматриваются специализированными административными судами и финансовым судом (которые в основном не являются органами административной юстиции). В Туркменистане действуют судьи по административному и исполнительному производству, но они, прежде всего, рассматривают не административные споры, а дела об административных правонарушениях.

В большинстве государств, где не созданы административные суды, предусмотрено создание специализированных структур в рамках общих или арбитражных (хозяйственных, экономических) судов.

Обязательное обжалование. В большинстве государств – бывших республик СССР административное обжалование не является обязательным условием для обращения в суд. Это может свидетельствовать либо о стремлении обеспечить максимальную доступность судебной защиты, которой не было в СССР, либо о неэффективности механизмов административного обжалования.

Только в странах Балтии, Молдове, Грузии, Туркменистане и частично в Беларуси предусмотрено обязательное предшествующее административное обжалование решений, действий либо бездействия административных органов либо как общее правило, или как правило для некоторых случаев. В Литве для рассмотрения жалоб в административном порядке созданы комиссии по административным делам с независимым статусом, что обеспечивает им большее доверие, чем доверие к вышестоящим органам.

Срок обращения в суд. В большинстве стран бывшего СССР установлен трехмесячный срок либо месячный срок для обращения в суд за защитой своих прав от нарушений со стороны административных органов, и месячный срок – в случае использования механизмов административного обжалования.

В Украине предусмотрен наибольший – шестимесячный срок для обращения в административный суд за защитой своих прав (до середины 2010 г. этот срок составлял один год), а также месячный срок – для обращения в суд после использования механизма административного обжалования, по делам о публичной службе, об оспаривании решения административного органа, по которому он может предъявить требование о взыскании денежных средств.

Для отдельных категорий дел в некоторых категориях дел предусмотрены более длительные сроки. Так, в Латвии, если в административном акте не указан срок его обжалования, тогда в суд можно обратиться в течение одного года после вступления административного акта в действие. В Эстонии требование о возмещении ущерба, причиненного административным органом в публичных правоотношениях, может быть

подано в суд в течение 3 лет с даты, когда заявителю был причинен ущерб или когда заявитель узнал или должен был узнать о нем, но не позднее чем через 10 лет после причинения ущерба.

Срок обжалования административного акта, не доведенного до сведения заявителя, в Эстонии не ограничен во времени. Так же не ограничен срок для обжалования в административный суд нормативных административных актов в Литве.

Временная защита. По общему правилу, обращение в суд с иском (жалобой, заявлением) не приостанавливает действие административного акта или действия. Приостановить такой акт либо действие может суд по ходатайству заявителя либо по собственной инициативе.

Хотя есть и исключения. Так, в Таджикистане предъявление иска в суд приостанавливает действие обжалованного административного акта, кроме случаев, когда это связано с внесением налогов, сборов или иных обязательных платежей, или он издан во время чрезвычайного или военного положения, объявленного на основании соответствующего закона. В Грузии принятие иска судом, как правило, автоматически приостанавливает действие обжалованного индивидуального административного акта, но по требованию стороны суд может отменить приостановление действия акта.

Доказывание. В подавляющем большинстве стран бывшего СССР в той или иной формулировке закреплена презумпция вины административного органа – именно он несет бремя доказывания правомерности своей деятельности. Однако в разных странах рамки этой обязанности несколько отличаются и могут быть довольно узкими.

Также суд в административных делах более активен, чем в обычном гражданском процессе, и вправе истребовать доказательства по своей инициативе. Хотя в некоторых странах эта роль присуща суду также в обычных гражданских делах (Туркменистан).

Исполнение судебных решений. Как показывает опыт, механизмы исполнения судебных решений по административным спорам являются одним из самых слабых звеньев в системе административной юстиции большинства стран бывшего СССР.

Не многие государства могут похвастаться хорошей проработкой специальных правил исполнения судебных решений по административным спорам. В большинстве случаев просто устанавливается обязанность административного органа на протяжении одного месяца сообщить суду и истцу (заявителю) об исполнении судебного решения.

Интересный опыт – в Украине на случай неисполнения решения суда или несообщения суду об исполнении решения с недавнего времени предусмотрен штраф, половина которого взыскивается в пользу бюджета, а половина – в пользу истца. Таким образом, этот штраф является своеобразной компенсацией для истца в связи с промедлением с исполнением судебного решения. А пеня, которая насчитывается за каждый день промедления, стимулирует орган быстрее исполнить решение суда.

Сентябрь 2010 г.

Р.А. КУЙБИДА
Заместитель Председателя Правления
Центра политико-правовых реформ,
к.ю.н., (Украина)

**ПРОБЛЕМЫ ОБЪЕДИНЕНИЯ НОРМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ
СУДОПРОИЗВОДСТВЕ С ПРАВИЛАМИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ ОБ
АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ В ПРОЕКТЕ
АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН²⁶**

Контекст

Принцип верховенства права, в частности связанность государственной власти правом и законом, требует внедрения эффективных механизмов защиты прав частных лиц от возможных вмешательств и нарушений со стороны власти. Одним из таких механизмов является институт административной юстиции, считающийся большим достоянием демократических государств. Этот институт дает возможность обжаловать решения, действия (бездействие) власти в административном суде в особенном порядке – по правилам административного судопроизводства.

Европейский суд по правам человека в одном из решений отметил: *«Сам факт создания и существования административных судов, безусловно, можно приветствовать как одну из передовых идей государства, основанного на верховенстве права. В частности, ввиду того что эти суды получили юрисдикцию пересматривать акты административных органов не без соответствующей борьбы»* (п. 69 решения по делу «Кресс /Kress/ против Франции» от 7 июня 2001 г.).

В большинстве европейских стран институт административной юстиции представлен административным судопроизводством и административными судами либо специализированными по административным делам структурами в рамках общих судов.

В Казахстане публично-правовые споры частных лиц с органами власти разрешаются в соответствии со специальными предписаниями Гражданского процессуального кодекса общими судами. В то же время созданы специализированные административные суды, но они рассматривают только дела об административных правонарушениях и не являются органами административной юстиции.

В 2009 г. Правительство Республики Казахстан представило на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан проект

²⁶ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

Административного процессуального кодекса (далее – проект АПК). Необходимость принятия кодекса с таким названием предусмотрена в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Президентом Республики Казахстан.

Ожидается, что принятие Административного процессуального кодекса должно стать важным шагом в развитии правового государства Республики Казахстан.

Особенностью проекта АПК является то, что в нем объединены положения действующего Гражданского процессуального кодекса, которыми урегулирован порядок разрешения судами административных споров (административное судопроизводство), а также процедурная часть Кодекса об административных правонарушениях. Разрешение административных споров отнесено преимущественно к подсудности районных (городских) и приравненных к ним судов (ст. 71), а дел об административных правонарушениях – специализированных районных и приравненных к ним административных судов, а также специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних (ст. 35 проекта АПК).

Несоответствие Концепции правовой политики

В Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года констатирована важность развития *«административно-процессуального права, вершиной которого стало бы принятие Административного процессуального кодекса. При этом следует четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства»* (п. 2.2). То есть вопрос, нужно ли включать в предмет Административного процессуального кодекса производство по делам об административных правонарушениях, в Концепции окончательно не решен, а оставлен для будущего изучения и разрешения.

В то же время авторы Концепции четко разграничили административно-деликтное право (институт административных правонарушений и привлечения к ответственности за них) и институт административной юстиции: *«в контексте развития административно-процессуального права следует рассматривать вопрос об административной юстиции, разрешающей споры о праве, возникающие из публично-правовых отношений между государством и гражданином (организацией)»*. При этом в Концепции отметили важность процессуального обособления административной юстиции: *«подлежит рассмотрению вопрос процессуального обособления и легитимации порядка разрешения конфликтов публично-правового характера. Таким образом, административное судопроизводство должно стать полноценной формой осуществления правосудия, наряду с уголовным и гражданским судопроизводством»* (п. 2.2 Концепции).

Понимание административных судов как институций административной юстиции, а не административной репрессии привело к закреплению в Концепции положения о том, что *«на базе действующих административных судов необходимо создание системы административной юстиции, рассматривающей публично-правовые споры, с передачей дел об административных правонарушениях в подведомственность судов общей юрисдикции»* (п. 3.2).

Таким образом, положения проекта АПК (ст. 35, 71), которые определяют подсудность административных дел общим судам, а дел об административных правонарушениях – специализированным административным судам, не соответствуют Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года.

Попытка объединить в одном законодательном акте правила административного судопроизводства с правилами производства по делам об административных правонарушениях является сомнительной с точки зрения положений Концепции о необходимости процессуального обособления административного судопроизводства, а также о принципиальном различии института административной юстиции и административно-деликтного права.

Исторические предпосылки самостоятельности административного судопроизводства

Зарождение и развитие административной юстиции показывает, что по историческим истокам она не имеет практически ничего общего с административно-деликтным правом. Известный дореволюционный российский исследователь административной юстиции С. Корф писал: *«Административная юстиция явилась одною из тех гарантий, которые созданы были историей XIX века в обеспечение гражданину его прав и свободы»*²⁷.

Например, во Франции органы административной юстиции появились вначале XIX столетия. Тогда руководители Французской революции, создав органы управления, упразднили старую систему контроля и возложили эту функцию на новые коллегиальные органы – Государственный совет и советы префектур, поскольку доверяя к действующим судам, которые состояли из судей-аристократов, у революционеров не было. Поэтому изначально создание органов административной юстиции во Франции преследовало цель обеспечить самостоятельность администрации и независимость ее от судов общей юрисдикции. Но в процессе практики в XIX столетии цель административной юстиции эволюционировала – от защиты самостоятельности администрации к защите прав граждан. Органы

²⁷ Корф С.А. Административная юстиция въ Россіи. Книга вторая. Книга третья. – С.-Петербургъ, 1910. – С. 394-395.

административной юстиции постепенно стали более независимые от администрации и превратились в самостоятельные суды²⁸.

Надо заметить, что во Франции – в одном из государств-основателей административной юстиции – в юрисдикции административных судов некоторое время, кроме административных исков, были также проступки частных лиц дисциплинарного и уголовного характера, нарушающие административные правила в сфере больших путей сообщения (железнодорожные, морских портов, каналов, телеграфных линий). С. Корф указывал: *«по своему существу они вовсе не принадлежат к области административной юстиции, составляя простые полицейские нарушения»*; и рассматривал это как *«исторический пережиток тех времен, когда целью существования административной юстиции считалась исключительно защита самостоятельности администрации»*²⁹.

Отнесение к юрисдикции административных судов отдельных полицейских правонарушений во Франции – это единственный исторический пример полномочий административных судов по рассмотрению уголовных по природе правонарушений, который нам удалось найти. Исходя из понимания истинной цели административной юстиции, современные административные суды (за исключением Казахстана) не налагают административные взыскания либо наказания уголовного характера.

Что касается института административного проступка (деликта), то большинство административных правонарушений, которые все еще признаются во многих бывших государствах СССР, в Европе отнесены к малозначительным деяниям, преследуемым в порядке уголовного процесса, либо деяниям, наказуемым административными органами только во внесудебном порядке. По мнению некоторых ученых, в СССР многие уголовные по природе правонарушения стали административными лишь по двум простым причинам – чтобы показать резкое уменьшение уровня преступности в Советском Союзе, а также упростить процедуру привлечения лица к ответственности, тем самым лишив его некоторых дополнительных гарантий, которые присутствуют в уголовном процессе³⁰.

Отсутствие зарубежного опыта объединения в одном законе административного судопроизводства и деликтной процедуры

Подавляющее большинство европейских государств имеет отдельные законы об административном судопроизводстве – кодексы административной юстиции, кодексы или законы об административном

²⁸ Корф С.А. Указ. соч. – С. 402-403.

²⁹ Корф С.А. Указ. соч. – С. 414-415.

³⁰ Адміністративно-деліктне законодавство: Зарубіжний досвід та пропозиції реформування в Україні / Автор-упорядник О. Банчук. – К.: Книги для бізнесу, 2007. – С. 134.

судопроизводстве, административно-процессуальные кодексы, законы об административных судах и о производстве в административных судах и т. п.

В некоторых европейских странах в одном законодательном акте объединены правила административной процедуры (порядок рассмотрения индивидуальных дел частных лиц органами публичной администрации) и правила административного судопроизводства (рассмотрение судами административных споров). Например, в Нидерландах эти вопросы урегулированы в Акте по вопросам общего административного права, в Болгарии – в Административно-процессуальном кодексе.

Положение об административных судах Германии, кроме процедуры административного судопроизводства, регулирует также процедуру административного обжалования – подачу возражения против административного акта и порядок рассмотрения такого возражения административным органом. В большинстве случаев административное обжалование обязательно предшествует обращению в административный суд. Указанные подходы объясняются тем, что зачастую судебное обжалование является не чем иным, как продолжением тех спорных отношений, которые возникли в ходе административной процедуры.

В то же время мы не знаем ни одного примера в европейской практике, когда бы государство осмелилось совместить в одном кодексе производство по делам о проступках и административное судопроизводство. Ведь это почти одно и то же, что объединить в одном законодательном акте правила гражданского либо административного судопроизводства с уголовным процессом.

Мы понимаем, что основным мотивом для концепции проекта АПК Республики Казахстан могло стать представление обеих этих видов производства (административно-деликтного производства и административного судопроизводства) как таковых, что связано с привлечением к ответственности: в первом случае – лица государством, а во втором – государства лицом с помощью суда. Такое обоснование не является бесосновательным. Однако различия в регулировании этих двух механизмов привлечения к ответственности настолько существенны, что любой кодифицированный акт, который бы их объединял, не будет удобным в пользовании целостным и системным документом. Единственное, что объединяет эти два производства, это слово «административное» в их названии.

Эклектика предмета, задач и принципов в проекте АПК

Любой кодекс как акт законодательства основывается на едином предмете регулирования, имеет свою задачу и принципы. Это теоретическое положение частично нашло свое отображение в статьях 1 и 3 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах», которые устанавливают, что кодекс – это закон, в котором объединены и

систематизированы правовые нормы, регулирующие *однородные* важнейшие общественные отношения (выделение наше. – Р.К.).

Если ознакомиться с первой статьей проекта АПК, то невооруженным глазом можно увидеть, что кодекс будет иметь два разнородных (!) предмета регулирования.

Статья 1. Отношения регулируемые административным процессуальным законодательством: «Административное процессуальное законодательство Республики Казахстан регулирует общественные отношения, возникающие при производстве по делам об административных правонарушениях, а также общественные отношения, возникающие при отправлении судами правосудия при рассмотрении разрешении административных споров, отнесенных к их компетенции настоящим Кодексом».

Первый – общественные отношения при производстве по делам об административных правонарушениях; второй – общественные отношения, возникающие при отправлении судами правосудия при рассмотрении и разрешении административных споров.

В то же время Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах» предусматривает урегулирование кодексом общественных отношений, связанных с привлечением к административной ответственности (пункт 14 статьи 3-1). А после изменений, предложенных проектом Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам административного процессуального законодательства», кодексом также должны быть урегулированы административно-процессуальные общественные отношения (новый пункт 14-1 статьи 3-1 Закона Республики Казахстан «О нормативных правовых актах»). Следовательно, привлечение к административной ответственности за административные деликты, а также административный процесс (административное судопроизводство) являются различными по существу отношениями и должны быть предметом регулирования разных кодексов.

Процессуальные кодексы обычно имеют общие положения (определяющие предмет, принципы, общие институты, присущие всем этапам соответствующего вида судопроизводства или большинства из них) и процедурную часть (определяет последовательность прохождения дела от подачи обращения в суд до исполнения судебного решения).

На первый взгляд, эти подходы соблюдены и в проекте АПК. Так, проект состоит из трех разделов: раздел 1 «Общие положения», раздел 2 «Производство по делам об административных правонарушениях», раздел 3 «Производство по административным спорам». Особые правила каждого из этих производств сосредоточены во втором и третьем разделах.

Однако анализ раздела «Общие положения» показывает, что в *общих* положениях почему-то преобладают *особые* положения, посвященные отдельно производству по делам об административных правонарушениях и производству по административным спорам. Эти особые положения «общих» положений можно найти не только в разных частях одних и тех же статей, в разных статьях, но даже и в различных главах (!) первого раздела. Например,

уже по названию главы 3 «Подсудность и подведомственность дел об административных правонарушениях. Подсудность дел об административных спорах» раздела проекта АПК «Общие положения» можно судить о двух предметах регулирования. Глава 7 «Меры административного процессуального принуждения» и глава 11 «Реабилитация. Возмещение вреда, причиненного незаконными действиями органа (должностного лица), уполномоченного рассматривать дела об административных правонарушениях» этого же раздела по содержанию относятся к производству по делам об административных правонарушениях. Таким образом, общие положения проекта АПК в своем большинстве таковыми не являются. И не могут являться – в силу разной природы административной юстиции и административно-деликтной процедуры.

Каждый из видов производства характеризуется своим субъектным составом, имеющим много отличий. Например, в производстве по рассмотрению административных споров действуют стороны – истец и ответчик; заинтересованные лица, заявляющие или не заявляющие самостоятельные требования на предмет спора. А участниками производства по делам об административных правонарушениях признаются, в частности, лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении; потерпевший; уполномоченный орган (должностное лицо); понятой и другие. Таким образом, основной состав лиц, участвующих в деле, и их процессуальный статус имеют существенные отличия в обоих видах производства.

Искусственность объединения в проекте АПК двух различных институтов подтверждает также неудачная попытка сформулировать общие для них задачи. Так, в статье 8 проекта АПК определены в одном предложении задачи как административного судопроизводства, так и производства по делам об административных правонарушениях.

Статья 8. Задачи административного производства: «Задачами административного производства являются защита нарушенных или оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов человека и гражданина, законных интересов юридических лиц, укрепление законности и правопорядка, предупреждение правонарушений, а также своевременное, всестороннее, полное и объективное выяснение обстоятельств каждого дела, разрешение его в соответствии с настоящим Кодексом, обеспечение исполнения вынесенного решения».

Такая попытка привела к настолько абстрактной формулировке, что ее с одинаковым успехом можно применить и к гражданскому судопроизводству, и даже к уголовному процессу. В этом нетрудно убедиться, если слова «административного производства» заменить, например, словами «гражданского судопроизводства», – определение задач будет соответствовать!

Однако понятно, что задачи административного судопроизводства и производства по делам об административных правонарушениях – различные. Приоритетом административного судопроизводства (административной

юстиции) является защита прав физических и юридических лиц от нарушений со стороны органов власти, а производства по делам об административных правонарушениях – привлечение виновных лиц к ответственности в случае совершения ими административных проступков и, как следствие, предупреждение проступков, укрепление законности и правопорядка.

Помимо различных задач, эти два вида производства основаны на разных принципах, порой противоположных, - например, презумпция вины [публичной администрации] в административном судопроизводстве (статья 26, которая почему-то называется «Состязательность»), и презумпция невиновности [лица] в производстве по делам об административных правонарушениях (статья 30). Общими являются лишь конституционные принципы, которые в равной степени касаются также гражданского и уголовного судопроизводства (законность, право на судебную защиту, уважение чести и достоинства личности, независимость судей, гласность, право на квалифицированную юридическую помощь, право не свидетельствовать против себя и близких и т.д.).

Юрисдикция административных судов в мире и Казахстане

Классическими примерами модели, которая предполагает существование специализированных административных судов, являются Франция и ФРГ. Зарождение административной юстиции в этих странах имеет разные исторические предпосылки. Во Франции административные суды возникли из административных органов. Их систему возглавляет Государственный совет, который одновременно исполняет множество административных функций. Подготовка судей административных судов, как правило, осуществляется вместе с подготовкой чиновников. Последователями Франции в этом плане являются Греция, Италия, Люксембург, Турция. В Германии административные суды являются самостоятельной ветвью судебной власти, которые организационно менее связаны с публичной администрацией. Германская модель имела и имеет большое влияние на соседние государства, а также на страны постсоветского пространства.

В некоторых странах отдельных административных судов нет, но в структуре общих судов действуют специализированные административные палаты, коллегии (например, Венгрия, Словакия, Молдова, Грузия).

Есть также страны, где административное судопроизводство осуществляется как специализированными палатами в структуре общих судов, так и отдельными административными судами (например, Испания, Нидерланды, Словения, Чехия, Швейцария, Эстония).

На Украине административные споры разрешаются по правилам административного судопроизводства специализированными административными судами, а также местными общими судами районного уровня, которые являются наиболее приближенными к населению.

Во всех случаях административные суды, палаты либо коллегии являются органами административной юстиции и не налагают на граждан наказания. Они могут рассматривать разве что иски (жалобы) по поводу решений, действий органов публичной администрации при применении мер административного воздействия или принуждения.

В Республике Казахстан административные суды созданы для рассмотрения дел об административных правонарушениях. Возможно, это стало следствием того, что на постсоветском пространстве административное право практически отождествлялось с институтом административного правонарушения, а между терминами административное дело и дело об административном правонарушении ставился знак равенства.

На самом деле, административное право – это отрасль, которая упорядочивает публичную администрацию (исполнительную власть и местное самоуправление) и ее отношения с частными лицами. То, что во многих странах постсоветского пространства считается институтом административных правонарушений, в государствах с устоявшейся демократией является либо сферой уголовного (криминального) права – для таких проступков действует судебная юрисдикция, либо административного права, но лишь в том случае, когда взыскания налагают административные органы с возможностью обжаловать их решения в порядке административного судопроизводства.

Создание полноценного института административной юстиции невозможно без пересмотра компетенции действующих административных судов в Казахстане. На наш взгляд, судьи, которые будут рассматривать административные споры, должны пройти специальную подготовку с акцентом на права человека с целью выработать правозащитное мышление. Если сохранять юрисдикцию судов по делам об административных нарушениях, то этим должны заниматься не административные, а общие суды, которые рассматривают уголовные дела, а также специализированные ювенальные суды.

Восприятие общественностью

Эффективность кодекса в первую очередь зависит от приема, оказанного ему юридическим сообществом, призванным привести этот кодекс в действие или, иначе говоря, претворить его в жизнь³¹.

При объединении в одном кодексе правил административного судопроизводства с положениями административно-деликтной процедуры существенной является угроза того, что правозащитный потенциал Административного процессуального кодекса останется непомянутым общественностью и будет перечеркнут «репрессивной» частью кодекса. Ведь его чаще будут воспринимать как процедурную часть к Кодексу об

³¹ Кабрияк Р. Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головки. – М.: Статут, 2007. - С. 436.

административных правонарушениях, а не как Кодекс административной юстиции.

В подтверждение этого вывода можно сослаться на экспертные заключения к проекту АПК, которые в основном акцентируют внимание на положениях об административно-деликтной процедуре. Например, в заключении научной правовой экспертизы проекта АПК Республики Казахстан (повторном в порядке согласования), подготовленном в Казахском национальном университете имени Аль-Фараби, указано: *«В целом нормы проекта Кодекса ... направлены на улучшение законодательной базы в сфере процессуального обеспечения борьбы с административными правонарушениями»*. То есть этот Кодекс даже учеными-юристами воспринимается как инструмент борьбы с административными правонарушениями, а не как инструмент защиты прав человека в тех случаях, когда он считает, что их нарушил орган власти.

Таким образом, неразрывное «соседство» двух совершенно разных процедур будет блокировать развитие административной юстиции, а также не будет способствовать развитию законодательства об административных деликтах.

Для реформы административного права очень важно, и в то же время сложно трансформировать сознание юридической общественности и граждан, что эта отрасль права не является карательной по существу, как уголовное право, а охраняет и защищает права человека путем установления четких границ и правил деятельности публичной администрации, соблюдение которых контролируется административным судом. Инструментом для развития именно такого правосознания должен стать Административно-процессуальный кодекс как кодекс административной юстиции.

Поэтому при введении административного судопроизводства важно, чтобы оно изначально завоевало доверие населения. Доверие к суду – это один из критериев эффективности административного судопроизводства.

Выводы и рекомендации

Проект АПК Республики Казахстан – это первая известная нам попытка объединить в одном законодательном акте нормы административного судопроизводства и правила производства по делам об административных правонарушениях.

К сожалению, нам не удалось найти убедительных аргументов в пользу такого подхода. В то же время есть много аргументов, которые указывают на его проблематичность с теоретической и практической точки зрения. В частности можно упомянуть такие:

- двойственный предмет регулирования проекта АПК, а также сохранение без изменения юрисдикции административных судов не соответствуют положениям Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года о необходимости процессуального обособления

судебного разрешения административных споров с органами власти и трансформации административных судов в органы административной юстиции;

- исторический и современный зарубежный опыт свидетельствуют об отсутствии примеров совмещения в юрисдикции административных судов дел административной юстиции и дел о деликтах частных лиц. Единственный исторический пример Франции, где административные суды разрешали дела о полицейских нарушениях в сфере путей сообщений, относится лишь ко времени, когда административные суды в этой стране имели своим первичным заданием оградить администрацию от влияния извне, в том числе судебной власти;

- в практике других государств можно найти примеры урегулирования административной процедуры и административного судопроизводства в одном акте, но случаев объединения деликтной процедуры с административным судопроизводством нам установить не удалось;

- проект АПК является эклектическим документом, поскольку кодекс должен регулировать однородные общественные отношения, а административно-деликтная процедура и административное судопроизводство – институты в корне различные, имеют разные задания и принципы, поэтому должны стать предметом регулирования разных законодательных актов;

- административные суды, которые во всем мире являются составной частью административной юстиции, по своей природе не могут налагать административные взыскания, как это предложено в проекте АПК;

- объединение в проекте АПК двух различных институтов – репрессивного и правозащитного – будет препятствовать развитию второго из них – института административной юстиции, ведь в сознании общественности он будет отождествляться с административными правонарушениями.

В связи с этим целесообразно предложить такие шаги:

- исключить из предмета регулирования Административного процессуального кодекса производство по делам об административных правонарушениях и перенести соответствующие положения либо в отдельный закон, либо в Кодекс об административных правонарушениях;

- рассматривать Административный процессуальный кодекс исключительно как инструмент административной юстиции, то есть защиты прав частных лиц от нарушений со стороны органов власти;

- административные суды трансформировать в суды административной юстиции, наделив их юрисдикцией рассматривать лишь дела об административных спорах;

- обеспечить специальную подготовку судей административных судов с акцентом на права человека, международные стандарты доброкачественного управления, чтобы сформировать у них правозащитное мышление;

- передать рассмотрение дел об административных правонарушениях административным органам, общим судам, ювенальным судам, либо провести более глубокую реформу – исключив из юрисдикции судов дела об административных проступках. Дела о проступках, за которые

предусмотрено лишение свободы (арест), принудительные работы, лишение специального права, по природе являются уголовными, а поэтому должны рассматриваться судами, разрешающими уголовные дела.

Надеемся, что эти рекомендации поспособствуют созданию и развитию в Республике Казахстан эффективного административного судопроизводства и авторитетных административных судов, а механизмы административной юстиции получат высокий уровень доверия у граждан.

Апрель 2010 г.

**МЕРЫ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО
ПРИНУЖДЕНИЯ
В ПРОЕКТЕ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН³²**

Вступление

Меры административного процессуального принуждения в проекте Административного процессуального кодекса (далее – проект АПК) предусмотрены главой 7 (статьи 147-165). Применение указанных мер (часто кратковременных) по отношению к лицам, которые привлекаются к ответственности, может оказывать более негативное влияние, чем наложение самих взысканий. Предусмотренные законом действия административных органов в отношении этих лиц часто составляют содержание процедуры административных взысканий.

Общий предварительный обзор проекта АПК свидетельствует о том, что казахстанское правительство отказалось на этом этапе от кардинальной реформы административных правоотношений между частными лицами и публичной администрацией. Ведь предложенное регулирование производства в делах об административных правонарушениях существенно не отличается от нынешних правил. Эти выводы касаются и мер, именуемых проектом АПК мерами административного процессуального принуждения.

Аксиомой правового регулирования можно считать следующую позицию - содержание процедур правоотношений должно отвечать характеру соответствующих материальных правоотношений. Уголовный процесс предусматривает детальную регламентацию процессуальных действий и, соответственно, возможность применения к подозреваемым, обвиняемым наиболее серьезных ограничений. Напротив, урегулирование, например частных правоотношений, оставляется на усмотрение сторон. Поэтому, административно-деликтные процедуры нужно приводить в соответствие с характером предусмотренных законом административных нарушений.

В европейских странах существуют две главные системы административно-деликтного права – обособленного права и «широкого» уголовного права.

Главными признаками системы обособленного административно-деликтного права (Австрия, Франция, Бельгия, Нидерланды, Испания, Греция, Польша, Чехия, Словакия) являются:

³² Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

- нераспространение на такие отношения положений уголовных законов;
- признание штрафов главным и часто единственным взысканием;
- урегулирование производства на основании общих административно-процедурных законов;
- незначительный перечень ограничительных мер (осмотр места происшествия и предметов, опрос лиц), которые проводятся без санкций суда.

Система «широкого» уголовного права (ФРГ, Швейцария, Италия, Португалия, Словения, Сербия, Хорватия, Болгария, Эстония) характеризуется:

- распространением общих положений уголовных законов на такие правоотношения;
- распространением уголовно-процессуальных законов на производство в этих делах;
- значительным перечнем ограничительных мер, но которые можно применять только на основании предварительной или последующей санкции уголовного суда.

Постсоветское, в том числе казахстанское, законодательство об административных правонарушениях не может быть отнесено ни к одной из приведенных выше систем права европейских государств. В нем смешаны совершенно разные, порой взаимоисключающие, принципы организации деликтно-правовой сферы. Оно вобрало в себя такие общие признаки:

- нераспространение положений уголовных законов на такие правоотношения;
- широкий перечень административных взысканий, преимущественное большинство которых классифицируются Европейским судом по правам человека как «уголовные наказания»;
- нераспространение на такое производство ни общих административно-процедурных законов, ни уголовно-процессуальных законов;
- значительный перечень ограничительных мер, которые могут применяться без санкций суда.

Исходя из этого, административно-деликтная процедура в странах СНГ не может считаться соответствующей европейским стандартам защиты прав лиц. Приведение в соответствие этим стандартам произойдет только в том случае, если будет выбрана одна из двух обозначенных выше систем.

Несмотря на эти концептуальные различия, которые принципиально затрудняют конструирование административно-деликтной сферы в соответствии с общепризнанными стандартами, считаем, что законодателю Республики Казахстан все равно следует обратить внимание на вопросы о мерах принуждения, их перечень, соответствие международным и европейским стандартам, критерии обоснованности применения, степень детальности урегулирования процедуры применения, соотношение с мерами ограничения прав лиц во время проверок и т. д., и, по возможности, учесть

при разработке проекта законодательного акта, регулирующего правоотношения в этой сфере.

Понятие и перечень мер административного принуждения

Основными признаками административного принуждения в постсоветской доктрине считается его применение:

- 1) уполномоченными административными органами, определенными на основании закона;
- 2) во внесудебном порядке;
- 3) к лицам-адресатам, неподчиненным административным органам;
- 4) к лицам, которые привлекаются к ответственности, и другим лицам, которые не совершали противоправных действий;
- 5) независимо от воли и желания лица-адресата.

Очевидно, институт мер административного принуждения в нынешнем его понимании является прямым отражением советского подхода к праву и не имеет никакого отношения к защите прав человека. Во время проверки документов или посещения жилья не происходит никакого «принуждения». Ведь лицо может добровольно предоставлять документы или допускать лиц в жилье или на другие объекты собственности. Эти меры в законодательстве СССР именовались «принудительными» только на том основании, что должностные лица *уполномочивались* требовать осуществления или неосуществления определенных действий, а граждане были *обязаны* придерживаться этих указаний. Происходило смешивание в пределах одного института юридического содержания и эмоционального, волевого отношения лиц к правовым положениям. Это объясняется господствующим в то время подходом к праву, заложенным в трудах К. Маркса, Ф. Энгельса, В. Ленина и продолженным в работах А. Вышинского. Коротко обобщая эту известную позицию, необходимо вспомнить, что государство определялось как машина для подавления (угнетения или поддержания господства) одного класса над другим. А право было формой политики диктатуры пролетариата. Иными словами, право в таком понимании - совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, которые установлены в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивалось *принудительной* силой государства для целей охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и желательных для господствующего класса. В этом проявлялся исключительно инструментальный подход к праву, который означал, что любое решение органов государства обеспечивается принудительной силой.

Большинство нынешних теоретиков права пытаются отойти от такого нормативистского определения и понимания права, ведь в нем совсем не отображается элемент свободы, обусловленный равенством лиц.

В то же время дореволюционная наука рассматривала административное принуждение только как один из элементов в процедуре выполнения принятого административного акта, когда лицо отказывается

выполнить эти акты добровольно (например, Тарасов И. Т. Очерк науки полицейского права. - М., 1897. – С. 66). Для применения принуждения необходимо, чтобы имело место противодействие со стороны лица, которое не желает выполнять решение администрации. Основными принципами при осуществлении принудительных полномочий было то, что:

- границы принуждения зависели не от значения того, что должно быть выполнено, а от меры противодействия;

- принуждение имело место только там, где было противодействие, поэтому не могло применяться, если противодействие выполнению административного акта прекращалось;

- формы принуждения должны были предусматриваться только законом;

- сила принуждения должна была быть пропорциональна противодействию и поэтому должна идти последовательно от менее серьезных к самым серьезным мерам до тех пор, пока не будет сломлено сопротивление;

- законность применения принудительных мер должна была подлежать судебному контролю на основании жалоб пострадавших лиц.

Видами принудительных мер признавались: приказ; приказ с угрозой выполнения предписанного за счет обязанного лица; приказ с угрозой наказания; приказ с угрозой физического принуждения.

Эти определения полностью совпадают с положениями современного западноевропейского права по выполнению административных актов. Так, в §§ 57-63 Закона Федеральной Земли Северный Рейн-Вестфалия «Об исполнении административных решений» (в ФРГ подобные вопросы регулируются на земельном уровне) мерами административного принуждения являются: угроза применения принуждения; действие на замену (исполнение решения за счет обязанного лица); денежный штраф или заключение под стражу с целью выполнения; прямое принуждение. А сами понятия «принуждение», «административное принуждение» (Verwaltungszwang) используются в немецком праве (упомянутом законе и Федеральном законе «О непосредственном принуждении при осуществлении публичной власти чиновниками исполнительных органов Федерации») лишь для обозначения отдельной процедуры исполнения решений администрации. К тому же Федеральный закон ограничивает принуждение влиянием на лиц или вещи с помощью физической силы, вспомогательных средств и оружия (§ 2).

В Голландии под принудительными мерами понимают физические меры, применяемые административными органами или от их имени, направленные против деятельности (бездействия), препятствующие исполнению обязанностей, установленных соответствующей нормой или согласно с ней (статья 5:21 Общего закона административного права).

Испанский законодатель в статьях 96-99 Закона «О правовом режиме публичной администрации и общего административного производства» определил исключительный перечень видов принудительных мер при

исполнении актов публичной администрации: взыскание имущества; субсидиарное исполнение (выполнение решения другим лицом за счет обязанного лица); принудительный штраф; личное принуждение.

Государства - бывшие югославские республики - в своих законах (статьи 285, 286 Закона Хорватии об общем административном производстве, статьи 275, 276 Закона Сербии об общем административном производстве, статьи 280, 281 Закона Македонии об общем административном производстве, статьи 273, 274 Закона Боснии и Герцеговины об общем административном производстве) выделяют два способа выполнения управленческих решений:

- 1) другим лицом за счет обязанного лица;
- 2) принуждение, которое заключается в: угрозе его применения; денежном наказании в целях исполнения; непосредственном принуждении.

Ни в одной европейской стране не идет речь о т. н. «широком» понимании принуждения. Такой подход позволяет культивировать идеологию исключительности принудительных мер для обеспечения правопорядка в обществе. В постсоветских же государствах этого не происходит, поскольку в институт принуждения относят проверку документов у лиц, с одной стороны, и применение оружия или наручников, с другой стороны.

Исходя из вышеизложенного, считаем необходимым вернуться к дореволюционному понятию административного принуждения, поскольку оно в этой части больше соответствует нынешней правовой доктрине стран Европы. А предложенные «меры административного принуждения» следует именовать «ограничительными мерами», «мерами ограничения прав лиц», «мерами вмешательства» и т.д.

Общие проблемы урегулирования ограничительных мер

Общими проблемами для всех ограничительных мер следует признать отсутствие законодательных критериев для применения той или иной меры, а также соотношения ограничительных мер в рамках двух отдельных административных процедур (проверок и наложения взысканий).

Фактические основания для применения ограничительных мер отдаются проектом АПК исключительно на откуп чиновникам. Только в случае отстранения лица от управления транспортным средством вспоминается о «достаточности оснований» (часть 1 статьи 160 проекта АПК). Хотя среди анализируемых мер встречаются разные по своей природе и степени ограничения прав и свобод лиц – административное задержание; привод; личный досмотр и досмотр вещей; транспортного средства или маломерного судна; изъятие документов и вещей и т.д.

Практика применения этих мер должна основываться на разных степенях убеждения представителей органов власти, уполномоченных на совершение процедурных действий, а основания для их применения должны различаться в зависимости от вида ограничительных мер.

Понимая всю терминологическую сложность определения соответствующих стандартов убеждения, считаем, что это эффективный путь повышения обоснованности применения мер обеспечения. Важное значение также будет иметь способность административной юстиции сформировать новые подходы к анализу действий, решений органов власти.

Проблема соотношения ограничительных мер в процедурах проверок и наложения взысканий состоит в том, что большинство мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях применяются административными органами также во время проверок. Исключения составляют только административное задержание, привод, доставление, медицинское освидетельствование.

Следствием этого становятся ситуации, когда внешне одинаковая деятельность органов власти регулируется по-разному: законодательством о проверках (статьи 533-545 Налогового кодекса, статьи 37-41 Закона «О частном предпринимательстве») - вмешательство во время инспекционных мероприятий, а законодательством об административных правонарушениях - вышеперечисленные меры обеспечения производства. Указанное дублирование имеет не только регулятивные недостатки. Оно также влияет на эффективность деятельности публичной администрации и соблюдения прав частных лиц.

Такое положение объясняется унаследованной советской традицией. Процедура проверки деятельности предприятий, учреждений и организаций не была напрямую связана с установлением фактов совершения административных нарушений. Раньше административные правонарушения могли совершать исключительно физические (должностные) лица, а результатом проверок становилось лишь применение к юридическим лицам мер воздействия, характерных для плановой экономики. Полученные во время инспекций юридических лиц результаты, исходя из буквальных требований закона, нужно и сейчас повторно процедурно закреплять во время производств в делах об административных правонарушениях.

Это никоим образом не способствует эффективности административной деятельности, приводит к увеличению материально-технических и финансовых затрат государства, поскольку увеличивается количество «бумажной» работы и затраты времени соответствующих служащих.

А признание в Республике Казахстан юридических лиц полноценными субъектами ответственности за административные проступки вообще заставляет пересмотреть соотношение между процедурой проверок и применения административных взысканий. Из этого следует необходимость автоматического признания в законе доказательствами по делу об административных правонарушениях результатов, полученных в ходе проведения проверок.

Формализованность возбуждения дел об административных правонарушениях (статья 208 проекта АПК) также не идет на пользу эффективности процедуры применения ограничительных мер. Исходя из

положений проекта АПК, разные действия административных органов могут считаться мерами принуждения только в случае их проведения после возбуждения дела. А результаты проверок, проведенных согласно Закону «О частном предпринимательстве», рассматриваются только поводами для возбуждения дела (пункт 3 части 1 статьи 208 проекта АПК). Проект АПК требует повторного проведения всех процедурных действий в рамках производства об административных правонарушениях.

Такие особенности административно-деликтного производства позволяют обнаружить много схожих черт с уголовным процессом. Так, от момента составления протокола об административном правонарушении и до отправки протокола к уполномоченному на рассмотрение дела должностному лицу происходит своеобразный процесс расследования, а рассмотрение протокола этим чиновником приравнивается к судебному разбирательству дела. В русле подобных представлений и предложено «предыдущее административное расследование» (статья 208 проекта АПК), которое может длиться 3 и даже 10 дней. Это расследование будет происходить до момента оформления протокола, то есть официального начала производства. Здесь прослеживаются заимствования из постсоветских уголовно-процессуальных законов, которые предусматривают возможность проверки заявлений и сообщений о преступлениях до момента формального возбуждения уголовных дел. Не прибегая к тщательному анализу обоснованности такого регулирования, следует отметить, что основными его причинами стало приравнивание факта возбуждения дела к фактическому предъявлению обвинения (в случае возбуждения дела против конкретного лица), а также возникновение законных оснований для ограничения прав частных лиц. Нынешняя система досудебного уголовного производства предусматривает упомянутый институт «доследственной проверки» как способ защиты прав человека, хотя его не знают страны Западной Европы в результате внедрения исключительно судебного механизма ограничения прав лиц.

Но для дел об административных проступках чужд и не может быть присущим такой ограничительный характер, как в уголовном процессе. К тому же составление протокола об административном правонарушении, кроме исключительно процедурного момента, имело определенное значение только в советскую эпоху. Сразу после принятия решения по делу государственные органы сообщали об этом администрации мест учебы или работы нарушителя. Очень часто эти сообщения могли стать причиной для исключения из числа членов КПСС и увольнения с занимаемой должности на государственном предприятии, учреждении, организации (частных структур в Советском Союзе не существовало). В нынешних условиях для предпринимателей имеют значение только профессиональные качества своих сотрудников, а не то, нарушают ли они правила дорожного движения или курят в публичном месте. Факт совершения административного проступка должен касаться лишь процедуры применения административных взысканий

и никоим образом не влиять на другие социальные связи лица, привлекаемого к ответственности.

Приведенные выше аргументы, на наш взгляд, доказывают ненужность введения предварительного административного расследования до момента оформления протокола об административном правонарушении. Вряд ли авторы проекта АПК с помощью этого института хотят сделать неэффективной административную процедуру.

Вся деятельность представителей административных органов, которая осуществляется до момента составления протокола об административном проступке, должна рассматриваться лишь как инспекционная. Она будет оставаться такой независимо от того, проверяет ли служащий письменные отчеты предпринимателей в своем рабочем кабинете, приезжает ли в лес лесной инспектор, выезжает ли полицейский на автомобильную дорогу, или прибыл ли налоговый инспектор для проверки на определенное предприятие. Инспекционное производство может заканчиваться двумя способами, в зависимости от выявления нарушения. При отсутствии фактов противоправных деяний - окончанием проверки имеющихся отчетов, завершением объезда (обхода) объекта проверки, оформлением акта проверки предприятия. Установление обстоятельств возможного совершения административного проступка должно иметь последствием оформление протокола. Пользуясь уголовно-процессуальной терминологией, его следует рассматривать не как решение о возбуждении дела, а как постановление о предъявлении обвинения. Поэтому административно-деликтная процедура должна приравниваться к судебному разбирательству уголовных дел, при этом инспекционная процедура - к досудебному следствию. Нынешние меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях должны стать мерами инспекционного производства.

Продолжение копирования уголовного процесса (особенно его досудебных стадий) для построения административно-деликтной процедуры не учитывает особенностей деятельности органов уголовной юстиции и административных органов. Если для первого типа органов уголовный процесс является единственной формой их деятельности, то другой тип - осуществляет регулярные проверки и только при выявлении нарушений начинает процедуру привлечения к ответственности. В процентном отношении эта деятельность по сравнению с проверками занимает незначительное количество рабочего времени проверяющих. Учитывая эти особенности, органы дознания и следствия совершают процессуальные действия лишь в рамках досудебного следствия. Административные органы применяют наиболее полную свой инструментарий обеспечения правопорядка во время проверок.

Поэтому, целесообразно:

- приравнять процедуру оформления протокола об административном проступке к предъявлению обвинения в совершении противоправного деяния. Это позволит признать лишь инспекционное производство стадией «административного расследования»;

- отказаться от нынешних мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях и перенести их в процедуру проверок. Таким образом, произойдет очищение административно-деликтной процедуры от существующих ограничительных мер;

- использовать при наложении взысканий без дополнительного процедурного закрепления доказательств, полученные в предыдущем инспекционном производстве.

Проблемы отдельных ограничительных мер

Лишение личной свободы предусматривается в случае доставления (статья 148 проекта), административного задержания (статьи 149-151 проекта), привода (статья 154 проекта).

Статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах гарантирует каждому право на свободу и личную неприкосновенность и указывает, что «каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть» (пункт 3). Несмотря на четкую привязку к делам об «уголовном обвинении», Комитет по правам человека указал, что гарантии статьи 9 Пакта распространяются и на случаи административного лишения свободы, задержания (дела «Вуоланне против Финляндии», «Марио И. Торес против Финляндии»).

В свою очередь, анализированные меры лишения свободы в проекте АПК не предусматривают требования *немедленного доставления* лица к представителю судебной власти. Кроме этого, доставление и привод не ограничиваются проектом АПК никакими сроками, а административное задержание может длиться до 48 часов.

Для приведения в соответствие с международными стандартами нужно отказаться от институтов доставления, задержания и привода в административном праве, или предусмотреть процедуру быстрого (без объективных промедлений) доставления любых фактически задержанных лиц в суд.

Свобода от самообвинения предусматривает право лица «не быть принуждаемыми к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным» в делах об уголовном обвинении (подп. г) пункта 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах). В Европейской конвенции отсутствует такая гарантия, но Европейский суд признает, что это право основывается на положениях статьи 6 Конвенции. *«Суд обращается к своей неизменной практике, согласно которой, даже если в статье 6 Конвенции об этом прямо не указывается, права, на которые ссылаются заявители, а именно право молчать и право не свидетельствовать против самого себя, являются общепризнанными международными нормами, которые составляют содержание понятия справедливого процесса, закрепленного статьей 6»* (§ 40 Решения по делу «Хини и МакГиннесс против Ирландии» от 21.12.2000 г.).

Предусмотренная проектом АПК возможность органов власти беспрепятственно осматривать и изымать документы у физических или юридических лиц (статьи 159, 162, 163), с точки зрения европейских стандартов нарушает право этих лиц не свидетельствовать против самих себя. В этом случае необходимо понимать, что результаты такой деятельности административных органов могут иметь в качестве последствия уголовное преследование лица. Как указывал Европейский суд: *«Административное расследование может быть связано с формулировкой «уголовного обвинения» в автономном смысле этого понятия, исходя из практики Суда»* (§ 67 Решения по делу «Саундерс против Соединенного Королевства» от 17.12.1996 г.). Поэтому принуждение лица предоставлять информацию, давать показания, совершенное даже в ходе административного расследования, рассматривается как принуждение к самообвинению. Во время уголовного процесса запрещено использовать в качестве доказательств сведения, полученные в принудительном порядке от лиц во время предыдущего административного производства. Европейский суд давал свою правовую оценку с точки зрения соблюдения права не свидетельствовать против самого себя в нескольких ситуациях:

- требования таможенных органов предоставить выписки из зарубежных банковских счетов (дело «Функе против Франции» от 25.02.1993 г.);

- требования инспектора Департамента торговли предоставить показания во время осуществления соответствующего расследования (дело «Саундерс против Соединенного Королевства» от 17.12.1996 г.);

- требования налогового органа предоставить свидетельство и документы о происхождении средств, внесенных в уставный фонд созданного предприятия (дело «J.V. против Швейцарии» от 3.05.2001 г.);

- требования инспектора по вопросам банкротств предоставить показания во время осуществления соответствующего расследования (дело «Кансал против Соединенного Королевства» 27.04.2004 г.);

- требования финансового инспектора предоставить показания о поддельных бухгалтерских отчетах (дело «Шэннон против Соединенного Королевства» 4.10.2005 г.).

Во всех указанных случаях Европейских суд устанавливал нарушение соответствующего права лиц вследствие угрозы наложения штрафа или применения краткосрочного ареста как мер процедурного принуждения за отказ предоставить информацию (документы) в принудительном порядке во время административных производств. Лица-заявители отказывались исполнять такие решения административных органов, поскольку подозревали, что эта информация может быть использована в будущем с целью их обвинения в совершении уголовного нарушения.

Европейский суд не принял во внимание замечания представителей правительств-ответчиков о необходимости таких положений, учитывая специфику регулирования определенных сфер (таможенной, налоговой, торговой и т.д.).

С целью имплементации международных стандартов в этой сфере нужно:

- предоставить право административным органам доступ к документам или предметам только на основании добровольного согласия лица или решения суда;

- установить прямой запрет использования в уголовном процессе результатов (информации / доказательств, полученных в результате административной деятельности без соблюдения гарантий (прав) лица на свободу от самообвинения).

Неприкосновенность жилища гарантируется статьей 17 Международного пакта о гражданских и политических правах и статьей 8 Европейской конвенции. В понимании Европейского суда по правам человека понятие «жилье» охватывает не только жилище физических лиц. Оно может распространяться на офисные помещения, которые принадлежат физическим лицам, а также офисы юридических лиц, их филиалов и другие помещения. *«Что касается слова home, которое используется в тексте статьи 8, Суд отмечает, что в отдельных государствах-членах, в том числе Германии, оно распространяется на служебные помещения. Более того, такое толкование полностью созвучно с французским текстом, поскольку слово domicile имеет более широкое значение, чем home, и может распространяться на профессиональный личный офис. В этом контексте не всегда можно провести четкую грань также и потому, что осуществлять деятельность, которую можно отнести к профессиональной или деловой, можно с таким же успехом и со своего места жительства и, наоборот, можно заниматься делами, которые не относятся к профессиональной сфере, в офисе или коммерческих служебных помещениях. Узкое толкование слов home и domicile может привести к такой же опасности неравенства, как и узкое понимание «личная жизнь» - говорится в § 30 Решения Европейского суда по правам человека в деле «Нимитц против Германии» от 16.12.1992 г.*

А в предложенном проекте АПК производстве по делу об административном правонарушении административный орган вправе *беспрепятственно* применять различные меры обеспечения: досмотр транспортных средств, маломерных судов (статья 156), осмотр территорий, помещений, товаров, иного имущества, принадлежащего юридическому лицу, а также соответствующих документов (статья 162). Сохранение до этого времени подобных неограниченных полномочий публичной администрации объясняется наследием советского прошлого. Территории предприятий составляли объекты государственной собственности, а жилье не находилось в частной собственности граждан.

Судебное рассмотрение, на наш взгляд, полнее всего отвечает требованиям справедливости и уважения процедуры принятия решения о вмешательстве в право на частную жизнь. Хотя Европейская конвенция говорит об исключительных случаях ограничения этого права - интересы национальной безопасности и общественного порядка, экономического

благополучия страны, цели предотвращения беспорядков или преступлений, охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц. Среди этих оснований отсутствует - наличие подозрения в совершении административного проступка.

Указанные полномочия по беспрепятственному доступу к «жилищу» могут использоваться следственным органом, который пытается в обход усложненных процедур (с обязательным получением санкции суда) расследовать уголовное дело. Поэтому, используя производство в делах об административных правонарушениях, важную информацию можно будет получать и по «просьбе» органа досудебного расследования. То есть полученные в ходе административного расследования данные, будут использоваться в ходе досудебного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел. Основная опасность для лиц заключается в том, что эти факты будут собираться без соблюдения основных уголовно-процессуальных гарантий защиты их прав. Расширение судебного контроля за досудебным расследованием приведет к тому, что административно-деликтная процедура станет своеобразной «лазейкой» для возможных злоупотреблений со стороны органов государственной власти, которые будут собирать доказательства в уголовных делах с помощью административных норм, которые не предусматривают надлежащего судебного контроля.

Поэтому представители государства должны получать доступ к жилью или частному владению физического и юридического лица только с согласия владельца, по решению суда или без такого решения при наличии чрезвычайных ситуаций.

Защита частной собственности предусматривается статьей 1 Первого протокола к Европейской конвенции. Положения этой статьи гарантируют право каждого физического или юридического лица мирно владеть своим имуществом. Лишение собственности допускается лишь в интересах общества и на условиях, предусмотренных *законом и общими принципами международного права*.

В проекте АПК присутствуют полномочия органов власти по изъятию и аресту предметов, принадлежащих юридическим лицам (статьи 163-164). Основания и сроки применения этих мер отдаются на усмотрение представителей административных органов. То есть речь фактически идет о широких дискреционных полномочиях административных органов, что кроме прочего несет в себе большие коррупционные риски.

Для Европейского суда имеет большое значение понятие «закона», на основании которого могут ограничиваться права частных лиц. Для признания определенного нормативного акта «законом» необходимо, чтобы он соответствовал требованиям качества (четкости), был доступным и предсказуемым. *«Суд всегда придерживался мнения, что словосочетание «по закону» не просто отсылает к национальному законодательству, но и связано с требованием качества «закона», т. е. требованием соблюдения принципа «верховенства права», о чем прямо говорится в преамбуле Конвенции ... Норма права является «предсказуемой», если она*

сформулирована с достаточной четкостью, позволяющей каждому лицу - в случае необходимости с помощью соответствующей консультации - регулировать свое поведение». А качественный закон также «... должен с достаточной четкостью определять границы такой дискреции, предоставленной компетентным органам, и порядок ее осуществления, с учетом законной цели данного мероприятия, чтобы обеспечить лицу надежную защиту от произвольного вмешательства» (§ 49 решения по делу «Волохи против Украины» от 2.11.2006 г.).

Предложенное проектом АПК регулирование не отвечает требованиям четкости, предсказуемости, качества нормативного акта, выведенным Европейским судом по правам человека.

По нашему мнению, такая нечеткость правового регулирования имеет свои исторические причины, связанные с доминированием государственной собственности в плановой экономике.

Любое принятие решения об ограничении деятельности предприятия означает ограничение использования права частной собственности. Поэтому принятие таких административных актов должно соответствовать основополагающим принципам административной процедуры - законности, обоснованности, своевременности, разумности и т.д.

Для приведения анализируемых положений проекта АПК в соответствие с европейскими стандартами необходимо:

1) оставить полномочия для принятия административными органами решений об изъятии предметов и товаров, но с последующим подтверждением такого решения судом. Вариантами могут быть:

- осуществление полномочий только на основании предварительной санкции суда (аналога судебного санкционирования в уголовном процессе). Это решение может приниматься судом по ходатайству соответствующего органа без вызова другой стороны и при отсутствии состязательной процедуры. Оно не подлежит обжалованию, а будут оспариваться только результаты выполнения такого решения;

- осуществление полномочий на основании решения административного органа в качестве краткосрочных мер, которые в дальнейшем нужно подтверждать решением суда;

2) предоставить полномочие на принятие решений об изъятии предметов и товаров только судам на основании исков соответствующих административных органов.

Выводы

Законодателю Республики Казахстан следует определиться с направлениями реформирования материального права об административных проступках, и исходя из этого конструировать процедуры привлечения к ответственности и применяемые ограничительные меры. Следует признать крайне неверным мнение о меньшем влиянии на права человека

административно-деликтных процедур в сравнении с уголовным процессом. Количество контактов частных лиц с административными органами в сотни, тысячи раз больше, чем подобных контактов с органами уголовной юстиции.

Даже отсутствие кардинальных изменений в производстве об административных проступках не снимает с законодателя необходимости пересмотреть существующее понятие административного принуждения. С целью приведения порядка применения указанных мер в соответствие с международными, в том числе европейскими, стандартами следует отказаться от предусмотренных проектом АПК мер, касающихся лишения свободы, а также необоснованных ограничений права не свидетельствовать против самого себя, принципов неприкосновенности жилища и собственности.

Июнь 2010 г.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

Л.В. ГОЛОВКО

*профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
Московского Государственного университета им. М.В. Ломоносова,
д.ю.н.*

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ И АДМИНИСТРАТИВНАЯ ЮСТИЦИЯ: РАЗЛИЧИЯ В ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ПРИРОДЕ³³

Проблема разграничения «производства об административных правонарушениях» и «административной юстиции» является одной из сложнейших для подавляющего большинства постсоветских государств, не исключая Республику Казахстан. С одной стороны, постсоветские законодатели и правоприменители до сих пор чаще всего вынуждены пользоваться советским юридическим инструментарием, сформировавшимся не только в иных политико-идеологических, но и институциональных условиях, что предопределяет его значительную техническую отсталость на современном этапе и заметный разрыв «западного правового мышления» и «постсоветского правового мышления», который никак не удается преодолеть, невзирая на искреннее стремление к тому основной части постсоветских политико-юридических элит. В некоторых случаях советский юридический инструментарий *в принципе* не дает ни малейшей возможности преодолеть указанный разрыв, и одним из этих случаев является интересующее нас здесь разграничение «административной юстиции» и «административных правонарушений». С другой стороны, прилагательное «административный» в юридическом плане само по себе очень сложно и многозначно, с чем сталкиваются абсолютно все правовые системы (не только постсоветские, но и западные). Правильное применение данного термина, как и всех производных от него понятий («административное правонарушение», «административная юстиция», «административный спор» и т. д.), *ключевым из которых является понятие «административная ответственность»*, может иметь место лишь при точном установлении *критериев* его использования. О чем идет речь? О субъекте, *несущем* ответственность (государственная *администрация* или ее представитель),

³³ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

или об органе, уполномоченном ее **возлагать** (не судебный, но *административный* орган)? О каких процедурах идет речь? О процедурах оспаривания гражданином неправомерных действий государственной *администрации* или о процедурах привлечения кого бы то ни было к ответственности во внесудебном (*административном*) порядке? Понятно, что с теоретических позиций эпитет «административный» может использоваться как при наложении представителем дорожно-полицейской инспекции (представителем исполнительной власти, то есть администрации) штрафа за превышение скорости, что целесообразно с учетом незначительности правонарушения и необходимости разгрузить суды, так и при оспаривании гражданами неправомерных действий должностных лиц, то есть все тех же «представителей администрации». Но понятно также, что два этих случая совершенно различны по своей юридической природе и подчинены разным материально-правовым и процессуальным принципам, в том числе с международно-правовой точки зрения (скажем, к первому случаю должен применяться Международный пакт о гражданских и политических правах, тогда как ко второму он никакого отношения не имеет).

В такой ситуации становится ясен алгоритм анализа. Сначала необходимо понять материально-правовую природу явлений, приводящих к появлению категорий «административное правонарушение» и «административная юстиция», что неизбежно выводит нас на понятие «административная ответственность». Затем уже выяснить основные процессуальные особенности применения данных материально-правовых явлений, в зависимости от чего мы и сможем ответить на вопрос, должна ли в данном случае идти речь об одной процессуальной системе или о двух совершенно разных процессуальных системах. Наконец, уже в зависимости от ответа на последний вопрос следует приступить к решению сугубо технической задачи по кодификации соответствующих процессуальных норм. Если мы сталкиваемся с теоретически абсолютно автономными процессуальными системами, подчиненными разным принципам, то их нельзя на прикладном уровне кодифицировать в рамках единого процессуального кодекса. В противном случае – для этого нет никаких препятствий.

Материально–правовая природа «административных правонарушений» и «административной юстиции»

А) Материально-правовая природа административной юстиции (административная ответственность в западном понимании)

Для классической европейской правовой доктрины административная ответственность представляет собой ответственность публичной администрации перед частными лицами, то есть, иными словами, **ответственность государства перед индивидом**. Вокруг такого понимания

категории «административная ответственность» строится современное европейское административное право в его материально-правовом преломлении (основания признания недействительными действий и решений должностных лиц; основания возмещения государством ущерба, причиненного частным лицам). При этом выстраиваемое вокруг теоретической конструкции «административная ответственность государства за деятельность представителей своей администрации» административное право является технической основой публичного права в целом. Критерием выделения автономной административной ответственности служит здесь *статус субъекта права*, ответственного за свои действия. С одной стороны, применение категории «административная ответственность» к частным лицам лишено как теоретических оснований, так и практического смысла – для обеспечения правомерного поведения частных лиц достаточно традиционных гражданской и уголовной ответственности. С другой стороны, на современном этапе развития права признано, что государство в процессе управления также несет ответственность за действия своей администрации, гипотетически способной как нарушать закон, так и причинять этим вред гражданам. Однако государство не может по понятным причинам нести ответственность в том же режиме, что и частные лица. Именно поэтому и возникает потребность в появлении специального вида ответственности публично-правовых образований (государства в целом, его должностных лиц и т. д.) перед частными лицами, которую на Западе и обозначают в качестве «административной ответственности»³⁴. Ясно также, что подобное понимание административной ответственности в отличие от многих других юридических конструкций не могло стать естественным элементом советско-постсоветского правового инструментария. Достаточно сказать, что советское право по сугубо идеологическим причинам вовсе исключало возможность ответственности государства перед индивидом. Сама возможность оспаривания в суде неправомерных действий и решений должностных лиц появилась на советско-постсоветском пространстве лишь на рубеже 80-90-х годов XX века, будучи до сих пор не до конца развитой и концептуализированной. В этом смысле между западной и постсоветской правовой доктриной имеется несомненный доктринальный разрыв, весьма затрудняющий обсуждение интересующих нас вопросов, а само словосочетание «административная ответственность государства» и сегодня еще шокирует подавляющее большинство постсоветских юристов, что вовсе не свидетельствует об их консерватизме. Откуда может взяться такое понимание «административной ответственности», например, у специалистов, обучавшихся в университетах праву в советский период? Однако именно данное понимание административной ответственности и послужило материально-правовым основанием для появления в свое время на Западе

³⁴ См., например, подробнее: *Беше-Головко К.* Административная ответственность государства: опыт развития во французском праве // Сравнительное конституционное обозрение. 2009. № 1 (68). С. 68.

административной юстиции в процессуальном смысле, то есть административного судопроизводства.

Б) Материально-правовая природа административных правонарушений (уголовная ответственность в западном понимании)

Понять правовую природу так называемых «административных правонарушений» можно лишь с учетом эволюции *уголовного права* последних двух столетий, что вынуждает нас начать с краткого исторического обзора.

Напомним, что классический для Европы французский УК 1810 г. содержал трехчленную классификацию преступных деяний (нарушений уголовного закона), выделяя наряду с собственно преступлениями (*crimes*) также «уголовные проступки» (*délits*) и «уголовные правонарушения» (*contraventions*). Критерием их разграничения для законодателя служила, разумеется, общественная опасность и наказуемость деяния, а для правоприменителя - природа и вид наказания, которое он мог применять в конкретном случае (материально-правовой аспект), и звено судебной системы, компетентное рассматривать соответствующие дела (процессуальный аспект). В такой ситуации *уголовными правонарушениями* являлись мелкие нарушения уголовного закона, наказуемые исключительно штрафом, дела о которых рассматривали так называемые полицейские суды³⁵. При этом заложенная во французском УК концепция исходила из того, что *любое* нарушение закона, наказуемое государством, входит в состав уголовного права независимо от строгости наказания (от штрафа до смертной казни). Их разграничение представляло собой уже внутриотраслевую уголовно-правовую проблему, а само уголовное право являлось не только и не столько правом о преступлениях, сколько правом о наказаниях (публично-правовых санкциях, накладываемых на индивида), что нашло отражение в большинстве языков (фр. *droit pénal*; итал. *diritto penale*; нем. *strafrecht*; серб. или болг. наказательно право). Французская концепция очень быстро стала господствующей в Европе. Не обошла она стороной и Российскую Империю, где наряду с Уложением о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. действовал также Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г., считавшийся полноправным источником *уголовного права*, заключавшем «в себе постановления о сравнительно менее важных преступных деяниях, подлежащих юрисдикции единоличных судей»³⁶. В XX столетии классическое уголовное право столкнулось с новыми вызовами – колоссальной технологизацией общественной жизни (дорожное движение, транспорт, промышленность, строительство и т. д.), в результате которой

³⁵ Речь шла о полноценных судебных органах, но в их процессуальном наименовании (полицейские суды) находила отражение идея, что они рассматривают дела о нарушении общественного порядка.

³⁶ *Познышев С. В.* Основные начала науки уголовного права. Изд. 2-е. Москва. 1912. С. 86.

количество наказуемых штрафом мелких «уголовных правонарушений» (превышение скорости, неправильная парковка автотранспорта и т. д., и т. п.) стало расти как «снежный ком». Классическая уголовная юстиция, построенная на традиционных судебных процедурах, справиться с ними уже не могла.

Со сравнительно-правовой точки зрения обнаружилось два варианта решения проблемы резкого роста числа мелких уголовных запретов, наказуемых штрафом:

- 1) Некоторые страны (Франция, Бельгия и др.) сохранили трехчленную классификацию о преступных деяниях, оставив «уголовные правонарушения» в формальных границах своих УК. Но в качестве противовеса они максимально упростили производство по ряду «уголовных правонарушений», переведя их из судебной компетенции в компетенцию административных органов (прежде всего полиции). Именно так, например, выглядит современная французская процедура *amende forfaitaire*, когда полицейский предлагает нарушителю правил дорожного движения уплатить фиксированный размер штрафа. Другой вопрос, что в случае отказа (в нем, надо признаться, мало смысла в практической плоскости, тем более что он часто сопряжен с дополнительными расходами, например, на адвоката) дело будет слушаться судом по вполне традиционным правилам со всеми процессуальными гарантиями. Но как бы то ни было, предлагая уплатить штраф, полицейский действует на основании УПК (нормы об упрощенных процедурах), так как никакого КоАП во Франции нет. В такой ситуации речь идет не о материально-правовой, но о сугубо процессуальной технике преодоления проблемы роста числа уголовных правонарушений и перегруженности судов.
- 2) Другие страны (Германия, Италия и т. д.) поступили иначе. Они вывели мелкие «уголовные правонарушения» из своих УК, сохранив не трехчленную, но двухчленную классификацию преступных деяний (преступление и уголовный проступок). При этом бывшие «уголовные правонарушения» превратились просто в «мелкие правонарушения», которые иногда стали обозначать в качестве «административных» в той мере, в какой санкции за их совершение стали возлагать не суды, а сугубо административные органы. Так, в Германии идея автономного «уголовно-административного законодательства» обсуждалась еще в ходе подготовки проекта УК 1911 г., который так и не был введен в действие. Позднее она все-таки нашла отражение в Законах 1952, 1962, 1968 гг., чтобы получить окончательное закрепление в знаменитом законе от 2 января 1975 г., создавшем отдельный от формального уголовного права институт мелких правонарушений – *ordnungswidrigkeiten* (OWI). В Италии все уголовные правонарушения, наказуемые исключительно штрафом также постепенно были выведены за пределы УК на основании, в частности, законов от 3 мая 1967 г., от 24

декабря 1975 г., от 25 июня 1999 г.³⁷. Таким образом, в этих странах уголовное право разделилось на две подсистемы: а) классическое уголовное право; б) уголовно-административное право или «право мелких санкций», когда наказание в виде штрафа за определенные неопасные правонарушения стали возлагать не судебные, но административные органы (при сохранении гарантии последующей судебной защиты).

Но здесь возникла другая опасность: полное забвение уголовно-правовой природы так называемых мелких или административных правонарушений, что было чревато, с одной стороны, риском утраты фундаментальных гарантий прав личности, а с другой стороны – непомерным разрастанием «административно-уголовного права» и полным размыванием его границ (именно так, к слову, и случилось в СССР и многих постсоветских странах). Но на Западе этого не произошло во многом благодаря деятельности Европейского суда по правам человека в Страсбурге, который в ряде важнейших решений (например, дело Оцтюрка против Германии - решение ЕСПЧ от 21 февраля 1984 г.) напомнил, что любые «административные правонарушения» остаются частью уголовного права в широком смысле (*criminal matter* или *matière pénale*). Иными словами, государство вправе декриминализировать и вывести за границы формального уголовного права определенные деяния, терминологически обозначив их, как ему угодно, но при этом оно обязано сохранить при производстве по ним всю полноту гарантий, предусмотренных для «уголовных дел» (презумпция невиновности, право на защиту, право на обжалование и др.).

В научном плане проблема разграничения собственно уголовного права и административно-уголовного права активно обсуждалась на Западе в 1980-е годы. Своего рода апофеозом обсуждения стал XIV Конгресс авторитетнейшей Международной ассоциации уголовного права (Вена, 2-7 октября 1989 г.), специально посвященный данной проблеме. Итогом Конгресса стали Рекомендации о критериях разграничения уголовного права (*criminal law*) и административно-уголовного права (*administrative penal law*), которых ныне в той или иной степени придерживаются фактически все развитые правовые порядки³⁸.

Таким образом, даже в тех странах, которые автономизировали административно-уголовное законодательство или «право мелких санкций», выведя его за пределы уголовного права в собственном смысле слова, данная автономизация не могла пойти слишком далеко. Некогда единое уголовное право (1-й этап) сначала разделилось здесь на две части с выделением в отдельное целое мелких правонарушений (2-й этап), чтобы затем вновь воссоединиться с уголовно-правовой материей на уровне некоего «уголовного права в

³⁷ О германском и итальянском развитии соответствующих правовых институтов см. подробнее в европейской литературе: *Pradel J. Droit pénal comparé*, 2 éd. Paris. Dalloz. 2002. P. 181 – 184.

³⁸ См.: *Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004)* // *Nouvelles études pénales*. 2009. № 21. Toulouse. 2009.

широком смысле» (3-й этап). Ясно также, что в такой ситуации ответственность индивида за совершение мелкого правонарушения, с одной стороны, может считаться «административной» в том смысле, что нестрогую санкцию могут на него возложить административные органы, но с другой стороны – она остается ответственностью, прежде всего, «уголовной» с точки зрения необходимости соблюдения государством всей полноты фундаментальных процессуальных гарантий.

В такой ситуации «административно-уголовная ответственность» индивидов перед государством по своей юридической природе и критериям использования термина «административный» не имеет ничего общего с «административной ответственностью» государства перед индивидом.

Обратим также внимание, что советско-постсоветское право также вместе с правом германским или итальянским выделило из сферы уголовного права так называемые административные правонарушения, начав развивать их в качестве автономной и не уголовной правовой категории. Однако советско-постсоветская правовая доктрина пока еще так и не вышла на 3-й этап развития и не соединила на концептуальном уровне принципы административно-деликтного права и процесса с принципами классического уголовного права и процесса, чего от нее, откровенно говоря, требуют современные международно-правовые стандарты³⁹. Кроме того, не совсем точное понимание природы «административной ответственности», как ответственности государства перед индивидом, не позволяет постсоветской политико-юридической элите увидеть в ответственности за административные правонарушения отнюдь не административную, но «административно-уголовную» (с ударением на втором слове) ответственность.

Процессуальная природа «административных правонарушений» и «административной юстиции»

А) Процессуальная природа административной юстиции

Специфика западного понимания административной ответственности как ответственности государства перед индивидом привела к процессуальной автономизации так называемой административной юстиции, то есть системы специализированных административных судов, рассматривающих споры граждан с государством по особым процессуальным правилам.

Родиной административной юстиции считается Франция. Возникновение там идеи административной юстиции связано с целым рядом юридико-технических причин. Во-первых, французская теория разделения властей с самого начала негативно относилась не только к возможности вмешательства исполнительной власти

³⁹ Соединение этих принципов на концептуальном уровне вовсе не требует формального возврата административных правонарушений в Уголовные кодексы на уровне источников права.

в деятельность судов общей юрисдикции, но и к возможности обратного вмешательства. Суды общей юрисдикции не должны напрямую вмешиваться в деятельность администрации (исполнительной власти) – противное означает нарушение баланса властей. Однако гражданин должен быть защищен от произвола чиновников, в силу чего целесообразно создать систему специализированных судов, контролирующую деятельность администрации. Во-вторых, специфика государственного управления столь ощутима, что только знающий ее судья может рассматривать споры граждан с исполнительной властью. Если это будет делать обычный судья, то он непременно нарушит своим вмешательством тонкий механизм соотношения властных полномочий (без них управлять нельзя) и принципов правового государства (без них гражданин не защищен). Скажем, чрезмерные компенсации за причиненный государством гражданам вред способны подорвать возможности государственного бюджета, формируемого, к слову, самими налогоплательщиками, и соответственно противоречат идее «общего блага», но недостаточные компенсации создают стимулы для властных злоупотреблений. Только специализированный судья, разбирающийся в нюансах государственного управления, способен принять решение о справедливой и соразмерной компенсации, не подрывающей государственный бюджет и финансово-административную стабильность государства. В-третьих, материальное административное право построено на совершенно иных принципах, нежели гражданское и уголовное право, которые применяет и которые хорошо знает судья общей юрисдикции. Кроме того, административное материальное право не кодифицировано в отличие от тех же гражданского (ГК) и уголовного (УК) права, что также требует при его применении известного уровня специализации. Наконец, в-четвертых, споры гражданина с государством построены на совершенно иных процессуальных принципах, нежели гражданско-правовые и уголовно-правовые споры. Здесь нет и не может быть ни презумпции невиновности, ни полного возложения бремени доказывания на заявителя, ни права на юридическую помощь (государство в нем не нуждается, обладая достаточным профессиональным аппаратом в виде, например, органов юстиции или прокуратуры). В результате возникла автономная административная юстиция, построенная вокруг автономии административного судьи и четком отделении административного права от права гражданского и уголовного (как на материально-правовом, так и на процессуальном уровнях). Скажем, в сегодняшней Франции система административных судов полностью отделена от системы судов общей юрисдикции и состоит из трех звеньев: административных трибуналов первой инстанции, административных апелляционных судов и Государственного совета (кассационной инстанции). В конечном итоге, как отмечают крупнейшие современные французские специалисты в области административного процесса, «уже одно только существование административных трибуналов, способных принять дело к рассмотрению, служит надежной защитой против злоупотреблений: как только

администрация осознаёт, что ее незаконные действия могут быть предметом рассмотрения в суде, она сразу начинает испытывать серьезные колебания по поводу того, надо ли их совершать»⁴⁰.

Б) процессуальная природа административных правонарушений

В отличие от административной юстиции производство по делам об административных правонарушениях не только не может, но и не должно быть построено на иных принципах, нежели уголовное судопроизводство. Если принципы здесь отличаются от «общего» уголовного процесса, то это означает, что правовая система того или иного государства не соответствует фундаментальным международно-правовым ценностям, скажем, ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. К таким международно-правовым ценностям относятся и презумпция невиновности, и право обвиняемого на защиту, и право на справедливое разбирательство дела, и право на судью и т. д. Даже если в определенной правовой системе создаются так называемые административные правонарушения, когда в качестве первой инстанции небольшие санкции (штрафы) налагают представители административных органов, такого рода упрощение процесса никак не может приводить к лишению человека фундаментальных прав и гарантий, предусмотренных «по уголовным делам» в широком смысле, в том числе права на справедливое судебное рассмотрение дела (если лицо откажется выполнять распоряжение административных властей о наложении санкции). В такой ситуации судья рассматривает не законность действий администрации в процессе государственного управления, а обоснованность требований администрации о наложении на индивида определенных санкций. Речь здесь идет не об «административной ответственности» государства, а об «административно-уголовной» ответственности индивида. К тому же в последнем случае судья должен учитывать не какие-то специальные принципы и нормы, а фундаментальные принципы и нормы уголовного процесса, одним из ответвлений которого является производство по делам об административных правонарушениях. Но зачем в такой ситуации специализированный административный судья? Его появление не только бессмысленно, но и вредно, поскольку способно лишь отдалить друг от друга практику применения уголовных и административных санкций, что не соответствует международно-правовым стандартам. В данном случае право рассматривать «споры о мелких санкциях» (административно-деликтные споры) должно быть предоставлено не административному судье, а судье общей юрисдикции, уполномоченному рассматривать уголовные дела⁴¹. Именно поэтому производство по делам о мелких санкциях нигде в

⁴⁰ *Debbasch C., Ricci J.-C. Contentieux administratif*, 8 éd. Paris. Dalloz. 2001. P. 1.

⁴¹ Это, конечно, вовсе не исключает возможности внутренней специализации среди судей, рассматривающих уголовные дела (некоторые из них вполне могут специально

развитых правопорядках не имеет ни малейшего отношения к административной юстиции. Речь идет об одном из ответвлений уголовной юстиции, что очевидно не только для тех стран, где вовсе неизвестна конструкция «административных правонарушений» (Франция), но и для тех стран, где она прекрасно известна под тем или иным наименованием (Германия, Италия и т. д.).

Таким образом, между концепцией административной юстиции и концепцией производства по делам об административных правонарушениях нет ничего общего. Они радикально отличаются друг от друга и по материально-правовой, и по процессуальной природе. Одна из этих концепций (административная юстиция) настоятельно требует автономизации на институциональном уровне, тогда как для другой (административные правонарушения) – такого рода автономизация просто-напросто губительна.

Можно ли их в таком случае соединять на уровне единой административно-процессуальной кодификации? Разумеется, нет. В противном случае, вопреки уверениям составителей пояснительной записки к проекту АПК РК, произойдет не «сближение национального законодательства с признанными нормами международных договоров», но напротив – отдаление казахстанского законодательства от универсальных международно-правовых стандартов.

Обратим внимание еще на один нюанс. Составителям проекта АПК РК так и не удалось выстроить единую систему принципов, на которых построен кодекс. Столкнувшись с этой объективной проблемой, они приняли беспрецедентное решение (ст. 10 проекта): разделили все принципы на три категории, будучи вынуждены признать, что принципы, указанные в ст. 25-26, касаются исключительно административных споров, а принципы, указанные в ст. 27-34, - исключительно дел об административных правонарушениях. Иначе говоря, единая система принципов здесь не выстраивается и выстроена быть не может. Это ли не красноречивое свидетельство теоретической слабости проекта? Это ли не прекрасная иллюстрация того, что «административная юстиция» и «административные правонарушения» представляют собой совершенно разные правовые явления, не сводимые вместе на уровне единой и внутренне непротиворечивой кодификации?

Апрель 2010 г.

заниматься «административными правонарушениями»). Но такая специализация в любом случае должна иметь место *внутри* системы уголовной юстиции, а не параллельно ей.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ В СВЕТЕ РАЗРАБОТКИ НОВОЙ РЕДАКЦИИ КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ⁴²

КЛЮЧЕВЫЕ РЕКОМЕНДАЦИИ

- **Статья 403 (постановка на учет средств массовой информации):**

Производство, изготовление, тиражирование или распространение периодических печатных изданий, а также сообщений и материалов информационных агентств, без учета или переучета «уполномоченного органа» не должны влечь за собой административную ответственность.

Более того, следует исключить схему постановки на учет средств массовой информации, изложенную в статье 10 Закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации».

- **Статья 403 (ретрансляция программ иностранных СМИ)**

Административная ответственность за нарушение правил ретрансляции должна наступать в том случае, если ретрансляция программ иностранных средств массовой информации составляет более 50% суммарного объема передач, транслируемых телерадиовещательной компанией.

- **Статьи 404-405 (ограничение содержания)**

В статьях 404-405 проекта КоАП РК должны содержаться определения ограничений содержания либо ссылки на подобного рода правовые определения в других законодательных актах.

В проекте КоАП РК следует указать, что ограничения содержания должны соответствовать трехступенчатому тесту, установленному в п. 3 ст. 19 МПГПП, а также изложить принцип, в соответствии с которым данного рода ограничения будут толковаться и применяться способом, как можно менее ограничивающим право на свободу выражения.

- **П. 2 ст. 403 (ограничение вещания на негосударственных языках)**

Следует исключить предусмотренную п. 2 ст. 403 проекта КоАП РК административную ответственность за нарушение ограничений, налагаемых на вещание на негосударственных языках.

- **Статья 406 (ограничение воздействия на суд)**

Следует исключить административную ответственность за предрешение в средстве массовой информации результатов судебного разбирательства по какому-либо рассматриваемому судом делу или воздействие на суд до вступления судебного акта в силу.

- **Статья 407 (ограничение на дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации)**

⁴² Подготовлено «Артикль 19» по запросу Центра исследования правовой политики. Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

Следует исключить административную ответственность за дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации, предусмотренную в ст. 407.

- **Статья 408 (нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров печатных изданий)**

Административная ответственность за нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий, предусмотренная ст. 408, представлена слишком широко, и должна применяться только в случае нарушения порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров печатных изданий Национальной библиотеке.

- **Характер и масштаб мер административного взыскания для средств массовой информации**

В проекте КоАП РК следует закрепить принцип, согласно которому любые меры взыскания, связанные с правом на свободу выражения, должны соответствовать понятиям необходимости и соразмерности наказания. Судьи должны делать все возможное, чтобы ущерб, нанесенный свободе выражения каким-либо ограничением, не превышал пользу от него при защите законных интересов.

В проекте КоАП РК следует закрепить принцип, согласно которому меры взыскания должны как можно меньше нарушать право на свободу выражения. В этой связи следует также применять предупреждения в отношении лиц и средств массовой информации, нарушивших законодательство о СМИ.

Следует исключить административный арест из списка видов административных взысканий.

Конфискация тиража печатного издания, приостановление и прекращение услуг теле- и радиовещания не должны налагаться совместно с другими административными взысканиями. Судьи должны быть в состоянии определить, в каких случаях следует применять вышеуказанные меры исходя из обстоятельств каждого конкретного дела.

Следует снизить размеры административных штрафов.

I. Введение

30 сентября 2009 г. Правительство Республики Казахстан отправило проект новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее - проект КоАП РК) на рассмотрение в Парламент⁴³. Предполагается, что проект КоАП РК заменит Кодекс об административных правонарушениях, принятый 30 января 2001 г.

В данном Заключении представлен анализ международной неправительственной организации «Артикль 19» в отношении различных положений проекта КоАП РК, так или иначе затрагивающих право на свободу выражения, с целью способствования общественному обсуждению вопроса реформы законодательства об административных правонарушениях в Казахстане. Ключевые статьи, которые были проанализированы «Артикль 19», содержатся в главе 24 («Административные правонарушения в области печати и информации»).

⁴³ Копию проекта КоАП РК можно получить, обратившись в «Артикль 19».

В данном Заключении проанализированы соответствующие положения проекта КоАП РК с точки зрения их соответствия международным стандартам по правам человека в области свободы выражения, и в частности Международному пакту о гражданских и политических правах (далее - МПГПП)⁴⁴. В Конституции РК признается обязательный характер международных договоров по правам человека, ратифицированных Парламентом, а также их приоритетное значение перед национальным законодательством (п. 3 ст. 4 Конституции РК). Таким образом, власти Казахстана обязаны соблюдать положения МПГПП, которые были взяты за основу для анализа проекта КоАП РК в данном Заключении.

Право на свободу выражения считается ключевым правом человека ввиду его первостепенной важности для функционирования демократии и реализации других прав. Данное право закреплено в ст. 19⁴⁵ Всеобщей декларации прав человека (далее - ВДПЧ) и ст. 19 МПГПП⁴⁶. Свобода выражения также гарантирована в ряде документов ОБСЕ, к которым присоединился Казахстан, таких как Хельсинский заключительный акт⁴⁷, Заключительный документ Копенгагенского совещания по человеческому измерению СБСЕ⁴⁸, Парижская хартия от 1990 года⁴⁹, Заключительный

⁴⁴ Принят и открыт для подписания, ратификации и присоединения 16 декабря 1966 г. резолюцией 2200А (XXI) Генеральной ассамблеи ООН. Вступил в силу 3 января 1976 г. Казахстан ратифицировал МПГПП в январе 2006 г.

⁴⁵ В ст. 19 ВДПЧ указывается: Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ.

⁴⁶ В ст. 19 МПГПП указывается: 1. Каждый человек имеет право беспрепятственно придерживаться своих мнений. 2. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. 3. Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом, и являться необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

⁴⁷ ОБСЕ, Хельсинки, 1 августа 1975 г.

⁴⁸ Копенгагенское совещание Конференции по человеческому измерению СБСЕ, июнь 1990 г. См. в частности п. 9.1 и п. 10.1.

⁴⁹ Парижская хартия для новой Европы, Саммит СБСЕ, ноябрь 1990 г. В главе «Новая эра демократии, мира и единства» Парижской хартии говорится: Демократия является наилучшей гарантией свободы выражения своего мнения, терпимости по отношению ко всем группам в обществе и равенства возможностей для каждого человека... Мы подтверждаем, что без какой-либо дискриминации каждый человек имеет право на: свободу мысли, совести, религии и убеждений, свободу выражения своего мнения, свободу ассоциации и мирных собраний, свободу передвижения...

документ Саммита СБСЕ в Будапеште от 1994 года⁵⁰ и Декларация Саммита ОБСЕ в Стамбуле⁵¹.

«Артикль 19» является международной неправительственной правозащитной организацией, работающей с партнерскими организациями по всему миру в целях защиты и продвижения права на свободу выражения. До настоящего времени организация сделала правовой анализ законодательства в области средств массовой информации для правительств и организаций гражданского общества в более чем 30 странах⁵². В отношении Казахстана «Артикль 19» проанализировала ряд законов и законопроектов, связанных с правом на свободу выражения и свободу информации, включая законопроект «О рекламе» от 2002 г., положения о выдаче доменных имен, правовые рамки освещения выборов в средствах массовой информации, проекты дополнений и изменений в Закон РК «О средствах массовой информации» от 2002, 2003, 2004 и 2006 гг., а также законопроект «Об издательской деятельности» от 2008 г.⁵³

В данном Заключении затрагивается целый ряд вопросов в отношении ясности предлагаемых положений, характера административных правонарушений и суровости предусмотренных мер правового воздействия. В конце представлены рекомендации, нацеленные на приведение национального законодательства в соответствие с международными стандартами.

II. Обзор положений в области свободы выражения в проекте КоАП РК

В проекте КоАП РК содержится ряд положений, затрагивающих право на свободу выражения. Некоторые положения связаны с правом на свободу выражения с учетом характера правонарушения. Примерами являются ст. 65 (наказание за нецензурную брань и оскорбление в сфере семейно-бытовых отношений) и ст. 418 (наказание за оскорбление в отношении сотрудника органов прокуратуры, внутренних дел (полиции) и ряда других правоохранительных органов). Другие положения, проанализированные в данном Заключении, связаны с правом на свободу выражения с учетом лица, обвиняемого в совершении правонарушения. Это противоправные деяния, совершенные журналистами, средствами массовой информации,

⁵⁰ На пути к подлинному партнерству в новую эпоху, Саммит СБСЕ, Будапешт, 1994 г., пп. 36-38.

⁵¹ Саммит ОБСЕ в Стамбуле, 1999 г., п. 27. См. также п. 26 Хартии европейской безопасности, принятой в рамках данного совещания.

⁵² С вышеупомянутыми аналитическими заключениями можно ознакомиться на веб-сайте «Артикль 19» по адресу в Интернете: <http://www.article19.org/publications/law/legal-analyses.html>.

⁵³ С данными заключениями по законодательству Казахстана в области средств массовой информации можно ознакомиться на веб-сайте «Артикль 19» по адресу в Интернете: <http://www.article19.org/publications/law/legal-analyses.html>.

информационными агентствами и издателями, связанные с учетным режимом, производством и выпуском в эфир материалов и программ определенного содержания, воздействием на суд со стороны средств массовой информации, процедурой предоставления бесплатных экземпляров печатных изданий государственным органам, законодательством о рекламе и правилами касательно печатных страниц и логотипов телеканалов. Данные правонарушения перечислены в главе 24 проекта КоАП РК («Административные правонарушения в области печати и информации»).

Вышеуказанные положения проекта КоАП не должны нарушать право на свободу выражения, а должны соответствовать п. 3 ст. 19 МПГПП, в которой приведены четкие рамки, позволяющие ограничить данное право законным образом. В частности, в п. 3 ст. 19 говорится:

3. Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом, и являться необходимыми:

- а) для уважения прав и репутации других лиц;
- б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

Данная формулировка рассматривается в качестве трехступенчатого теста, в соответствии с которым любые ограничения права на свободу выражения должны: 1) устанавливаться законом; 2) преследовать законные цели; 3) быть необходимыми в демократическом обществе⁵⁴.

В данном Заключении приводится анализ того, насколько положения проекта КоАП РК, в которых содержится нарушение права на свободу выражения, удовлетворяют трехступенчатому тесту, изложенному в п. 3 ст. 19 МПГПП. Принимая во внимание тот факт, что запрет определенной формы выражения, а также наказание за нарушение данного запрета расцениваются в качестве нарушения права на свободу выражения, в первую очередь был сделан анализ того, насколько ограничения определенных форм выражения соответствуют трехступенчатому тесту. После этого внимание уделяется предусмотренным в проекте КоАП РК мерам взыскания. Учитывая позицию Комитета по правам человека, в соответствии с которой «масштаб ограничений, налагаемых на свободу выражения, должен быть соразмерным той ценности, на защиту которой направлено данное ограничение»⁵⁵, в Заключении также рассматривается соразмерность наказания ввиду его характера и масштаба.

⁵⁴ Например, см. *Рафаэль Маркес де Мораис против Анголы*. Сообщение № 1128/2002 от 18 апреля 2005 г., п. 6.8.

⁵⁵ *Рафаэль Маркес де Мораис против Анголы*, п. 6.8 раздела 31.

III. Проблемные аспекты

а) Нарушение режима постановки на учет – статья 403 проекта КоАП РК

Обзор

В ст. 403 проекта КоАП РК предусмотрены меры административного взыскания в случае распространения периодических печатных изданий, а также сообщений и материалов информационного агентства без их постановки на учет. Постановка на учет средств массовой информации предусмотрена в ст. 10 Закона РК «О средствах массовой информации», в соответствии с которой все СМИ на территории Казахстана, включая интернет-ресурсы, подлежат обязательной постановке на учет в «уполномоченном органе». В ст. 1 этого же закона «уполномоченный орган» определяется как «государственный орган» без какого-либо дополнительного прояснения его статуса, а также безо всякого требования, в соответствии с которым данный «орган» был бы независимым от государства либо политического или коммерческого давления. Требование о постановке на учет касается всех периодических печатных изданий с тиражом более 100 экземпляров. При постановке на учет взимается сбор, а также предоставляется информация в отношении территории распространения и основной тематической направленности. Заявители также должны предоставить заверенные документы, свидетельствующие о наличии «права на занятие предпринимательской деятельностью», заверенную копию учредительных документов, а также документ, подтверждающий оплату в бюджет сбора за постановку на учет.

Отказ в постановке на учет может быть вызван одним из пяти нижеуказанных оснований:

1. название средства массовой информации сходно с другим, уже имеющим свидетельство о постановке на учет;
2. предоставление неправильной или неполной информации;
3. неуплата сбора за постановку на учет;
4. непредоставление документов, подтверждающих права собственности;
5. более ранний запрет на издание с тем же названием и тематической направленностью, либо подача заявления владельцем или редактором, на чье издание был ранее наложен запрет, в случае если с момента наложения запрета не прошло трех лет.

Анализ

«Артикль 19» относится ко всем требованиям об учете средств массовой информации, за исключением телерадиовещательных СМИ, с большой долей подозрения⁵⁶. Нами ранее уже были даны заключения по нескольким

⁵⁶ Причина, по которой учет телерадиовещательных средств массовой информации является приемлемым, заключается в том, что доступный для вещания диапазон – это

редакциям различных законов в области средств массовой информации в Казахстане⁵⁷, а также по подобному рода законодательным актам в других странах региона. В каждом таком заключении было рекомендовано упразднить институт постановки на учет средств массовой информации, так как это может приводить к злоупотреблениям в политических целях.

Невзирая на то, что в отличие от лицензирования, как таковая регистрация (учет) не рассматривается международными органами в качестве незаконной, международные «стражи» свободы прессы, включая Представителя ОБСЕ по вопросам свободы СМИ, предупреждают об опасности, которую представляют законы о регистрации. В своей совместной декларации в декабре 2003 г. представители ООН, ОАГ и ОБСЕ в рамках специальных мандатов по свободе выражения и свободе СМИ заявили:

Введение особых требований о регистрации печатных СМИ не является необходимым; такая регистрация может приводить к злоупотреблениям, и от нее следует отказаться. Отдельную обеспокоенность вызывают системы регистрации, в рамках которых возможно принятие решения об отказе в регистрации, которые выдвигают значительные условия перед средствами массовой информации либо которые надзираются органами, не являющимися независимыми от органов государственной власти⁵⁸.

Более того, Комитет ООН по правам человека постановил, что введение требования о регистрации средств массовой информации с тиражом менее 200 представляет собой нарушение права на свободу выражения⁵⁹. Также следует указать на решение по делу Мавлонова и Сайди против Узбекистана, в котором Комитет ООН по правам человека признал нарушение п. 3 ст. 19 МПГПП со стороны Узбекистана в результате отказа в перерегистрации газеты Р. Мавлонова⁶⁰. Члены Комитета приняли во внимание тот факт, что данный отказ де-факто приравнивается к наложению запрета на газету Р. Мавлонова, так как без соответствующей регистрации он был не в состоянии продолжать выпуск своей газеты. В то же время в дополнение к нарушению права Р. Мавлонова на свободу выражения, Комитет установил,

ограниченный общественный ресурс, а потому там, где это необходимо, широко распространено лицензирование такого рода деятельности. Тем не менее данный аргумент с «ограниченным диапазоном волн» никоим образом не может касаться печатных СМИ. Таким образом, в демократических странах отсутствует требование о лицензировании либо даже регистрации печатных изданий.

⁵⁷ Например, см. «Обзор проблемных вопросов по предлагаемым изменениям и дополнениям в закон Казахстана о средствах массовой информации», подготовленный организацией «Артикль 19», июнь 2006 г.; доступен по адресу в Интернете: <http://www.article19.org/pdfs/analysis/kazakhstan-media-law.pdf>.

⁵⁸ Совместная декларация, декабрь 2003 г.

⁵⁹ *Лапцевич против Беларуси*, 20 марта 2000 г., Сообщение № 780/1997.

⁶⁰ *Мавлонов и Сайди против Узбекистана*, Решение от 19 марта 2009 г.. Сообщение № 1334/2004 (Комитет ООН по правам человека)

что решение властей об отказе в перерегистрации нарушало права читателей газеты на получение информации и идей в печатном виде.

Таким образом, наша основная рекомендация заключается в том, что схему постановки средств массовой информации на учет следует полностью исключить. Мы выступаем против такого рода процедуры как по существу, потому что она представляет собой угрозу возможного злоупотребления, так и в практическом смысле, так как она может незаконно ограничивать права граждан на учреждение печатных изданий (включая, например, редакторов и владельцев ранее запрещенных средств массовой информации).

Учетный режим в Казахстане является настоящей проблемой, поскольку без свидетельства о постановке на учет лица не могут осуществлять деятельность в области СМИ. В этом отношении положения о постановке на учет практически ничем не отличаются от подобных положений в Узбекистане (ставших предметом рассмотрения Комитета по правам человека в деле Р. Мавлонова). Более того, вызывает беспокойство тот факт, что власти могут отказать в регистрации владельцам или редакторам, чьи издания были ранее запрещены, либо на том основании, что на тематическую направленность издания был также ранее наложен запрет. Эти основания представляют собой излишние ограничения права на свободу выражения, а также могут стать предметом злоупотреблений в политических целях для подавления свободы СМИ. Таким образом, в своих обзорах закона о средствах массовой информации мы рекомендуем отказаться от учетного режима, указывая среди прочего на то, что подобного рода явления не существуют в демократических государствах⁶¹.

На основании вышесказанного можно сделать вывод о том, что любое наказание в отношении средства массовой информации за несоблюдение проблематичного учетного режима, можно расценивать в качестве нарушения права на свободу выражения. Мы рекомендуем исключить административную ответственность за производство, изготовление, тиражирование или распространение периодических печатных изданий, а также сообщений и материалов информационных агентств, без учета или переучета «уполномоченного органа».

Рекомендации:

- Следует исключить схему постановки на учет средств массовой информации, изложенную в статье 10 Закона РК «О средствах массовой информации».
- Производство, изготовление, тиражирование или распространение периодических печатных изданий, а также сообщений и материалов информационных агентств без учета или переучета «уполномоченного органа», не должны влечь за собой административную ответственность.

⁶¹ См. Меморандум к Закону Республики Казахстан «О средствах массовой информации» организации «Артикль 19», подготовленного по поручению Представителя ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации; доступен в Интернете по адресу: <http://www.article19.org/pdfs/analysis/kazakhstan-media-la.pdf>

б) Нарушение правил ретрансляции программ иностранных средств массовой информации (п. 6 ст. 403)

Обзор

В п. 6 ст. 403 проекта КоАП РК предусматривается административная ответственность за нарушения правил ретрансляции программ иностранных средств массовой информации. Данное правило содержится в п. 3.1 ст. 14 Закона РК «О средствах массовой информации», который ограничивает объем ретрансляции программ на иностранных языках до 20% суммарного объема программ, транслируемых телерадиовещательной компанией.

Анализ

Ограничение ретрансляции иностранных программ может быть оправдано, и рассматриваться в качестве «необходимого». Плюрализм, включая право граждан на доступ к информации из многообразия источников, является важным элементом свободы выражения. Поскольку правила в отношении наполнения вещания содержанием местного характера направлены против однобокости и способствуют многообразию выражения, они могут фактически развивать право на свободу выражения, а потому не являются ограничением свободы выражения. Тем не менее если квоты для местного содержания чересчур завышены, если при их выделении не учитывается разница между разными вещателями (напр. национальные, местные, радио, телевидение), не принимается во внимание, какого рода программы транслируются вещателем и не учитывается поэтапное распределение периодов для выделения квот, они могут не только ограничивать иностранные программы, но и в целом лишать местных вещателей возможности оставаться на плаву. В таких случаях подобного рода правила не способствуют многообразию. В этой связи мы расцениваем квоту для местного содержания как очень высокую, и соответственно двадцатипроцентное ограничение на все ретранслируемые иностранные программы как нереально низкое, что препятствует многообразию и приводит к ограничению свободы выражения.

В этом контексте попытка привлечения к административной ответственности за нарушение данного ограничения является излишним посягательством на право на свободу выражения. Отмечая тот факт, что, как правило, наполнение вещания содержанием местного характера в других странах составляет 50%⁶², мы рекомендуем привлекать вещателя к

⁶² В соответствии со ст. 4 Директивы «Телевидение без границ» от 1989 г., страны-члены Евросоюза обязаны, используя надлежащие меры и средства, сделать все возможное, чтобы телерадиовещательные компании резервировали большую часть эфирного времени для общеевропейских программ. К примеру, в соответствии с требованием о местном содержании во Франции как минимум 60% суммарного объема программ отводится общеевропейским программам, из которых 40% должны быть французскими. То же самое

административной ответственности за нарушение правил ретрансляции в том случае, если ретрансляция программ иностранных средств массовой информации составляет более 50% суммарного объема программ.

Рекомендации:

- Административная ответственность за нарушение правил ретрансляции должна наступать в том случае, если ретрансляция программ иностранных средств массовой информации составляет более 50% суммарного объема программ, транслируемых телерадиовещательной компанией.

а) Ограничение содержания – ст. 404-405

Обзор

В ст. 404-405 проекта КоАП РК предусмотрена административная ответственность за нарушения некоторых ограничений содержания. В ст. 1 предусматриваются меры административного взыскания за дачу разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на:

- разжигание национальной вражды,
- пропаганду войны,
- нарушение территориальной целостности Республики и насильственного изменения конституционного строя.

В ст. 405 предусмотрена административная ответственность за изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение продукции средств массовой информации, направленных на пропаганду или агитацию:

- насильственного изменения конституционного строя,
- нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства,
- войны,
- разжигания социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства,
- культа жестокости, насилия и порнографии,
- пропаганду и оправдание экстремизма или терроризма.

Анализ

Вышеприведенные ограничения содержания соответствуют ограничениям, изложенным в ст. 2⁶³, п. 3⁶⁴ и п. 4⁶⁵ ст. 13, а также п. 3 ст. 14⁶⁶

наблюдается в Испании, где 51% всего телевидения зарезервирован за программами общеевропейского характера.

⁶³ Ст. 2 налагает запрет на:

- разглашение сведений, составляющих государственные секреты или иную охраняемую законом тайну;
- пропаганду и оправдание экстремизма или терроризма;

Закона РК «О средствах массовой информации». Точно так же, как и в Законе РК «О средствах массовой информации», ограничения содержания в ст. 404-405 представлены очень широко. В этой связи стоит отметить, что в соответствии с нормами международного права ограничения права на свободу выражения в их широком представлении вызывают определенную обеспокоенность, поскольку не удовлетворяют первой составляющей трехступенчатого теста, изложенного в п. 3 ст. 19 МПГПП. В соответствии с первой частью теста любые ограничения должны «устанавливаться законом». Исходя из решений международных судов, данное требование означает, что все ограничения должны быть «доступными, и сформулированы с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ней свое поведение»⁶⁷. Это означает, что

-
- пропаганду или призывы к насильственному изменению конституционного режима;
 - распространение информации, раскрывающей технические приемы и тактику антитеррористических операций в период их проведения;
 - призывы к нарушению территориальной целостности Республики Казахстан;
 - пропаганду наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров, а также культа жестокости и насилия.

⁶⁴ В п. 3 ст. 13 изложены некоторые ограничения содержания, не перечисленные в ст. 2. В частности, указывается, что основаниями для приостановления выпуска (выхода в эфир) или распространения средства массовой информации среди прочего являются:

- пропаганда или агитация культа жестокости и насилия, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства;
- распространение радио-, телепрограмм, а также демонстрация кино- и видеопродукции порнографического и специального сексуально-эротического характера;
- использование средства массовой информации в целях нарушения условий проведения предвыборной агитации, осуществления иностранцами, лицами без гражданства, иностранными юридическими лицами и международными организациями деятельности, препятствующей и (или) способствующей выдвижению и избранию кандидатов и политических партий;
- проведение агитации в период ее запрещения;
- принуждение к участию или отказу от участия в забастовке;
- нарушения законодательства Республики Казахстан о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций.

⁶⁵ Дополнительные ограничения содержания косвенно изложены в п. 4 ст. 13 Закона РК «О средствах массовой информации», в котором предусматриваются и другие основания для прекращения выпуска (выхода в эфир) средства массовой информации или запрета на распространение его продукции (в дополнение к основаниям, перечисленным в ст. 2):

- пропаганда войны,
- публикация материалов и распространение информации, направленной на разжигание межнациональной и межконфессиональной вражды.

⁶⁶ П. 3 ст. 14 Закона РК «О средствах массовой информации» запрещает распространение теле- и радиопрограмм, а также демонстрацию кино- и видеопродукции порнографического и специального сексуально-эротического характера, пропаганду культа жестокости и насилия.

⁶⁷ «Санди таймс» против Соединенного Королевства (II), 26 ноября 1991 г. Заявление № 13166/87 (Европейский суд по правам человека).

нечетко или широко сформулированные ограничения, либо ограничения, предоставляющие исполнительным органам власти чрезмерные полномочия для принятия решений, нарушают право на свободу выражения.

Ограничения содержания не удовлетворяют требованию о достаточной точности, поскольку они представлены общими словами, не выделяя отдельно случаи, когда ограничения свободы выражения не являются необходимыми. Например:

- Призыв к отделению части Казахстана (либо любого другого государства) является законным способом реализации права на свободу выражения до тех пор, пока в призыве не будет содержаться разжигания насилия;
- Запрет на разглашение государственной или иной тайны не должен касаться случаев, когда публикация такого рода материалов направлена на защиту общественных интересов (к примеру, разоблачение фактов коррупции);
- Запрет на разглашение тактики антитеррористических операций не позволяет средствам массовой информации обсуждать вопрос, насколько правильную тактику применяли военные или внутренние войска в каждом конкретном случае, включая, например, случаи наличия жертв среди гражданского населения в результате такого рода «антитеррористических» операций.

Более того, ни в проекте КоАП РК, ни в Законе РК «О средствах массовой информации» не содержится определений ограничения содержания. Это предоставляет властям широкое поле для действий и облегчает возможность злоупотребления властными полномочиями в политических целях. Главную обеспокоенность в этом отношении вызывает весьма размытая формулировка разжигания и агитации социальной, расовой, национальной, сословной и родовой вражды, культа жестокости и порнографии.

Мы рекомендуем включить в ст. 404-405 проекта КоАП РК определения ограничения содержания либо ссылки на подобного рода правовые определения в других законодательных актах. В то же время в проекте КоАП РК следует указать, что ограничения содержания должны соответствовать трехступенчатому тесту, установленному в п. 3 ст. 19 МПГПП, а также изложить принцип, в соответствии с которым данного рода ограничения будут толковаться и применяться способом, как можно менее ограничивающим право на свободу выражения.

Рекомендации:

- В статьях 404-405 проекта КоАП РК должны содержаться определения ограничений содержания либо ссылки на подобного рода правовые определения в других законодательных актах.
- В проекте КоАП РК следует указать, что ограничения содержания должны соответствовать трехступенчатому тесту, установленному в п. 3 ст. 19 МПГПП, а также изложить принцип, в соответствии с которым данного рода ограничения будут толковаться и применяться способом, как можно менее ограничивающим право на свободу выражения.

а) Нарушения ограничения телерадиовещания на негосударственных языках – п. 2 ст. 403

Обзор

П. 2 ст. 403 проекта КоАП РК предусматривает меры административного взыскания в случаях, если распространение передач по телерадиовещательным каналам на государственном языке по времени меньше суммарного объема передач на других языках. Ограничения на телерадиовещание на негосударственных языках также устанавливаются Законом РК «О средствах массовой информации». В п. 3 ст. 3 Закона говорится, что «еженедельный объем телевизионных и радиопрограмм средства массовой информации на государственном языке по времени не должен быть менее суммарного объема передач на других языках».

Анализ

«Артикль 19» обращает внимание на то, что ограничения на использование негосударственных языков является нарушением права на свободу выражения. Выбор языка вещания является неотъемлемой частью права на свободу выражения, закрепленного в ст. 19 и ст. 27 МПГПП⁶⁸; это также является предметом особого внимания со стороны Верховного комиссара ОБСЕ по делам национальных меньшинств. На основании ст. 19 и ст. 27 МПГПП можно сделать вывод о том, что государство не может ограничивать использование других языков, отличных от государственного, кроме ключевых областей публичной жизни, представляющих особую государственную важность (суды или парламент).⁶⁹

⁶⁸ В ст. 27 МПГПП указывается: «В тех странах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, лицам, принадлежащим к таким меньшинствам, не может быть отказано в праве совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком».

⁶⁹ *Баллантайн и другие против Канады*, 31 марта 1993 г., Сообщение №№ 359/1989 и 385/1989.

Также стоит обратить внимание на разработанные ОБСЕ «Рекомендации по использованию языков меньшинств в телерадиовещании»⁷⁰, в которых указывается:

Регулируя использование языка в телерадиовещании, государства могут поддерживать использование отдельных языков. Меры, поддерживающие один или несколько языков, не должны приводить к ограничению в использовании других языков. Государства не могут запретить использование того или иного языка в телерадиовещании. Меры по поддержке того или иного языка в телерадиовещании не должны ущемлять права лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам.

Ввиду несоответствия ограничений относительно вещания на негосударственных языках с международными стандартами в этой сфере административная ответственность за нарушения подобного рода ограничений не могут быть оправданы в качестве «необходимых» в демократическом обществе, тем самым нарушая право на свободу выражения. Мы рекомендуем исключить административную ответственность за нарушение ограничений, налагаемых на вещание на негосударственных языках.

Рекомендации:

Следует исключить предусмотренную п. 2 ст. 403 проекта КоАП РК административную ответственность за нарушение ограничений, налагаемых на вещание на негосударственных языках.

а) Нарушение неприкосновенности судов – ст. 406

Обзор

Ст. 406 проекта КоАП запрещает средствам массовой информации предрешать результаты судебного разбирательства по какому-либо рассматриваемому судом делу либо воздействовать на суд до вступления судебного акта в силу.

Анализ

Положения ст. 406 проекта КоАП РК вызывают у нас значительную обеспокоенность, так как ограничения содержания, налагаемые данной статьей, не являются необходимыми для достижения каких-либо законных интересов, что могло бы оправдать нарушение права на свободу выражения, и в частности права осужденных на справедливое судебное разбирательство и беспристрастность суда⁷¹.

⁷⁰ Октябрь 2003 г., Офис Верховного комиссара ОБСЕ по делам национальных меньшинств.

⁷¹ В п. 2 ст. 14 МПГПП говорится: Каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право считаться невиновным, пока виновность его не будет доказана согласно закону.

В отличие от представителей власти обычные граждане и средства массовой информации вряд ли могут повлиять на ход судебного разбирательства своими мнениями либо на презумпцию невиновности лиц, обвиняемых в совершении преступлений. Справедливость судебного разбирательства и стремление к правосудию являются вопросом, вызывающим обеспокоенность у общественности в любом государстве. А потому каждый обычный гражданин, включая средства массовой информации, должны быть в состоянии обсудить каждый аспект судебного разбирательства, включая его исход. В этом отношении стоит привести позицию Европейского суда по правам человека, который в своем решении по делу «Санди таймс» против Соединенного Королевства⁷² относительно запрета на публикацию в газете информации о разрешении спора в порядке мирового соглашения заявил:

«[Принципы свободы выражения] в равной мере применимы к сфере отправления правосудия, которая служит интересам общества в целом и требует сотрудничества просвещенной общественности. Существует общее признание того факта, что суды не могут действовать в вакууме. Хотя они и являются форумом для разрешения споров, это не означает, что предварительное обсуждение споров не может происходить где-то еще, будь то специальные журналы, широкая пресса или население. Средства массовой информации не должны преступать рамки, установленные в интересах надлежащего отправления правосудия, но на них лежит также обязанность распространять информацию и идеи, касающиеся вопросов деятельности судов, точно так же, как это происходит в других сферах деятельности, представляющих общественный интерес. Этой функции средств массовой информации сопутствует право общественности получать информацию»⁷³.

Предусмотренное ст. 406 ограничение не является необходимым для обеспечения беспристрастности суда. Было бы снисходительным и несправедливым полагать, что профессиональные судьи в Казахстане в отличие от своих коллег в других странах могут легко подвергнуться воздействию общественного мнения. Вместо ограничений для средств массовой информации было бы целесообразно законодательно закрепить обязанность профессиональных судей и народных заседателей брать самоотвод или заменяться судом в случае сомнений относительно их беспристрастности.

П. 2 ст. 10 «Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод» указывает на «обеспечение авторитета и беспристрастности правосудия» в качестве одной из законных целей, позволяющих ограничивать право на свободу выражения.

⁷² «Санди таймс» против Соединенного Королевства, Решение суда от 26 апреля 1979 г., Заявление № 6538/74 (Европейский суд по правам человека).

⁷³ Там же, п. 65

В этой связи мы рекомендуем исключить ст. 406 проекта КоАП РК.

Рекомендации:

- Следует исключить административную ответственность за предрешение в средстве массовой информации результатов судебного разбирательства по какому-либо рассматриваемому судом делу или воздействие на суд до вступления судебного акта в силу.

а) Ответственность за дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации – ст. 407

Обзор

Ст. 407 проекта КоАП РК предусматривает административную ответственность за дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации.

Анализ

Безусловно, передача достоверной информации средствами массовой информации является очень важной и полезной для журналистов. Тем не менее стоит отметить, что в соответствии с п. 3 ст. 19 МПГПП ограничения права на свободу выражения, нацеленные на защиту интересов средств массовой информации относительно получения правдивой информации, являются непозволительными. В этой связи административная ответственность за подобного рода действия не удовлетворяет второй составляющей трехступенчатого теста, в соответствии с которой любые ограничения свободы выражения должны преследовать один из ряда законных интересов, признанных международным правом.

Дальнейшая защита достоверности информации на законодательном уровне таит в себе несколько неприемлемых угроз. *Во-первых*, ст. 407 может иметь отпугивающее воздействие на каждого желающего вынести на обсуждение общественно значимую информацию. Принимая во внимание тот факт, что в реальности не всегда очевидно, что в отдельно взятой проблеме является правдой, а что – нет, формулировка ст. 407 представляется весьма размытой, тем самым нарушая первую составляющую трехступенчатого теста в отношении права на свободу выражения. *Во-вторых*, если над головой нависает меч административной ответственности, такое лицо может принять решение ни о чем не сообщать за исключением случаев, когда оно будет наверняка уверено в достоверности информации. В результате не только средства массовой информации, но и простые граждане будут лишены потенциально значимой информации о происходящих событиях. *В-третьих*, подчас представляется весьма затруднительным отделить сведения от мнений. В этой связи административная ответственность за дачу ложных сведений может запросто превратиться в запрет на мнения, которые не угодны властям.

На основании вышесказанного можно сделать вывод о том, что административная ответственность за дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации не является необходимой, а потому ее следует исключить из проекта КоАП РК.

Рекомендации:

- Следует исключить административную ответственность за дачу ложных сведений и материалов средствам массовой информации, предусмотренную в ст. 407.

а) Нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий, фиксации и хранения материалов теле- и радиопередач

Обзор

В ст. 408 проекта КоАП предусмотрена административная ответственность за нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий. Данное обязательство закреплено в ст. 16 Закона РК «О средствах массовой информации», в которой говорится, что экземпляры всех производимых в Казахстане периодических изданий, в том числе и изданий с малым тиражом, освобожденных от постановки на учет, должны направляться в Национальную государственную книжную палату, Национальную библиотеку, библиотеку Парламента Республики Казахстан и в «уполномоченный орган по вопросам СМИ».

Анализ

По мнению организации «Артикль 19», изложенные в ст. 16 требования являются весьма строгими и способствуют цензуре: все периодические издания, включая издания с тиражом 10-20, должны предоставлять экземпляры опубликованных материалов как минимум в три библиотеки и культуроведческих архива, а также в государственный орган, регулирующий деятельность средств массовой информации. В других странах требование о предоставлении экземпляров издания носит исключительно культурный характер и направлено на поддержку национальных библиотек, в то время как ст. 16 Закона РК «О средствах массовой информации», очевидно, преследует совсем иные цели. В частности, требование о предоставлении экземпляров всех печатных изданий в регулирующий орган говорит о том, что данная мера как минимум частично направлена на осуществление контроля. Более того, если такие учреждения как Национальная государственная книжная палата, библиотека Парламента Республики Казахстан и «уполномоченный орган по вопросам СМИ» хотят получать периодические издания, они должны на них подписываться, а не получать бесплатно. В противном случае нарушается право владельца средства массовой информации на собственность.

С учетом вышесказанного административная ответственность за нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий представлена слишком широко, и должна применяться только в случае нарушения порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров печатных изданий Национальной библиотеке.

Рекомендации:

- Административная ответственность за нарушение порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров периодических печатных изданий, предусмотренная ст. 408, представлена слишком широко, и должна применяться только в случае нарушения порядка предоставления обязательных бесплатных экземпляров печатных изданий Национальной библиотеке.

б) Меры административного взыскания

Обзор

Проект КоАП РК предусматривает административный арест, изъятие продукции средства массовой информации, приостановление и прекращение выхода в эфир, а также штрафы за разного рода административные нарушения в сфере прессы и информации. Более того, административный арест и штрафы предусмотрены в ст. 65 за нецензурную брань и оскорбление в сфере семейно-бытовых отношений, а также в ст. 418 за оскорбление представителя государственной власти.

Анализ

В соответствии с международным правом характер и суровость наказания являются теми факторами, которые необходимо принимать по внимание при оценке соразмерности посягательства на свободу выражения⁷⁴. В связи с этим, государство должно обеспечить, чтобы принимаемые меры или виды наказания, затрагивающие свободу выражения, не отталкивали граждан и средства массовой информации от участия в обсуждениях по вопросам, вызывающим законную общественную обеспокоенность.

Говоря о мерах взыскания, обеспокоенность вызывают несколько вопросов. *Во-первых*, тревожным представляется тот факт, что в проекте КоАП РК не закреплен принцип, согласно которому любые меры взыскания, затрагивающие право на свободу выражения, должны быть необходимыми и соразмерными. Судьи должны делать все возможное, чтобы ущерб, нанесенный свободе выражения каким-либо ограничением, не превышал пользу от него при защите законных интересов.

Во-вторых, тревогу вызывает и тот факт, что в проекте КоАП РК отсутствует принцип, согласно которому меры взыскания должны как можно

⁷⁴ См. *Скалка против Польши*, Решение суда от 27 мая 2003 г., Заявление № 43425/98, §§ 41-42 (Европейский суд по правам человека).

меньше нарушать право на свободу выражения. В этой связи хотелось бы отметить, что нет никаких гарантий того, что по отношению к журналистам и средствам массовой информации не будут применяться максимально допустимые меры взыскания, являющиеся результатом злоупотреблений и носящие дискриминационный характер.

В-третьих, беспокойность вызывает характер мер взыскания, и в частности административный арест, изъятие продукции средства массовой информации, приостановление и прекращение выхода в эфир. Ряд ведомств ООН, включая Комитет по правам человека, неоднократно возвращаются к проблеме законности лишения свободы за вопросы, связанные со свободой выражения. Они четко осознают тот факт, что в большинстве случаев применение наказаний, связанных с лишением свободы, не отвечает принципам соразмерности, особенно если другие альтернативные меры правового воздействия (в том числе и штрафы) могут помочь в возмещении причиненного вреда не менее эффективно. Говоря более конкретно, Европейский суд по правам человека вынес решение о том, что наказания, связанные с лишением свободы, могут быть сопоставимы со свободой выражения среди журналистов лишь в исключительных случаях, особенно тогда, когда грубым образом нарушаются другие основополагающие права и свободы, как, например, в случае агрессивных высказываний дискриминационного толка или разжигания вражды⁷⁵. Более того, общепринятым является тот факт, что суровые меры правового воздействия, закрепленные на уровне закона, имеют сковывающий эффект на реализацию права на свободу выражения даже в тех случаях, когда они не применяются. Сам факт наличия лишения свободы в законе оказывает такого рода воздействие. В этой связи мы полагаем, что нет никакого оправдания применению административного ареста за брань в сфере семейно-бытовых отношений (ст. 65), оскорбление представителя государственной власти (ст. 418) или дачу разрешения на опубликование призывов к нарушению территориальной целостности республики (ст. 404). В таких случаях будет более целесообразно в качестве меры взыскания использовать административный штраф. Более того, стоит указать на ряд мер взыскания, которые в соответствии с проектом КоАП РК должны применяться наряду со штрафами: изъятие продукции средства массовой информации за нарушение правила о постановке на учет (ст. 403-1), приостановление услуг телерадиовещания за нарушение того же правила о постановке на учет (ст. 403-4), а также за нарушение правила об обязательном предоставлении экземпляров периодических печатных изданий (ст. 407), за нарушение ограничения на телерадиовещание на языках, отличных от государственного (ст. 403-2); запрет на услуги телерадиовещания за повторные нарушения правила о постановке на учет и ограничения на телерадиовещание на языках,

⁷⁵ *Махмудов и Агадзе против Азербайджана*. Решение суда от 18 марта 2009 г., Заявление № 35877/04, § 50.

отличных от государственного. Данная абсолютная норма не позволяет принимать решение относительно мер взыскания в зависимости от обстоятельств каждого конкретного дела, тем самым допуская возможность ограничения права на свободу выражения с нарушением принципа соразмерности наказания.

В заключение, налагаемые штрафы, по нашему мнению, являются неоправданно суровыми, тем самым нарушая гарантии свободы выражения. В крайних случаях суммы штрафов эквиваленты 10 000 долларам США. Стоит отметить, что несмотря на предусмотренные в проекте КоАП РК предупреждения, которые могут выступать в качестве мер административного взыскания, нет ни одного административного правонарушения применительно к средствам массовой информации, которое наказывалось бы предупреждением. Данного рода положение противоречит принципу международного права, в соответствии с которым в случае ограничений прессы следует применять наименее суровые меры правового воздействия, включая нематериальные меры взыскания (напр. предупреждения).

Рекомендации:

- В проекте КоАП РК следует закрепить принцип, согласно которому любые меры взыскания, связанные с правом на свободу выражения, должны соответствовать понятиям необходимости и соразмерности наказания. Судьи должны делать все возможное, чтобы ущерб, нанесенный свободе выражения каким-либо ограничением, не превышал пользу от него при защите законных интересов.

- В проекте КоАП РК следует закрепить принцип, согласно которому меры взыскания должны как можно меньше нарушать право на свободу выражения. В этой связи следует также применять предупреждения в отношении лиц и средств массовой информации, нарушивших законодательство о СМИ.

- Следует исключить административный арест из списка видов административных взысканий.

- Конфискация тиража печатного издания, приостановление и прекращение услуг теле- и радиовещания не должны применяться совместно с другими административными взысканиями. Судьи должны быть в состоянии определить, в каких случаях следует применять вышеуказанные меры исходя из особенностей каждого дела.

- Следует снизить размеры административных штрафов.

Июнь 2010 г.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ В СВЕТЕ РАЗРАБОТКИ НОВОЙ РЕДАКЦИИ КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ⁷⁶

I. История вопроса

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

Административная ответственность за нарушения законодательства о религиозных культурах впервые была установлена в СССР Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 18 марта 1966 г. «Об административной ответственности за нарушение законодательства о религиозных культурах»⁷⁷. Вслед за этим указом в остальных республиках бывшего СССР были приняты свои указы. В Казахстане таковым стал Указ Президиума Верховного Совета Казахской ССР от 3 июня 1966 г. «Об административной ответственности за нарушения законодательства о религиозных культурах»⁷⁸. В соответствии с указанным актом, нарушением законодательства о религиозных культурах признавалось:

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах власти;
- нарушение установленных законодательством правил организации и проведения религиозных собраний, шествий и других церемоний культа;

- организация и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний, а также трудовых, литературных и иных кружков и групп, не имеющих отношения к отправлению культа. Совершение подобных действий влекло наложение штрафа в размере до 50 рублей, который накладывался административными комиссиями при исполнительных комитетах районных, городских Советов депутатов трудящихся.

Принятый 22 марта 1984 г. Кодекс Казахской ССР об

⁷⁶ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

⁷⁷ Розенбаум Ю.А. Советское государство и церковь. – М.: Наука, 1985. С. 169.

⁷⁸ Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР. 1966. № 24.

административных правонарушениях⁷⁹ в статье 206 почти дословно воспроизвел положения Указа от 3 июня 1966 г. добавив в качестве наказания предупреждение.

Статья 206 сохраняла первоначальную редакцию вплоть до утраты силы Кодекса Казахской ССР об административных правонарушениях 30 января 2001 г.⁸⁰ в связи с принятием нового Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Подобная ситуация выглядела очень странно, учитывая те события, которые произошли в Казахстане в 80-90 годах прошлого века: развал Советского Союза, формирование новой политико-правовой системы, создание собственного законодательства, изменение отношения государства к религии и религиозным организациям.

30 января 2001 года в Казахстане принимается новый Кодекс об административных правонарушениях⁸¹, в котором содержится статья 375 – «Нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях». В отличие от советского законодательства и КоАП Казахской ССР в ней появился пункт о воспрепятствовании совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, осуществляемой в соответствии с законом, нарушении прав граждан в зависимости от их отношения к религии, осквернении почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорблении религиозных чувств граждан. То есть впервые предполагалась ответственность государственных органов, государственных и негосударственных организаций, граждан за создание каких-либо ограничений для религиозной деятельности, нарушение прав верующих и их ассоциаций.

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

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах государственного управления;
- осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его целям и задачам, определенным его уставом (положением);
- участие в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки;
- нарушение правил проведения религиозных мероприятий вне места нахождения религиозного объединения;

⁷⁹ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. 1984. № 14 (приложение).

⁸⁰ Закон Республики Казахстан от 30 января 2001 года «О введении в действие Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. № 5-6. Ст. 25.

⁸¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. № 5-6. Ст. 24.

- организацию и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний и групп, не имеющих отношения к отправлению культа;

- принуждение граждан к исполнению религиозных обрядов или участию в иной религиозной деятельности.

Позднее в статье появились иные нарушения:

- осуществление гражданами, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без учетной регистрации;

- нарушение религиозным объединением при осуществлении своей деятельности законодательства Республики Казахстан;

- систематическое осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его уставу (положению), а равно неустранение в установленный срок религиозным объединением нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности.

Следует отметить достаточно серьезные санкции, установленные статьей 375: штраф (до 300 месячных расчетных показателей на юридическое лицо), приостановление или запрет деятельности, административное выдворение.

Таким образом, несмотря на либерализацию государственно-церковных отношений, предоставление верующим и их ассоциациям прав и свобод, административное законодательство стало даже более репрессивным по сравнению с советским периодом. При этом оно сохранило рецидивы советского законодательства, что выражается в схожести сформулированных правонарушений⁸². Стремление до крайних пределов усилить ответственность привело к совершенно абсурдным положениям с точки зрения общеправовых принципов ответственности. К примеру, широта формулировки в качестве объективной стороны «нарушение законодательства при осуществлении своей деятельности» делает ненужным существование в отношении религиозных объединений всех иных составов в КоАП: какие бы нормы религиозное объединение не нарушило, оно все равно будет наказано, если даже конкретный состав правонарушения не сформулирован, а объективная сторона не прописана.

II. Ответственность за нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях в проекте Кодекса об административных правонарушениях

⁸² См. об этом также Подопригора Р.А. Административная ответственность за нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях // Человек и право. 2002. № 2. С. 65-67.

Предлагаемая статья 452⁸³ проекта КоАП основывается на старых подходах в регулировании ответственности религиозных объединений. Справедливости ради следует отметить, что некоторые из неудачных положений прежнего законодательства устранены. Речь идет об отсутствии в проекте ответственности за нарушение религиозным объединением при осуществлении своей деятельности законодательства Республики Казахстан или за нарушение правил проведения религиозных мероприятий вне места нахождения религиозного объединения.

Но вместе с тем большинство проблем сохранилось.

Ниже предлагается анализ конкретных правонарушений в проекте КоАП в сфере религии, за которые предусмотрена административная ответственность:

1. Уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах государственного управления (статья 452)

Руководство, участие в деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке религиозных объединений, а также финансирование их деятельности (статья 451)

Как было показано выше, терминология «уклонение руководителей от регистрации» существовала еще в советском законодательстве об административных правонарушениях, когда деятельность незарегистрированных объединений была невозможна и любая религиозная активность санкционировалась государством.

В современном законодательстве Республики Казахстан (Законе Республики Казахстан от 15 января 1992 г. «О свободе вероисповедания и религиозных объединениях»⁸⁴) также присутствует норма о том, что не допускается деятельность незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке религиозных объединений (ст. 4). Однако эта норма является одной из самых проблемных в казахстанском законе, поскольку противоречит как Конституции, так и международно-правовым актам.

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

Содержание свободы совести также не детализируется в Конституции Республики Казахстан. Поэтому, учитывая,

⁸³ В проекте Кодекса также имеется статья 451 также относящаяся к религиозным объединениям: Руководство, участие в деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а также финансирование их деятельности.

⁸⁴ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан. 1992. № 4. Ст.84.

что речь идет об одном из фундаментальных прав человека, целесообразно обращение к международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Казахстан. Тем более что сама Конституция в п. 3 статьи 4 устанавливает, что международные договоры, ратифицированные республикой применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

В соответствии со статьей 18 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 г.) ратифицированным Республикой Казахстан 28 ноября 2005 г.⁸⁵, *каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии. Это право включает свободу иметь или принимать религию или убеждения по своему выбору и свободу исповедовать свою религию и убеждения как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком, в отправлении культа, выполнении религиозных и ритуальных обрядов и учении.*

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

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

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

Статьи о наказании за незарегистрированную деятельность религиозных объединений неудачны и с

⁸⁵ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2005. № 21-22. Ст. 88.

точки зрения юридической техники. Так, руководителя такого объединения можно одновременно привлекать к ответственности и за руководство деятельностью незарегистрированного объединения и за участие в деятельности такого объединения и даже за уклонение от регистрации. То есть одно и то же действие входит в объективную сторону нескольких составов правонарушений. Непонятно, что включается в объективную сторону уклонения, и почему этот состав не может быть охвачен составом - руководство деятельностью незарегистрированного объединения.

КоАП не учитывает существование таких субъектов, как малочисленные религиозные группы, не имеющие признаков юридического лица (статьи 6-1, 6-2 Закона о свободе вероисповедания и религиозных объединениях), руководители и члены которых также формально являются субъектами ответственности (поскольку не являются в прямом смысле слова религиозными объединениями).

Практический опыт применения аналогичных статей показывает их бесполезность с точки зрения принуждения к обязательной регистрации. Верующие и их ассоциации, не признающие государственную регистрацию, отказываются от нее и после вынесения административного взыскания. В отдельных административно-территориальных единицах отсутствует учетная регистрация малочисленных религиозных групп, не имеющих признаков юридического лица, что криминализирует деятельность многих религиозных структур.

2. Осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его целям и задачам, определенным его уставом (положением)

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

3. Участие в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки

Запрет на участие в политической деятельности и финансирование религиозными объединениями содержится в Конституции Республики Казахстан (статья 5) и в Законе о свободе вероисповедания и религиозных объединениях (статья 4). Учитывая закрепленный принцип отделения религиозных объединений от государства, проявляющийся в том числе в дистанцировании религиозных структур от политики, административная ответственность за участие религиозных объединений в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки выглядит оправданной.

Вместе с тем в проекте КоАП имеется другая статья (450), которая также наказывает за финансирование политических партий религиозными объединениями.

4. Принуждение физических лиц к исполнению религиозных обрядов или участию в иной религиозной деятельности

На первый взгляд, подобное основание для наложения административной ответственности выглядит вполне нормально. В соответствии с ч. 1 статьи 3 Закона о свободе вероисповедания и религиозных объединениях, какое-либо принуждение в определении отношения к религии, к участию или неучастию в богослужениях, религиозных обрядах и церемониях, в обучении религии не допускается.

Вместе с тем определение действий, которые подпадают под понятие принуждения, могут вызвать серьезные проблемы. Когда человека заставляют ходить в мечеть или церковь под угрозой применения насилия, ограничения свободы, лишения пищи и т. д., безусловно, можно говорить о принуждении. Но для подобного рода действий законодательством уже предусмотрены соответствующие меры воздействия, гораздо более строгие, чем административная ответственность (см., к примеру, отдельные статьи Уголовного кодекса Республики Казахстан, наказывающие за истязания (ст. 107), угрозу (ст. 112), незаконное лишение свободы (ст. 126).

Существует опасность отнесения к наказуемым действиям, к примеру, действий родителей, которые заставляют своих несовершеннолетних детей посещать религиозные собрания, участвовать в религиозных праздниках. В соответствии со статьей 14 Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г., ратифицированной Постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 8 июня 1994 г., государства-участники уважают право ребенка на свободу мысли, совести и религии. Но вместе с тем государства-участники уважают права и обязанности родителей и в соответствующих случаях законных опекунов руководить ребенком в осуществлении его права методом, согласующимся с развивающимися способностями ребенка.

Закон Республики Казахстан от 8 августа 2002 г. «О правах ребенка в Республике Казахстан»⁸⁶ говорит о том, что в отношении

⁸⁶ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2002. № 17. Ст. 154.

детей, не достигших совершеннолетнего возраста, религиозные обряды совершаются с согласия родителей или лиц, их заменяющих. Не допускаются принудительные меры по привлечению детей к религии (статья 35). Заметим, что Закон о правах ребенка говорит о недопущении принудительных мер по привлечению детей к религии, в то время как предлагаемая статья КоАП о принуждении к исполнению религиозных обрядов или участию в иной религиозной деятельности, что не одно и то же.

5. Воспрепятствование совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, осуществляемой в соответствии с законом, нарушение прав физических лиц в зависимости от их отношения к религии, осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорбление религиозных чувств физических лиц

Установление административной ответственности за перечисленные в настоящем пункте действия представляется оправданным.

6. Осуществление гражданами, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без учетной регистрации

В соответствии со статьей 4-1 Закона о свободе вероисповедания и религиозных объединениях, граждане Республики Казахстан, иностранцы и лица без гражданства осуществляют миссионерскую деятельность на территории Республики Казахстан после прохождения учетной регистрации. Осуществление миссионерской деятельности без учетной регистрации запрещается.

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

Миссионерская деятельность также охраняется положениями международных актов, затрагивающих свободу слова и право на

распространение информации. В соответствии со статьей 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. Пользование этими правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

- а) для уважения прав и репутации других лиц;
- б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

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

7. Систематическое осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его уставу (положению), а равно неустранение в установленный срок религиозным объединением нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности

См. комментарий на стр.6.

Что касается санкций, то с учетом сказанного выше о составах, следует признать, что санкции выглядят в большинстве своем адекватно. Вместе с тем необоснованно завышенным является штраф за руководство деятельностью незарегистрированных религиозных объединений (сто месячных расчетных показателей). Непонятно почему в числе субъектов ответственности за *воспрепятствование совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, нарушение прав физических лиц в зависимости от их отношения к религии, осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорбление религиозных чувств физических лиц* отсутствуют юридические лица.

III. Выводы и рекомендации

Предлагаемые в проекте статьи об административной ответственности за нарушения законодательства о свободе вероисповедания в определенной части противоречат Конституции Республики Казахстан и принятым Казахстаном международным обязательствам. Кроме того, в предлагаемых статьях обнаруживаются еще советские подходы государственно-конфессиональных отношений, основанные на беспрекословном подчинении верующих и религиозных объединений государству.

Предлагаемый вариант статьи КоАП:

Статья 452. Нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях

1. Участие религиозных объединений в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки -

влекут предупреждение или штраф на руководителей религиозного объединения в размере до двадцати, на юридическое лицо - в размере до ста месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности на срок до шести месяцев.

2. Воспрепятствование совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, осуществляемой в соответствии с законом, нарушение прав граждан в зависимости от их отношения к религии, осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорбление религиозных чувств граждан -

влекут штраф на граждан в размере до восьми, на должностных лиц - в размере до двадцати месячных расчетных показателей, на юридических лиц до ста месячных расчетных показателей.

Также подлежит исключению из проекта статья 451

Апрель 2010 г.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ В СВЕТЕ РАЗРАБОТКИ НОВОЙ РЕДАКЦИИ КОАП⁸⁷

Введение

Статья 32 Конституции Казахстана устанавливает, что *«Граждане Республики Казахстан вправе мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться законом в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц»*. Свобода мирных собраний также детально регулируется национальным законодательством Республики Казахстан.

Специальный закон от 17 марта 1995 года «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан» устанавливает порядок организации и проведения мирных собраний. Действия правоохранительных органов и органов местной власти регламентируются также другими законодательными и подзаконными актами.

Ответственность за нарушение порядка организации и проведения мирного собрания определяется Уголовным кодексом и Кодексом об административных правонарушениях. При этом административная ответственность по действующему законодательству наступает за нарушение любого требования законодательства о проведении мирного собрания. Такой подход не может быть оправдан с точки зрения конституционно закрепленной свободы собраний и соблюдения принципа пропорциональности.

При общей оценке регламентирования свободы мирных собраний следует отметить излишнюю «зарегулированность» этой сферы, которая не оставляет пространства для реализации свободы. Понятие «свободы» включает в себя понимание негативного способа правового регулирования, при котором государство очерчивает лишь рамки этой свободы, оставляя пространство для её реализации гражданам. Суть понятия свободы заключается в том, что её реализация должна проходить без какого-либо вмешательства⁸⁸. Законодательство Казахстана базируется на другом

⁸⁷ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

⁸⁸ Кроме Руководящих принципов по свободе мирных собраний, подготовленных БДИПЧ ОБСЕ и Венецианской комиссией Совета Европы в 2007 году (далее по тексту: Руководящих принципов по свободе мирных собраний), смотрите также решение Европейского суда по правам человека по делу Бончковски и др. против Польши (2006 г.).

принципе правового регулирования, который детально регламентирует каждое действие человека, не оценивая целей таких действий и их необходимость в демократическом обществе. Этот подход к правовому регулированию закладывает фундамент для многих проблем в обеспечении свободы мирных собраний, которые в конечном счете сказываются на наказании человека из-за его правомерного желания выразить свое мнение в демократическом обществе. Законодательство Казахстана не всегда построено на понимании функций и целей свободы мирных собраний в демократическом обществе. Поэтому многие правовые нормы нарушают баланс между реализацией этой свободы и необходимостью соблюдать общественный порядок в сторону последней, что не характерно для демократического общества и нарушает ст.32 Конституции Республики Казахстан.

С другой стороны, законодательство о мирных собраниях не является настолько четким, чтобы граждане могли предусмотреть свое поведение в определенных ситуациях с целью не нарушать требования закона. Также следует отметить, что законодательство не содержит такие важные определения как «организатор», «участник» мирного собрания, «контрдemonстрация», «мирное собрание» и много других.

Законодательство о мирных собраниях при его полном соблюдении лишает организаторов возможности провести мирное собрание без нарушений. Требования законодательства о запрете препятствовать движению транспорта и пешеходов, наносить ущерб зеленым насаждениям, создавать помехи для бесперебойного функционирования объектов инфраструктуры населенного пункта фактически не дают возможность провести массовое мирное собрание в пределах населенных пунктов. Это возможно только для малочисленных собраний. Поэтому эти требования являются заранее невыполнимыми, что позволяет органам власти на свое усмотрение разрешать или запрещать собрание, а также привлекать участников и организаторов к ответственности.

Это подтверждает и практика. Так, по сообщениям правозащитных организаций: «Вследствие жесткого правового регулирования собраний местными властями в большинстве регионов Казахстана, гражданское общество не решается проводить собрания, что подтверждается крайне малым количеством собраний, проводящихся в регионах Казахстана... в связи с тем, что процедура получения разрешения носит довольно длительный характер и в большинстве случаев заканчивается отказом местных властей на проведение собрания, гражданское общество вынуждено идти на нарушение закона и проводить собрания без обращения к властям и без получения разрешения. В частности, мониторинг свободы собраний за последние несколько лет показал, что около 40% собраний проводилось без получения разрешения. По предварительным наблюдениям организаций,

проводящих мониторинг, в 2009 году число собраний проведенных без получения разрешения приближается к 80%»⁸⁹.

Разрешительный порядок проведения мирных собраний не соответствует рекомендациям ОБСЕ и Совета Европы⁹⁰. По нашему мнению, такой порядок также противоречит статье 32 Конституции Казахстана, которая уже предоставляет право проводить собрание. В таком случае дополнительное разрешение на реализацию прав, гарантированных Конституцией, делает Конституцию декларативной, и лишает конституционные нормы прямого действия и применения. Именно поэтому ряд Конституционных судов других стран признали такой порядок не конституционным (например, в Грузии). Если даже такое разрешение предусмотрено, оно не может быть методом предварительного контроля над идейным содержанием собрания. А допустимо лишь относительно места и времени проведения мирного собрания.

Также можно подчеркнуть другие основные нарушения стандартов ОБСЕ, Совета Европы и ООН в сфере мирных собраний:

1) Ограничение субъектов, которые могут подать заявление о проведении мирных собраний (часть 2 статьи 2 Закона «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан»): бесосновательно лишены возможности быть организаторами отдельные граждане, предприятия и многие другие виды юридических лиц. Ограничение прав граждан в данном случае, по нашему мнению, противоречит статье 32 Конституции Казахстана.

2) Распространение определения мирных собраний также на собрания в помещениях и не в общественных местах, что накладывает дополнительные обязанности на граждан, которые на самом деле не связаны с этим правом с точки зрения международных стандартов.

3) Практика органов местной власти создавать специальные разрешенные места для проведения мирных собраний и запрещать на постоянной основе проведение мирных собраний в других местах. Такие действия лишают смысла мирное собрание, как способ донести свое мнение определенному кругу лиц. В соответствии со стандартами Совета Европы органы власти могут вводить только временный запрет на определенных территориях, что может быть связано с массовыми нарушениями общественного порядка. Иначе такие ограничения являются не соразмерными поставленным целям. Мирные собрания должны проходить в зоне видимости и слышимости целевой аудитории⁹¹.

⁸⁹ Заявление коалиции казахстанских неправительственных организаций «Казахстан - ОБСЕ 2010» «Свобода мирных собраний в Республике Казахстан», март 2010 года.

⁹⁰ Здесь и далее речь идет о Руководящих принципах по свободе мирных собраний, подготовленных БДИПЧ ОБСЕ и Венецианской комиссией Совета Европы.

⁹¹ Пункты 38-40, 83 Руководящих принципов по свободе мирных собраний, а также пункт 97 решения Европейского суда по правам человека «Станков и Объединенная македонская организация «Илинден» против Болгарии (2001 г.).

4) Запрет спонтанных мирных собраний, возникающих как мгновенная реакция на какое-то общественно-важное событие.

5) Перечень оснований для запрета мирного собрания в законодательстве и подзаконных нормативных актах гораздо шире, чем это предусмотрено международными стандартами и статьей 32 Конституции Казахстана.

6) Не установлена обязанность органов власти содействовать реализации права на свободу мирных собраний, а также обязанность правоохранительных органов по защите участников мирных собраний от третьих лиц (позитивные обязательства государства)⁹².

7) Не обеспечен эффективный судебный контроль над действиями органов власти, например, не установлены сроки рассмотрения подобных дел в суде с учетом необходимости вынесения быстрого решения.

Административные правонарушения, связанные со свободой мирных собраний

Наказание лиц, которые организовали или приняли участие в мирном собрании, всегда является вмешательством в свободу мирных собраний. Поэтому такое наказание, уголовное или административное, должно соответствовать следующим критериям:

1) быть предсказуемым и четким в такой степени, чтобы человек мог точно понимать за какие действия его могут привлечь к ответственности;

2) законодательство должно соответствовать принципу верховенства права и международным стандартам прав человека, т. е. законодательство не может устанавливать наказание за действия, которые разрешены международным правом;

3) наказание должно предусматривать защиту целей, указанных в статье 32 Конституции Казахстана: *государственная безопасность, общественный порядок, охрана здоровья, защита прав и свобод других лиц;*

4) наказание должно быть необходимым в демократическом обществе, а также быть пропорциональным и соразмерным совершенному деянию.

Нашим заданием является анализ соответствия статьи 449 проекта Кодекса об административных правонарушениях.

Ныне действующая статья 373 Кодекса об административных правонарушениях является очень широкой, поскольку устанавливает наказание за любое «нарушение законодательства о порядке организации или проведения собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия». В данном случае совершенно неважно, какая степень такого нарушения, и принесло ли такое нарушение вред

⁹² Принцип № 2 Руководящих принципов по свободе мирных собраний.

общественным интересам. Кроме того, такая формулировка не дает понятия о том, а какие именно действия являются наказуемыми.

Аналогичное положение статьи 180-1 Кодекса об административных правонарушениях Армении («нарушение установленных правил») было признано Европейским судом по правам человека таким, что нарушает требование Европейской конвенции о защите прав человека в отношении непредсказуемости этого термина⁹³.

Поэтому следует приветствовать желание разработчиков проекта Кодекса об административных правонарушениях сформулировать четко составы административного правонарушения. Это позволит гражданам предвидеть последствия своих действий и, соответственно, они смогут скорректировать свое поведение, чтобы не нарушать законодательство.

Также следует приветствовать смягчение санкций за совершение административного правонарушения, предусмотренного статьей 449 КоАП. Так, нарушение части первой этой статьи влечет только предупреждение, а в действующем законодательстве это наказание является лишь альтернативным наказанием вместе со штрафом, общественными работами и арестом. Также не предусмотрено проектом и более суровых наказаний, чем штраф, что является несомненным улучшением и шагом к применению принципа соразмерности наказания.

Вместе с тем существует ряд проблем в проекте статьи 449 КоАП, на которых следует остановиться более подробно. Отчасти большая часть из них объясняется противоречием законодательства и административной практики о мирных собраниях международному праву. В таких случаях нормы КоАП являются лишь логическим следствием законодательных проблем.

Разграничение административной и уголовной ответственности

Проект административного кодекса, впрочем, как и действующая редакция этого правонарушения, устанавливает, что административная ответственность будет наступать за действия, если они «не имеют признаков уголовно наказуемого деяния».

Но при анализе статьи 334 Уголовного кодекса Казахстана нельзя четко с ясностью определить, какие действия являются составом этого преступления. Уголовный кодекс определяет квалифицирующим признаком последствия нарушения порядка проведения мирных собраний, которые проявились в:

- 1) нарушении работы транспорта;
- 2) причинении существенного вреда правам и законным интересам граждан и организаций.

⁹³ Смотрите пп. 39-43 решения Европейского суда по правам человека «Мкртчян против Армении» (2007 г.), а также пункт 30 Руководящих принципов.

Т. е. при наступлении этих последствий человек будет нести уголовную, а не административную ответственность.

Статья 449 проекта КоАП устанавливает ответственность за препятствование движению транспорта и пешеходов, что фактически является уголовным преступлением. В данном случае совершенно непонятно как разделить уголовную и административную ответственность.

Также непонятно, что имеется в виду под словом «существенный вред» или другими словами, каким образом этот вред должен исчисляться. Невозможно с четкостью определить, как отличаются «препятствования движению» (пункт 3 части 2 статьи 449 КоАП) от «нарушения работы» (статья 334 УК) транспорта, хотя такие действия ведут к разной ответственности.

Вышесказанное не только приведет к противоречивой практике, но также и к непропорциональному наказанию участников мирного собрания в виде уголовной ответственности.

С другой стороны, формальное привлечение к ответственности из-за любых нарушений работы транспорта вследствие реализации своих конституционных прав, может трактоваться как нарушение свободы мирных собраний. Более того, следует учесть, что предназначение улиц, дорог и других общественных мест не только в том, чтобы передвигаться. Человек, реализующий свое право на мирное собрание, имеет такое же право использовать эти общественные места. Следовательно, любое нарушение обычного функционирования городской инфраструктуры или работы транспорта не может автоматически означать запрет любых мирных собраний или наказания виновных в этом лиц. Но национальное законодательство не определяет никаких критериев, как согласовать эти два общественных интереса⁹⁴.

В связи с указанными сложностями применения, а также с противоречивостью такого наказания международным нормам рекомендуем исключить из проекта статьи 449 слова «не содержащих признаков уголовно наказуемого деяния».

Субъекты административной ответственности

Статья 449 проекта КоАП предусматривает ответственность участников несанкционированного собрания. Но в законодательстве нет определения термина «участник мирного собрания». Например, относятся ли к участникам мирного собрания журналисты, освещающие это событие, правозащитники, которые осуществляют мониторинг нарушений мирных собраний, или простые прохожие, которые приостановились на секунду рядом. Отсутствие четкого определения поэтому приведет к наказанию невиновных, которые на самом деле не принимали участия в мирном собрании, а лишь наблюдали за ним.

⁹⁴ Пункт 18 Руководящих принципов.

Нарушение целей, сроков и места проведения мирных собраний (пункт 1 части 1 статьи 449 КоАП)

Как уже указывалось выше, законодательство Казахстана относительно регулирования целей, сроков и места проведения мирного собрания не полностью соответствует международным стандартам. Следовательно, также будет рассматриваться и наказание за такие правонарушения.

Мирные собрания могут проводиться с различными целями, среди которых выражение взглядов и защита общественных интересов, празднование, мемориальные акции, выражение протеста и т. д. Свобода выбора, что включает и их изменение в любой момент, целей полностью принадлежит организаторам и участникам собрания. Важно, чтобы эти цели не посягали на государственную безопасность, общественный порядок, охрану здоровья, защиту прав и свобод других лиц. В таком случае, по нашему мнению, наказание за преследование законных, но измененных в процессе организации или проведения мирного собрания, целей будет безусловным нарушением международных стандартов прав человека. Также можно расценить и наказания за выступления участников митинга не в соответствии с заявленными целями, что является нарушением свободы выражения взглядов.

С другой стороны, не существует четкого наказания за проведение мирных собраний с целями, которые противоречат Конституции и Международному пакту о политических и гражданских правах. Например, относительно мирных собраний, которые разжигают межнациональную или религиозную вражду или пропагандируют фашизм.

Несанкционированные мирные собрания

Часть 3 статьи 449 проекта КоАП устанавливает ответственность за участие в несанкционированных мирных собраниях. В свою очередь организаторы несанкционированных мирных собраний не несут ни административной, ни уголовной ответственности. Конечно, организаторы также в некоторых случаях выступают и как участники, но далеко не всегда. Это достаточно нелогично.

Наказание за организацию или участие в несанкционированном мирном собрании является логичным компонентом разрешительной системы. Поскольку отсутствие наказания автоматически лишает смысла такую систему.

С другой стороны, автоматическое наказание через неподачу заявления о мирном собрании без оценки всех обстоятельств событий, является нарушением прав человека. Так, например, нет оснований наказывать человека, который организовал и провел мирное собрание без других нарушений законодательства. Очевидно, что такое наказание не преследует цели, указанные в статье 32 Конституции Казахстана.

Предварительное заявление о проведении мирных собраний с точки зрения международной практики необходимо для того, чтобы:

- милиция и другие местные власти могли принять меры для обеспечения проведения мирного собрания, связанные с дополнительной регулировкой или ограничением уличного движения;

- милиция смогла принять меры для защиты группы, осуществляющей свое право на мирное собрание.

Комитет ООН по правам человека в своей практике установил, что неподача уведомления при определенных обстоятельствах не может быть основанием для привлечения к ответственности, поскольку такие действия не всегда преследуют цели, указанные в статье 21 Международного пакта о гражданских и политических правах, как допустимые для ограничения свободы мирных собраний⁹⁵.

Практика Европейского суда по правам человека более четко определяет, что формально отсутствие уведомления или разрешения не может быть основанием для прекращения собрания, которое имеет мирный и законный характер.

Также необоснованным будет привлечение к ответственности участника незаконного мирного собрания, если он не знал о незаконности такого собрания и самостоятельно не нарушал общественный порядок⁹⁶.

Создание помех для бесперебойного функционирования объектов инфраструктуры населенного пункта (пункт 3 части 1 статьи 449 КоАП)

Данное положение требует более четкого определения, поскольку трудно точно определить, что имеется в виду под словами «помехи» и «инфраструктура населенного пункта». Это положение настолько широко сформулировано, что любое массовое мирное собрание неминуемо создает какие-то неудобства и помехи. Очевидно, что выкрики через мегафон на площади могут создавать помехи в работе соседних магазинов, но очевидно и то, что такие потери несравнимы с необходимостью проведения мирных собраний в демократическом обществе.

Поэтому привлечение к ответственности за такое правонарушение не преследует легитимные цели ограничения свободы мирных собраний, указанные в Международном пакте о политических и гражданских правах и статье 32 Конституции Казахстана. Объект защиты в подобной формулировке – инфраструктура населенного пункта – никоим образом не включается в понятия «государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц».

⁹⁵ Комитет ООН по правам человека, сообщение, №412/1990, Аули Кивенмаа против Финляндии, 31 марта 1994 года.

⁹⁶ Этот принцип был определен Европейским судом по правам человека в деле Эзелин против Франции (1991 г.). Смотрите также пункты 87-89 Руководящих принципов по свободе мирных собраний.

Поэтому данный состав административного правонарушения противоречит статье 32 Казахстана и международным стандартам прав человека.

Воспрепятствование проведению мирного собрания

Часть четвертая статьи 449 проекта КоАП устанавливает ответственность за воспрепятствование организации или проведению мирного собрания. Данная норма должна защищать организаторов, прежде всего от незаконных действий представителей власти. Но данные формулировки не выполняют этого задания, поскольку непонятно, что именно понимается под словом «воспрепятствование». Можно предположить, что это будет норма, которую практически никогда не будут применять. Поэтому рекомендуем по примеру части первой этой статьи определить конкретные составы таких административных правонарушений.

Выводы и рекомендации

Следует приветствовать желание разработчиков проекта Кодекса об административных правонарушениях сформулировать четко составы административного правонарушения. Это позволит гражданам предвидеть последствия своих действий и, соответственно, они смогут корректировать свое поведение, чтобы не нарушать законодательство.

Также следует приветствовать смягчение санкций за совершение административного правонарушения, предусмотренного статьей 449 КоАП. Так, нарушение части первой этой статьи влечет только предупреждение, а в действующем законодательстве это наказание является лишь альтернативным наказанием вместе со штрафом, общественными работами и арестом. Также не предусмотрено проектом и более суровых наказаний, чем штраф, что является несомненным улучшением и шагом к применению принципа соразмерности наказания.

Вместе с тем существует ряд проблем в проекте статьи 449 КоАП, на которых следует остановиться более подробно. Отчасти большая часть из них объясняется противоречием законодательства и административной практики о мирных собраниях международному праву. В таких случаях нормы КоАП являются лишь логическим следствием законодательных проблем.

Основываясь на вышеизложенном, рекомендуем исключить из проекта статьи 440 КоАП, административную ответственность за:

- «проведение собрания, митингов, шествий, пикетов и демонстраций, а также выступлений их участников не в соответствии с целями, указанными в заявлении» (пункт 1 части первой статьи 449);

- «препятствование движению транспорта и пешеходов» (пункт 3 части первой статьи 449);

- «создание помех для бесперебойного функционирования объектов инфраструктуры населенного пункта» (пункт 3 части первой статьи 449);

- «нанесение ущерба зеленым насаждениям, малым архитектурным формам» (пункт 6 части первой статьи 449);

- участие в незаконных собраниях, митингах, шествиях, демонстрации либо ином публичном мероприятии, если участники не знали о незаконности этих собраний (исключение из части 3 статьи 449).

Рекомендуем дополнительно установить административную ответственность:

1) организаторов за неуведомление о проведении мирного собрания (за исключением проведения спонтанных собраний), а также за проведение мирного собрания в иные, чем указанные в заявлении, сроки и месте;

2) за ношение во время мирного собрания любых видов оружия, а также специально подготовленных или приспособленных предметов, могущих быть использованными против жизни и здоровья людей;

3) проведение мирного собрания с целью пропаганды войны, национальной, расовой или религиозной вражды, а также подстрекательства к дискриминации, вражде и насилию.

4) за воспрепятствование организации или проведению собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия в форме:

- отказа в принятии заявления о проведении мирного собрания;

- нарушения сроков рассмотрения заявления о проведении мирного собрания;

- незаконного отказа в проведении мирного собрания или незаконного требования о прекращении проведения мирного собрания;

- не обеспечение общественного порядка начальником правоохранительного органа соответствующей территории во время проведения мирного собрания.

При доработке проекта статьи 449 КоАП также следует учитывать принцип индивидуальной административной ответственности. Поэтому организаторы мирного собрания не должны нести ответственности за действия участников, а участники за действия организаторов. Организаторы также не должны нести ответственности за свои действия в случае, если они прилагали разумные усилия к выполнению своих обязанностей⁹⁷.

Май 2010 г.

⁹⁷ Пункт 90 Руководящих принципов по свободе мирных собраний.

С. А. ПАШИН

*член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», к.ю.н, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке*

САНКЦИОНИРОВАНИЕ АРЕСТА СУДОМ⁹⁸

1. Основные требования к санкционированию ареста судом

Правовые источники

В преамбуле Международного пакта о гражданских и политических правах подчеркивается: «...Идеал свободной человеческой личности, пользующейся гражданской и политической свободой и свободой от страха и нужды, может быть осуществлен только, если будут созданы такие условия, при которых каждый может пользоваться своими... правами», причем «государства обязаны поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека»⁹⁹.

Право на свободу и личную неприкосновенность, запрет произвольных и незаконных арестов провозглашены статьей 9 Международного пакта о гражданских и политических правах. Согласно частям 3 и 4 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах: «Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит по закону право осуществлять судебную власть, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или освобождение. ...Каждому... принадлежит право на разбирательство его дела в суде, чтобы этот суд мог безотлагательно вынести постановление относительно законности его задержания и распорядиться о его

⁹⁸ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией ОБСЕ.

⁹⁹ Международный пакт о гражданских и политических правах//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 53. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28.11.2005 N 91-3 "О ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах». (Далее – МПГПП).

освобождении, если задержание незаконно»¹⁰⁰. 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»¹⁰¹.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан «Каждый имеет право на личную свободу. ...Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов»¹⁰².

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

Институт habeas corpus имеет древнюю историю. Еще в дарованной английским королем Иоанном Безземельным своим подданным под нажимом аристократии Великой хартии вольностей 1215 года провозглашалось: «Ни один человек не будет арестован или заключен в тюрьму, или лишен имущества, и мы не пойдем на него¹⁰³ иначе как по приговору суда, по законам страны». В 1679 году элементом статутного права Англии стал Habeas Corpus Act («Акт о лучшем обеспечении свободы подданного и о предупреждении заточений за морями»), названный по первым словам петиции, поданной после кровавого подавления королем Яковом восстания самозваного претендента на английский престол «герцога» Монмута¹⁰⁴. 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

¹⁰⁰ Там же. – С. 56.

¹⁰¹ Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека от 26 мая 1995 г. // Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 713.

¹⁰² Части 1 и 2 ст. 16 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. (далее – Конституция РК).

¹⁰³ То есть «не снарядим против него карательную экспедицию».

¹⁰⁴ Романов А.К. Правовая система Англии. – М.: Дело, 2000. – С. 326.

элемент *common law*¹⁰⁵, родоначальниками которого выступили Вестминстерские судьи во времена Вильгельма Завоевателя и наследников его трона.

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

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

Основополагающие черты института *habeas corpus*

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

- 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.

¹⁰⁵ (Англ.) – букв.: «общее право». По сути, выработанное английскими судьями прецедентное право.

Законность ареста и запрет произвольных арестов

Законность ареста предполагает, прежде всего, применение этой меры пресечения на основании национальных законов, где должны быть детализированы основания и порядок заключения лица под стражу. «Никто не может быть задержан по подозрению в совершении преступления, арестован или иным образом лишен свободы иначе, как на основаниях и в порядке, установленных... Кодексом. ...Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных... Кодексом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права судебного обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов»¹⁰⁶.

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

Комитет ООН по правам человека разъяснил, что применительно к аресту термин «произвольный» относится не только к «противозаконному» заключению под стражу, но должен толковаться шире, включая элементы неуместности, несправедливости и непредсказуемости¹⁰⁷.

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

Право лица на освобождение из-под стражи до суда

Согласно пункту 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах «Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом...». Право обвиняемого «на освобождение до суда» провозглашается Принципом 38 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Части 1 и 2 ст. 14 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 206-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.01.2011 г.) (далее – УПК РК).

¹⁰⁷ Алберт Вома Муконг против Камеруна, 21 июля 1994 года.

¹⁰⁸ См.: Свод принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216. (Далее: Свод принципов).

Признание ареста исключительной мерой, применяемой только по необходимости

Казахстанский законодатель в соответствии со стандартами международного сообщества проводит мысль об исключительном характере ареста как меры пресечения, допуская ее применение: по делам об умышленных преступлениях, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет; в исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, – при наличии особых обстоятельств,¹⁰⁹ связанных с личностью обвиняемого (подозреваемого) либо его ненадлежащим поведением.¹¹⁰ Арест к несовершеннолетним применяется только в исключительных случаях и при условии, что им приписывается совершение тяжкого или особо тяжкого преступления; максимальная продолжительность содержания подростка под стражей на досудебных стадиях процесса не может превышать 6 месяцев¹¹¹. При этом арест применяется, если нет возможности использовать более мягкую меру пресечения¹¹².

Незамедлительное доставление подозреваемого (обвиняемого) к судье

Исключительно важно, что законодатели Казахстана остановились на модели, предполагающей доставление лица для установления необходимости его заключения под стражу именно к судье, а не к прокурору или другому лицу, располагающему судебной властью. Комитет по правам человека постановил, что проверка обоснованности офицером высшего командного

¹⁰⁹ Часть 1 ст. 150 УПК РК. До января 2011 г. было предусмотрено применение ареста лишь в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении умышленных преступлений, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, и в совершении неосторожных преступлений, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого по делам о преступлениях, за которые законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не свыше двух лет, при наличии особых обстоятельств.

¹¹⁰ Согласно ч. 1 ст. 150 УПК РК - если подозреваемый/обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан; не установлена его личность; им нарушена ранее избранная мера пресечения; он пытался скрыться или скрывается от органов уголовного преследования или суда; он обвиняется либо подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации); он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление.

¹¹¹ Части 3 и 4 ст. 491 УПК РК.

¹¹² Часть 3 ст. 150 УПК РК.

состава дисциплинарных мер с применением ареста не отвечает требованиям пункта 4 статьи 9 Международного пакта о правах человека¹¹³.

Уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан устанавливает сроки доставления обвиняемого (подозреваемого) к судье, в целом отвечающие критерию незамедлительности: вопрос об аресте фактически задержанного подозреваемого передается на рассмотрение суда в срочном порядке; постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя с подтверждающими материалами представляется судье не позднее чем за 12 часов до истечения срока задержания¹¹⁴. Судья обязан рассмотреть ходатайство органов уголовного преследования об аресте в течение 8 часов с момента поступления материалов в суд¹¹⁵.

Доступность помощи адвоката

Предоставление задержанному, как и лицу, в отношении которого решается вопрос о заключении под стражу, квалифицированной юридической помощи адвоката, является требованием международных норм о защите прав человека¹¹⁶.

В соответствии с Конституцией Республики Казахстан, «Каждый задержанный, арестованный, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, ареста или предъявления обвинения»¹¹⁷.

Непродолжительность ареста

К сожалению, в странах Центральной Азии, как, впрочем, и в России, предусматриваются чрезмерно продолжительные сроки ареста. В Казахстане предельный срок содержания под стражей по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях составляет 12 месяцев¹¹⁸. Фактически время пребывания под стражей (особенно по уголовным делам с множеством эпизодов), может растягиваться на неопределенно долгий период: ведь течение срока приостанавливается для узника, знакомящегося с материалами дела либо ожидающего, пока с делом ознакомится его защитник, прокурор и другие обвиняемые¹¹⁹. При этом, в качестве общего правила провозглашается, что срок ареста на стадии предварительного расследования уголовного дела не должен превышать 2 месяцев¹²⁰.

Данное обстоятельство серьезно угрожает соблюдению требования о непродолжительности ареста. В тоже время Верховный Суд РК отметил, что

¹¹³ Вуоланн против Финляндии, 7 апреля 1980.

¹¹⁴ Часть 4 ст. 150 УПК РК.

¹¹⁵ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

¹¹⁶ См., например, Принципы 17 и 18 Свода принципов.

¹¹⁷ Часть 3 ст. 16 Конституции РК.

¹¹⁸ Часть 4 ст. 153 УПК РК.

¹¹⁹ Часть 15 ст. 153 УПК РК.

¹²⁰ Часть 1 ст. 153 УПК РК.

согласно части 3 статьи 9 МПГПП каждое лицо, подвергнутое аресту или задержанию, имеет право на судебное разбирательство дела в течение разумного срока или на освобождение его до суда. Разумный срок завершения судебного разбирательства предполагает не только соблюдение пределов установленного законодательством сроков судопроизводства, но и возможность его завершения в более краткий срок, исходя из конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.¹²¹

Неоправданно долгое содержание лиц под стражей может быть сведено на нет благодаря твердой правовой позиции судей, которые в каждом конкретном случае устанавливали бы срок ареста, разумно необходимый для производства предварительного расследования и достижения интересов правосудия, не подчиняясь искушению воспользоваться максимально возможным сроком содержания под стражей. Например, в отношении подозреваемого нужно ограничиваться первоначально 10-дневным сроком заключения под стражу, достаточным для предъявления ему обвинения¹²².

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство возлагает на руководителя администрации места содержания под стражей обязанность освободить обвиняемого из-под стражи, если истекли сроки его содержания под стражей¹²³.

Сохранение контактов с внешним миром

В 1996 году Комитет ООН по правам человека пришел к выводу, что «заключение без права общения создает условия для применения пыток и... следовательно, этой практики нужно избегать» и что «надо принять срочные меры для ограничения применения заключения без права общения».¹²⁴ Близкие обвиняемому люди должны иметь возможность вступить с ним в переписку, пусть и подцензурную, поддерживать его материально, передавая продукты и медикаменты, а также добиваться свиданий с заключенным.

Законодательство Казахстана предусматривает уведомление родственников обвиняемого о факте избрания самой радикальной меры пресечения¹²⁵. Лицо или орган, в производстве которого находится уголовное дело, обязано уведомить в течение двенадцати часов одного из родственников подозреваемого или обвиняемого о месте или об изменении

¹²¹ Согласно п. 13 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» (с изменениями от 21.04.2011 г.).

¹²² Часть 1 ст. 153 УПК РК.

¹²³ Часть 13 ст. 153 УПК РК; ст. 48 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

¹²⁴ См.: Общие комментарии Комитета ООН по правам человека №21, пар. 3.

¹²⁵ Часть 14 ст. 150 УПК РК.

места его содержания под стражей¹²⁶. О задержании, аресте или продлении срока содержания под стражей немедленно ставятся в известность родители несовершеннолетнего или другие его законные представители, а при их отсутствии - близкие родственники¹²⁷.

II. Предпосылки ареста

Правовые предпосылки ареста

Общие правовые предпосылки

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

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

Во-вторых, данная мера пресечения применяется к обвиняемому. Обвиняемый - это «лицо, в отношении которого вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого, а также лицо, в отношении которого составлен и утвержден начальником органа дознания протокол обвинения или протокол упрощенного досудебного производства либо следователем составлен протокол упрощенного досудебного производства»¹²⁸.

Арест может применяться и к подозреваемому, но лишь в исключительных случаях¹²⁹. При этом подозреваемым считается не просто лицо, подозреваемое в совершении преступления, но лишь такое, к которому в связи с этим применены задержание или мера пресечения, либо в отношении которого возбуждено уголовное дело¹³⁰.

В-третьих, обвинение (подозрение) обосновано совокупностью доказательств, достаточной для вывода о вероятной причастности лица к приписанному ему деянию. Иными словами, обоснованное подозрение

¹²⁶ Часть 4 ст. 7 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

¹²⁷ Часть 5 ст. 491 УПК РК.

¹²⁸ Часть 1 ст. 69 УПК РК; аналогично – ст. 2 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

¹²⁹ Часть 1 ст. 142 УПК РК.

¹³⁰ Часть 1 ст. 68 УПК РК; аналогично – ст. 2 Закона Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-1 «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

предполагает наличие достаточных данных о том, что соответствующее лицо могло совершить это преступление.

При этом деяние, как оно описано следователем:

- действительно нарушает уголовный закон, а не является, например, гражданским деликтом либо поступком, не содержащим состава преступления из-за малозначительности, придания милостивому закону обратной силы, необходимой обороны и других обстоятельств, устраняющих преступность деяния¹³¹;

- может на данный момент служить причиной уголовного преследования (то есть сроки давности привлечения к уголовной ответственности не истекли, амнистия не состоялась, нет других оснований для прекращения уголовного дела).

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

- скроется от дознания, предварительного следствия или суда;

- либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде;

или будет продолжать заниматься преступной деятельностью¹³².

Данная необходимость устанавливается также с учетом факторов, перечисленных в статье 141 УПК РК, требующей принять во внимание еще и «тяжесть предъявленного обвинения, личность обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий, имущественное положение, наличие постоянного места жительства и другие обстоятельства»¹³³.

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

Специальные предпосылки

Арест также является самой строгой мерой пресечения, ограничивающей упомянутое в Конституции Республики Казахстан естественное право человека на личную свободу¹³⁴. Поэтому имеются дополнительные условия применения в качестве меры пресечения ареста.

Во-первых, «Арест в качестве меры пресечения применяется только с санкции суда и лишь в отношении обвиняемого, подозреваемого в

¹³¹ Часть 2 ст. 9, ч. 1 ст. 5, ст. 32 УК РК.

¹³² Статья 139 УПК РК.

¹³³ Статья 141 УПК РК.

¹³⁴ Часть 1 ст. 16 Конституции РК.

совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении обвиняемого, подозреваемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, если:

1) он не имеет постоянного места жительства на территории Республики Казахстан;

2) не установлена его личность;

3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;

4) он пытался скрыться или скрылся от органов уголовного преследования или суда;

5) он обвиняется либо подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);

6) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление»¹³⁵.

«Арест в качестве меры пресечения, а также задержание могут применяться к несовершеннолетнему... лишь в исключительных случаях при совершении тяжкого или особо тяжкого преступления»¹³⁶.

Во-вторых, мера пресечения в виде ареста оказывается в данном случае единственно разумной, поскольку «нет возможности предотвратить последствия, предусмотренные статьей 139... Кодекса, путем избрания более мягкой меры пресечения»¹³⁷.

Волевые предпосылки ареста

Уголовно-процессуальный закон не обязывает следователя и прокурора избирать какую бы то ни было меру пресечения в отношении обвиняемого (подозреваемого), позволяя органам уголовного преследования использовать менее радикальные меры процессуального принуждения (например, обязательство о явке¹³⁸), а то и вовсе обойтись без них. Таким образом, применение ареста может санкционироваться судьей лишь при условии, что прокурор, следователь, орган дознания вынесут постановление о возбуждении перед судом ходатайства о санкционировании ареста и, приложив к нему необходимые материалы, направят их прокурору, который в свою очередь, изучив все представленные материалы, допросив, при необходимости, обвиняемого (подозреваемого), вынесет постановление о поддержании ходатайства следователя или органа дознания о

¹³⁵ Часть 1 ст. 150 УПК РК.

¹³⁶ Часть 3 ст. 491 УПК РК.

¹³⁷ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

¹³⁸ Статья 157 УПК РК.

санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого) и направит материалы в суд¹³⁹.

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

При отказе прокурора в поддержании ходатайства обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи. Постановление прокурора об отказе в поддержании ходатайства следователя или органа дознания о санкционировании ареста и освобождении из-под стражи обвиняемого, подозреваемого может быть обжаловано следователем, органом дознания вышестоящему прокурору либо участниками процесса, защищающими свои или представляемые права и интересы.¹⁴⁰

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

Материалы, подтверждающие необходимость ареста

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

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

постановление прокурора о поддержании ходатайства следователя о санкционировании ареста;

заявление, рапорт и другие материалы, послужившие основанием для возбуждения уголовного дела (копии);

постановление о возбуждении уголовного дела (копия);

постановление следователя о языке судопроизводства (копия);

ордер адвоката (копия);

протокол задержания в порядке ст. 132 УПК (копия);

постановление о привлечении в качестве обвиняемого (копия);

протокол допроса обвиняемого (подозреваемого), кроме случаев, разумеется, когда побег этого лица помешал его допросить (копия);

протокол допроса потерпевшего (копия);

характеризующие личность обвиняемого (подозреваемого) материалы (копии);

документ, удостоверяющий личность обвиняемого (подозреваемого); такими документами признаются: паспорт; удостоверение личности; вид на жительство иностранца; военный билет; некоторые другие документы¹⁴¹.

¹³⁹ Части 2 и 3 ст. 150 УПК РК.

¹⁴⁰ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

¹⁴¹ См.: примечание к ст. 280 УПК РК.

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

Копии документов заверяются гербовой печатью органа уголовного преследования.

III. Порядок санкционирования ареста судом

Разрешение судом вопроса о необходимости ареста обвиняемого (подозреваемого) является формой осуществления правосудия и подчиняется в своих основных чертах общим условиям судебного разбирательства¹⁴². Данный вывод вытекает, в частности, из положений Конституции Республики Казахстан: «Судебная власть распространяется на все дела и споры, возникающие на основе Конституции, законов, иных нормативных правовых актов, международных договоров Республики»¹⁴³. Суд, призванный ограждать конституционные права и свободы граждан от злоупотреблений властью, не может лишить доступа к правосудию людей, которым угрожают ограничением личной неприкосновенности.

Отмеченное обстоятельство сказывается самым существенным и определенным образом на всей процедуре санкционирования ареста судом. В частности, в рамках данного производства, как и в главном судебном разбирательстве, может подниматься вопрос о допустимости доказательств. Не имеют юридической силы доказательства, полученные незаконным способом¹⁴⁴.

Предварительные действия и решения суда

Ходатайства о санкционировании ареста рассматриваются судом по месту производства предварительного следствия либо по месту задержания подозреваемого¹⁴⁵. Право санкционирования ареста принадлежит судьям районного и приравненного к нему суда, а в случаях обжалования, опротестования постановления суда о санкционировании меры пресечения в

¹⁴² Глава 40 УПК РК.

¹⁴³ Часть 2 ст. 76 Конституции Республики Казахстан.

¹⁴⁴ Пункт 9 ч. 3 ст. 77 Конституции Республики Казахстан.

¹⁴⁵ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

виде ареста или продлении срока ареста, об отказе в даче санкции на арест или отказе в продлении срока ареста обвиняемого, подозреваемого судьи областного и приравненного к нему суда.¹⁴⁶ При наличии на соответствующей территории военного суда гарнизона, судьи этого суда рассматривают ходатайства о санкционировании ареста по делам, подсудным военным судам.

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

При регистрации поступившего ходатайства о санкционировании ареста указывается дата и точное время принятия документов¹⁴⁷. В суде по каждому ходатайству формируется отдельное производство, куда помещаются (подшиваются): материалы, поступившие от органа уголовного преследования; материалы, представленные стороной защиты и другими участниками процесса; иные исследованные судьей материалы; протокол судебного заседания; итоговое постановление судьи в копии.

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

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

обращение в суд ненадлежащих должностных лиц;

обращение в суд с ходатайством об аресте лица, не являющегося обвиняемым (подозреваемым);

обращение в суд с ходатайством об аресте задержанного после истечения 72-часового срока с момента его фактического задержания;

повторное обращение органа уголовного преследования в суд с ходатайством о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения судьей постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения - при отсутствии новых обстоятельств, обосновывающих необходимость ареста¹⁴⁸;

полное отсутствие доказательств, подтверждающих необходимость заключения подозреваемого (обвиняемого) под стражу.

По общему правилу, в таких случаях необходимо вынести **постановление об оставлении ходатайства без рассмотрения** и

¹⁴⁶ Пункт 3 части 4 ст. 110 УПК РК.

¹⁴⁷ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/2633.

¹⁴⁸ Часть 12 ст. 150 УПК РК.

возвращении его прокурору. Однако, исходя из требований к справедливому правосудию, предполагающему незамедлительное и эффективное восстановление лиц в нарушенных правах, такое постановление не должно выноситься, когда из поступивших документов видно, что имеется фактически задержанное лицо. В этом случае судья должен назначить судебное заседание, имея в виду впоследствии отказать в удовлетворении ходатайства по формальным (процессуальным) основаниям. Таким образом, на данном этапе правомерно оставление ходатайства без рассмотрения, только если оно внесено в отношении ареста лица, находящегося на свободе: ведь в этом случае не требуется экстренная судебная защита его права на личную неприкосновенность.

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

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

- определить время и место проведения судебного заседания;
- обеспечить явку подозреваемого, обвиняемого, прокурора, защитника;
- обеспечить доставку в судебное заседание подозреваемого, обвиняемого, находящегося под стражей;
- уведомить о времени и месте рассмотрения ходатайства других лиц, которые вправе участвовать в судебном разбирательстве;
- при необходимости истребовать уголовное дело;
- указать, на кого возлагается выполнение распоряжений председательствующего и др.»¹⁴⁹.

Допустимо назначение по согласованию с соответствующим прокурором выездного заседания суда.

Наряду с прокурором, о времени и месте рассмотрения ходатайства извещаются: защитник, подозреваемый/обвиняемый. Также на заседании вправе присутствовать законный представитель подозреваемого/обвиняемого, потерпевший, его законный представитель и представитель¹⁵⁰. В случае отсутствия у суда возможности своевременного извещения сторон о рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста, к решению этого вопроса может привлекаться возбуждавший ходатайство орган¹⁵¹.

¹⁴⁹ Юрченко Р.Н. О судебном санкционировании мер пресечения (практическое пособие). – Алматы: Жеті жарғы, 2009. - С. 61.

¹⁵⁰ Часть 6 ст. 150 УПК РК.

¹⁵¹ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/ 2633.

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

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

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, «В случае истребования судом всех материалов уголовного дела, право ознакомления с ними, кроме самого судьи, имеет только прокурор», поскольку ознакомление участников процесса «со всеми материалами дела является отдельной стадией уголовного процесса, которая осуществляется после окончания всех следственных действий по делу»¹⁵². С этой позицией нельзя согласиться. Во-первых, ознакомление с рядом документов, имеющихся в деле (например, с заключением эксперта), допускается до окончания предварительного расследования. Во-вторых, на этапе рассмотрения ходатайства об аресте уголовное дело не окончено производством, а значит, речь идет об ознакомлении не со «всеми» доказательствами, но только с имеющимися на данный момент. В-третьих, утаивание от защиты материалов, доступных прокурору и судье, нарушает принцип «равенства оружия», утвержденный в практике международных органов по защите прав человека, противоречит равенству сторон в судебном разбирательстве. «Все равны перед законом и судом»¹⁵³.

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

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

¹⁵² Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

¹⁵³ Часть 1 ст. 14 Конституции Республики Казахстан. См. также: пункт 11 ст. 7, статью 23 УПК РК.

Доказывание

Участвующий в судебном заседании прокурор обязан доказать наличие надлежащих правовых и «волевых» предпосылок ареста¹⁵⁴, делающих заключение под стражу подозреваемого (обвиняемого) **необходимой**, оправданной и единственно возможной в данных условиях формой процессуального принуждения. Прокурор обязан отстоять предлагаемую квалификацию деяния, в котором обвиняется (подозревается) лицо, а перед этим – продемонстрировать, что обвинение (подозрение) имеет под собой вескую фактическую основу.

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

Органы следствия и дознания в отдельных случаях могут отказать в предоставлении отдельных материалов следствия и дознания, ссылаясь на требования УПК РК о недопустимости разглашения данных предварительного следствия и дознания¹⁵⁵, поскольку закон не освобождает от обязанности сохранять конфиденциальность. Такое обоснование не должно быть допустимым, так как санкционирование ареста является исключительным видом ограничения фундаментального права на свободу. На практике суд может отбирать у присутствующих в зале суда подписку о недопустимости разглашения без его разрешения имеющих в деле сведений, с предупреждением об ответственности.¹⁵⁶

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

- выражающие мнение этих должностных лиц о фактах, положении, поведении обвиняемого (подозреваемого)¹⁵⁷;
- содержащие сведения о противоправных деяниях (преступлениях и проступках) лица, не установленных приговором суда либо другим законным решением;
- не пригодные для проверки в судебном заседании, в частности, содержащие ссылки на информацию, полученную от агентуры либо из иных нераскрытых источников¹⁵⁸.

¹⁵⁴ См. подробнее предыдущий раздел пособия.

¹⁵⁵ См. ст. 53 и 205 УПК РК.

¹⁵⁶ По аналогии со ст. 205 УПК РК.

¹⁵⁷ Например, недопустимы в качестве доказательств справки о принадлежности лица к преступной группировке, об его «подрывном образе мыслей», «опасных убеждениях» и т.п.

¹⁵⁸ Пункт 6 ч. 1 ст. 116 УПК РК.

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

Надо иметь в виду, что в соответствии с позицией высших судебных органов Республики Казахстан, допрос подозреваемого во всех случаях оформляется протоколом, составленным в соответствии с требованиями статей 213, 216 и 218 УПК РК. Оформление показаний, полученных при допросе лица, после его фактического задержания в связи с подозрением в совершении преступления в виде «объяснения», «явки с повинной», «допроса в качестве свидетеля» или иных подобных формах по данному факту недопустимо и такие документы в соответствии со статьей 116 УПК не подлежат приобщению к материалам уголовного дела¹⁵⁹.

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

Особенности доказывания при обосновании стороной обвинения ходатайства об аресте во многом связаны также с учением о стандартах доказанности. В ряде вопросов, подлежащих доказыванию в рамках данной процедуры, достаточно обосновать позицию не с несомненностью¹⁶⁰, а с высокой степенью вероятности.

С несомненностью, например, надлежит установить:

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

С высокой степенью вероятности необходимо доказать, что обвиняемый (подозреваемый) без применения к нему ареста скроется от дознания, предварительного следствия или суда (для подтверждения данного

¹⁵⁹ См.: пункт 3 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁶⁰ В англосаксонских правовых системах наивысший стандарт доказанности, используемый при решении судом вопроса о виновности подсудимого, называется «proof beyond a reasonable doubt», то есть «доказанность вины вне всякого разумного сомнения».

утверждения органы следствия/дознания должны к примеру, представить в суд информацию том, что ранее подозреваемый/обвиняемый скрывался от органов, подозреваемый/обвиняемый приобрел авиа или железнодорожные билеты на свое имя в период предшествующий задержанию и т.п.), либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела, или будет продолжать заниматься преступной деятельностью¹⁶¹.

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

Сама по себе тяжесть предъявленного обвинения (имеющегося подозрения) не может служить причиной заключения лица под стражу в отсутствие оснований полагать, что лицо поведет себя противоправно. Комитет ООН по правам человека придерживается той точки зрения, что подозрение человека в совершении преступления не является достаточным основанием для оправдания его задержания на время расследования и предъявления обвинения. Даже если риск побега обвиняемого (подозреваемого) представляется обоснованным, он не является определяющим в вопросе об обоснованности продолжительности ареста. Поэтому судье надлежит исследовать вопрос о порядке и разумности ведения дела со стороны властей. Опасность побега лица не может оцениваться только на основе суровости возможного наказания¹⁶².

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

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

В постановлениях следователя (органа дознания) и прокурора, связанных с возбуждением ходатайства об аресте несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) обязательно должны быть указаны причины, по которым к подростку не может быть применена менее радикальная мера пресечения. Данное требование вытекает из положения процессуального закона, согласно которому при решении вопроса о применении меры пресечения в отношении несовершеннолетнего обвиняемого (подозреваемого) в каждом случае должна обсуждаться возможность избрания такой меры, как передача несовершеннолетнего под присмотр в соответствии со статьей 147 УПК¹⁶³.

¹⁶¹ Статья 139 УПК РК.

¹⁶² Решение Европейского суда по правам человека от 8 июня 1995 г. по делу Я-си и Саргин против Турции.

¹⁶³ Часть 2 ст. 491 УПК РК.

Обоснованность обвинения (подозрения)

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

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

Данная позиция постоянно звучит в решениях международных органов по защите прав человека. Так, Европейский суд последовательно подчеркивает, что «Наличие разумных подозрений в том, что задержанное лицо совершило преступление, является условием *sine qua non*¹⁶⁴ 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 стражей¹⁶⁵.

В УПК КР специально отмечается, что «При решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, суд ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения»¹⁶⁶; так задаются пределы судебного разбирательства ходатайств об аресте. Между тем, вопрос об обоснованности подозрения (обвинения) входит в компетенцию суда при рассмотрении ходатайств об аресте, поступивших от органов уголовного преследования, и его разрешение вовсе не означает ни предвосхищение результатов главного судебного разбирательства, ни признание человека виновным уже на досудебной стадии процесса. Судье надлежит убедиться в том, что под стражу не будет заключен человек, обвинения против которого голословны, что подозрение (обвинение) подтверждается на этом этапе доказательствами,

¹⁶⁴ (Лат.) – «без которого не», то есть обязательным условием.

¹⁶⁵ См., например, постановления Европейского суда по правам человека по делам: от 8 февраля 2005 г. *Панченко против Российской Федерации*; от 2 марта 2006 г. *Долгова против Российской Федерации*; от 26 октября 2006 г. *Худобин против Российской Федерации*; от 24 мая 2007 г. *Соловьев против Российской Федерации* и мн. др.

¹⁶⁶ Часть 7 ст. 150 УПК РК.

достаточными для вероятностного вывода о причастности лица к приписанному ему деянию, что это деяние получило адекватную квалификацию. В противном случае заключение под стражу окажется произвольным.

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

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

Лица, участвующие в рассмотрении ходатайства

Главным лицом, участвующим в рассмотрении ходатайства, выступает обвиняемый (подозреваемый). Рассмотрение судом ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде ареста в отсутствие обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов Республики Казахстан и уклонения от явки в органы предварительного следствия при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания¹⁶⁷.

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

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

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

При невозможности рассмотрения постановления о возбуждении ходатайства о применении к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения в виде заключения под стражу и принятия решения по существу вследствие недоставления его в суд судья выносит **постановление об оставлении указанного ходатайства без рассмотрения**. Возвращение по этой причине материалов, подтверждающих обоснованность ходатайства, не препятствует

¹⁶⁷ Часть 8 ст. 150 УПК РК.

последующему обращению в суд с таким ходатайством после создания условий для обеспечения участия обвиняемого (подозреваемого) в судебном заседании.

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

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

Порядок судебного разбирательства

Судебное разбирательство ходатайства об аресте должно отвечать общим условиям непосредственности, устности, неизменности состава суда, подчиняться законному распоряжку; по возможности, должна обеспечиваться непрерывность судебного заседания¹⁶⁸.

Заседание суда проходит в условиях гласности, которая ограничивается не иначе как в предусмотренных законом случаях¹⁶⁹. Ограничение гласности допустимо также по делам несовершеннолетних¹⁷⁰.

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

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

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

¹⁶⁸ Статьи 311, 312, 321, 326 УПК РК.

¹⁶⁹ Статья 29 УПК РК. См. также: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 25» О соблюдении принципа гласности судопроизводства по уголовным делам».

¹⁷⁰ Ст. 482 УПК РК.

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

В случаях, когда жалоба о применении пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения заявлена в судебном заседании, суду надлежит принять предусмотренные законом меры к ее незамедлительному рассмотрению. Если для полной проверки жалобы необходимо осуществление мер, не входящих в компетенцию суда (доследственная проверка, возбуждение уголовного дела, проведение дознания либо следствия и т.п.), суд выносит постановление, которым возлагает на прокурора осуществление соответствующей проверки с указанием срока предоставления суду материалов проверки¹⁷¹.

Принимая решение о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого) в качестве меры пресечения, о продлении срока ареста, разрешая жалобы обвиняемого на незаконные действия должностных лиц, осуществляющих досудебное производство, суды должны учитывать необходимость соблюдения прав лиц, содержащихся под стражей, предусмотренных статьями 7, 9 и 14 МПГПП. При разрешении ходатайства об освобождении из-под ареста или жалобы на продление срока ареста суду необходимо принимать во внимание положения статьи 7 МПГПП и Конвенцию против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания^{172 173}.

Задержанный и его защитник имеют право выступить перед судьей с заявлением по поводу обращения с подозреваемым в период задержания¹⁷⁴.

Судье при рассмотрении ходатайств стороны защиты об исключении доказательств из числа допустимых по мотивам получения их с применением пыток или в результате иных незаконных действий, следует исходить из того, что обязанность подтверждать законность полученных материалов дела возлагается на обвинителя¹⁷⁵.

¹⁷¹ См.: пункт 13 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁷² Принята Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 39/46 от 10 декабря 1984 года).

Республика Казахстан присоединилась 29 июня 1998 года.

¹⁷³ Пункт 14 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» (с изменениями от 21.04.2011 г.).

¹⁷⁴ Принцип 37 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утв. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 г.)//Международные акты о правах человека. Сборник документов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М. – 1998. – С. 216.

¹⁷⁵ См.: пункт 14 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности

В заседании суда о санкционировании ареста ведется протокол. В соответствии с частью четвертой статьи 328 УПК РК полностью Протокол должен быть изготовлен не позднее пяти суток по окончании судебного заседания, а при объявлении перерыва или отложении разбирательства более, чем на пять суток, изготавливается Протокол состоявшейся части судебного заседания. Протокол в целом или его часть считаются изготовленными с момента их подписания секретарем судебного заседания и судьей, председательствовавшим при рассмотрении дела.¹⁷⁶

Учитывая ограниченность сроков рассмотрения судом ходатайства и обжалования постановления суда, изготовление протокола, ознакомление с ним сторон, принесение на него замечаний и рассмотрение поступивших замечаний должны осуществляться незамедлительно, желательно, в день вынесения постановления судьей. Соответственно, процессуальные сроки, предусмотренные статьями 329 и 330 УПК, на данную процедуру не распространяются¹⁷⁷, но они, разумеется, не могут быть превышены.

Подготовительная часть судебного заседания строится по аналогии с тем же этапом главного судебного разбирательства. В начале заседания судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, проверяет явку, представляется, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их право на отвод, а также другие права и обязанности¹⁷⁸. Здесь же разрешаются ходатайства сторон.

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

Верховный Суд Республики Казахстан прямо предписывает судьям при рассмотрении ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде ареста выяснять, когда лицо фактически задержано, на какое время, где оно

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

¹⁷⁶ Пункт 18 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 23 декабря 2005 года № 11 «О применении норм уголовно-процессуального закона о протоколе судебного заседания» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.04.2011 г.)

¹⁷⁷ Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

¹⁷⁸ Часть 9 ст. 150, статьи 331 – 344 УПК РК.

содержалось, составлялся ли протокол и другие, связанные с этим обстоятельства¹⁷⁹.

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

Постановление судьи

Рассмотрев ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде ареста обвиняемого (подозреваемого), судья выносит постановление о санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого), либо об отказе в санкционировании ареста¹⁸⁰.

Согласившись с необходимостью ареста обвиняемого (подозреваемого), судья обязан установить срок содержания его под стражей. Этот срок не может превышать того, который испрашивал следователь (орган дознания) и прокурор. Судья вправе санкционировать арест на срок менее двух месяцев. В частности, арест подозреваемого целесообразно санкционировать не более чем до 10 суток, то есть до момента предъявления ему обвинения¹⁸¹. Определяя конкретный срок ареста, судья руководствуется не только гуманитарными соображениями, но также учитывает реальную опасность для нормального хода судопроизводства пребывания подозреваемого (обвиняемого) на свободе. Такая опасность снижается по мере приближения к окончанию предварительного расследования, когда потерпевший и основные свидетели уже допрошены, их показания закреплены и эффективно воспрепятствовать установлению истины обвиняемый уже не способен. Как уже говорилось выше, сама по себе тяжесть приписанного обвиняемому (подозреваемому) деяния не может приниматься в расчет при установлении продолжительности пребывания его под стражей.

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

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

¹⁷⁹ Абзац 1 пункта 4 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁸⁰ Часть 10 ст. 150 УПК РК.

¹⁸¹ Часть 1 ст. 142 УПК РК.

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

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

В-четвертых, если установлена незаконность задержания.

Задержание лица при отсутствии условий, оснований и мотивов, предусмотренных статьями 132 и 134 УПК, либо свыше трех часов без составления протокола задержания, а также содержание лица под арестом без санкции суда свыше семидесяти двух часов и свыше срока ареста, санкционированного судом, является незаконным, и оно подлежит немедленному освобождению¹⁸².

По мнению Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан, в случае отклонения ходатайства о санкционировании ареста судья не должен указывать в постановлении о немедленном освобождении задержанного¹⁸³. Данная позиция сомнительна не только в свете соображений гуманности, но и по смыслу напрашивающейся процессуальной аналогии. Так, при отказе прокурора следователю или органу дознания в поддержании ходатайства о применении ареста, обвиняемый, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи¹⁸⁴, хотя бы законный срок задержания не истек. Этим же правилом должен, как представляется, руководствоваться и судья.

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

- если задержание было признано незаконным;
- когда подозреваемому не было предъявлено обвинение в установленный законом 10-суточный срок¹⁸⁵.

В случае, когда к моменту провозглашения постановления судьи истекает конституционный 72-часовой срок задержания, определяющим для решения вопроса, о немедленном освобождении подозреваемого из-под стражи служит соблюдение органами уголовного преследования сроков обращения с ходатайством об аресте и предоставления материалов, подтверждающих необходимость избрания столь радикальной меры пресечения. Если данный 12-часовой срок¹⁸⁶ прокурором не соблюден и

¹⁸² Пункт 8 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁸³ Рекомендации (ответы на вопросы) по применению норм Уголовно-процессуального кодекса, регламентирующих санкционирование судами меры пресечения в виде ареста и домашнего ареста. Коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

¹⁸⁴ Часть 3 ст. 150 УПК РК.

¹⁸⁵ Часть 1 ст. 142 УПК РК.

¹⁸⁶ Часть 4 ст. 150 УПК РК.

вследствие этого судья был лишен возможности разрешить ходатайство об аресте до истечения срока задержания, подозреваемый подлежит немедленному освобождению из-под стражи на основании постановления судьи об отказе в удовлетворении ходатайства.

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

Как справедливо указывает Верховный Суд Республики Казахстан, «особое значение должно быть уделено соблюдению конституционных прав человека и гражданина, в том числе на неприкосновенность достоинства человека, включающего в себя защиту от применения пыток, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения»¹⁸⁷.

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

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

Постановление судьи выносится в совещательной комнате и во всех случаях провозглашается публично¹⁸⁸.

Судья, признав ходатайство о санкционировании ареста необоснованным, вправе санкционировать вместо ареста домашний арест обвиняемого, но лишь при условии, что в заседании суда прокурор заявил соответствующее ходатайство. Принятие таких решений судьей по собственной инициативе недопустимо. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором непосредственно после оглашения судьей постановления об отказе в санкционировании ареста обвиняемого (подозреваемого)¹⁸⁹.

Подлинник постановления судьи незамедлительно направляется в орган уголовного преследования, возбудивший ходатайство о санкционировании ареста, для приобщения к материалам уголовного дела.

¹⁸⁷ Пункт 1 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁸⁸ Часть 3 ст. 29,

¹⁸⁹ Часть 10 ст. 150 УПК РК.

Заверенные копии постановления судьи направляются или вручаются сразу же после судебного заседания: прокурору; обвиняемому (подозреваемому); потерпевшему.

Частное постановление судьи

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

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

Во-первых, если были нарушены сроки представления материалов уголовных дел в суд с тем, чтобы виновные были привлечены к дисциплинарной ответственности¹⁹⁰.

Во-вторых, частное постановление должно быть вынесено и направлено для принятия мер прокурору, если при рассмотрении ходатайства о санкционировании ареста обнаружится факт подлога при фиксации времени (с точностью до минут) и места задержания подозреваемого¹⁹¹.

В-третьих, в целях предупреждения пыток, жестоких или унижающих человеческое достоинство обращения или наказаний судам надлежит выявлять причины и условия, способствующие применению пыток, и выносить частные постановления об их устранении¹⁹².

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

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

¹⁹⁰ См.: распоряжение Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 15 августа 2008 г. № 2-12-11/ 2633.

¹⁹¹ Пункт 4 нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».

¹⁹² Там же, пункт 22.

Послесловие

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

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

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

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

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

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

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

Ноябрь 2010 г.



Применение мер пресечения в Республике Казахстан 2005 - 2010 г.г.¹⁹³

¹⁹³ Настоящий Сборник подготовлен Центром исследования правовой политики и опубликован при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане и включает обработанные статистические данные, предоставленные Верховным Судом, Министерством внутренних дел, Комитетом по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан.



Содержание

Введение	264
Сведения Верховного суда Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения судами 2008 – 2010 г.г.	266
Сведения Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения 2005 – 2010 г.г.	290
Сведения Министерства внутренних дел Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения 2005 – 2010 г.г.	309

Введение

Центр исследования правовой политики (ЦИПП) при поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане и содействию Верховного суда Республики Казахстан, Министерства внутренних дел Республики Казахстан, а также Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан составил настоящий сборник «Применение мер пресечения в Республике Казахстан 2005 – 2010 г.г.».

Статья 1 Конституции Республики Казахстан признает высшей ценностью человека, его жизнь, права и свободы.¹⁹⁴ За 20 лет независимости казахстанское законодательство было значительно изменено в направлении гуманизации и демократизации уголовного судопроизводства. Этому способствовали ратификация Казахстаном ряда документов в области прав человека, а также имплементация положений этих документов в национальное законодательство. В частности, в 2005 г. был ратифицирован Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП), в соответствии со ст. 9 которого каждое задержанное лицо должно быть доставлено в суд для решения вопроса о законности задержания и дальнейшего лишения свободы.¹⁹⁵

С целью гармонизации казахстанского уголовно-процессуального права со стандартами, установленными международными нормативными актами в 2008 г. после принятия новых положений Конституции Республики Казахстан, Законом № 65-IV ЗРК от 5 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в виде ареста, домашнего ареста» в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан (УПК РК) были введены нормы, предусматривающие санкционирование ареста только судом. Данный порядок применяется на практике с 30 августа 2008 г.

Более чем двухлетняя практика реализации процедуры судебного санкционирования ареста в рамках гласности и состязательности, тем не менее, демонстрирует наличие потенциала для ее дальнейшего совершенствования, поскольку арест и по

¹⁹⁴ Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г.

¹⁹⁵ Доступно в Интернете по адресу: <http://www.un.org/russian/document/convents/ractpol.htm>. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III. Вступил в силу для Республики Казахстан 24 апреля 2006 года (письмо МИД РК от 27.06.06 г № 12-1-2/1445).

сей день является наиболее часто применяемой мерой пресечения.¹⁹⁶ Данные обстоятельства указывают на необходимость принятия дополнительных усилий к тому, чтобы арест трансформировался в исключительную меру наказания. Это возможно благодаря развитию правоприменительной практики по применению и развитию альтернативных аресту мер пресечения, включая домашний арест и залог, которые применяются крайне редко.

Судебная система и правоохранительные органы Казахстана регулярно осуществляют сбор статистической информации о применении мер пресечения судами, органами внутренних дел и прокуратурой. Благодаря этим сведениям ЦИПП смог объединить данные государственной статистики от трех ведомств в единый сборник.

Сборник состоит из трех глав. В первой главе дается обзор статистических сведений по вопросам применения мер пресечения судами за 2008 – 2010 г.г. представленным Верховным Судом Республики Казахстан. Вторая глава посвящена анализу статистической информации, предоставленной Комитетом по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в 2005 – 2010 г.г. В третьей главе содержатся сведения, полученные от Министерства внутренних дел Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в 2005 – 2010 г.г.

Следует отметить, что представленные всеми тремя ведомствами статистические сведения разнятся в количественных показателях. Так же при анализе были установлены погрешности в отдельных показателях внутри данных каждого из ведомств. Эти обстоятельства не позволяли представить качественный анализ по отдельным вопросам.

ЦИПП выражает надежду, что результаты данного обзора будут полезны для повышения эффективности и гуманизации уголовного процесса и развития правоприменительной практики судебных и правоохранительных органов при применении альтернативных мер пресечения. Одновременно ЦИПП высказывает признательность Верховному Суду Республики Казахстан, Министерству внутренних дел Республики Казахстан, Комитету по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан, а также национальным экспертам за содействие и помощь в осуществлении данного проекта.

¹⁹⁶ См. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан: аналитический отчет Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ. HTML: <http://www.bureau.kz/news/download/186.pdf>. Санкционирование ареста судом: доклад по результатам мониторинга, проведенного в судах г. Актау, Алматы, Астана, Костанай, Оскемен и Павлодар. Отчет Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности. HTML: <http://www.bureau.kz/news/download/185.pdf>.

■ **Сведения Верховного Суда
Республики Казахстан по вопросам
применения мер пресечения судами
2008 - 2010 г.г.**

Сведения о санкционировании судами меры пресечения в виде домашнего ареста

Таблица 1. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой согласно ст. 149 УПК РК

Год	Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой
5 месяцев 2008 г.	30
2009 г.	141
первое полугодие 2010 г.	101

Диаграмма 1.1. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой по статусу задержанного лица

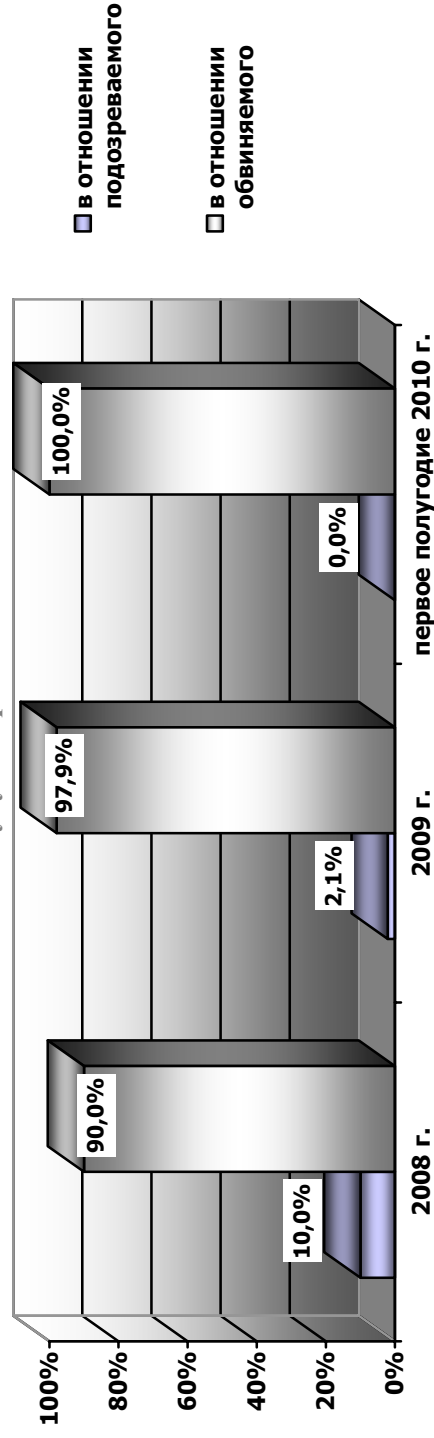


Диаграмма 1.2. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста поддержанных прокуратурой по возрастному признаку

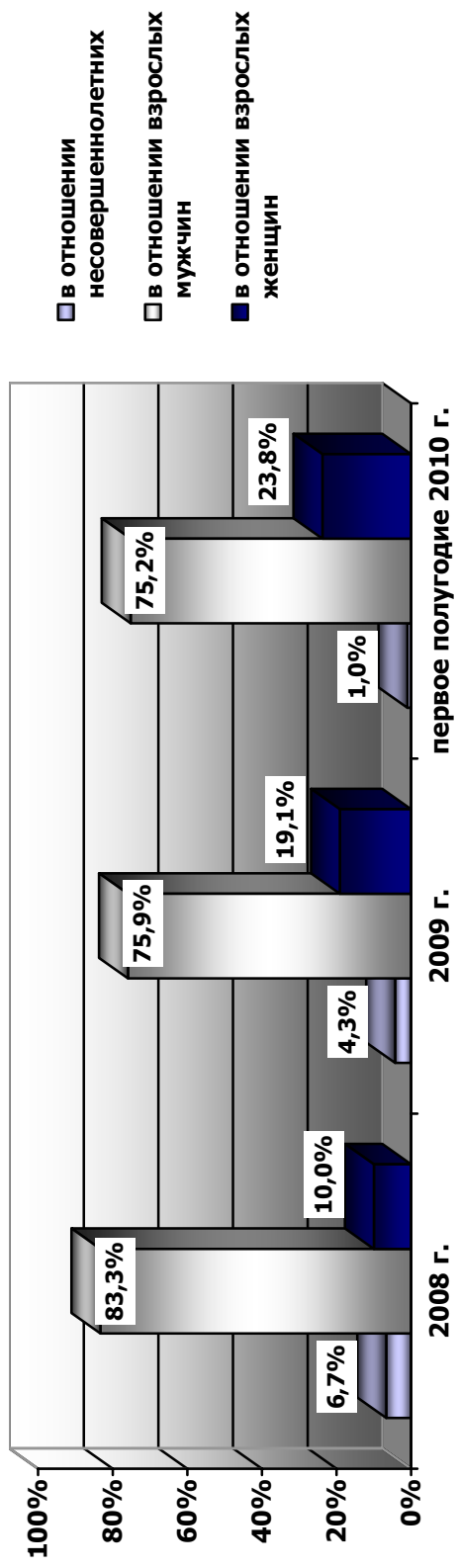


Диаграмма 1.3. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста поддержанных прокуратурой по категориям тяжести преступлений

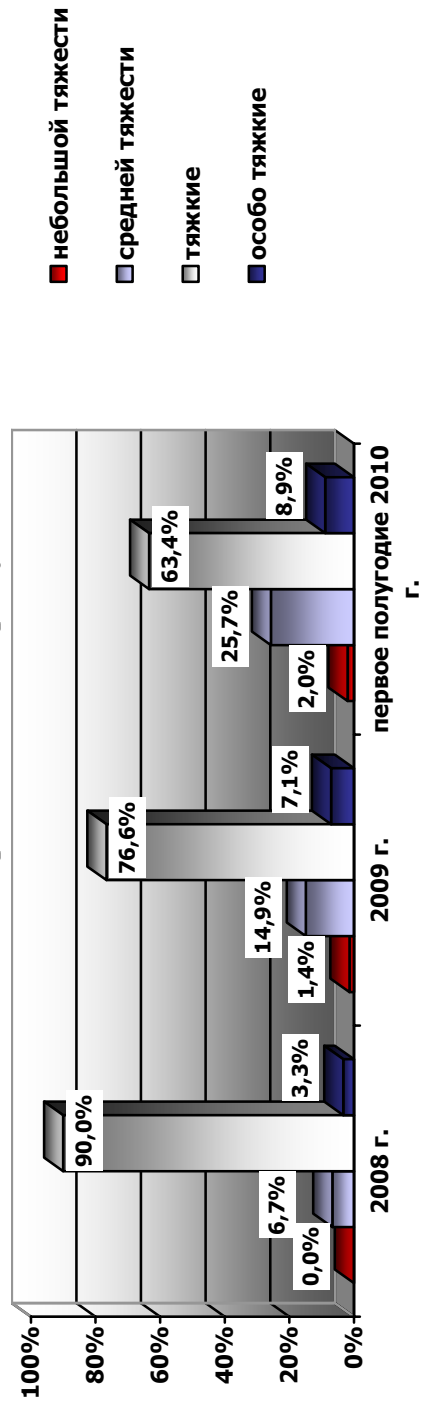
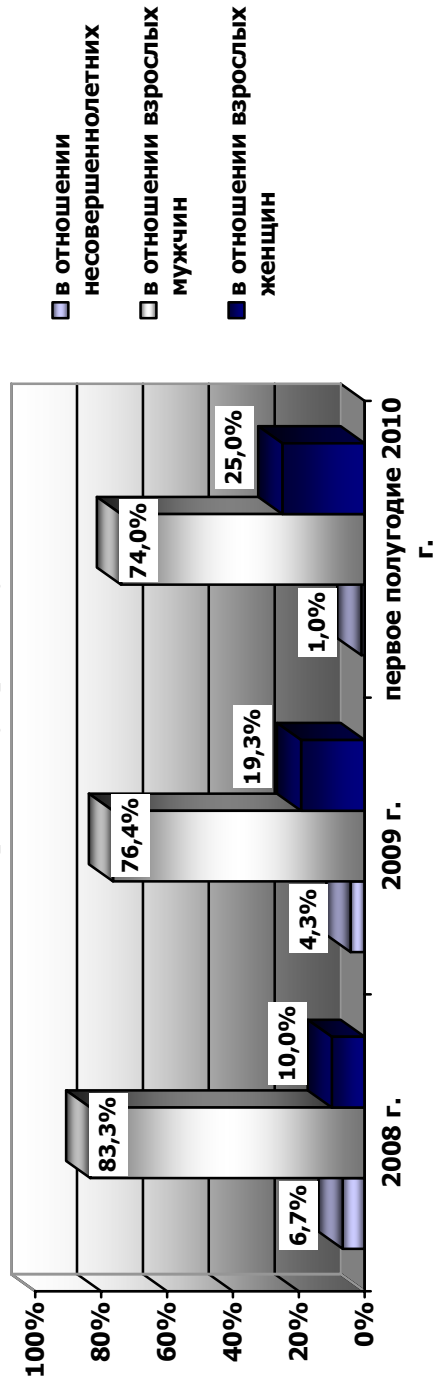


Таблица 2. Санкционирование судами меры пресечения в виде домашнего ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств о санкционировании домашнего ареста	Количество неудовлетворенных ходатайств о санкционировании домашнего ареста ¹⁹⁷
5 месяцев 2008 г.	30 (100%)	0
2009 г.	140 (99,3%)	1 (0,7%)
первое полугодие 2010 г.	96 (95%)	5 (5%)

Диаграмма 2.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста по возрастному признаку



¹⁹⁷ Все случаи отказа в удовлетворении ходатайств о санкционировании домашнего ареста допускались только в отношении обвиняемых лиц. В 1 случае было отказано в отношении женщины и в 5 случаях в отношении мужчин.

Диаграмма 2.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста по категориям тяжести преступлений¹⁹⁸

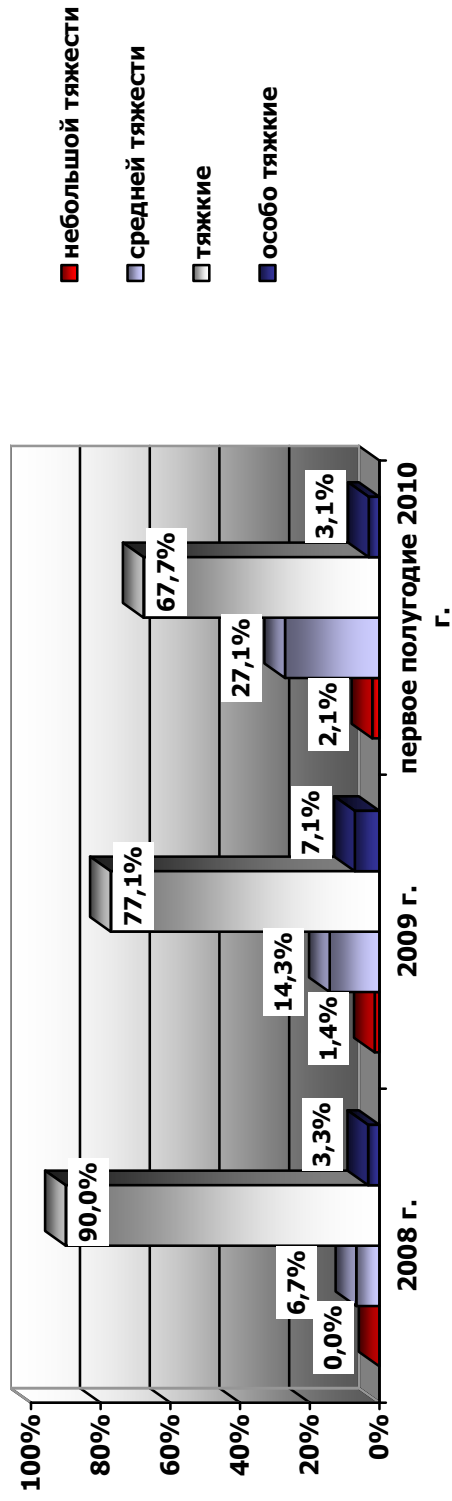


Таблица 3. Количество ходатайств о продлении срока домашнего ареста поддержанных прокуратурой

Год	Количество ходатайств о продлении срока домашнего ареста поддержанных прокуратурой ¹⁹⁹
5 месяцев 2008 г.	37
2009 г.	45
первое полугодие 2010 г.	30

¹⁹⁸ За весь период было отказано в удовлетворении ходатайства: 3 раза по преступлениям средней тяжести и 3 раза по тяжким преступлениям.

¹⁹⁹ Практически во всех случаях ходатайства были поддержаны в отношении обвиняемых, только в 2009 г. подобные ходатайства были поддержаны прокуратурой и удовлетворены судом в отношении подозреваемых лиц.

Диаграмма 3.1. Количество поддержанных прокураторой ходатайств о продлении срока домашнего ареста по категориям тяжести преступлений

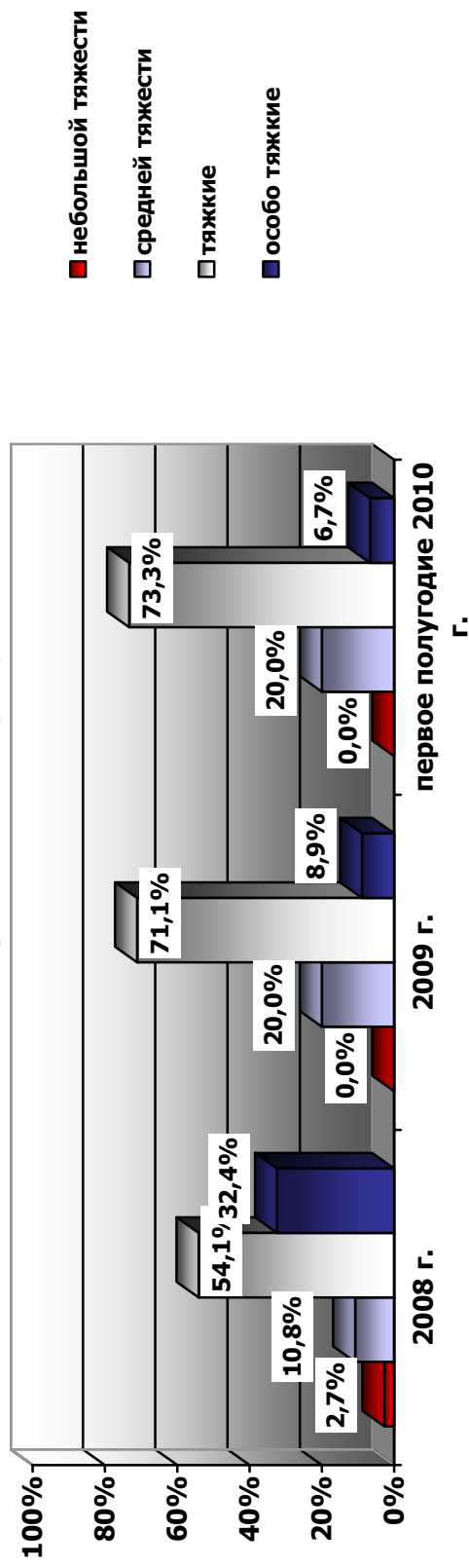


Таблица 4. Продление судами сроков домашнего ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств о продлении сроков домашнего ареста	Количество неудовлетворенных ходатайств о продлении сроков домашнего ареста
5 месяцев 2008 г.	36 (100%)	0
2009 г.	44 (97,8%)	1 (2,2%)
первое полугодие 2010 г.	29 (96,7%)	1 (3,3%)

Диаграмма 4.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока домашнего ареста по категориям тяжести преступлений

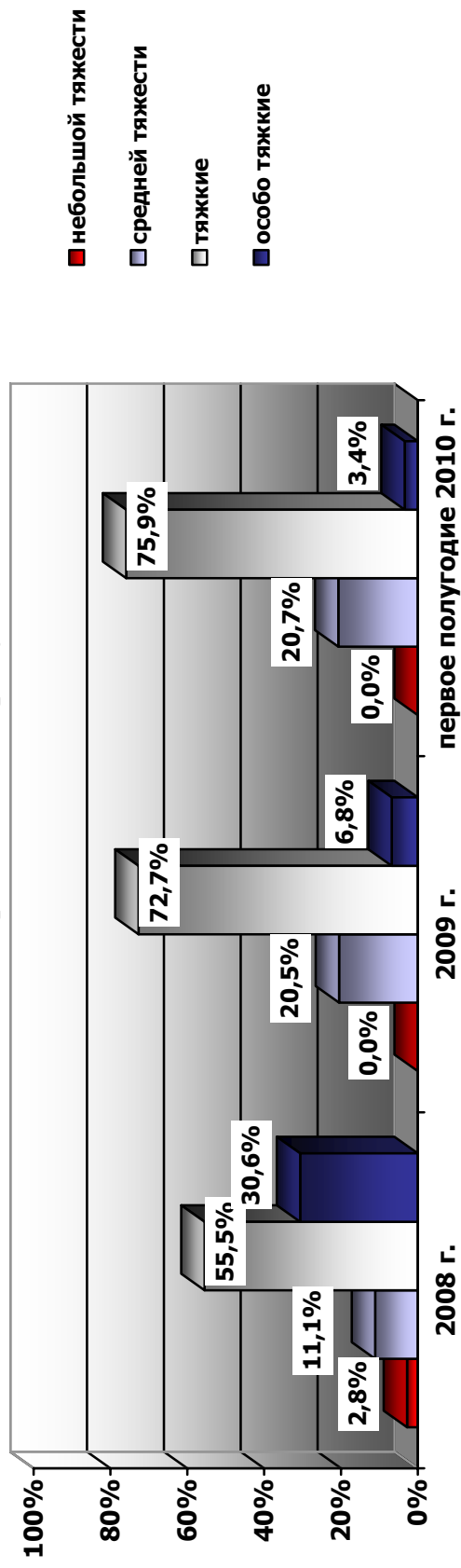


Таблица 5. Количество удовлетворенных судом ходатайств об отмене меры пресечения в виде домашнего ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств об отмене меры пресечения в виде домашнего ареста ²⁰⁰
5 месяцев 2008 г.	3
2009 г.	5
первое полугодие 2010 г.	5

²⁰⁰ Все ходатайства были удовлетворены в отношении обвиняемых лиц.

Диаграмма 5.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств об отмене меры пресечения в виде домашнего ареста по возрастному признаку

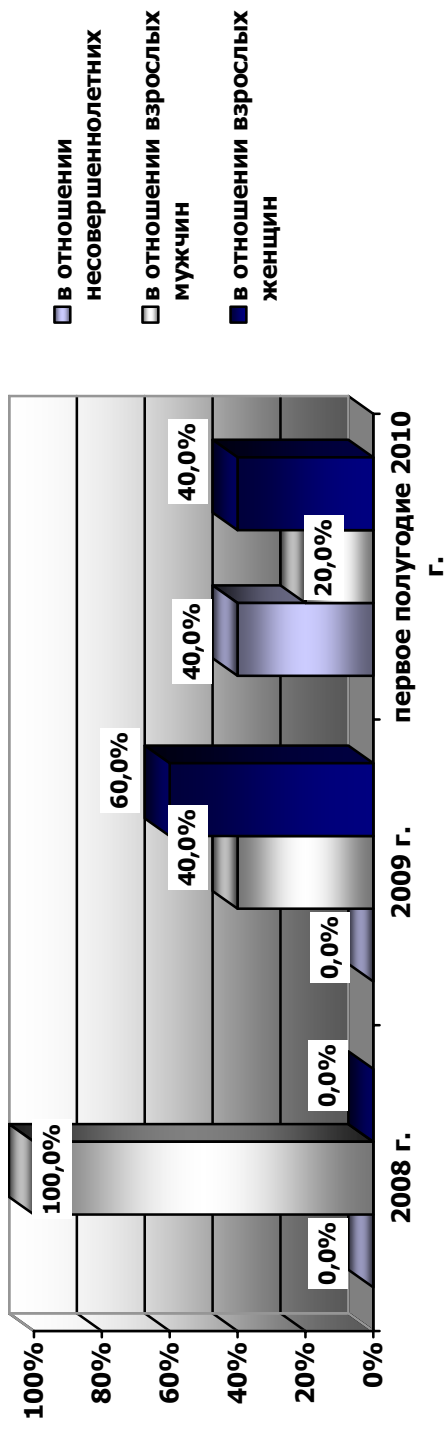


Диаграмма 5.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств об отмене меры пресечения в виде домашнего ареста по категориям тяжести преступлений

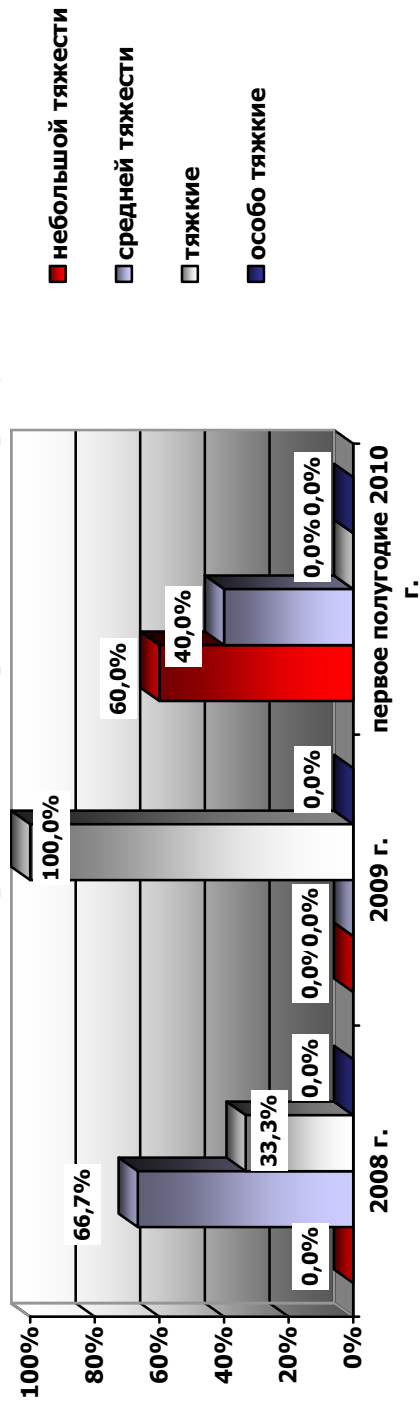
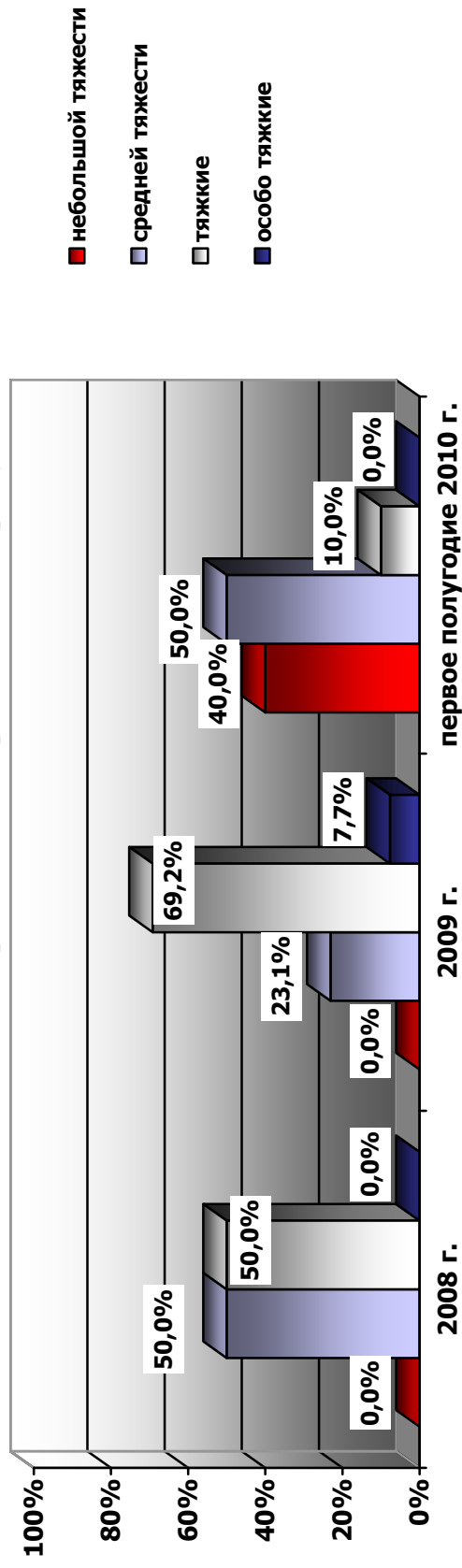


Таблица 6. Количество удовлетворенных судом ходатайств об изменении меры пресечения в виде домашнего ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств об изменении меры пресечения в виде домашнего ареста ²⁰¹
5 месяцев 2008 г.	2
2009 г.	13
первое полугодие 2010 г.	10

Диаграмма 6.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств об изменении меры пресечения в виде домашнего ареста по категориям тяжести преступлений



²⁰¹ Все ходатайства были удовлетворены в отношении обвиняемых лиц.

Сведения о санкционировании судами меры пресечения в виде ареста

Таблица 1. Количество ходатайств о санкционировании ареста подержанных прокуратурой

Год	Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой
5 месяцев 2008 г.	6 786
2009 г.	20 001
первое полугодие 2010 г.	8 555

Диаграмма 1.1. Количество ходатайств о санкционировании ареста подержанных прокуратурой по статусу задержанного лица

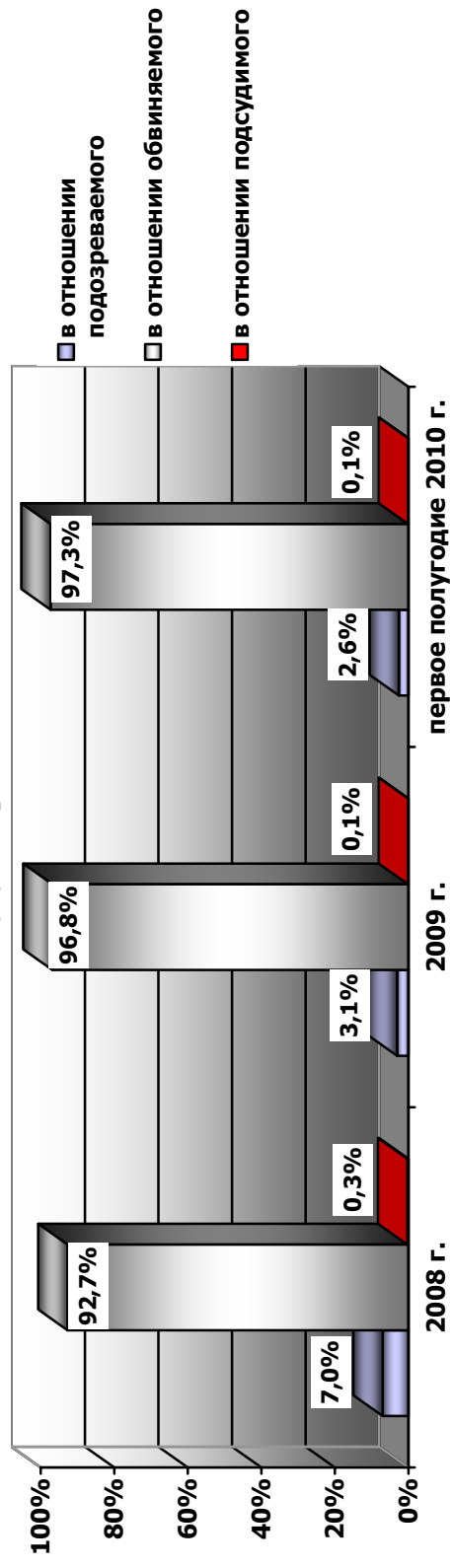


Диаграмма 1.2. Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой по возрастному признаку

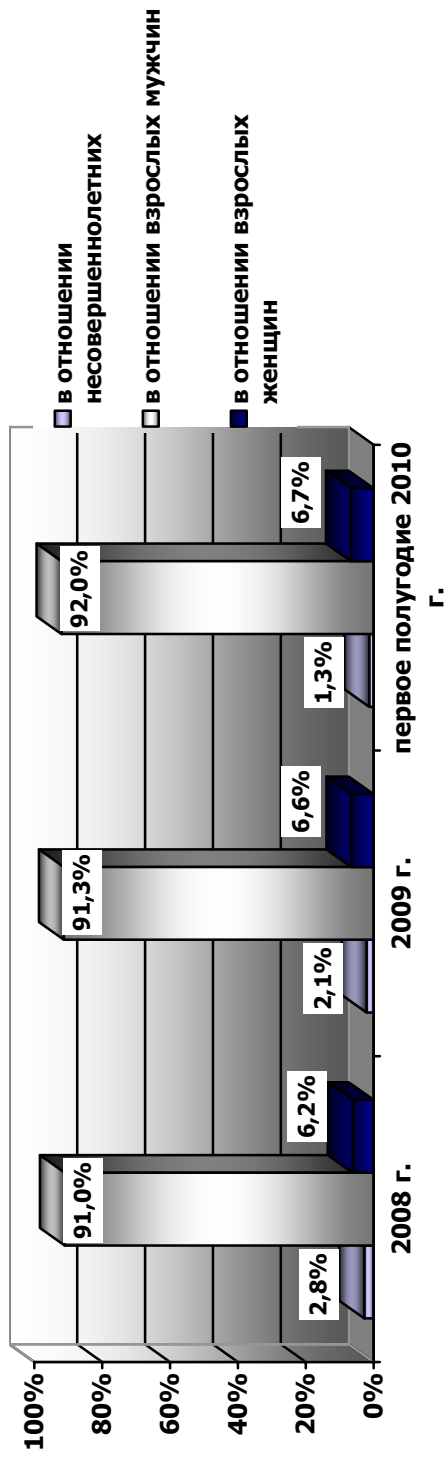


Диаграмма 1.3. Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой по категориям тяжести преступлений

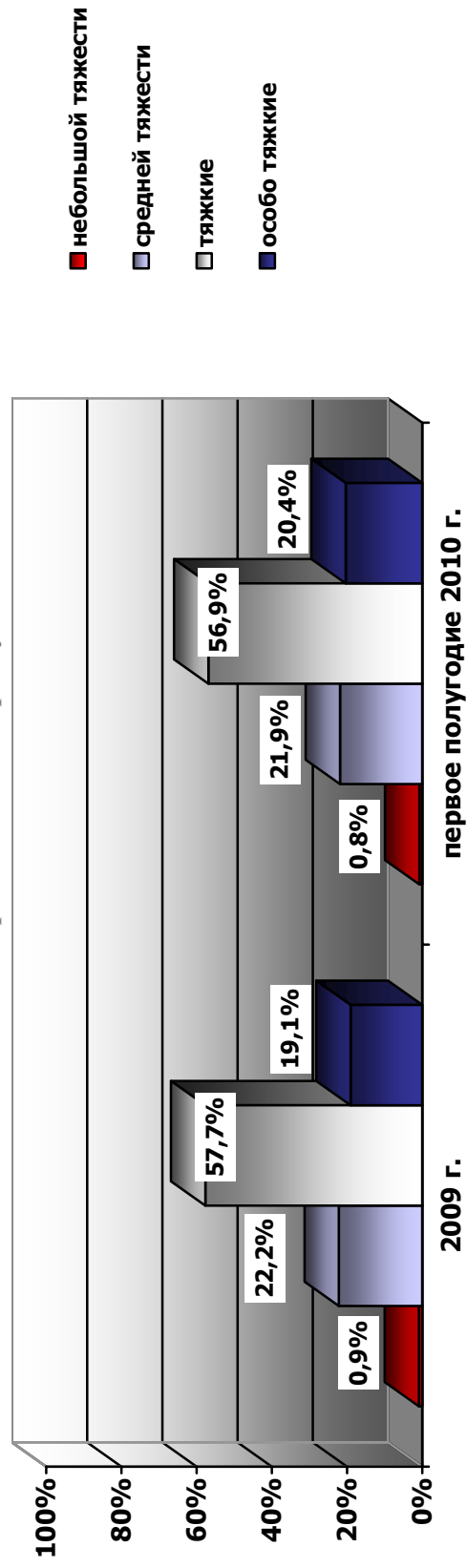


Таблица 2. Санкционирование судами меры пресечения в виде ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств о санкционировании ареста	Количество неудовлетворенных ходатайств о санкционировании ареста
5 месяцев 2008 г.	6 621 (97,9%)	140 (2,1%)
2009 г.	19 213 (96,5%)	701 (3,5%)
первое полугодие 2010 г.	8 167 (95,5%)	381 (4,5%)

Диаграмма 2.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по статусу задержанного лица

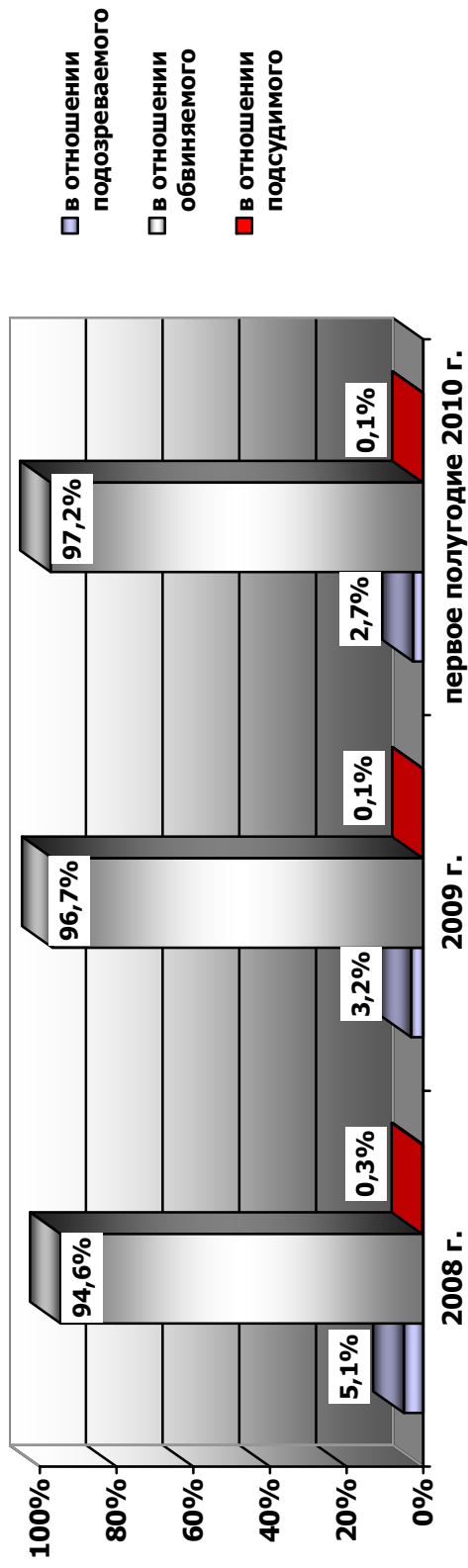


Диаграмма 2.2. Количество не удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по статусу задержанного лица

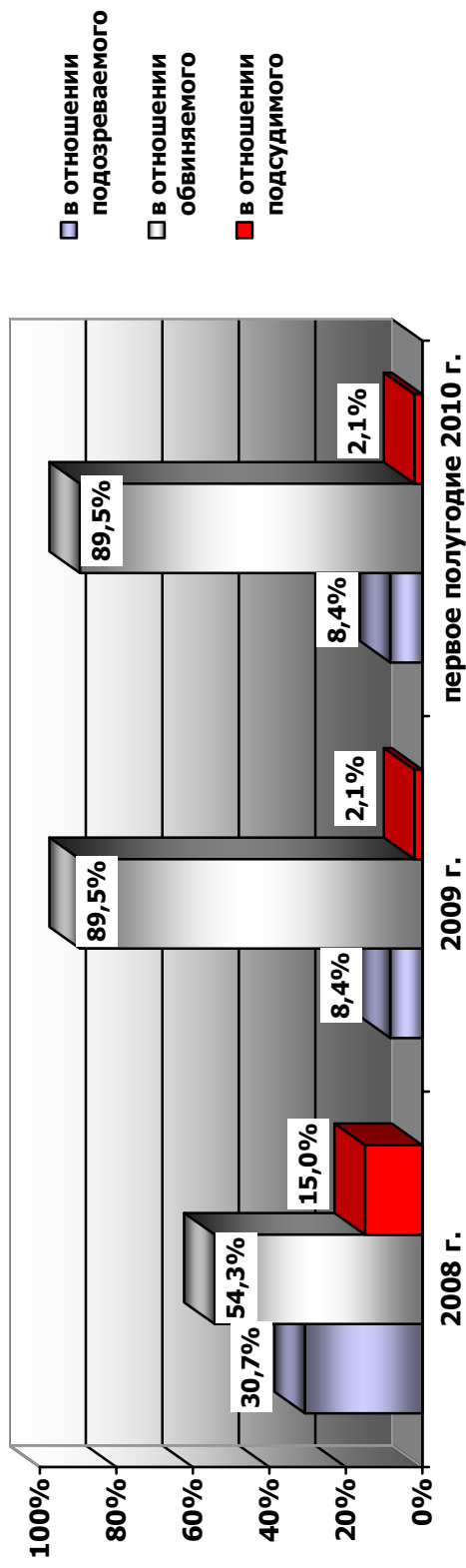


Диаграмма 2.3. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по возрастному признаку

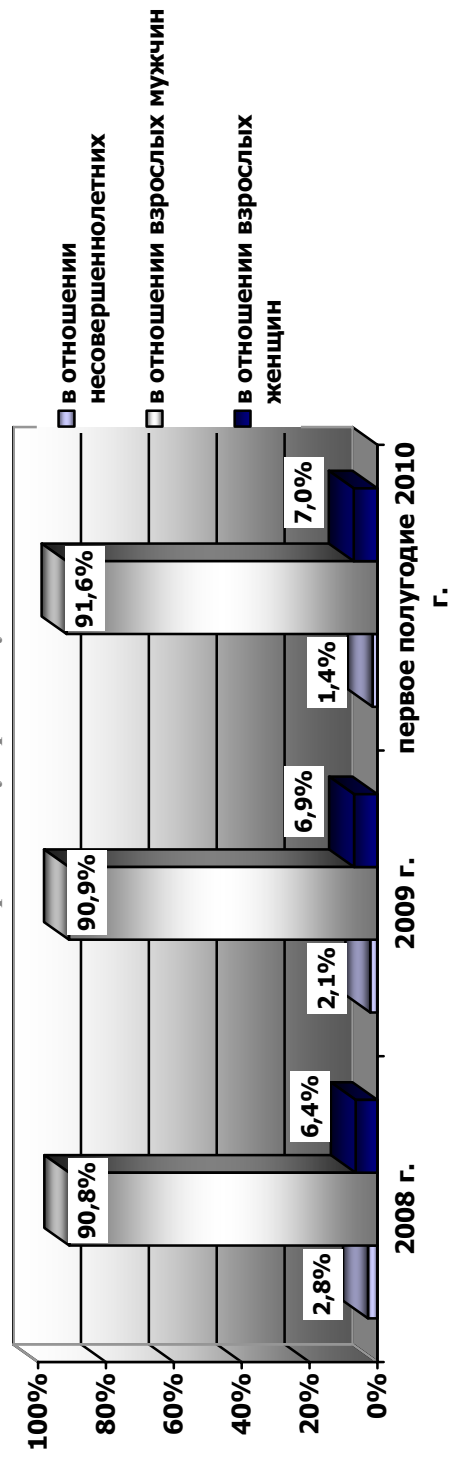


Диаграмма 2.4. Количество не удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по возрастному признаку

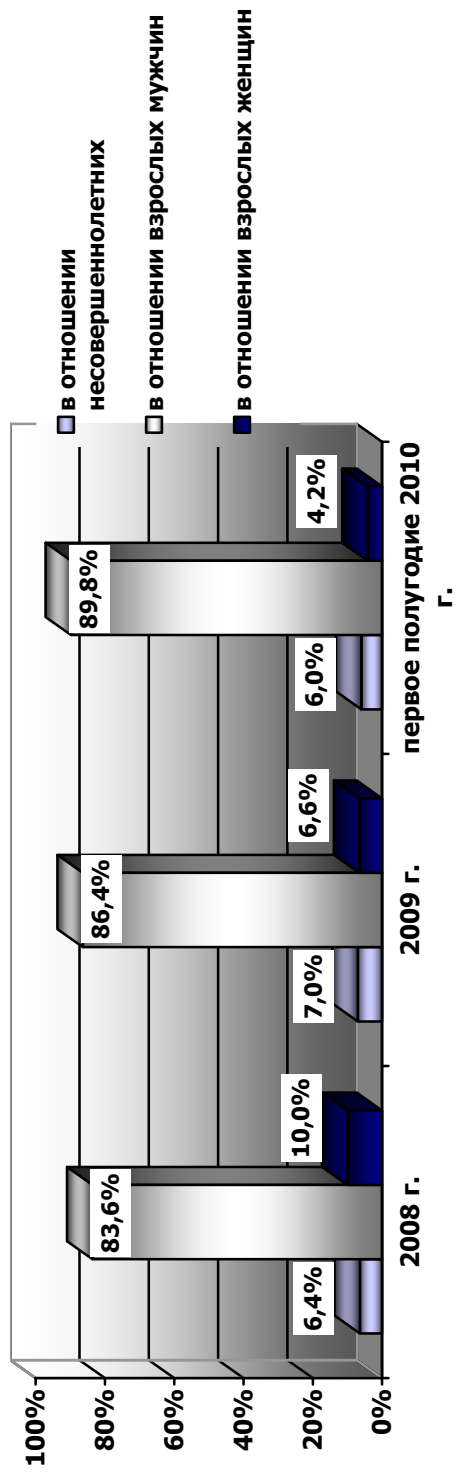


Диаграмма 2.5. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по категориям тяжести преступлений

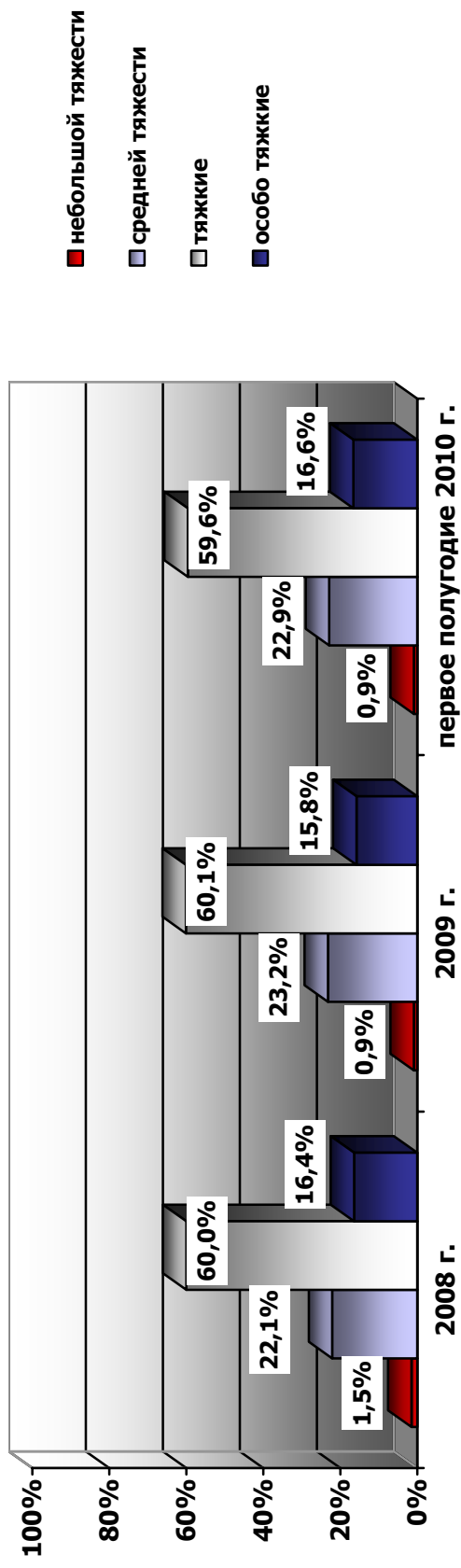


Диаграмма 2.6. Количество не удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по категориям тяжести преступлений

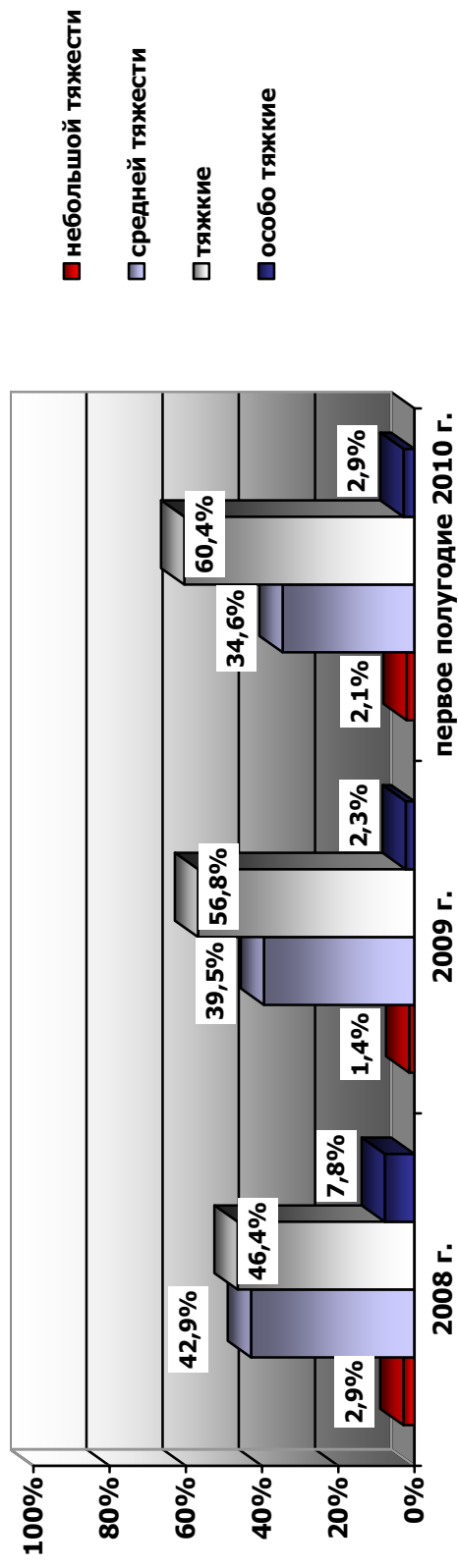


Таблица 3. Количество ходатайств о продлении срока ареста поддержанных прокуратурой

Год	Количество поддержанных прокуратурой ходатайств о продлении срока ареста
5 месяцев 2008 г.	1196
2009 г.	4025
первое полугодие 2010 г.	1749

Диаграмма 3.1. Количество поддержанных прокуратурой ходатайств о продлении срока ареста по статусу задержанного лица

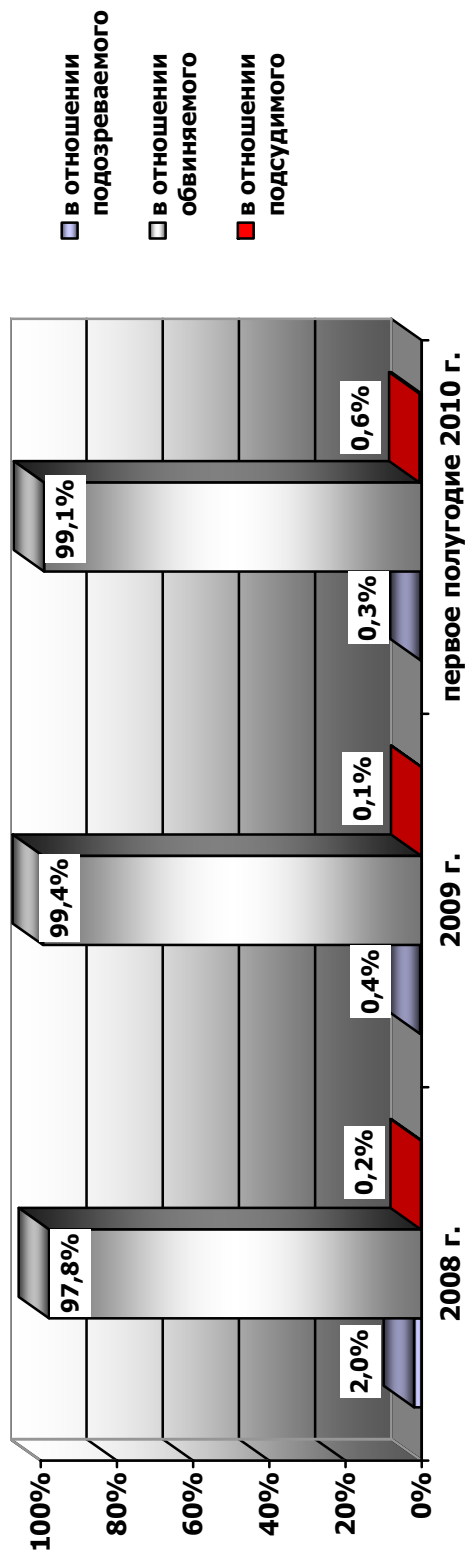


Диаграмма 3.2. Количество поддержанных прокуратурой ходатайств о продлении срока ареста по возрастному признаку

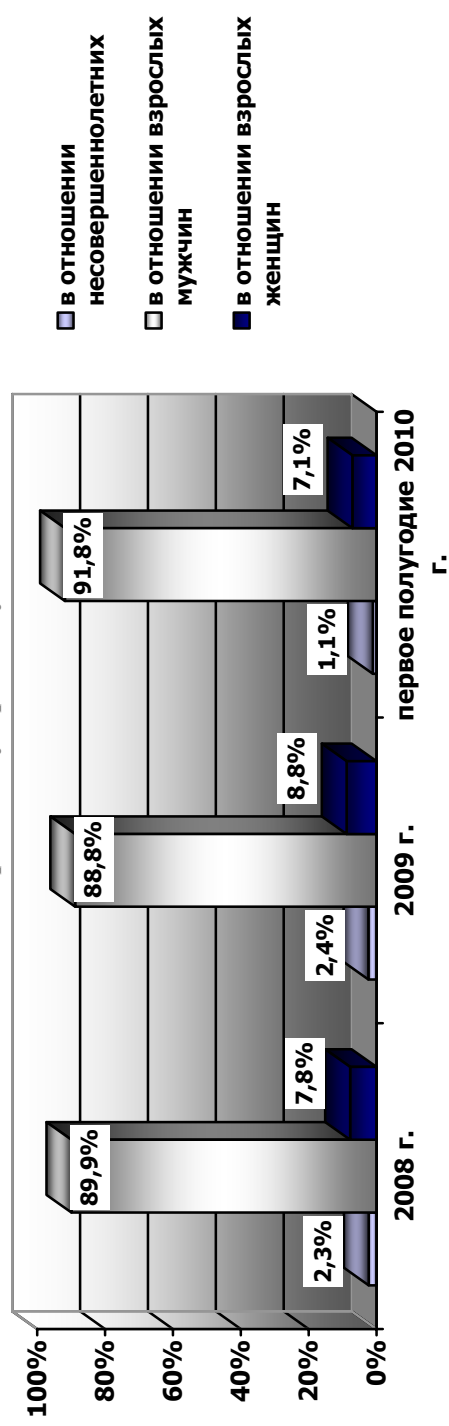


Диаграмма 3.3. Количество поддержанных прокуратурой ходатайств о продлении срока ареста по категориям тяжести преступлений

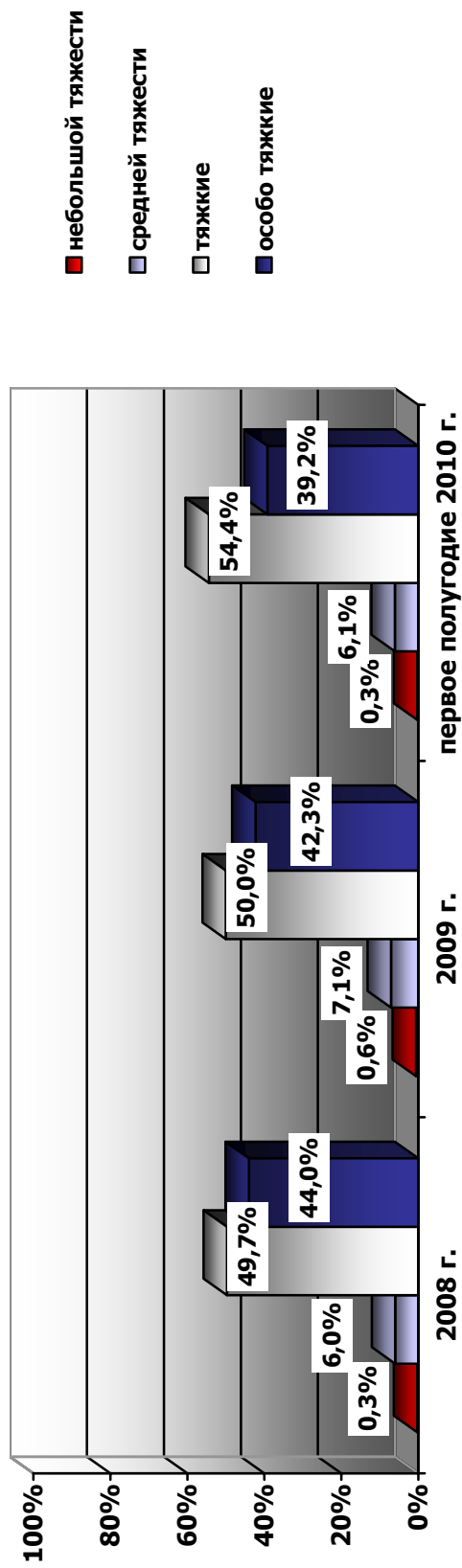


Таблица 4. Продление судами сроков ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств о продлении сроков домашнего ареста	Количество неудовлетворенных ходатайств о продлении сроков домашнего ареста ²⁰²
5 месяцев 2008 г.	1 180 (99,2%)	10 (0,8%)
2009 г.	3 962 (99,1%)	35 (0,9%)
первое полугодие 2010 г.	1 731 (99,1%)	15 (0,9%)

²⁰² Во всех без исключения случаях судами было отказано в удовлетворении ходатайств о продлении сроков ареста в отношении обвиняемых.

Диаграмма 4.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока ареста по статусу задержанного лица

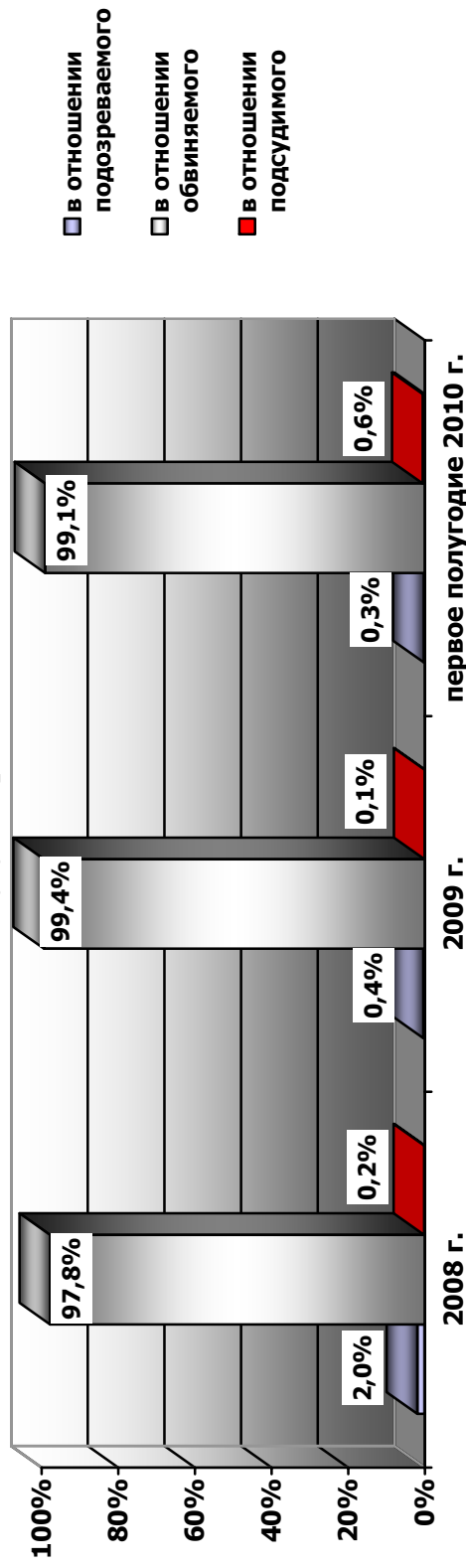


Диаграмма 4.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока ареста по возрастному признаку

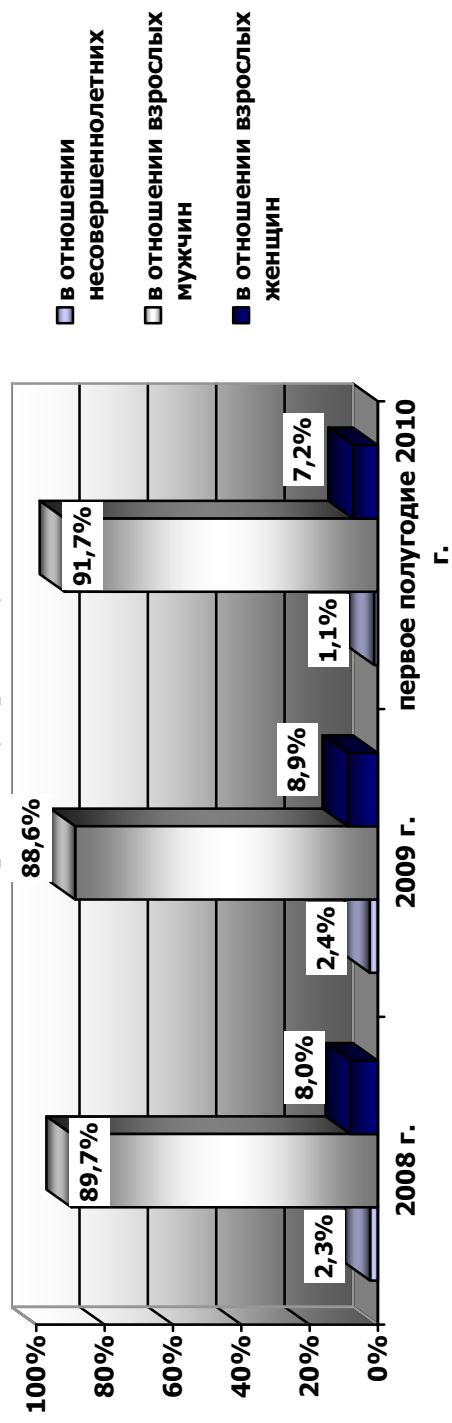


Диаграмма 4.3. Количество не удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока ареста по возрастному признаку

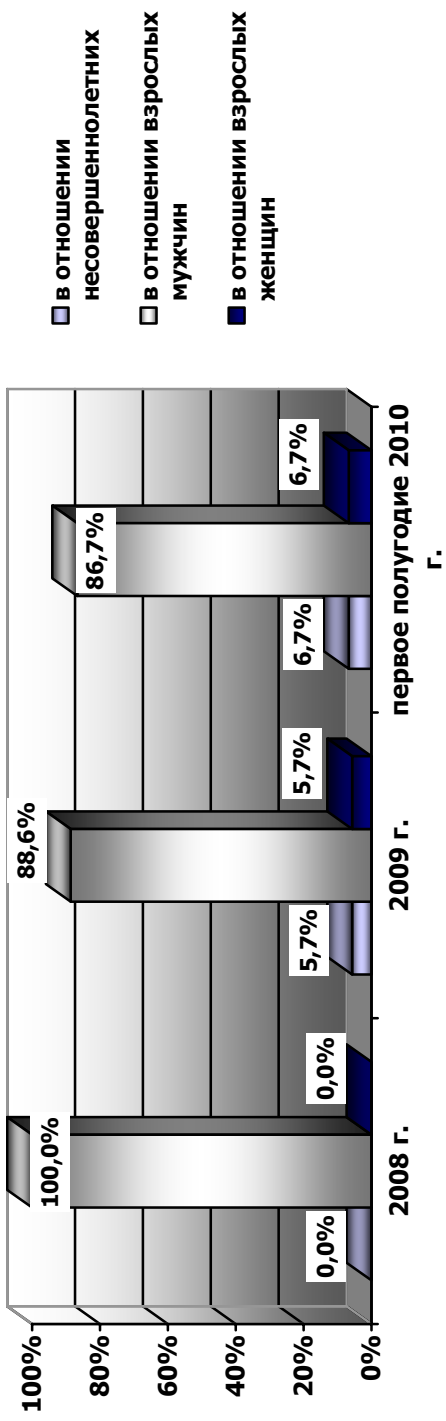


Диаграмма 4.4. Количество удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока ареста по категориям тяжести преступлений

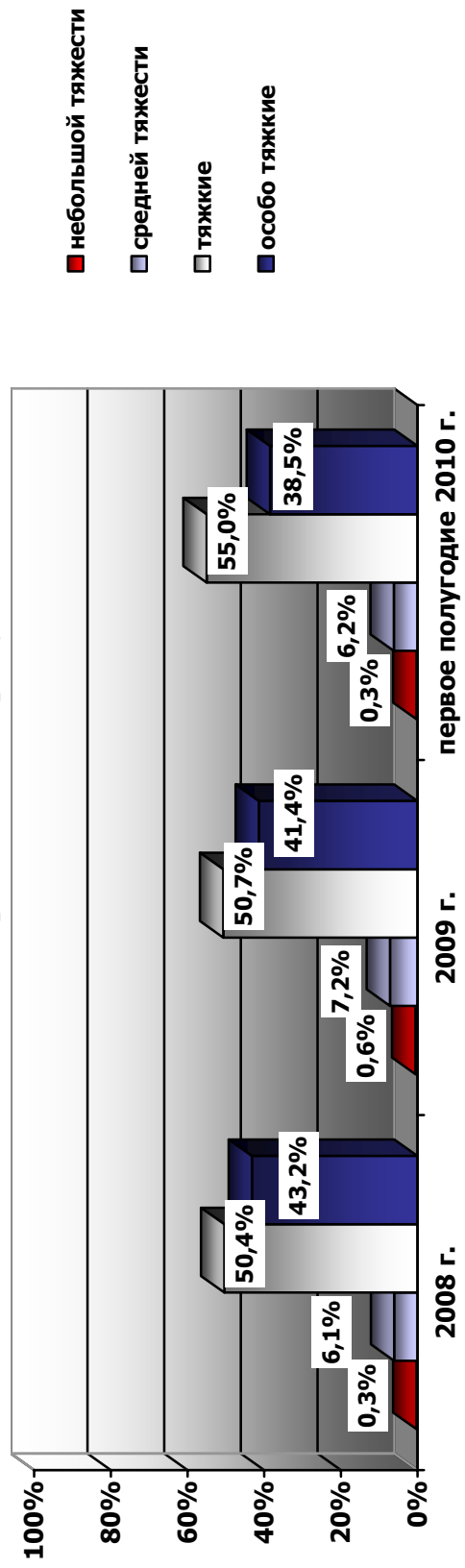


Диаграмма 4.5. Количество не удовлетворенных судами ходатайств о продлении срока ареста по категориям тяжести преступлений

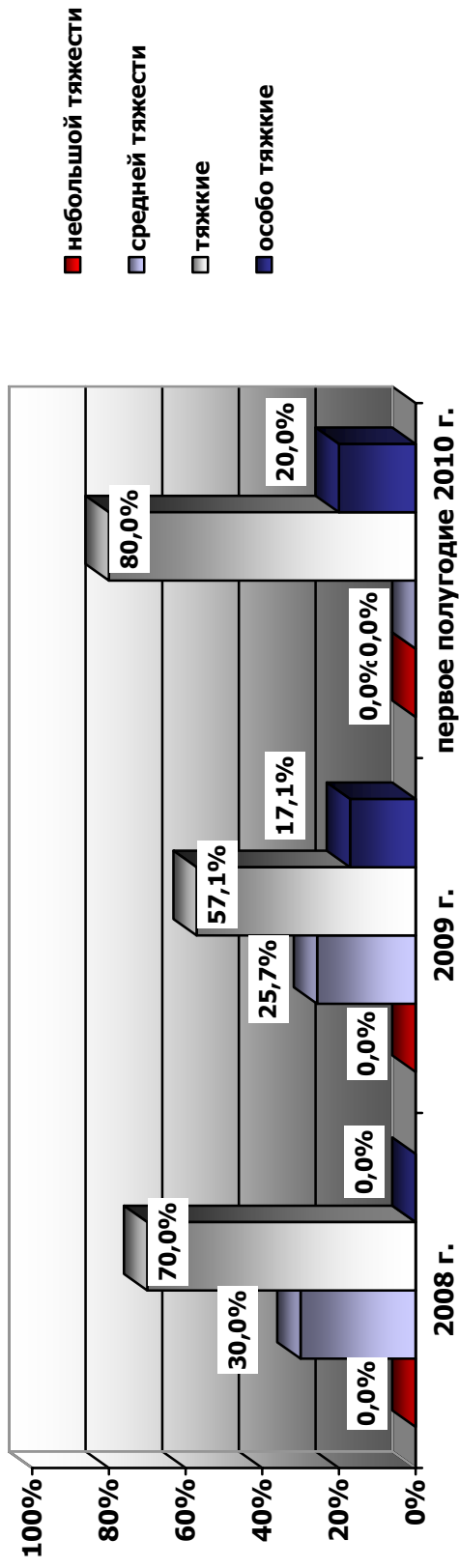


Таблица 5. Количество удовлетворенных судом ходатайств об отмене меры пресечения в виде ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств об отмене меры пресечения в виде ареста
5 месяцев 2008 г.	20
2009 г.	84
первое полугодие 2010 г.	52

Диаграмма 5.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств об отмене меры пресечения в виде ареста по статусу задержанного лица

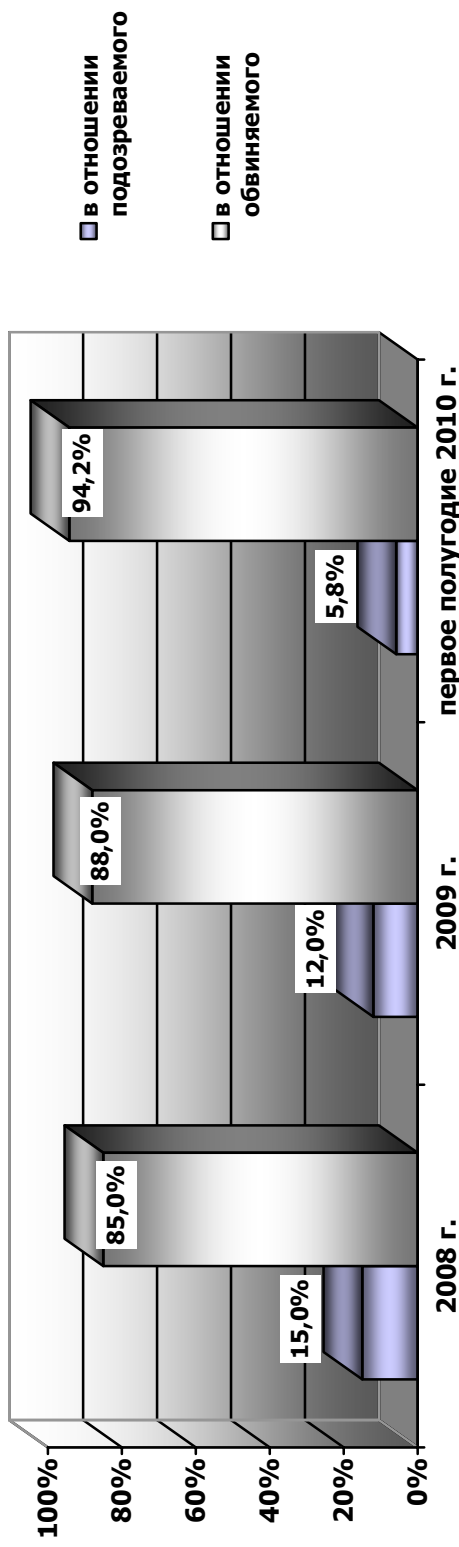


Диаграмма 5.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств об отмене меры пресечения в виде ареста по возрастному признаку

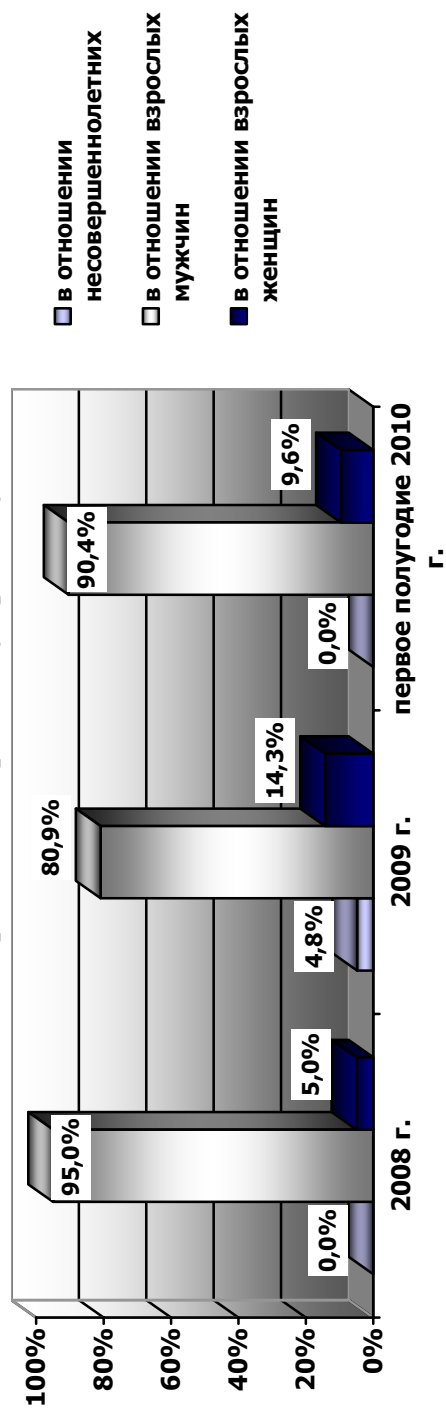


Диаграмма 5.3. Количество удовлетворенных судами ходатайств об отмене меры пресечения в виде ареста по категориям тяжести преступлений

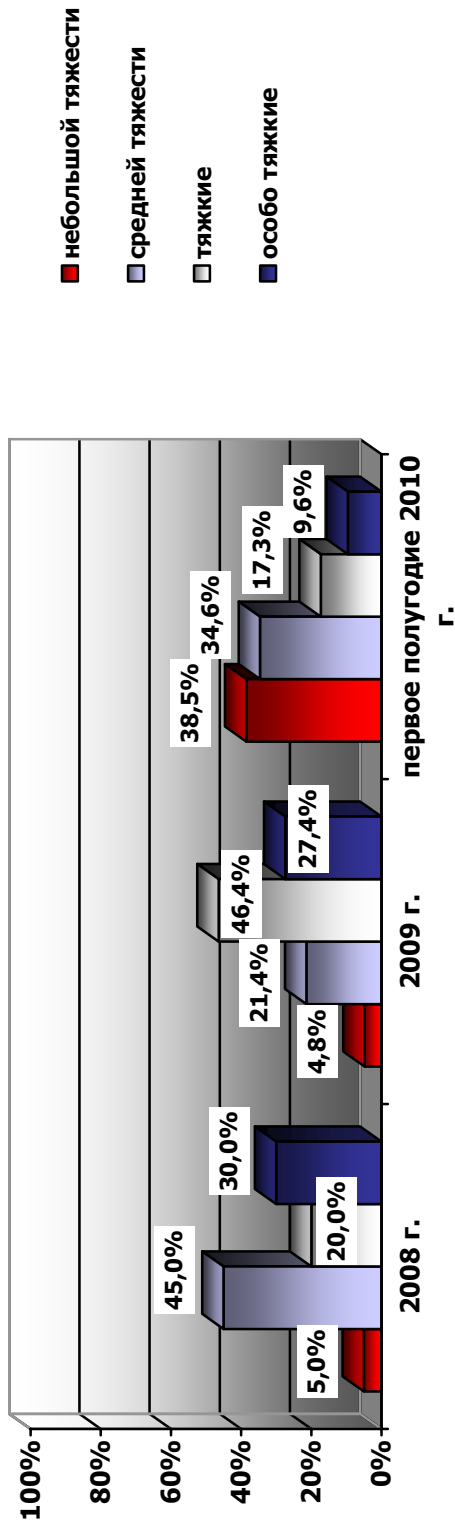


Таблица 6. Количество удовлетворенных судом ходатайств об изменении меры пресечения в виде ареста

Год	Количество удовлетворенных ходатайств об изменении меры пресечения в виде ареста
5 месяцев 2008 г.	95
2009 г.	345
первое полугодие 2010 г.	132

Диаграмма 6.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств об изменении меры пресечения в виде ареста по статусу задержанного лица

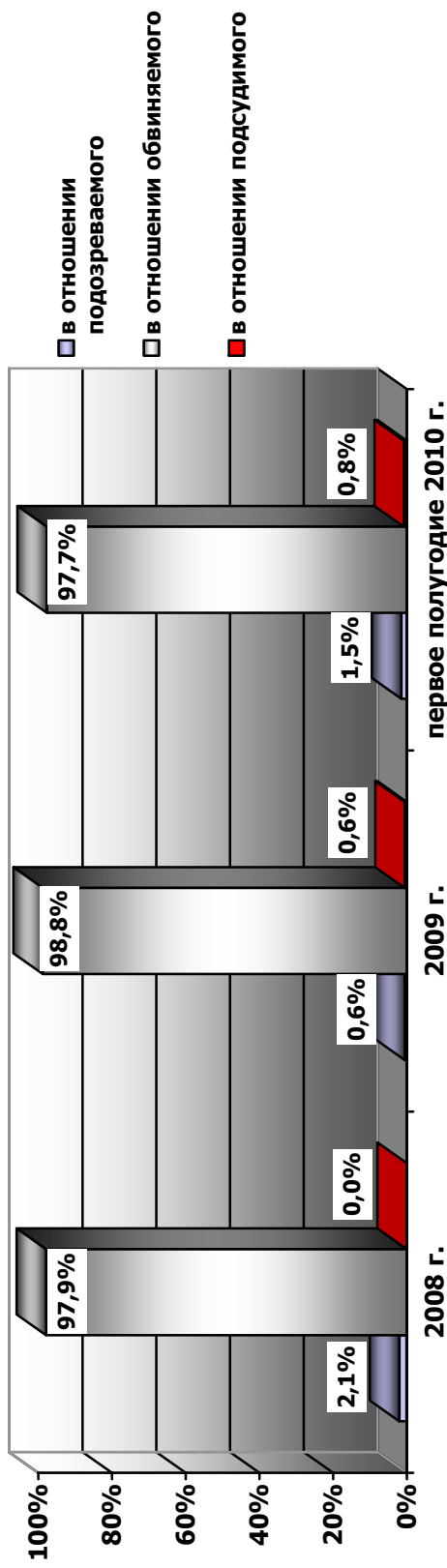


Диаграмма 6.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств об изменении меры пресечения в виде ареста по возрастному признаку

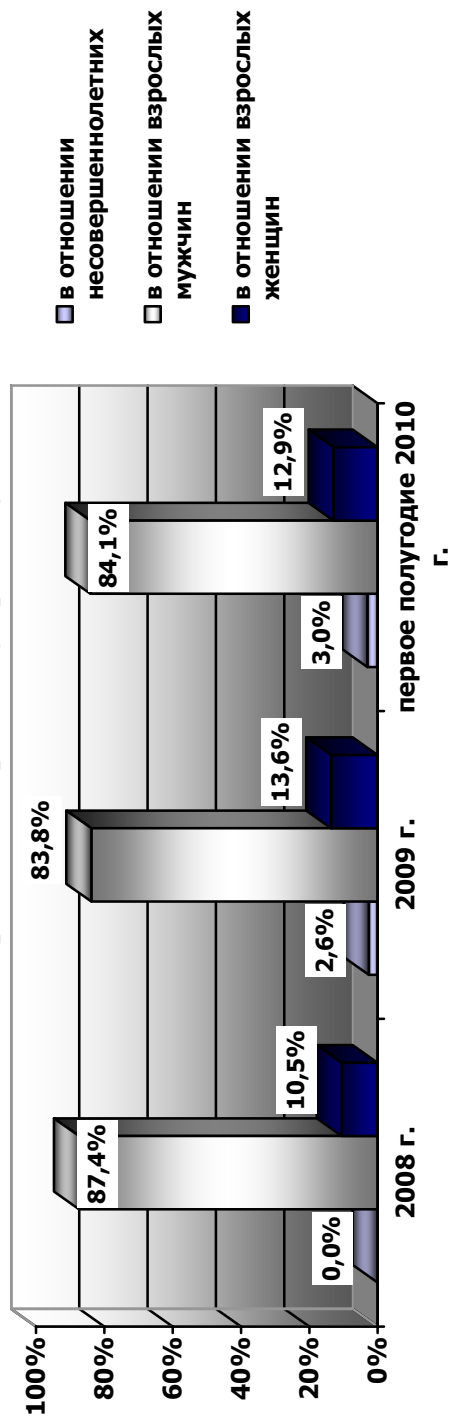
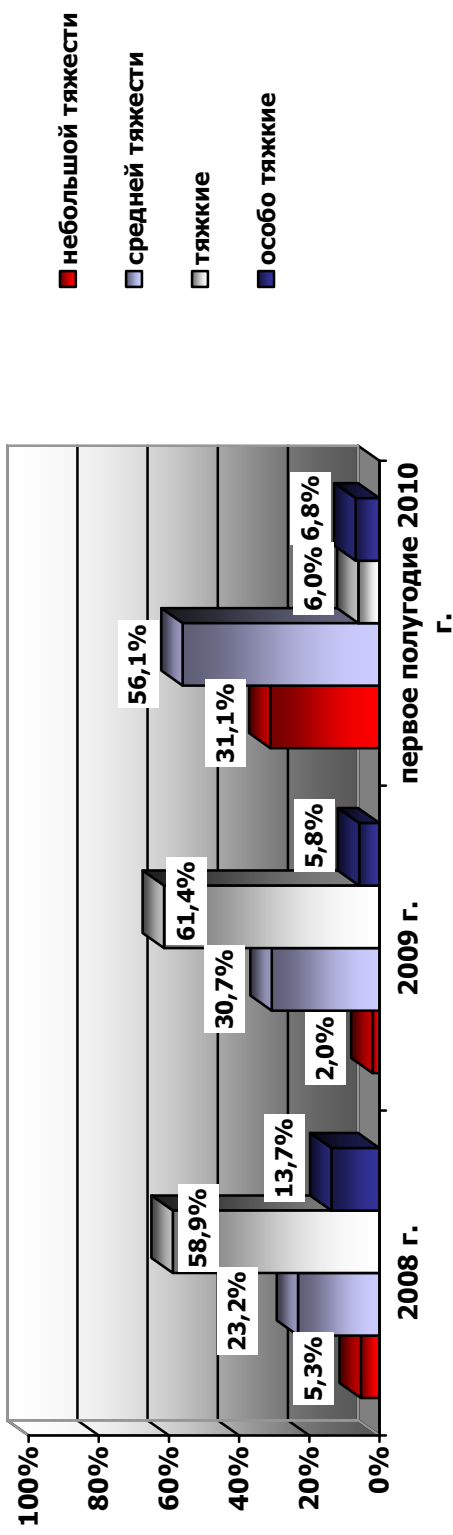


Диаграмма 6.3. Количество удовлетворенных судами ходатайств об изменении меры пресечения в виде ареста по категориям тяжести преступлений



■ **Сведения Комитета по правовой статистике
и специальным учетам Генеральной прокуратуры
Республики Казахстан по вопросам
применения мер пресечения
2005 - 2010 г.г.**

Сведения о санкционировании меры пресечения в виде домашнего ареста

Таблица 1. Количество санкций на домашний арест

Дано прокурором санкций на домашний арест	Санкционировано судом домашних арестов		
	2006 г.	2007 г.	5 месяцев 2008 г.
2005 г. 207	219	213	23
			первое полугодие 2010 г. 111

Диаграмма 1.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста по статусу задержанного лица

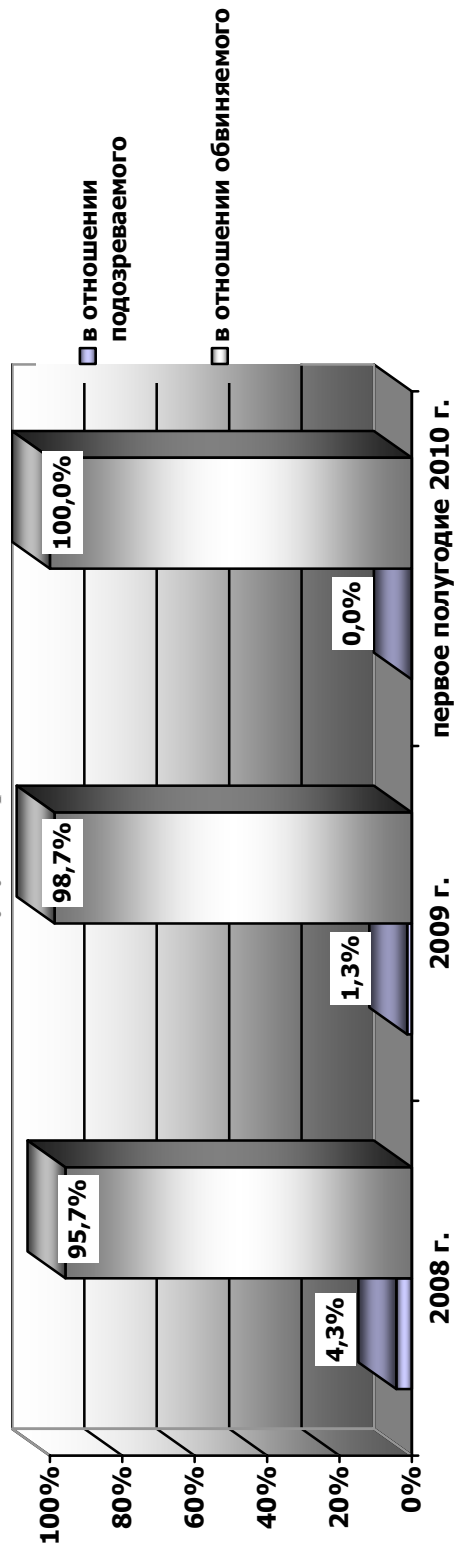


Таблица 2. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой

Год	Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой
5 месяцев 2008 г.	15
2009 г.	115
первое полугодие 2010 г.	65

Диаграмма 2.1. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста подержанных прокуратурой по возрастному признаку

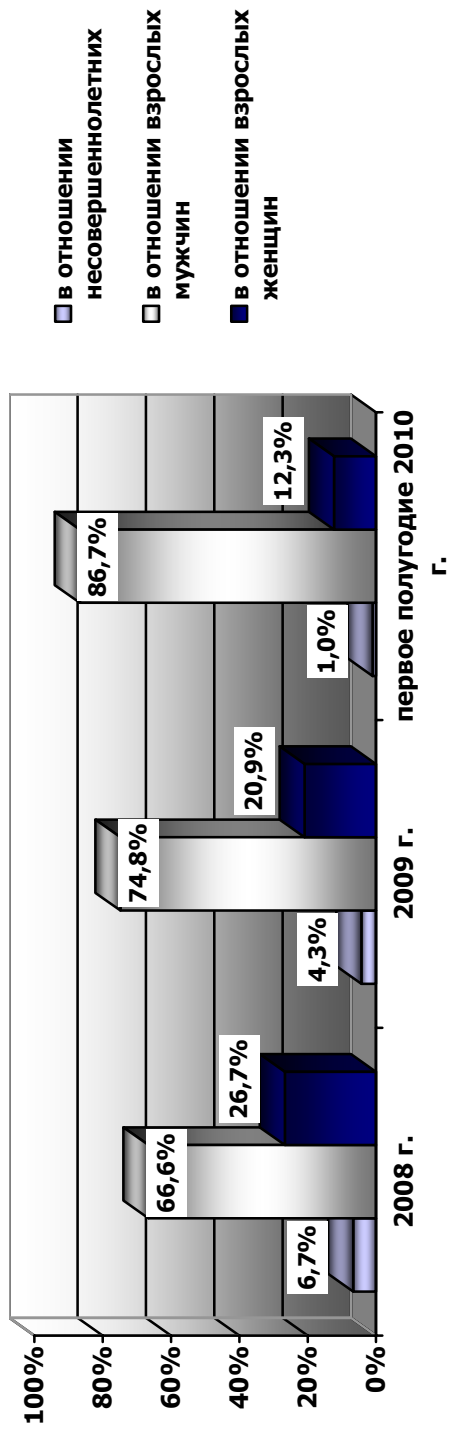


Диаграмма 2.2. Количество ходатайств о санкционировании домашнего ареста поддержанных прокуратурой по подсудственности

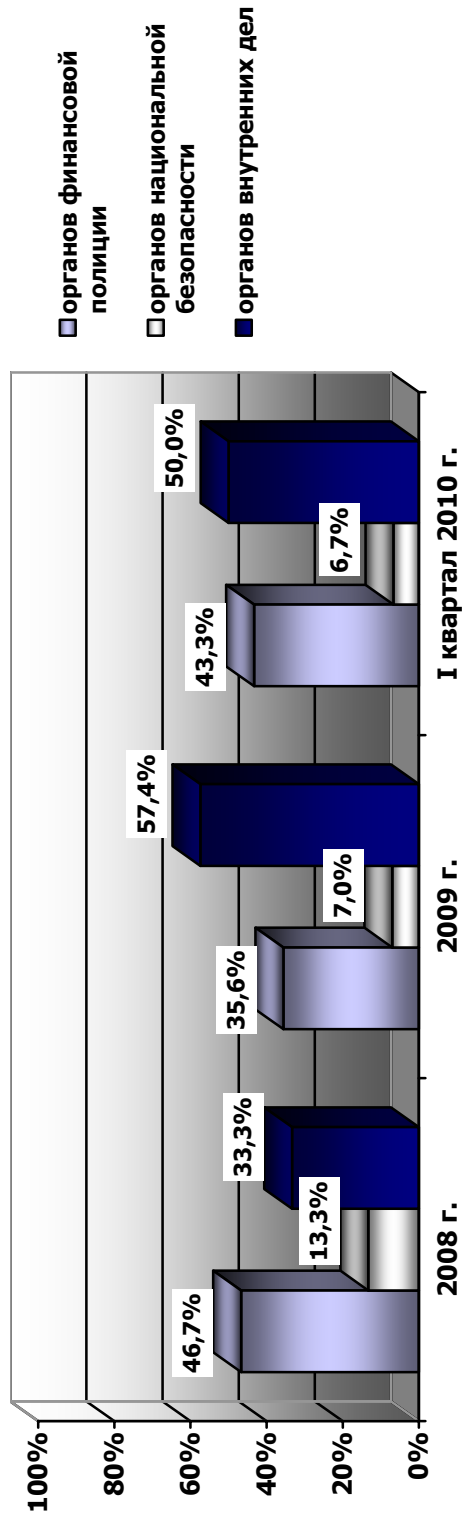


Таблица 3. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста заявленных прокурорами в порядке ч. 10 ст. 150 УПК РК

Год	Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста заявленных прокурорами в порядке ч. 10 ст. 150 УПК РК
5 месяцев 2008 г.	8
2009 г.	37
первое полугодие 2010 г.	46

Диаграмма 3.1. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании домашнего ареста заявленных прокурорами в порядке ч. 10 ст. 150 УПК РК

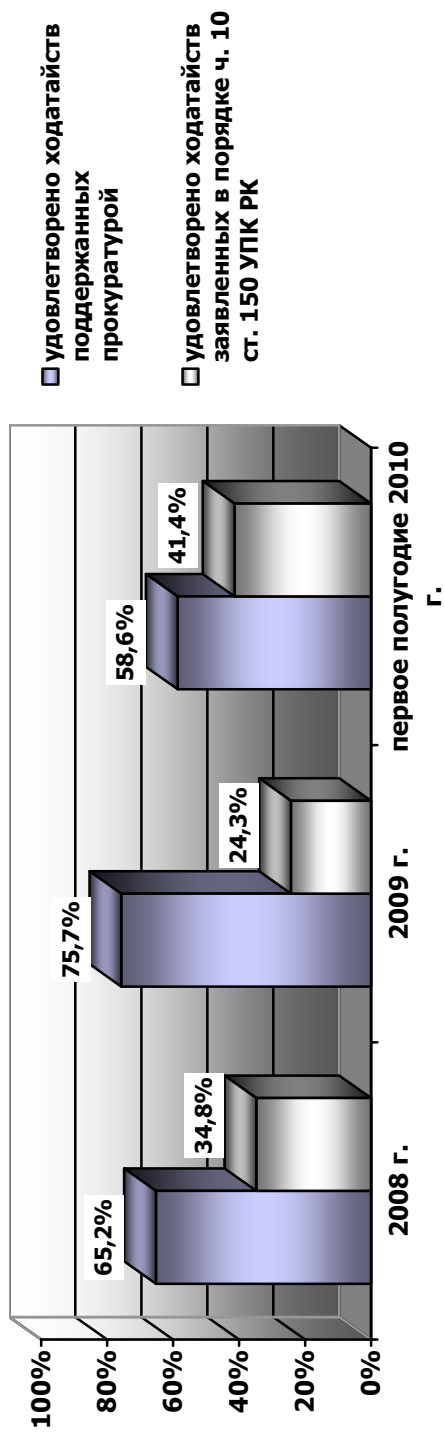


Таблица 4. Количество ходатайств об удовлетворении продления срока домашнего ареста рассмотренных судами

Год	Количество ходатайств о продлении срока домашнего ареста удовлетворенных судами	Количество ходатайств о продлении срока домашнего ареста не удовлетворенных судами
5 месяцев 2008 г.	28	0
2009 г.	38	1
I квартал 2010 г.	7	1

Сведения о санкционировании меры пресечения в виде ареста

Таблица 1. Количество санкций на арест

Дано прокурором санкций на арест		Санкционировано судом арестов				
		2006 г.	2007 г.	5 месяцев 2008 г.	2009 г.	первое полугодие 2010 г.
2005 г.	21 618	21 277	20 027	5 970	19 510	7 789

Диаграмма 1.1. Количество санкций на арест выданных прокурорами по статусу задержанного лица

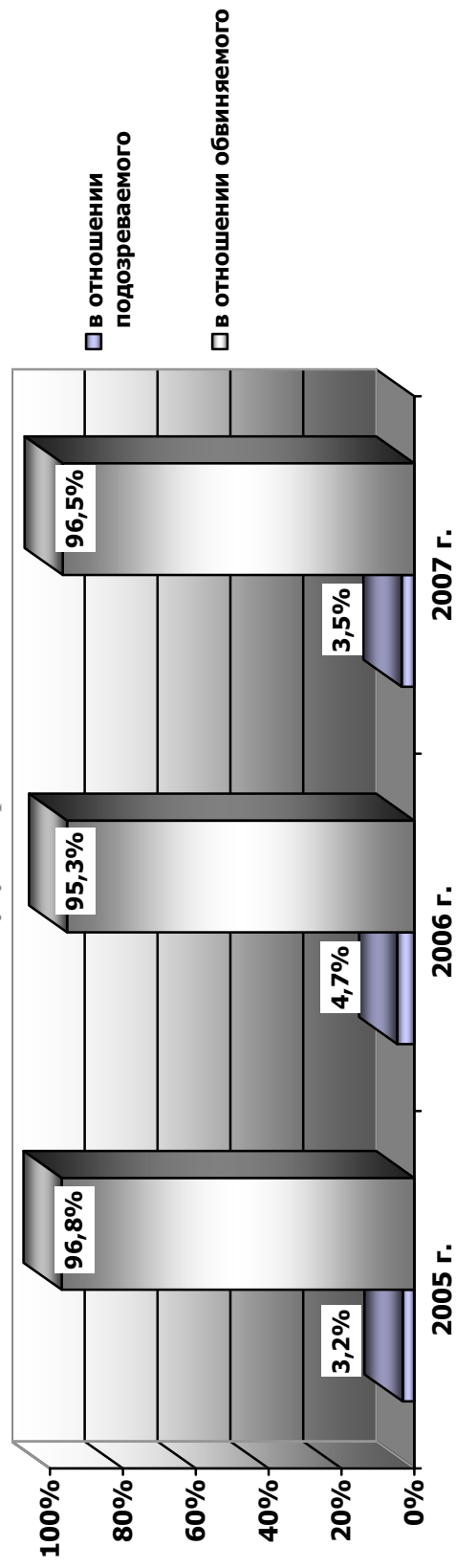


Диаграмма 1.2. Количество удовлетворенных судами ходатайств о санкционировании ареста по статусу задержанного лица

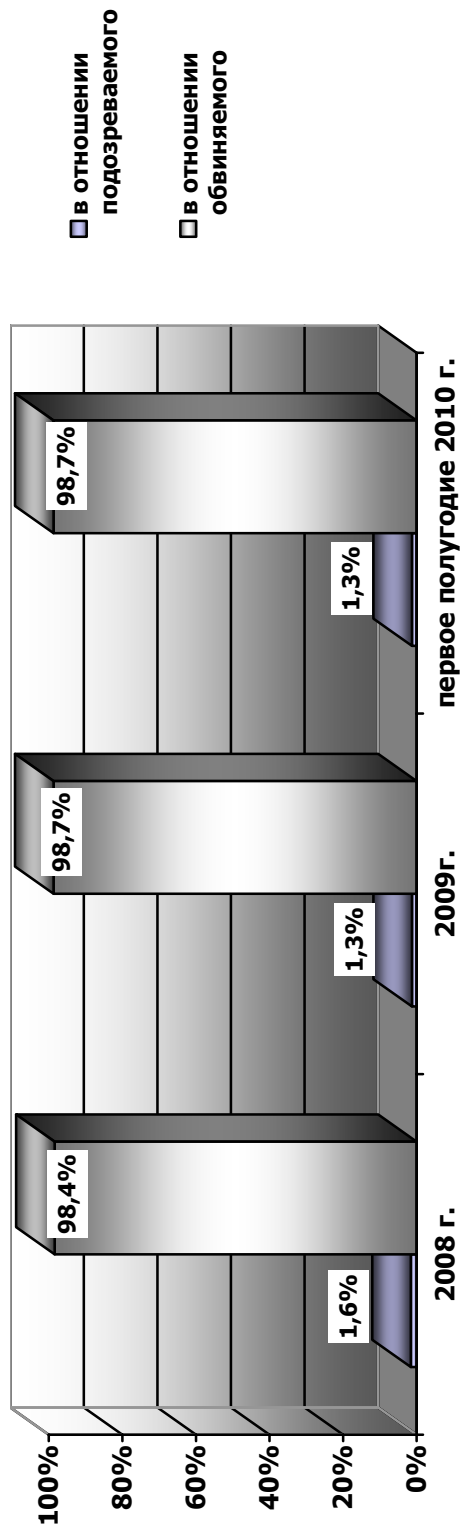


Таблица 2. Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой

Год	Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой
5 месяцев 2008 г.	5 945
2009 г.	19 946
первое полугодие 2010 г.	8 141

Диаграмма 2.1. Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой по статусу задержанного лица

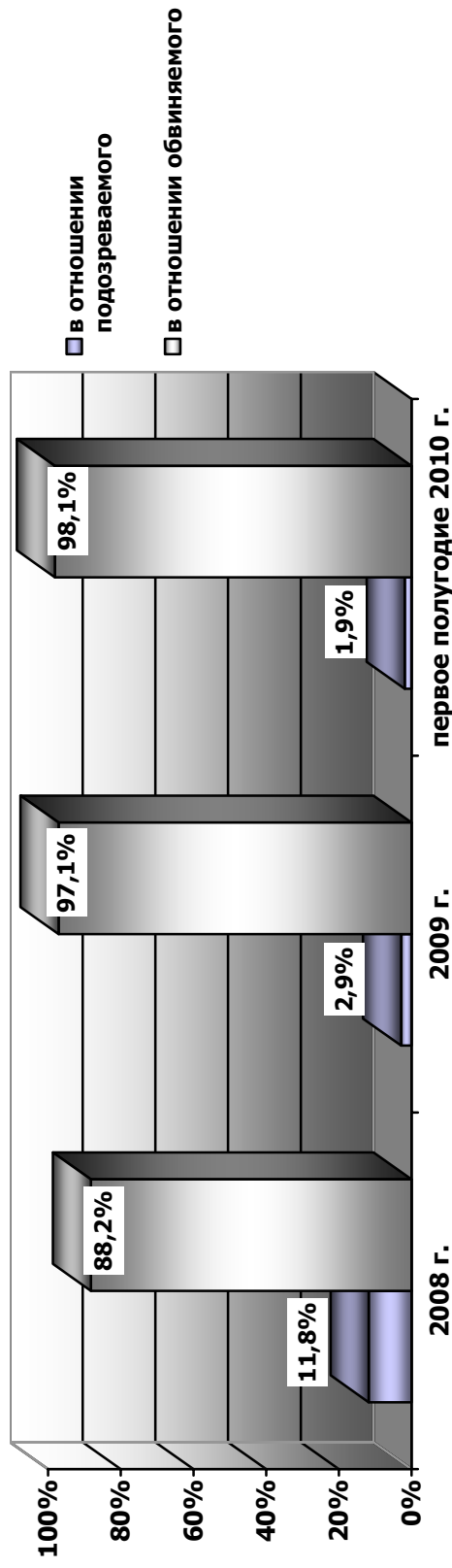


Диаграмма 2.2. Количество ходатайств о санкционировании ареста поддержанных прокуратурой по подследственности

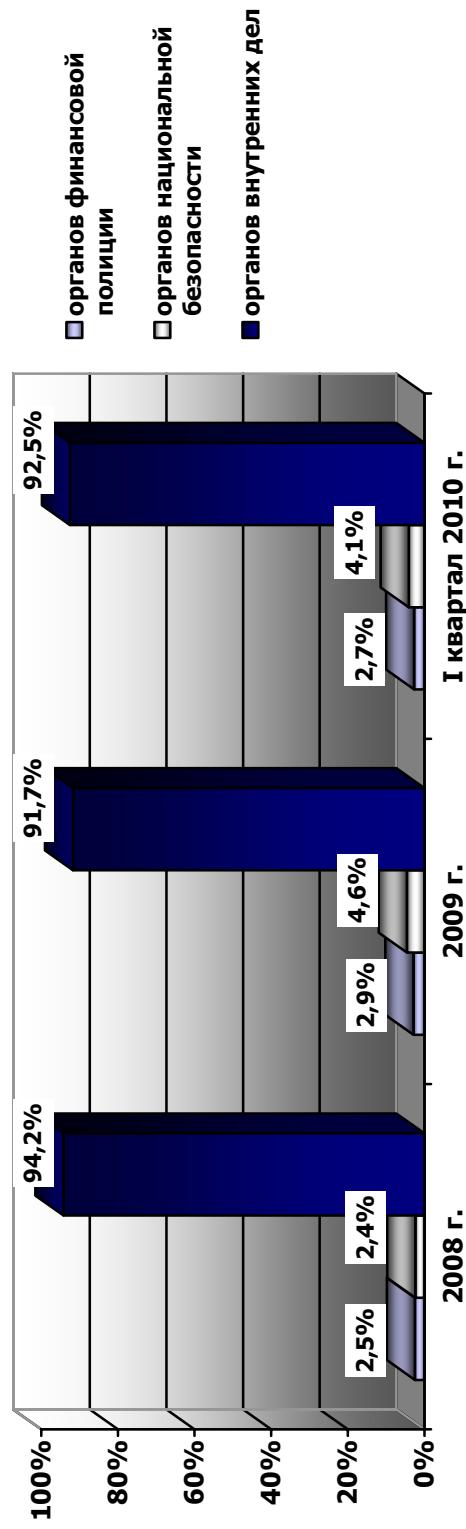


Таблица 3. Количество ходатайств о санкционировании ареста не подержанных прокуратурой

Год	Количество ходатайств о санкционировании ареста не подержанных прокуратурой
5 месяцев 2008 г.	238
2009 г.	1 278
первое полугодие 2010 г.	620

Диаграмма 3.1. Количество ходатайств о санкционировании ареста не подержанных прокуратурой

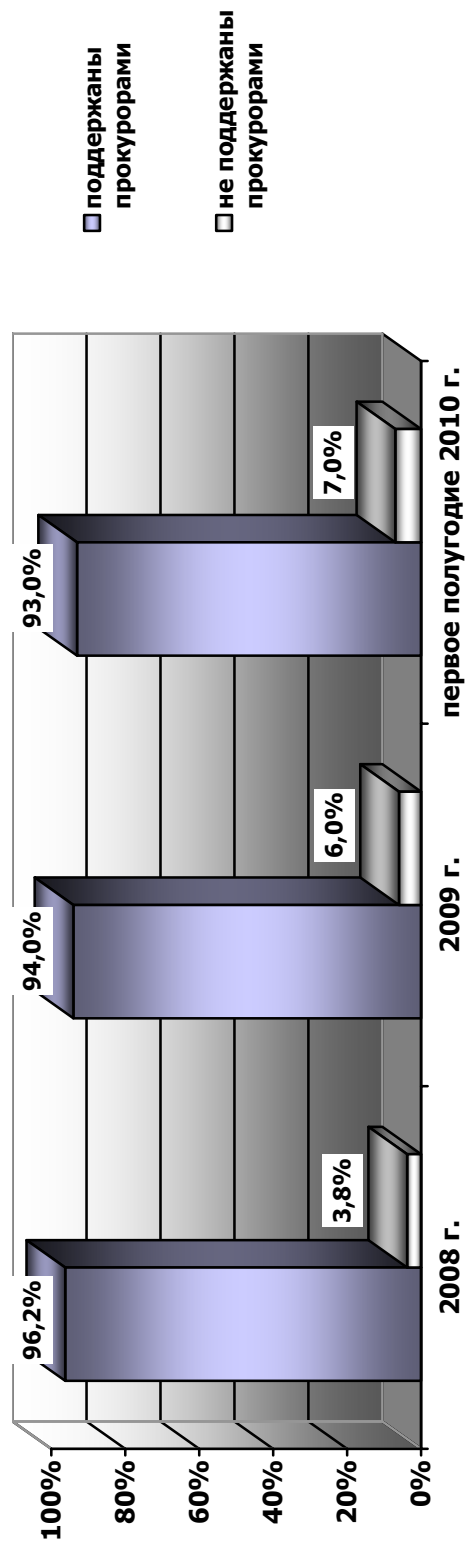


Диаграмма 3.2. Количество ходатайств о санкционировании ареста не поддержанных прокуратурой по возрастному признаку

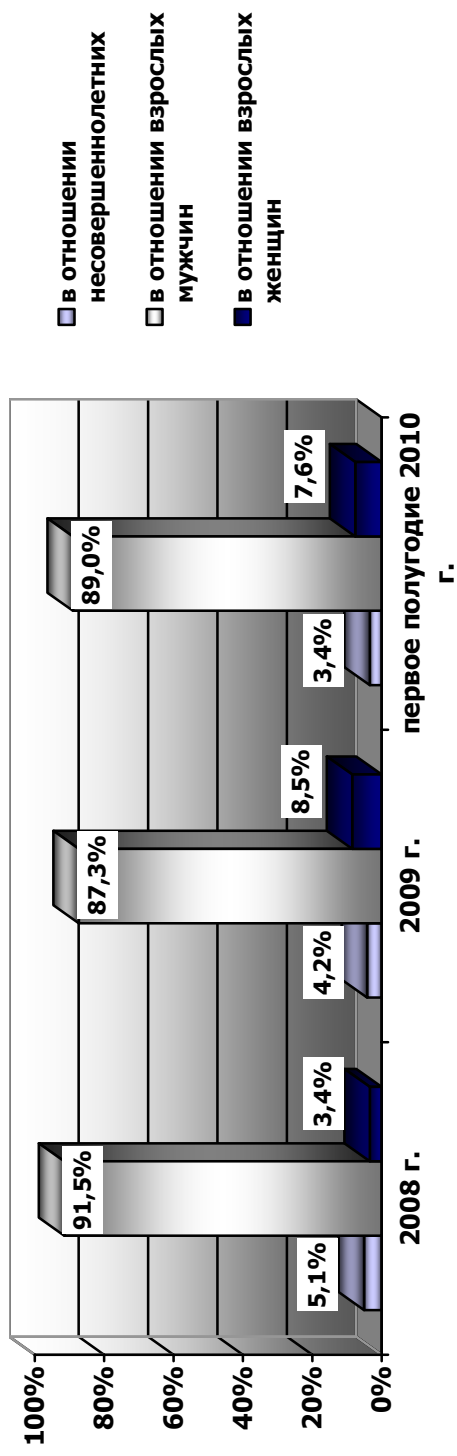


Таблица 4. Количество ходатайств о санкционировании ареста не удовлетворенных судами

Год	Количество ходатайств о санкционировании ареста не удовлетворенных судами
5 месяцев 2008 г.	131
2009 г.	723
первое полугодие 2010 г.	349

Диаграмма 4.1. Количество ходатайств о санкционировании ареста не удовлетворенных судами

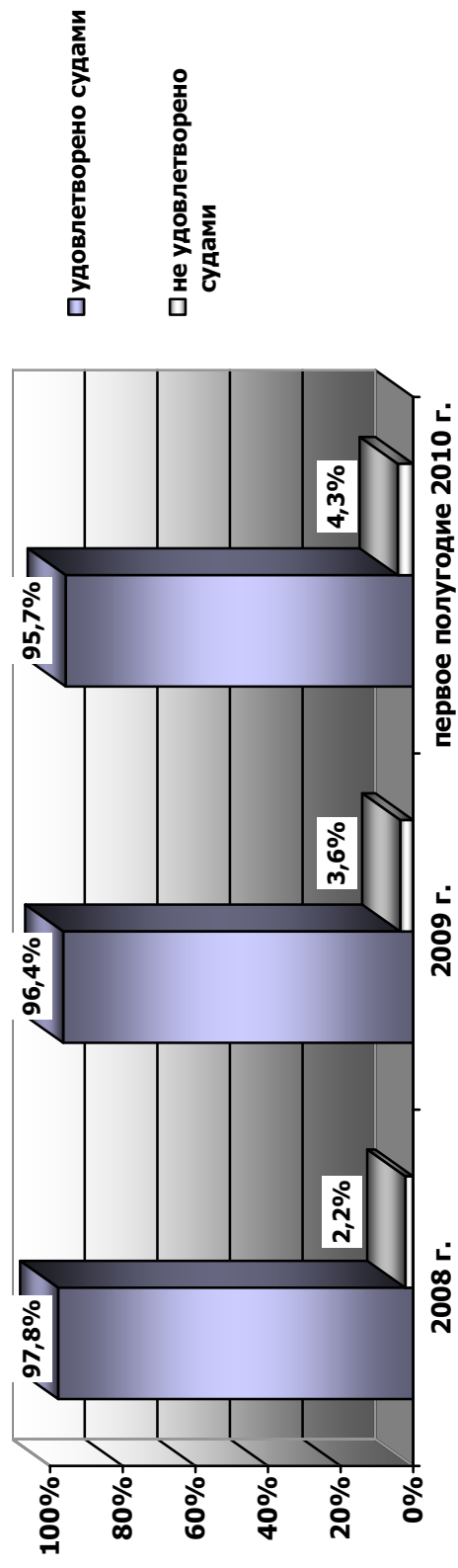


Таблица 5. Количество ходатайств о санкционировании ареста вынесенных прокурорами

Год	Количество ходатайств о санкционировании ареста вынесенных прокурорами
5 месяцев 2008 г.	163
2009 г.	315
I квартал 2010 г.	159

Таблица 6. Количество ходатайств об удовлетворении продления срока ареста рассмотренных судами

Год	Количество ходатайств о продлении срока ареста удовлетворенных судами	Количество ходатайств о продлении срока ареста не удовлетворенных судами
5 месяцев 2008 г.	1059	10
2009 г.	3 880	38
I квартал 2010 г.	796	8

Диаграмма 6.1. Количество ходатайств о продлении срока ареста не удовлетворенных судами

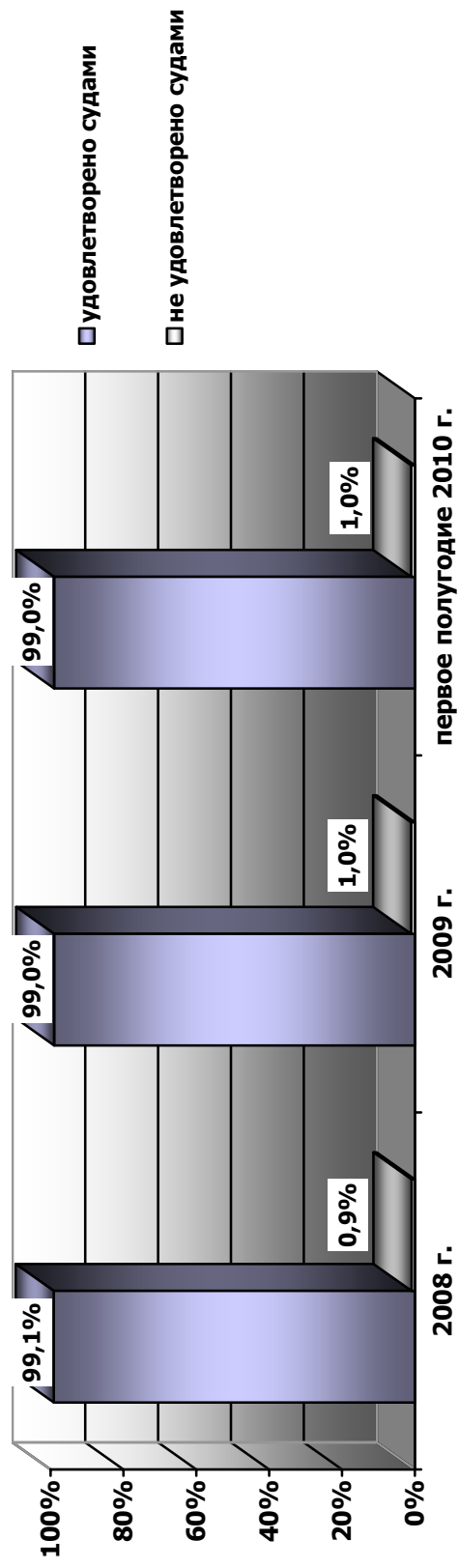


Таблица 7. Количество опротестованных/обжалованных в порядке ст. 110 УПК РК постановлений суда

Год	Количество опротестованных прокурорами постановлений суда об отказе в даче санкции на арест/домашний арест	Количество обжалованных подземаемыми/обвиняемыми постановлений суда о санкционировании ареста/домашнего ареста
5 месяцев 2008 г.	79	232
2009 г.	304	1358
I квартал 2010 г.	67	242

Диаграмма 7.1. Количество удовлетворенных протестов прокуроров на постановления суда об отказе в даче санкции на арест/домашний арест

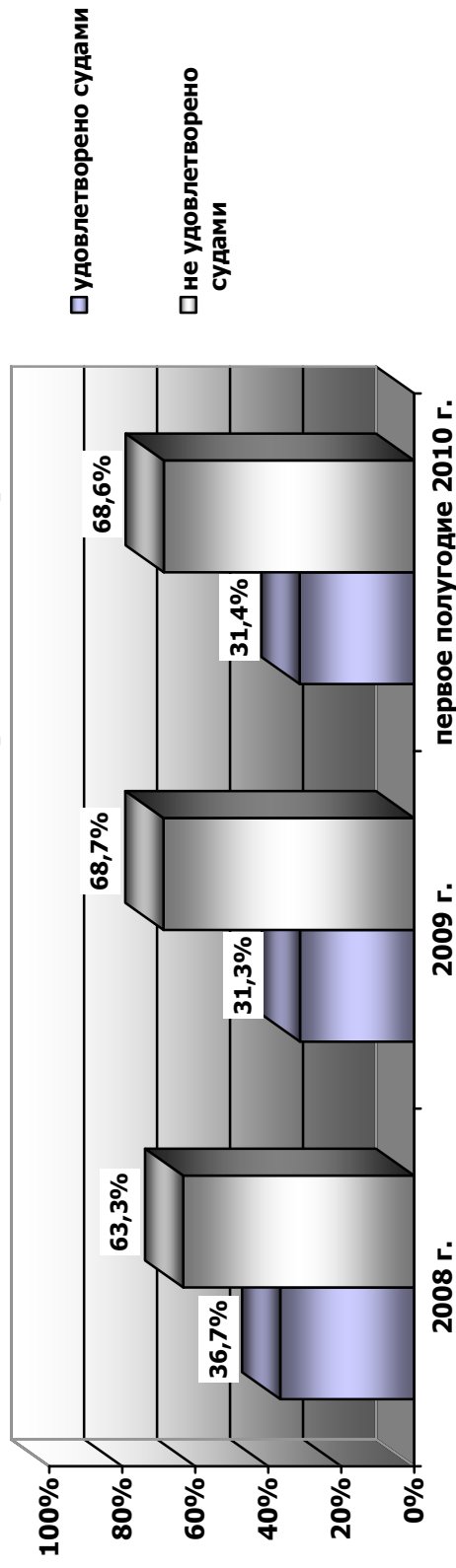


Диаграмма 7.2. Количество удовлетворенных жалоб подозреваемых/обвиняемых на постановления суда о санкционировании ареста/домашнего ареста

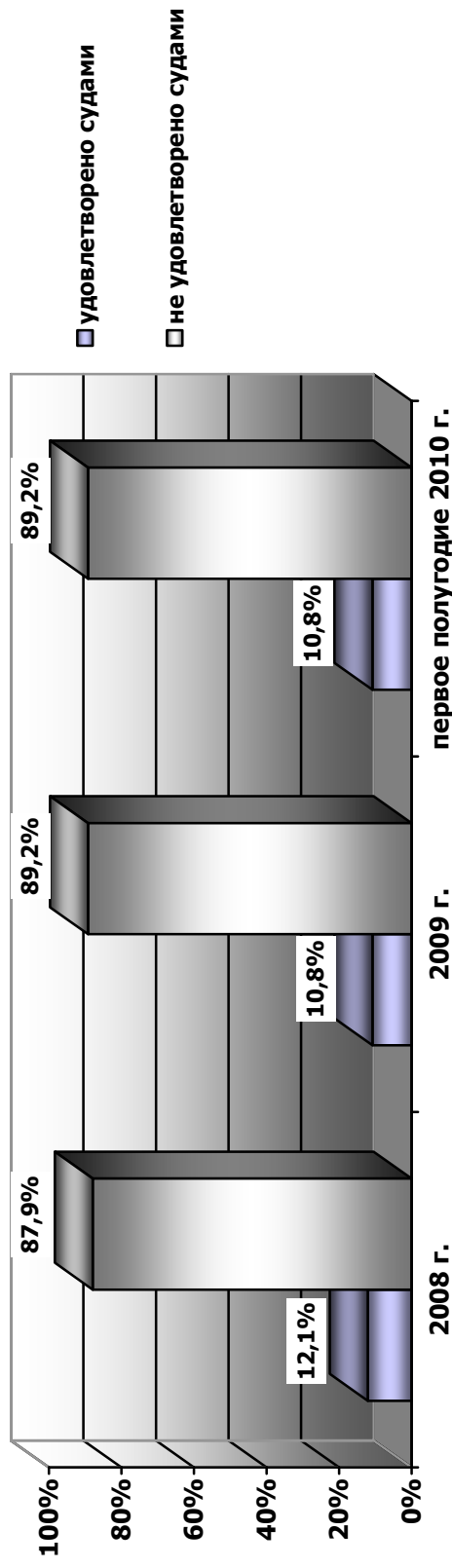


Диаграмма 7.3. Количество удовлетворенных жалоб/протестов заявленных в порядке ст. 110 УПК РК

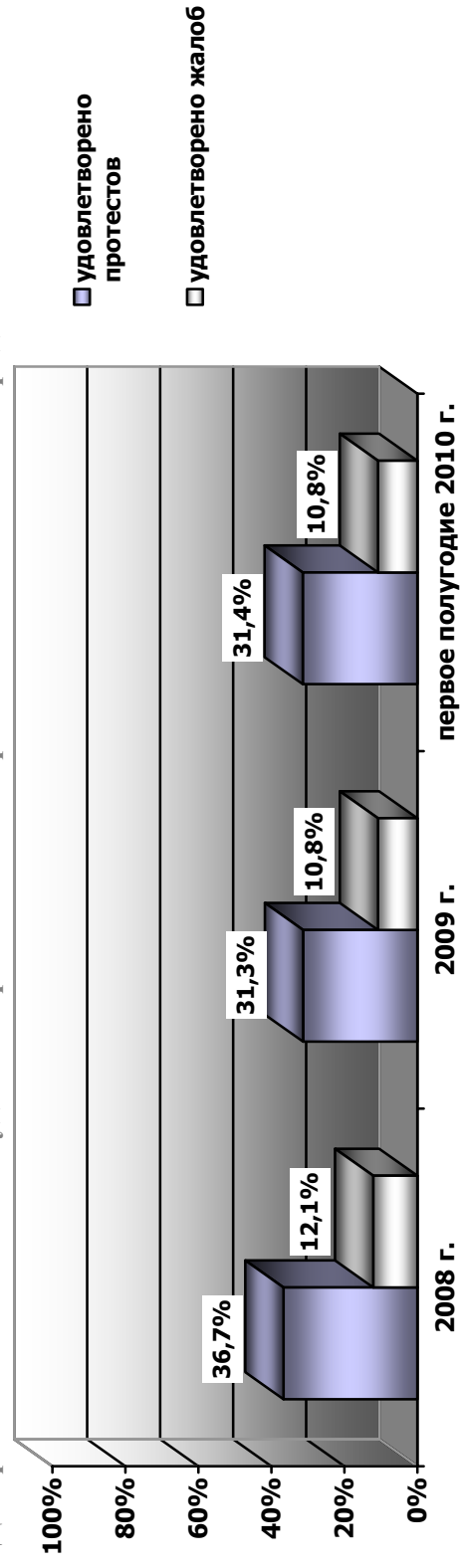
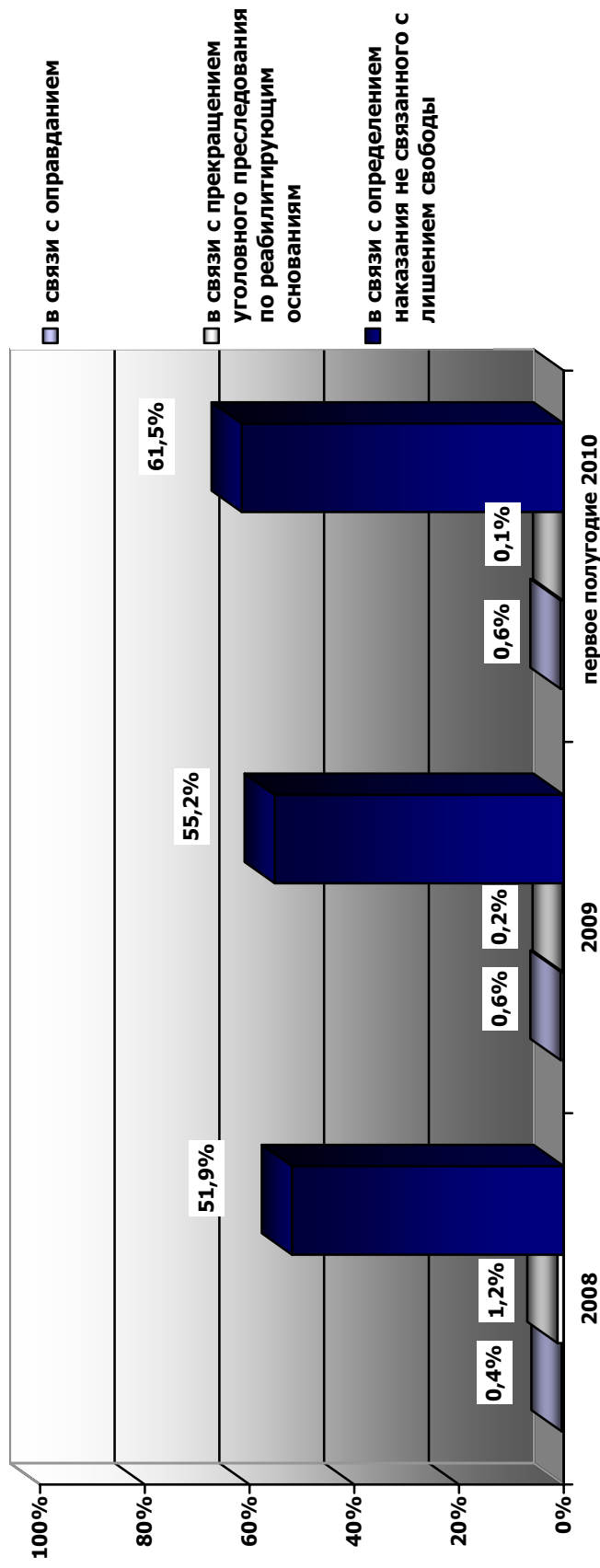


Таблица 8. Численность лиц освобожденных из под стражи на стадии рассмотрения судами I инстанции, а также по решениям судов апелляционной и надзорной инстанций

Численность лиц освобожденных из под стражи	2008 г.		2009 г.		первое полугодие 2010 г.	
		4 753	3 674	1 712		

Диаграмма 8.1. Численность лиц освобожденных из под стражи на стадии рассмотрения судами I инстанции, а также по решениям судов апелляционной и надзорной инстанций²⁰³*



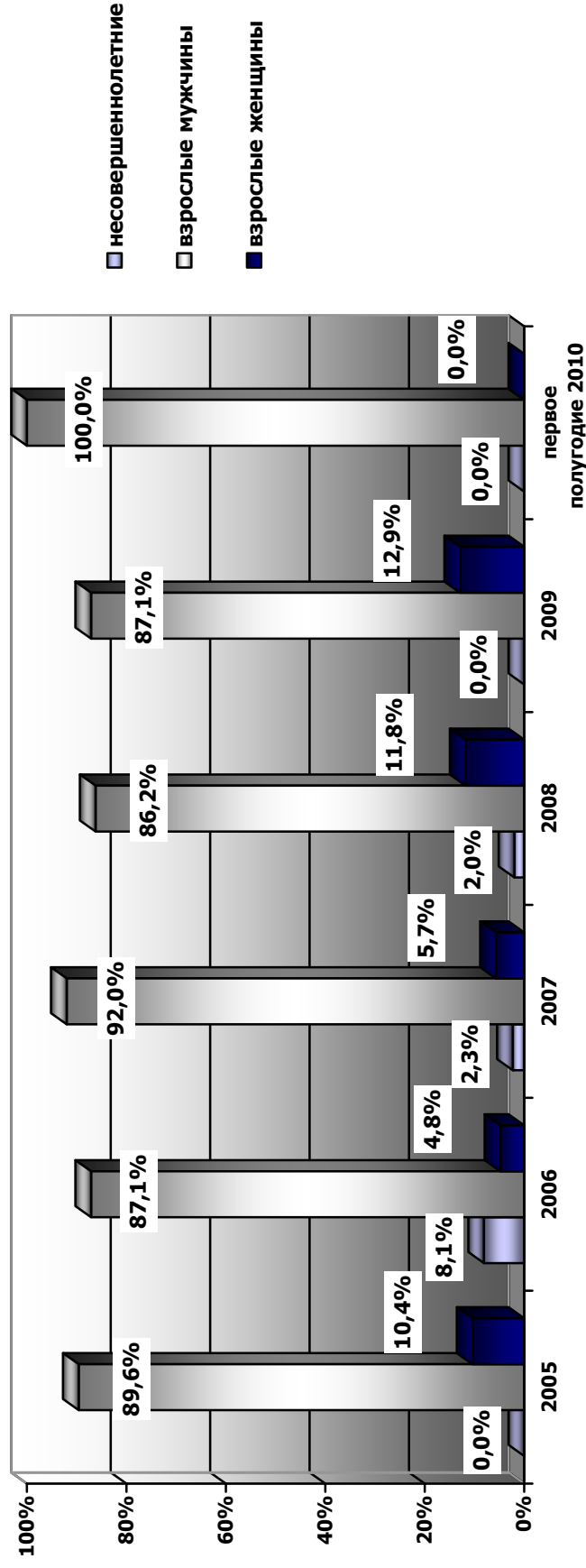
²⁰³ Диаграмма содержит не все основания для освобождения, в связи с чем, сумма столбцов не 100%.

Сведения о применении залога как меры пресечения

Таблица 1. Количество санкций на применение залога выданных прокурорами²⁰⁴

Количество санкций на применение залога выданных прокурорами	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
		106 (0,5%)	62 (0,3%)	88 (0,4%)	51 (0,3%)	31 (0,2%)

Диаграмма 1.1. Количество санкций на применение залога выданных прокурорами по возрастному признаку



²⁰⁴ % в таблице указаны от числа задержанных лиц (см. следующую таблицу).

Сведения о численности лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления

Таблица 1. Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК

Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
		22 481	21 748	20 309	20 438	20 050

Диаграмма 1.1. Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК по возрастному признаку

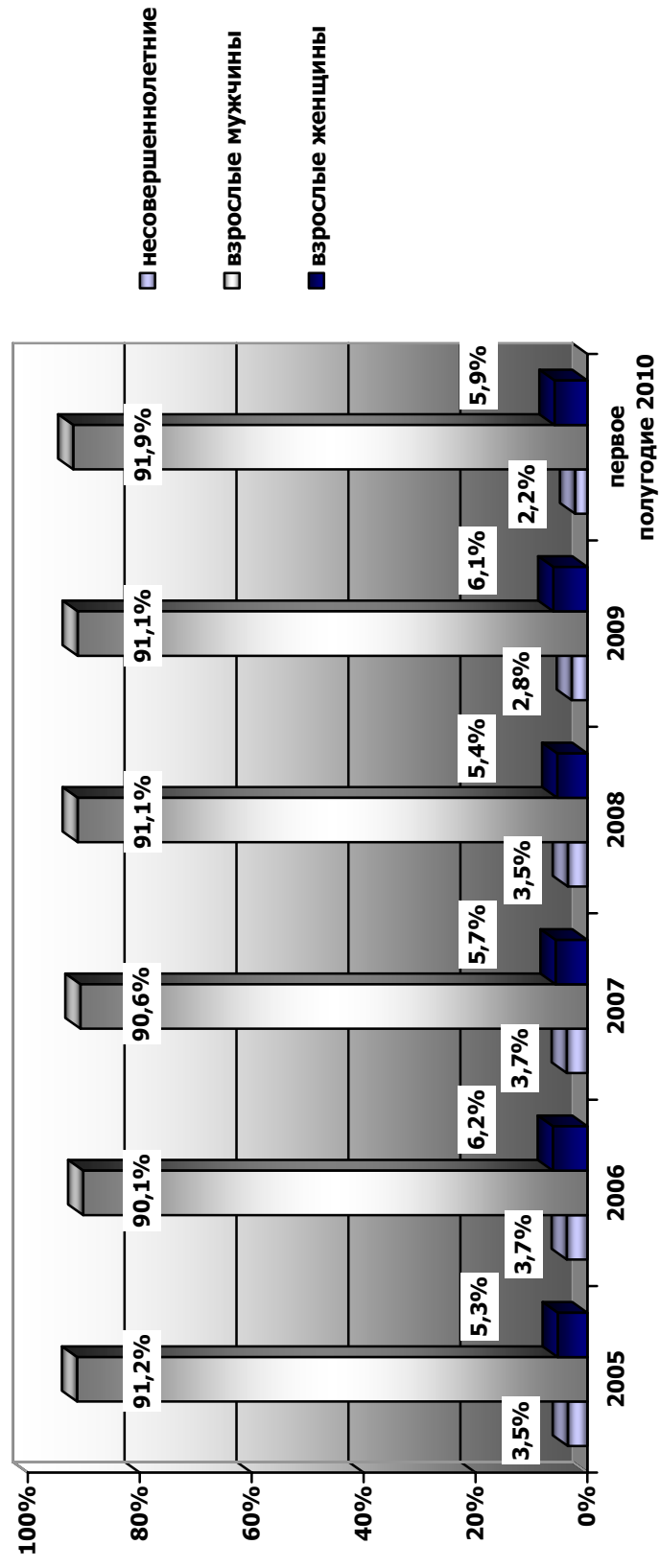


Таблица 2. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных прокурорами по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК

Численность лиц, освобожденных прокурором	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
	2 268 (10,1%)	1 862 (8,6%)	1 593 (7,8%)	1 365 (6,7%)	1 463 (7,3%)	569 (6,9%)

Диаграмма 2.1. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных прокурорами по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК

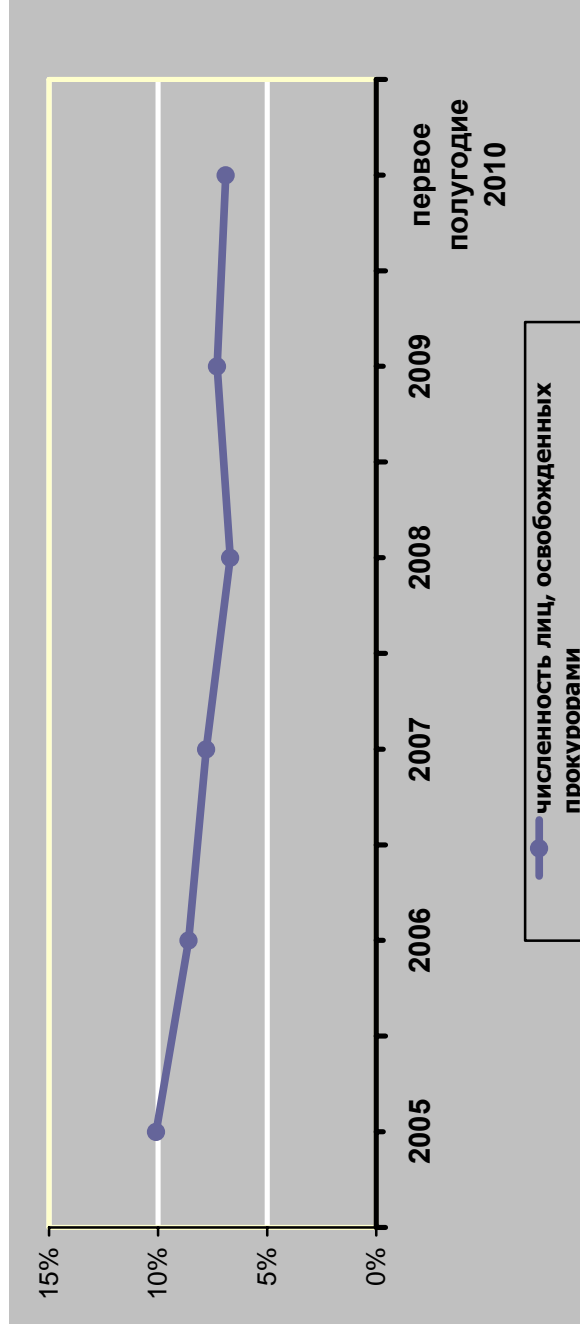
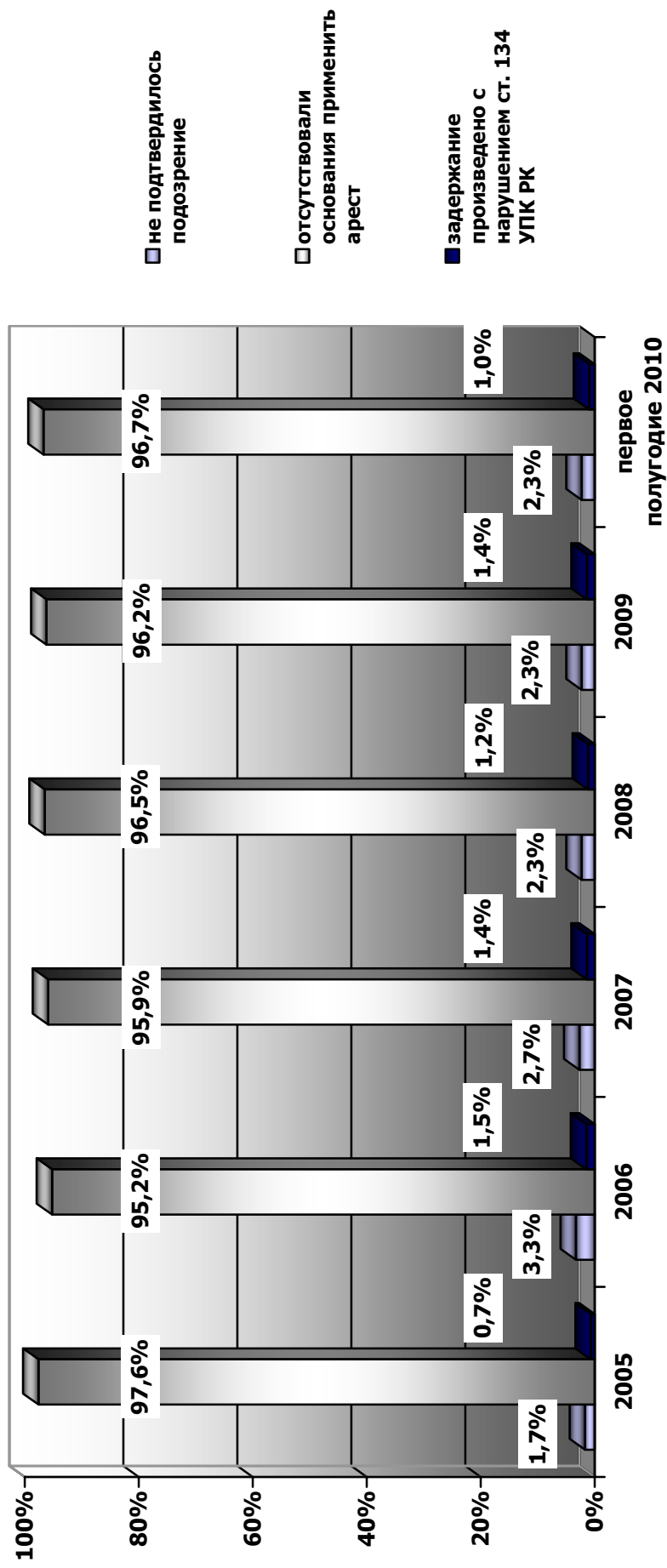


Диаграмма 2.2. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных прокурорами по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК



■ Сведения Министерства внутренних дел
Республики Казахстан по вопросам
применения мер пресечения
2005 - 2010 гг.

Сведения о численности лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления

Таблица 1. Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК

Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
		21 739	20 802	19 334	19 221	18 513

Диаграмма 1.1. Численность лиц, задержанных на основании ст. 132 УПК РК по возрастному признаку

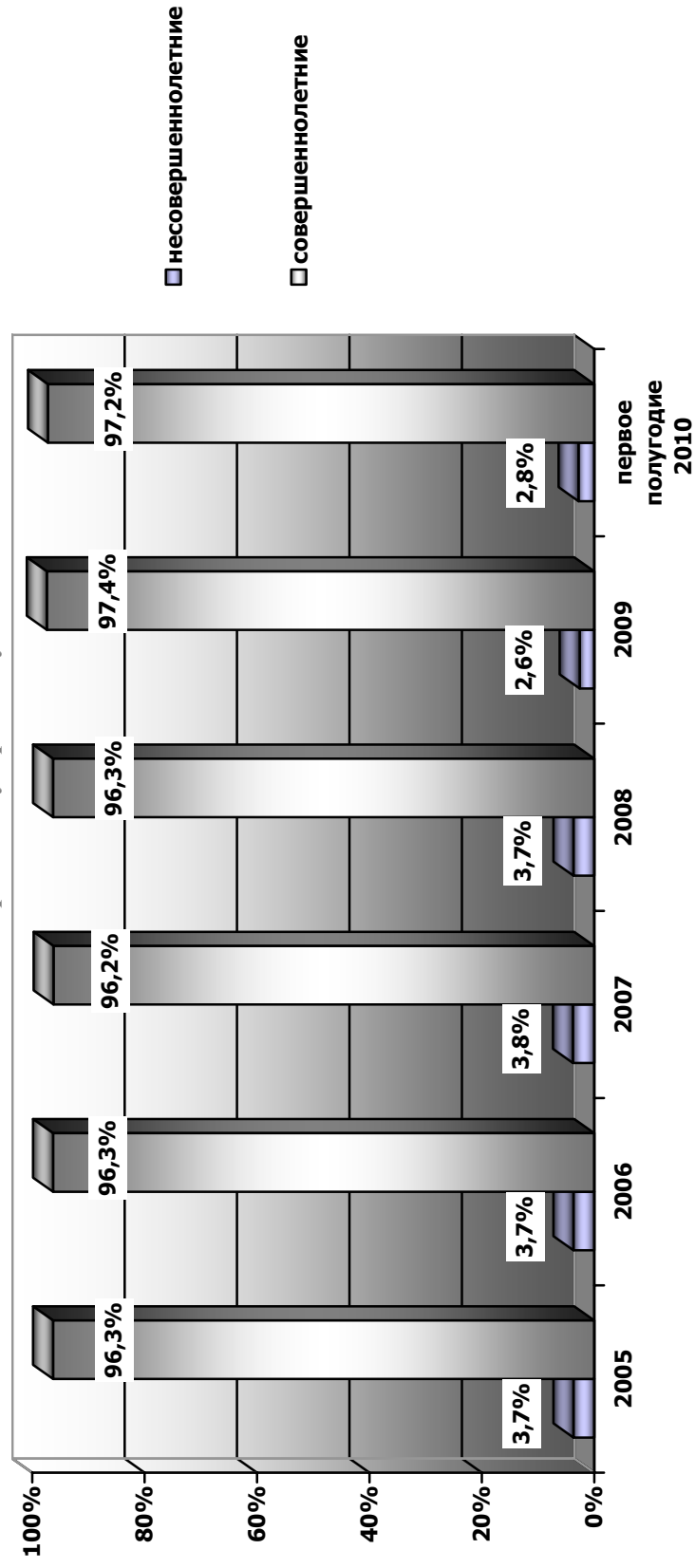
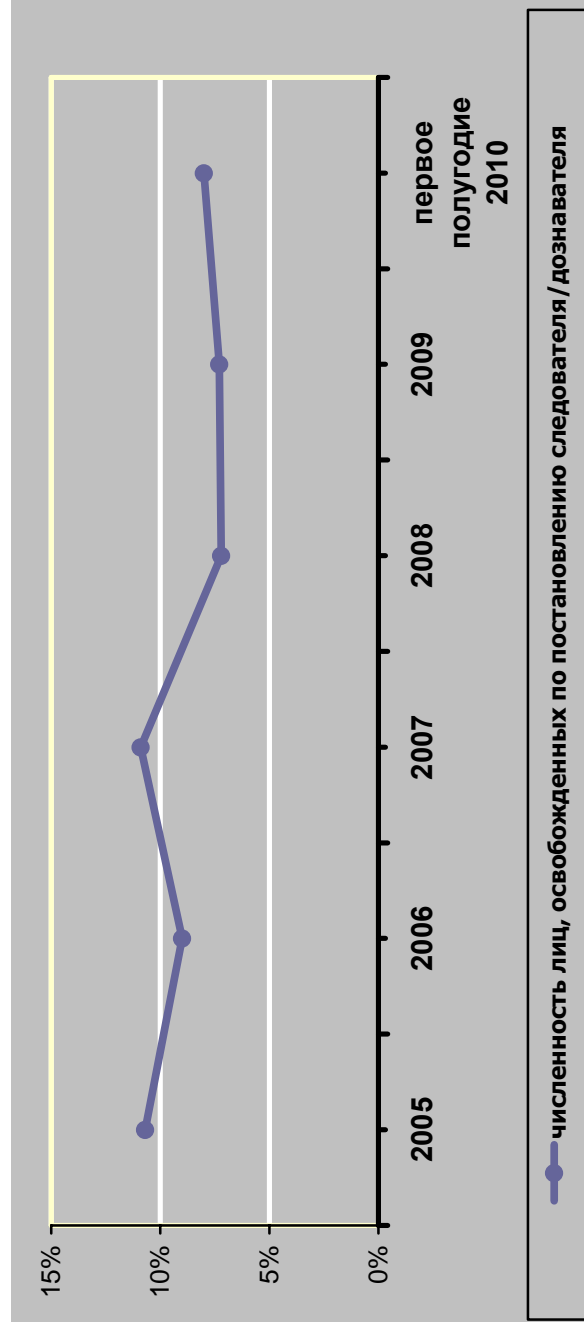


Таблица 2. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных по постановлению следователя/дознавателя по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК²⁰⁵

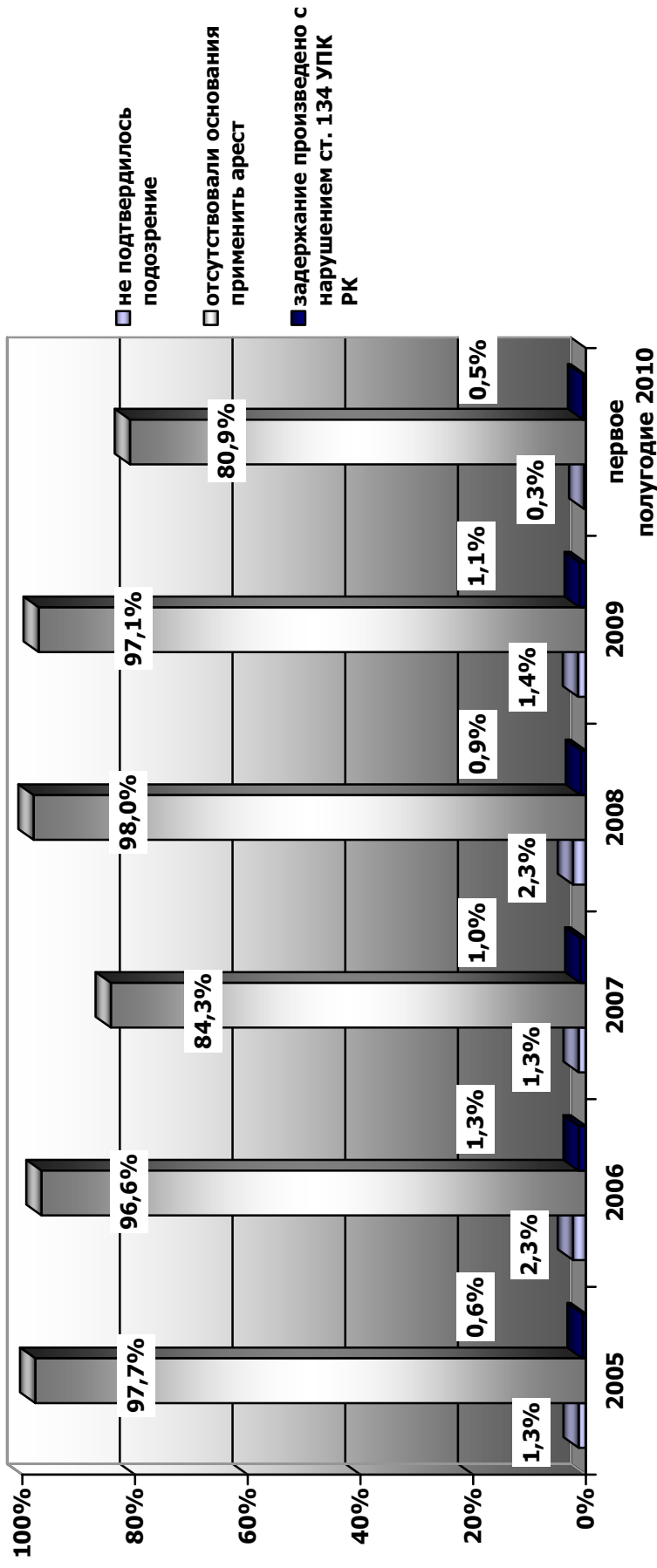
Численность лиц, освобожденных по постановлению следователя/дознавателя	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
		2 334 (10,7%)	1 879 (9%)	2 103 (10,9%)	1 378 (7,2%)	1 346 (7,3%)

Диаграмма 2.1. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных по постановлению следователя/дознавателя по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК



²⁰⁵ Проценты в Таблице 2 и Диаграмме 2.1. указаны от общего числа задержанных лиц.

Диаграмма 2.2. Численность лиц, задержанных по подозрению в совершении преступления освобожденных по постановлению следователя/дознателя по основаниям ч. 1 ст. 136 УПК РК²⁰⁶



²⁰⁶ Проценты в Диаграмме 2.2. указаны от общего числа освобожденных после задержания лиц.

Сведения о применении мер пресечения²⁰⁷

Таблица 1. Численность лиц, в отношении которых были применены различные меры пресечения**

Меры пресечения	2005 г.	2006 г.	2007 г.	2008 г.	2009 г.	пер. пол. 2010 г.
Численность лиц, в отношении которых была применена подписка о невыезде и надлежащем поведении	2 011 (9,3%)	1 581 (7,6%)	1 330 (7,1%)	1 407 (7,4%)	35 860 (67,6%)	15 109 (70,5%)
	в том числе несовершеннолетних					
Численность лиц, в отношении которых было применено личное поручительство	148 (18,6%)	131 (17,1%)	75 (10,3%)	96 (14%)	2 710 (68,5%)	1 332 (73,5%)
	19 (0,1%)	12 (0,1%)	12 (0,1%)	14 (0,1%)	129 (0,2%)	68 (0,3%)
Численность лиц, в отношении которых была применена отдача военнослужащего под наблюдение воинской части	11 (1,4%)	2 (0,3%)	4 (0,6%)	5 (0,7%)	55 (1,4%)	35 (1,9%)
	2	3	4	0	53	20
Численность лиц, в отношении которых была применена отдача несовершеннолетнего под присмотр	22 (2,8%)	39 (5,1%)	32 (4,4%)	11 (1,6%)	704 (17,8%)	318 (17,5%)
	52 (0,2%)	25 (0,1%)	35 (0,2%)	17 (0,1%)	13 (0,02%)	8 (0,04%)
Численность лиц, в отношении которых был применен залог	0	1 (0,1%)	2 (0,3%)	1 (0,1%)	0	0
	168 (0,8%)	150 (0,7%)	150 (0,8%)	12 (0,1%)	74 (0,1%)	56 (0,3%)
Численность лиц, в отношении которых был применен домашний арест	13 (1,6%)	17 (2,2%)	11 (1,5%)	1 (0,2%)	7 (0,2%)	4 (0,2%)
	19 405 (89,4%)	18 918 (91,3%)	17 225 (91,7%)	17 612 (92,3%)	16 186 (30,5%)	6 034 (28,1%)
Численность лиц, в отношении которых был применен арест	603 (75,6%)	576 (75,2%)	601 (82,9%)	571 (83,4%)	478 (12,1%)	124 (6,9%)
	в том числе несовершеннолетних					

²⁰⁷ За 2005 – 2008 г.г. меры пресечения указаны только в отношении лиц, задержанных в порядке ст. 132 УПК РК. Проценты в таблице указаны от общего числа лиц, указанных по всем мерам пресечения за конкретный год. По несовершеннолетним лицам, по аналогии от общего числа несовершеннолетних.

Диаграмма 1.1. Численность лиц, в отношении которых был применен домашний арест по возрастному признаку

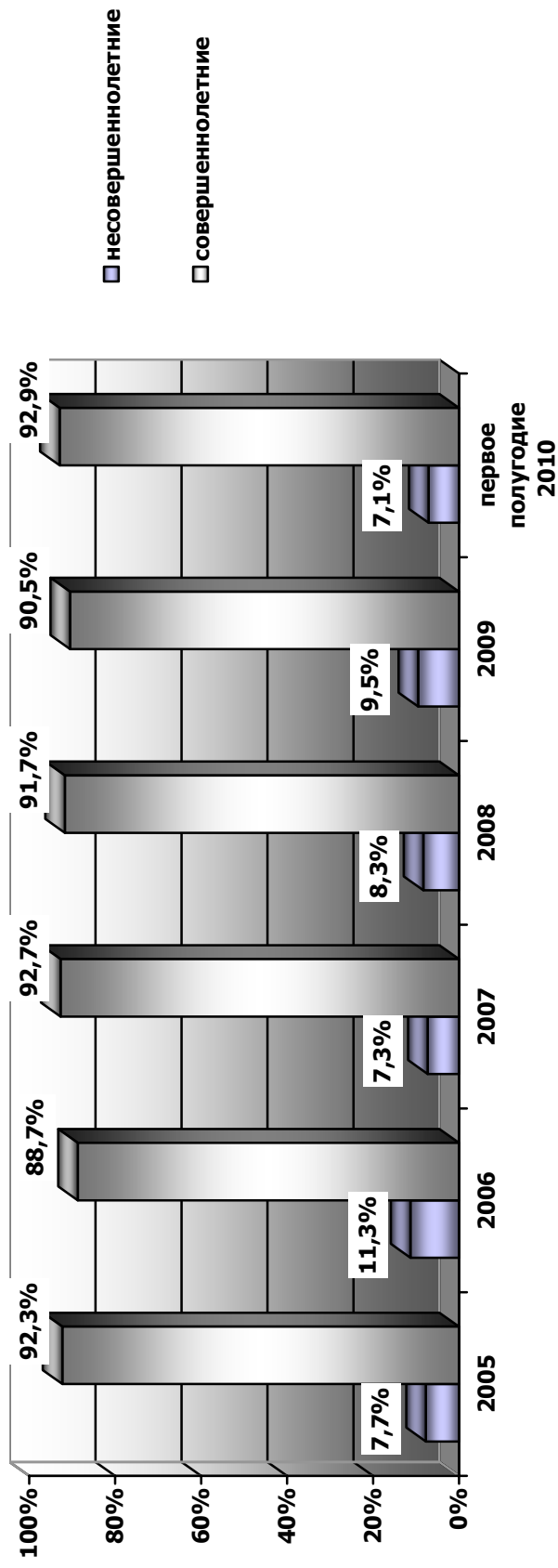


Таблица 2. Количество санкций на арест выданных прокурорами

Дано прокурором санкций на арест		
2005 г.	2006 г.	2007 г.
19 405	18 918	17 225
		январь – август 2008 г.
		12 230

Диаграмма 2.1. Количество санкций на арест выданных прокурорами по возрастному признаку

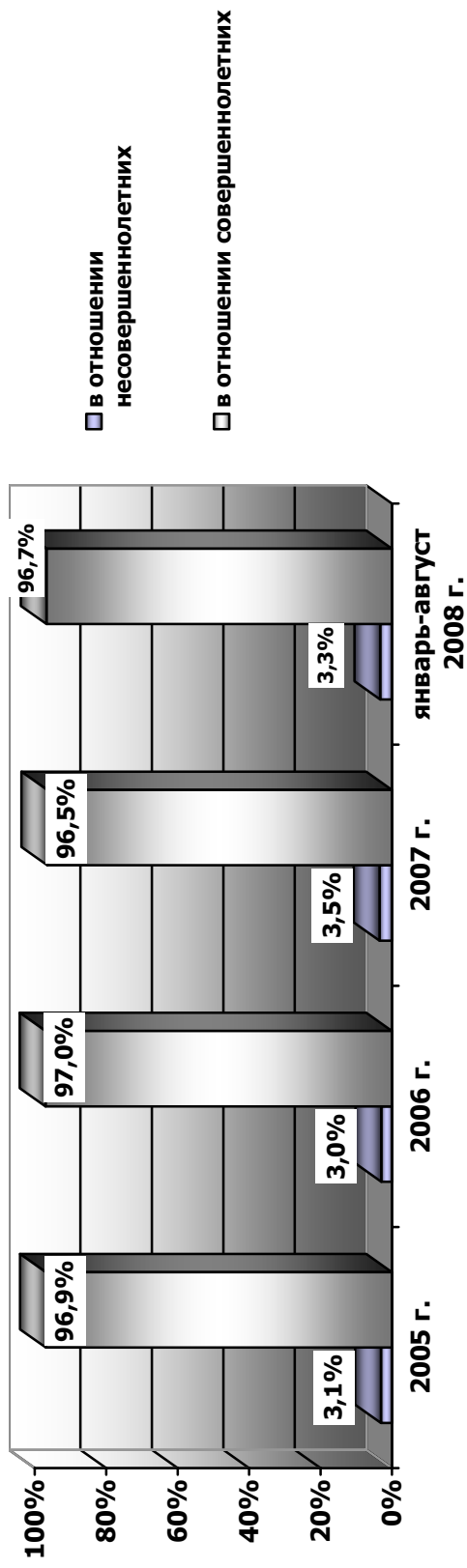


Таблица 3. Количество отказов прокуроров в выдаче санкции на арест

Дано прокурором отказов в выдаче санкции на арест		
2005 г.	2006 г.	январь – август 2008 г.
2 334	1 884	2 109
		1 055

Диаграмма 3.1. Количество отказов прокуроров в выдаче санкции на арест

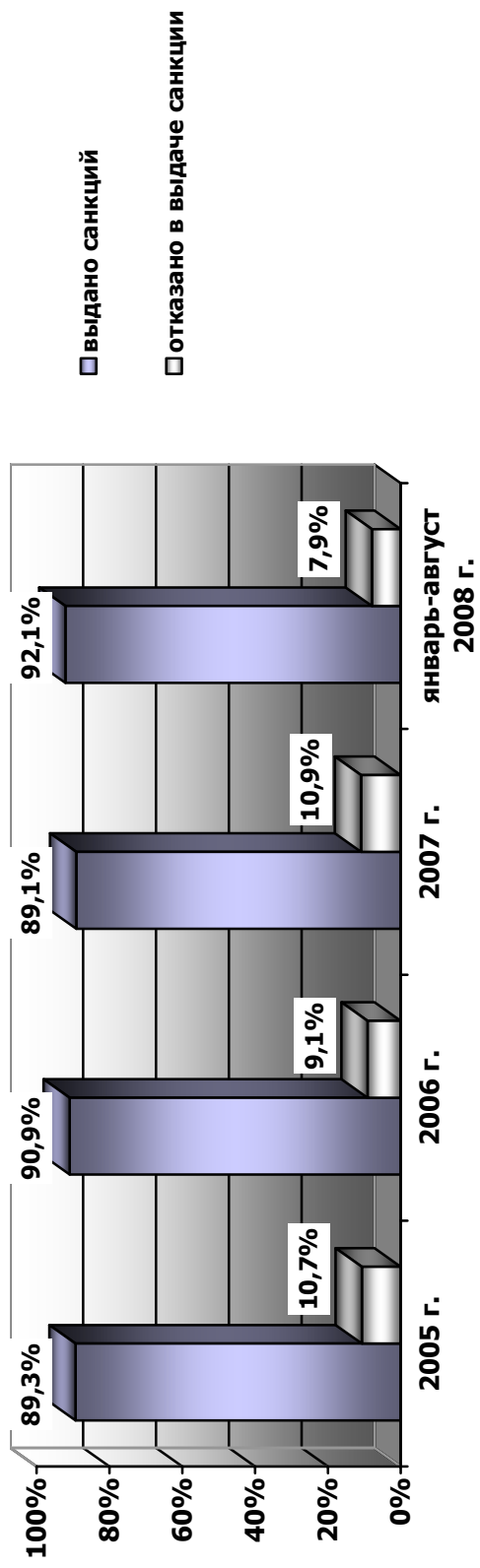


Таблица 4. Общая численность лиц, в отношении которых были внесены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения

Общая численность лиц, в отношении которых были внесены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения		
сентябрь – декабрь 2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
5 869	18 001	6 722

Диаграмма 4.1. Общая численность лиц, в отношении которых были внесены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения по возрастному признаку

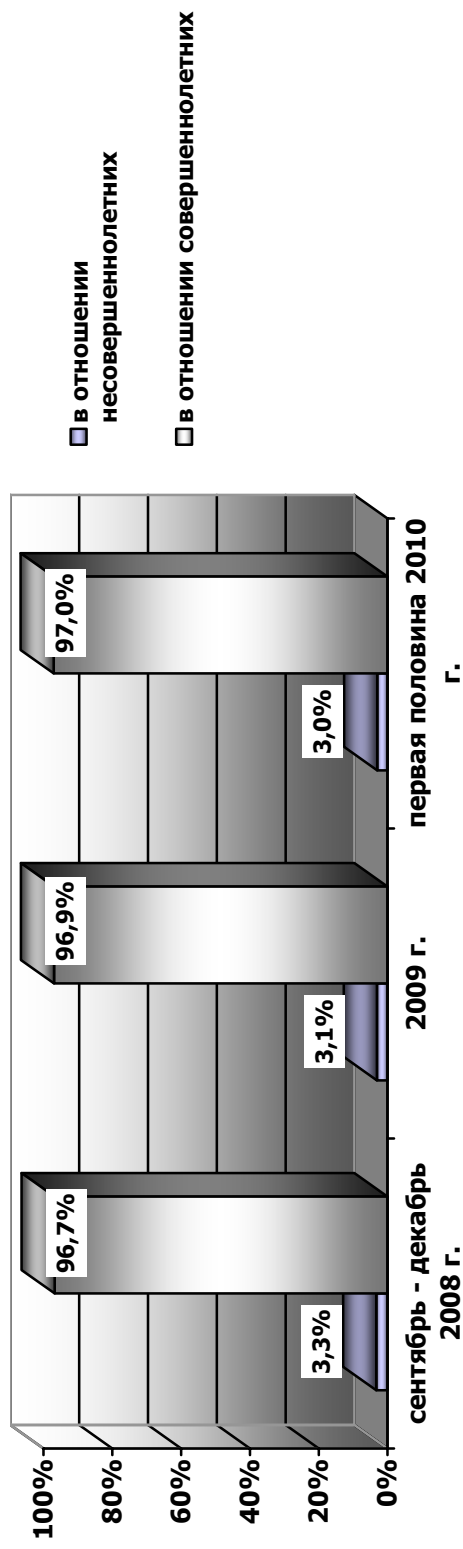


Таблица 5. Общая численность лиц, в отношении которых прокурорами были поддержаны ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения

Общая численность лиц, в отношении которых прокурорами были поддержаны ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения		
сентябрь – декабрь 2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
5 781	16 653	6 256

Диаграмма 5.1. Общая численность лиц, в отношении которых прокурорами были поддержаны ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения

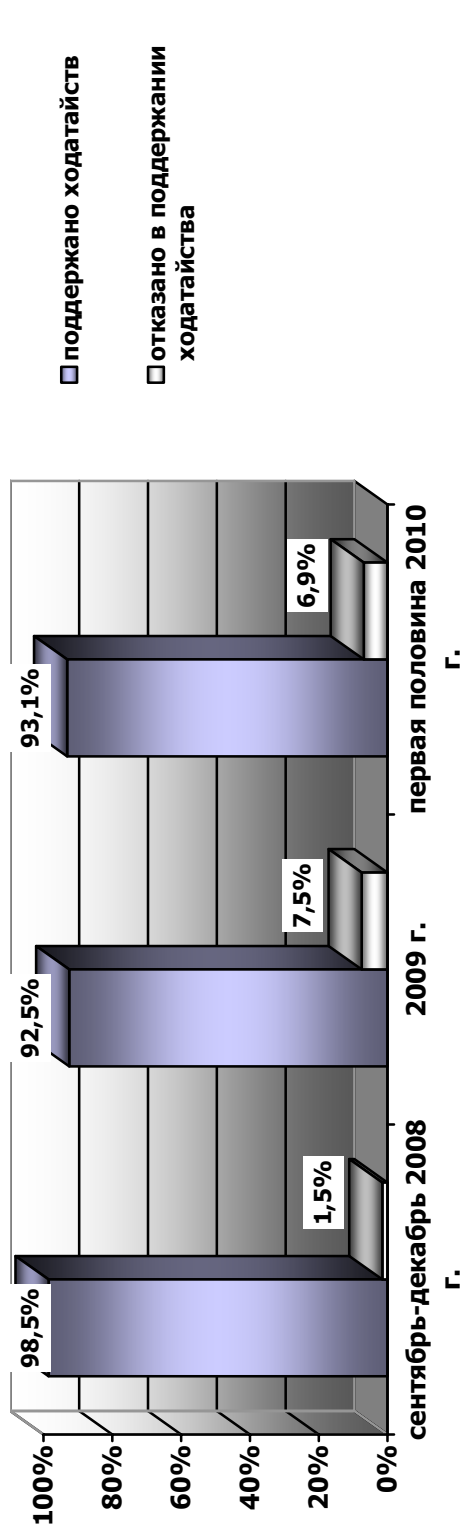


Диаграмма 5.2. Общая численность лиц, в отношении которых прокурорами были поддержаны ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения, по возрастному признаку

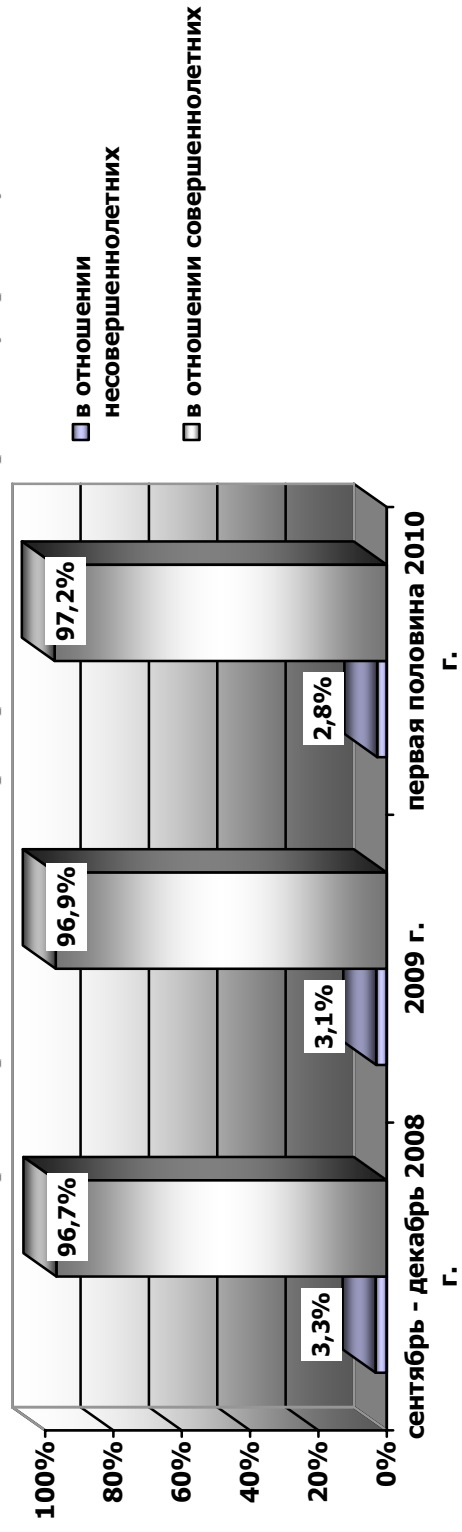


Таблица 6. Общая численность лиц, в отношении которых судами были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения

Общая численность лиц, в отношении которых судами были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения		
сентябрь – декабрь 2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
5 382	16 186	6 034

Диаграмма 6.1. Общая численность лиц, в отношении которых судами были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения, по возрастному признаку

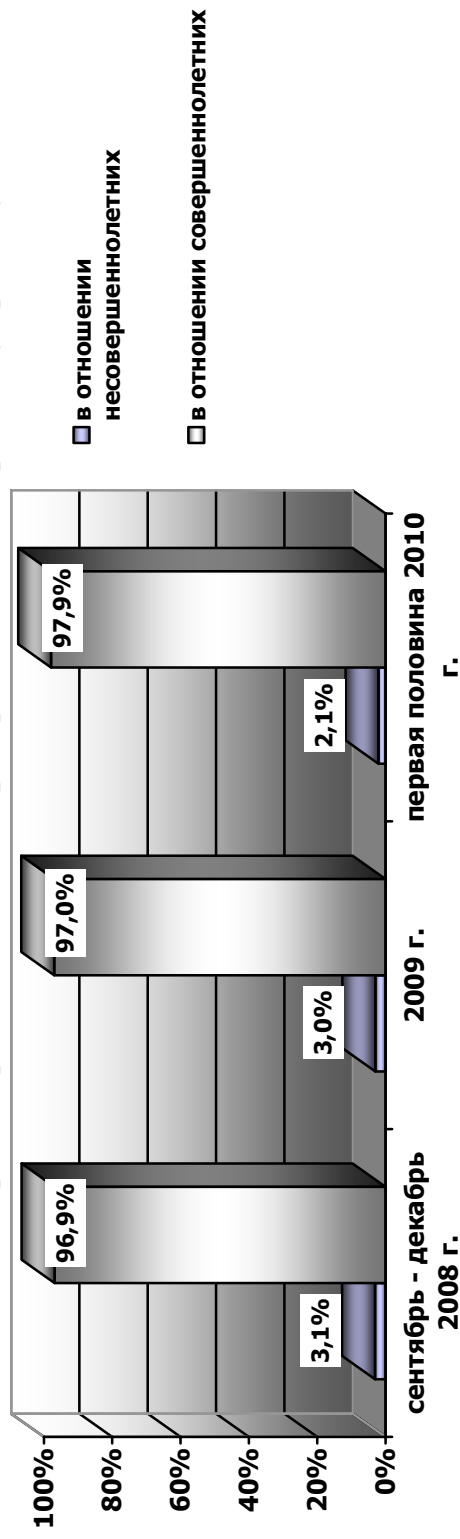


Таблица 7. Общая численность лиц, в отношении которых судами не были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения

Общая численность лиц, в отношении которых судами не были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения		
сентябрь – декабрь 2008 г.	2009 г.	первая половина 2010 г.
68	467	222

Диаграмма 7.1. Общая численность лиц, в отношении которых судами не были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения, по возрастному признаку

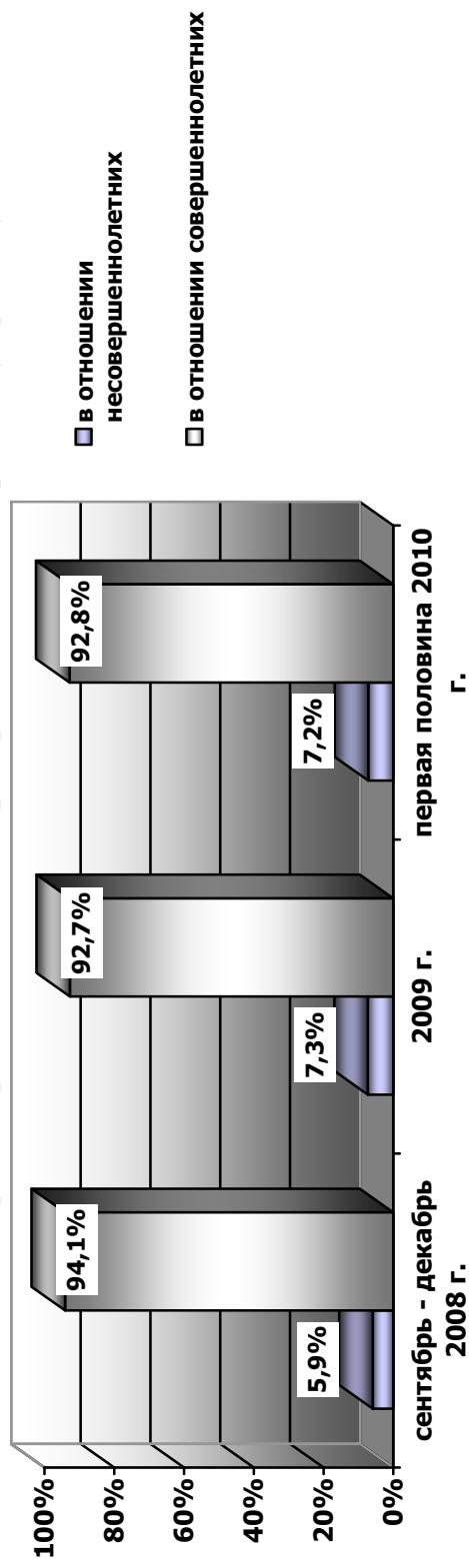
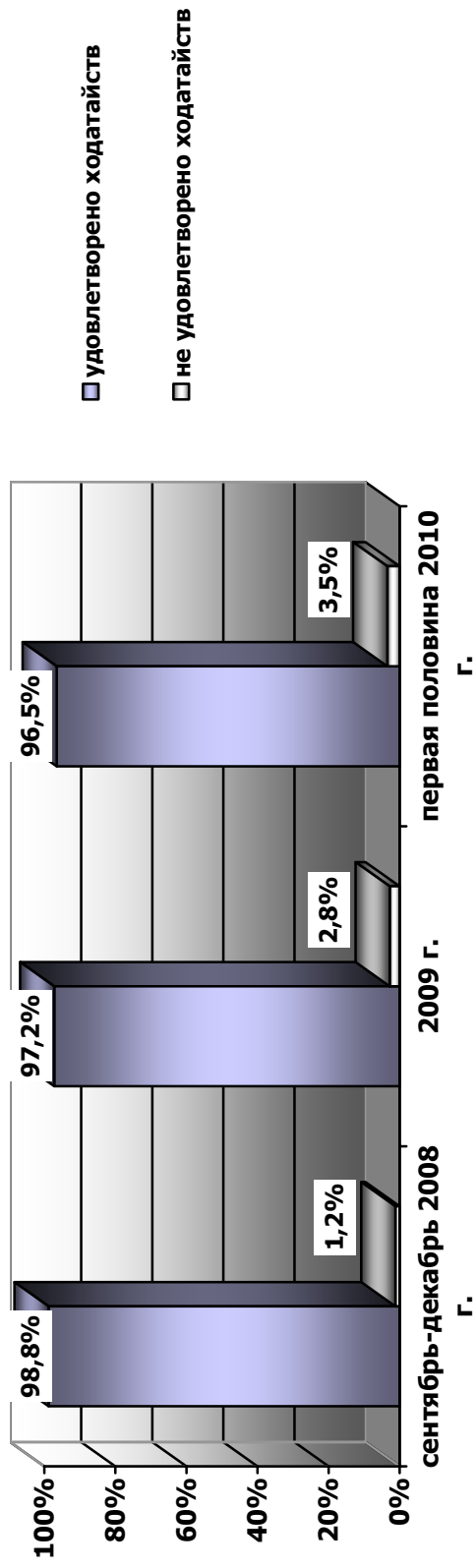


Диаграмма 7.2. Общая численность лиц, в отношении которых судами не были удовлетворены ходатайства об избрании ареста в качестве меры пресечения



Декабрь 2010 г.

БОРЬБА С ПЫТКАМИ И НАСИЛЬСТВЕННЫМИ ИСЧЕЗНОВЕНИЯМИ

К.Х.РАХИМБЕРДИН

*декан юридического факультета
Восточно-Казахстанского государственного
университета им. С. Аманжолова. к.ю.н.*

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ СОЗДАНИЯ НАЦИОНАЛЬНОГО ПРЕВЕНТИВНОГО МЕХАНИЗМА»²⁰⁸

Важной вехой развития общественного контроля в Казахстане стала разработка Министерством юстиции Республики Казахстан изменений в национальное законодательство, затрагивающих различные аспекты осуществления общественного контроля²⁰⁹. Поправки предлагается внести в такие законодательные акты, как Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан (далее – УИК РК), Закон «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений», Кодекс «О здоровье народа и системе здравоохранения», законы «О воинской обязанности и воинской службе», «О государственном социальном заказе», «Об общественных объединениях», «Об органах юстиции», «О правах ребенка в Республике Казахстан», «О социальной защите инвалидов в Республике Казахстан». Это свидетельствует о понимании необходимости системного подхода к созданию правовых основ национального превентивного механизма (далее – НПМ).

Особого внимания заслуживают предлагаемые изменения в УИК РК. Этот нормативно-правовой акт содержит юридический алгоритм реализации

²⁰⁸ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

²⁰⁹ Анализ проекта Закона подготовлен на основе текста законопроекта, представленного Министерством юстиции Республики Казахстан на конференции «Факультативный протокол к Конвенции против пыток: законодательное закрепление НПМ в Республике Казахстан», которая состоялась 15-16 февраля 2010 г. в Астане. Уже 15 марта 2010 г. Министерством юстиции была представлена новая версия проекта Закона «О создании Национального превентивного механизма в Республике Казахстан». В нее разработчиками были внесены существенные изменения и дополнения, в том числе и те, которые были предложены представителями гражданского общества. Однако ряд принципиальных замечаний, к сожалению, так и не нашли должного отражения в новой версии законопроекта.

наиболее серьезных правомерных ограничений прав и свобод личности в условиях наказания в виде лишения свободы. Следовательно, именно УИК РК должен предусматривать эффективные меры противодействия издержкам упомянутых правоограничений. Поэтому вполне логично, что положения, касающиеся национального превентивного механизма в отношении пыток и жестокого обращения, закрепляются, прежде всего, в национальном уголовно-исполнительном законодательстве Республики Казахстан. Базовой структурой НПМ проектом Закона определяются общественно-наблюдательные комиссии (далее – ОНК). В законопроекте им посвящается целая новая глава.

Отдельные положения проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам создания национального превентивного механизма», на наш взгляд, требуют корректировки.

1. Предлагаемая норма ст. 18-2 УИК РК предусматривает право посещения исправительных учреждений без специального разрешения Президентом РК, депутатами Парламента РК, Генеральным прокурором РК, сотрудниками вышестоящих органов УИС, Уполномоченным по правам человека. ОНК и другие субъекты общественного контроля в этом перечне не обозначены. Согласно части 2 ст. 18-2 УИК РК установлена необходимость получения специальных разрешений на посещение мест лишения свободы представителями СМИ и иными лицами. С определенной «натяжкой» под формулировкой «иные лица» можно понимать и представителей ОНК, что требует получение ими разрешения на свои визиты, а это прямо противоречит требованиям Факультативного протокола к Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (далее – ФП КПП), в соответствии с которыми субъекты независимого контроля должны иметь доступ к любым местам содержания под стражей, их сооружениям и объектам (п. 3. ст. 20 ФП КПП), а также право беспрепятственно выбирать места, которые они желают посетить, и лиц, с которыми они желают побеседовать (п. 5. ст. 20 ФП КПП). Только в этом случае могут быть выявлены и предупреждены нарушения прав человека в пенитенциарных учреждениях.

2. Считаем, что нуждается в корректировке часть 5 ст. 19-2 проекта изменений УИК РК, которая устанавливает принципы общественного контроля. Например, в ней упомянут принцип равноправия, который в данном случае неуместен. Вряд ли можно говорить о полном равноправии заключенных и администрации учреждений, администрации данных учреждений и субъектов общественного контроля. Полагаем, что данную норму было целесообразно дополнить такими принципами, как гласность, сотрудничество, гуманизм.

3. Нельзя не отметить проект части 6 предлагаемой ст. 19-2 УИК РК. Она устанавливает, что ОНК не должны вмешиваться в деятельность исправительных учреждений и следственных изоляторов, а также в проведение оперативно-розыскных мероприятий и производство по делам

административных правонарушениях. Полагаем, что при кажущейся ясности этой нормы, она оставляет значительный простор для произвольных интерпретаций. Например, что считать вмешательством в деятельность следственного изолятора и исправительного учреждения? При желании под такое вмешательство можно подвести даже оказание правовой помощи заключенным или предоставление рекомендаций администрации учреждения по поводу соблюдения прав человека. Не лучшим образом обстоит дело и с запретом вмешательства в оперативно-розыскные мероприятия и административное производство вследствие того, что вновь не уточнено понятие «вмешательство». В данной ситуации возникает риск, что принятие ОНК жалобы заключенного на неправомерное привлечение к административной ответственности или на незаконность примененных оперативных мероприятий, например их совершение путем проведения так называемой «провокации», будет истолковано как вмешательство, запрещенное законом. Двусмысленность и неполнота изложения рассматриваемой нормы оставляет возможность для такого толкования.

4. Весьма сомнительным выглядит проект части 2 ст. 19-2 УИК РК, которая позволяет приостановить полномочия ОНК на период введения режима особых условий. Этот режим может быть введен вследствие карантинных мероприятий, стихийного или иного общественного бедствия, массовых беспорядков, так называемых бунтов заключенных. Нетрудно заметить, что в подобных ситуациях возникают идеальные условия для разного рода злоупотреблений. Приостановление деятельности ОНК исключает возможность их выявления, лишает гражданское общество информации о возникших в пенитенциарных учреждениях проблемах.

5. В соответствии с проектом Закона (ч. 3 ст. 18-2 УИК РК) предлагается разрешить производство фото- и видеосъемку заключенных только с согласия администрации учреждений УИС. Однако эта норма вступает в противоречие с действующим гражданским законодательством Республики Казахстан, поскольку в соответствии с ГК РК право на изображение является субъективным правом самого гражданина, и только он может решать вопрос о допустимости его фото- или видеосъемки. Проект Закона умаляет правоспособность осужденного, передавая его право на изображение как личное неимущественное благо администрации пенитенциарного учреждения. Однако это вряд ли справедливо, потому что гражданскую правоспособность у осужденного никто не отнимал. Кроме того, нельзя отождествлять фотографирование режимных объектов с фотографированием самих заключенных. Если в первом случае речь идет о личных неимущественных правах осужденных, то во втором - о требованиях режима безопасности. Ограничение в праве проводить фото- и видеосъемку весьма затрудняет получение членами ОНК документальных доказательств пыток, жестокого обращения, следов насилия и различных травм, имеющих у осужденных. Как известно, фото- и видеоматериалы могут приобщаться к уголовному или гражданскому делу в качестве источника доказательства. ОНК не сможет предоставить такой источник, если

администрация исправительного учреждения не разрешает ей фотографировать заключенных. На наш взгляд, данную норму следовало бы сконструировать несколько в ином варианте: «Производство кино-, фото-, видеосъемок лиц, содержащихся в местах лишения свободы, осуществляется с их согласия, производство фото-, видеосъемок объектов ИУ осуществляется по разрешению администрации ИУ».

6. Согласно ст. 19-1 УИК РК, ОНК создаются по инициативе общественных объединений, желающих осуществлять общественный контроль в «привязке» к административно-территориальным единицам (областям и городам республиканского значения). Они могут быть созданы в городах республиканского значения и областях - из расчета одна ОНК на область. Полагаем, что такой порядок создания ОНК не соотносится ни с мировым опытом, ни со здравым смыслом. Силами одной ОНК, в составе которой может быть не более 9 человек, сложно обеспечить реальный общественный контроль над всеми закрытыми учреждениями в масштабах такого региона, например, как Восточно-Казахстанская область (общая площадь территории области равна площади Федеративной Республики Германия).

Мировая практика свидетельствует, что субъекты общественного контроля создаются пропорционально численности пенитенциарных учреждений и ориентированы на конкретные учреждения, а не административно-территориальные единицы, потому что иначе невозможно обеспечить мобильность, динамичность и эффективность общественного контроля. На наш взгляд, субъекты независимого контроля должны в идеальных условиях создаваться с учетом правила «шаговой» доступности. Это правило используется в Великобритании, Канаде, где, например, член организации общественного контроля должен проживать в радиусе не более 20 миль от тюрьмы.

При разработке модели НПМ важно учесть масштабы нашей страны, слабую развитость транспортной инфраструктуры и особенности резко-континентального климата многих регионов Казахстана. Конечно, на настоящем этапе развития НПМ в Казахстане возникает сложность создания института независимого контроля при каждом исправительном учреждении (либо на районном или городском уровне), однако стратегически следует развивать НПМ, прежде всего, на местном уровне. В любом случае, количество ОНК в одной области не должно быть ограничено административно-территориальными рамками. Чем больше таких комиссий, тем более полно будут реализовываться требования ФП КПП на территории Казахстана в части функционирования НПМ.

7. Местные механизмы НПМ должны быть усилены национальной общественно-наблюдательной комиссией, которая могла бы посещать любые закрытые учреждения на территории республики и готовить общий годовой отчет о деятельности всех субъектов НПМ. Национальная ОНК также могла бы обеспечивать регулярное обучение членов ОНК на местах, реагировать на наиболее серьезные нарушения, вырабатывать рекомендации, с учетом

мнения местных ОНК и других субъектов общественного мониторинга, для Парламента, центральных исполнительных органов, участвовать в подготовке альтернативных отчетов для договорных органов ООН и т.д.

8. Согласно п. 5 ст. 19-1 УИК РК начало деятельности ОНК совпадает с направлением первого протокола собрания ОНК в территориальный орган УИС. Очевидно, если ОНК обязано отправлять в УИС протоколы своих заседаний, то говорить о ее независимости проблематично. В органы УИС должны направляться отчеты о визитах и соответствующие рекомендации. КУИС и его территориальные органы должны нести обязанность, прямо закрепленную в законе, предоставлять письменные ответы на запросы ОНК, а также информировать о предпринятых мерах по выполнению предложенных рекомендаций.

9. Предлагаем рассмотреть такой порядок формирования ОНК, при котором инициаторы могли бы размещать официальные объявления о создании комиссии, информацию о наборе в ее состав новых членов в республиканских и региональных СМИ (например, в газетах «Казахстанская правда», «Юридическая газета», «Время», «Рудный Алтай», «Вечерняя Алма-Ата» и др.), а также, дополнительно, через объявления в общедоступных местах (публичных библиотеках, учреждениях образования и здравоохранения, органах местного самоуправления и т. п.). Эффективным средством информирования субъектов гражданского общества страны будет являться рассылка персональных приглашений конкретным лицам и местным неправительственным организациям с приглашением принять участие в работе ОНК. Можно также использовать ресурсы социальных сетей, и даже ресурсы электронного Правительства Казахстана. Таким образом, политика открытости и гласности должна сопровождать субъекты общественного контроля на всех стадиях их развития и функционирования.

10. Вызывает недоумение то, что право формирования ОНК предоставляется только общественным объединениям. Почему оно не может быть предоставлено общественным формированиям и непосредственно гражданам? Почему отдельные граждане не могут предлагать свои кандидатуры в качестве членов ОНК? Ведь это было бы прекрасной формой реализации их социальной активности.

11. Упречно выглядит предложенный вариант ст. 19-4 УИК РК. Он ограничивает для ряда лиц возможность участвовать в работе ОНК. Так, в частности, членами ОНК не могут быть граждане, имеющие судимость, подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений, супруги и близкие родственники, находящиеся в заключении. Полагаем, что данные ограничения являются чрезмерными.

Представляется, что лицо, отбывшее наказание в местах лишения свободы, лучше кого-либо осведомлено о практике исполнения такого вида наказания и возможных нарушениях прав человека при этом. В мировой практике общественного контроля лицам, отбывшим наказание, не запрещается участвовать в общественном контроле. Так, в Великобритании ранее судимое лицо может быть членом Совета независимого мониторинга

через пять лет после освобождения. Единственное условие, которое должно быть при этом строго соблюдено заключается в том, что ему запрещено инспектировать тюрьму, в которой он отбывал наказание.

Также спорным выглядит запрет участвовать в работе ОНК для подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений, которые не признаны виновными, и, которые в дальнейшем могут быть освобождены от уголовной ответственности или оправданы судом. В данном случае более правильным было бы вводить только временные ограничения на их участие в работе ОНК, т.е. до момента окончательного разрешения вопроса о виновности или невиновности данных лиц.

Нелогичным выглядит запрет для участия в работе ОНК супругов и близких родственников, лиц отбывающих наказание в местах лишения свободы. С ним можно было бы согласиться, если бы речь шла о контроле над учреждениями, в котором содержатся лица, находящиеся с ними в отношении родства. Однако такого уточнения в законопроекте нет. Таким образом, предлагаемый законопроект в части внесения изменений и дополнений в УИК РК нуждается в весьма тщательной доработке.

Естественно, что важно определить перечень обстоятельств, который может быть основанием для прекращения полномочий члена ОНК. На наш взгляд, этими основаниями могут быть: 1) если он не выполняет удовлетворительно свои обязанности; 2) если он не прошел специальную подготовку по изучению методики мониторинга пенитенциарных учреждений; 3) по причине физического или умственного заболевания, а также по любой другой причине не способен к выполнению своих обязанностей; 4) если он был признан виновным судом в совершении преступления; 5) возник или может в будущем возникнуть конфликт интересов между выполнением членом своих обязанностей и какими-либо другими его интересами — частными, финансовыми и др.

Субъекты института превенции пыток должны быть самостоятельны и независимы в выборе своих членов. Отношения между ними должны строиться на профессиональной и доверительной основе и четком понимании ими того, что они выполняют важную и ответственную общественную функцию.

На наш взгляд, ОНК должны формироваться из двух групп участников: 1) профессиональные мониторы, которые постоянно занимаются этой деятельностью и имеют соответствующий опыт, образование. Оплата их деятельности должна осуществляться на постоянной основе. Основная часть их работы – организационная; 2) волонтеры, в число которых может войти каждый желающий, имеющий минимальную подготовку и соответствующий требованиям, предъявляемым к членам ОНК.

12. Очевидно, что без соответствующих ресурсов ОНК нормально функционировать не смогут, хотя бы потому, что нужны средства на командировки в исправительные учреждения области, обучение, связь, канцтовары и т. п. Какой выход предлагают разработчики законопроекта? В соответствии с п. 7 ст. 19-1 УИК РК деятельность ОНК финансируется за

счет средств государственного социального заказа, реализуемого территориальными органами УИС на конкурсной основе. Часть 6 ст. 19-3 УИК РК устанавливает продолжительность деятельности ОНК в один год. Таким образом, может случиться, что каждый год ОНК будет формироваться из числа новых членов, если ее работа не удовлетворяет по каким-то причинам территориальный орган ОНК.

Предложенный порядок финансирования ОНК, сопряженный также с требованием о том, что на территории области может создаваться только одна ОНК, не будет способствовать созданию эффективного, профессионального НПМ в Казахстане. Более того, благие намерения разработчика законопроекта могут обернуться нежелательными последствиями для субъектов общественного контроля в Казахстане, так как они будут поставлены в финансовую зависимость от территориальных органов УИС. Нет надобности пояснять к чему это может привести. Очевидно, что ОНК, желающие получить средства на свою деятельность, будут предельно лояльны в осуществлении контроля над закрытыми учреждениями, которые находятся в ведении соответствующего органа УИС. Полагаем, что финансирование НПМ должно осуществляться из средств государственного (республиканского) бюджета национальным оператором, независимым от КУИС. ОНК должны также иметь возможность привлекать средства международных и местных донорских организаций для осуществления своей деятельности.

Подводя итоги, отметим, что в законопроекте не разрешены вопросы обеспечения подлинной независимости НПМ, не закреплен прозрачный и демократический порядок его формирования, финансирования, да и весь общественный контроль сведен только к одной форме – ОНК с фокусом на пенитенциарные учреждения. Установленная продолжительность деятельности ОНК не позволяет обеспечить устойчивость и профессионализм в их деятельности. Причем, изменений принципиального характера в их статусе, по сравнению с уже закрепленным в текущем законодательстве, не наблюдается. Кроме того, не ясны правовые последствия осуществления деятельности ОНК. В этих условиях трудно ожидать от ОНК эффективного участия в НПМ.

При разработке модели НПМ в Казахстане важно избежать создания эксклюзивной «бюрократии» в общественных институтах по превенции пыток. Монополизации НПМ несколькими ведущими НПО недопустима. Для решения обозначенной проблемы необходимо отказаться от модели ОНК, которая замыкается только на существующих ОНК. Если данные риски не будут учтены всеми участниками процесса создания НПМ, то часть гражданского общества Казахстана может быть искусственно лишена возможности участвовать в независимом контроле за закрытыми учреждениями, будет допущена их профессиональная стагнация, также будут повышаться риски, связанные с феноменом кооптации, т.е. сближения интересов контролирующих и контролируемых.

В будущем законопроекте следует обеспечить организационную и финансовую независимость субъектов осуществления мониторинга, механизм взаимодействия с администрацией закрытых учреждений и, что самое важное, правовую обязанность учреждений реагировать на рекомендации и замечания субъектов НПМ.

Март 2010 г.

С. А. ПАШИН

*член Независимого экспертно-правового совета,
профессор Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», к.ю.н, доцент,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке*

**АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА
В СВЯЗИ С РАТИФИКАЦИЕЙ РЕСПУБЛИКОЙ КАЗАХСТАН
МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНВЕНЦИИ ДЛЯ ЗАЩИТЫ ВСЕХ ЛИЦ ОТ
НАСИЛЬСТВЕННЫХ ИСЧЕЗНОВЕНИЙ²¹⁰**

Генеральная ассамблея ООН и участвующие в Международном пакте о гражданских и политических правах государства провозгласили, что «признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых их прав является основой свободы, справедливости и всеобщего мира». Далее в преамбуле Международного пакта подчеркивается: «идеал свободной человеческой личности, пользующейся гражданской и политической свободой и свободой от страха и нужды, может быть осуществлен, только если будут созданы такие условия, при которых каждый может пользоваться своими... правами», причем «государства обязаны поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека».

Ратификация в 2008 году Республикой Казахстан Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений соответствует выраженным в Международном пакте идеям и требует создания эффективных национальных механизмов имплементации положений Конвенции. Соответствующие меры должны быть отражены в докладе Комитету по насильственным исчезновениям (ст. 29 Конвенции).

Виновниками насильственных исчезновений обыкновенно бывают должностные лица и прочие агенты государства, а жертвами – неугодные властям люди, а также в обстановке внутренней политической борьбы, чрезвычайного либо военного положения и простые обыватели. Исчезновениям способствуют, в частности: солидарность государственных служащих; запуганность населения; отсутствие прозрачности в деятельности правоохранительных органов и армии, тенденция к самозасекречиванию; слабость общественного контроля за силовыми структурами. Исчезновения влекут оставление похищенного (удерживаемого) лица без защиты закона, являются предпосылкой для пыток, другого жестокого и унижающего достоинство человека обращения и наказания, бессудных расправ и казней.

²¹⁰ Настоящая аналитическая записка подготовлена при поддержке *Freedom House*. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с официальной позицией *Freedom House*.

В Республике Казахстан приняты нормы уголовного и уголовно-процессуального законодательства, соответствующие ряду положений Конвенции, однако зло, заключающееся в насильственных исчезновениях, не может быть преодолено только установлением ответственности причастных к соответствующим преступлениям лиц и вообще исключительно юридическими средствами. Надо иметь также в виду, что предотвращение и расследование случаев насильственного исчезновения предполагает создание и использование, главным образом, общих механизмов правоохраны и правосудия (например, предполагаемое статьей 12 Конвенции предоставление государственной защиты жертве насильственного исчезновения, свидетелям, родственникам исчезнувшего лица, их адвокатам должно осуществляться в рамках законодательства об обеспечении безопасности участников судопроизводства).

Как представляется, наиболее значимы и нуждаются в приложении больших усилий для их реализации положения статей 12, 17-24 Конвенции.

Конкретные предложения эксперта о национальных правовых мерах по имплементации положений Международной конвенции для защиты всех лиц от насильственных исчезновений таковы.

1. В соответствии со ст. 2 Конвенции насильственным исчезновением считается не только задержание или арест в уголовно-процессуальном смысле этих понятий, но также «похищение или лишение свободы в любой другой форме».

Очевидно, что «исчезновения» могут происходить не только в рамках уголовного судопроизводства, но также и при злонамеренном применении норм законодательства: об административных правонарушениях; о мигрантах; об экстрадиции; о военном и чрезвычайном положении. «Исчезновения» могут быть замаскированы под меры безопасности при оказании психиатрической и медицинской помощи.

Следовательно, национальное законодательство могло бы воспринять идею о более широком использовании процедуры типа *habeas corpus* для защиты людей. Необходимо признать эту процедуру в качестве инструмента не только уголовного и отчасти административного судопроизводства, но в качестве механизма конституционного права, распространив ее действие на всех без исключения лиц, подвергающихся фактическому лишению свободы в любых формах и по любым основаниям.

Всякое лишенное свободы лицо, как и его законные представители, должны получить право на скорейший доступ к судье для проверки законности и обоснованности заключения (изоляции от общества). Независимо от волеизъявления лишенного свободы лица и его представителей оно должно быть без неоправданных задержек (в течение 24 или 48 часов) доставлено к судье для тех же целей. Особо следует подчеркнуть, что судья, осуществляющий процедуру *habeas corpus*, не может быть лишен права выслушивать показания свидетелей, проверять «обоснованность подозрения или обвинения», наличие доказательств причастности подозреваемого или обвиняемого к деянию, которое ему

приписывают, наличие доказательств опасности для себя и окружающих лица, которому оказывается психиатрическая помощь.

2. Регистр лиц, лишенных свободы, о котором говорится в ст. 17 и 18 Конвенции, должен включать широкий круг фактически содержащихся в неволе лиц вне зависимости от оснований такого заключения, будь то постановление (приговор) судьи либо приказ командования о выдворении лица за пределы местности, в которой действует режим военного или чрезвычайного положения, режим контртеррористической операции.

Данный регистр необходимо реализовать в электронной форме, а соответствующая справочная система, охватывающая всю территорию страны, должна обеспечивать доступ к информации в режиме реального времени. Такой доступ должен обеспечиваться всякому лицу, «которое имеет законный интерес к этой информации» (ст. 18 Конвенции), в частности родственникам пропавшего человека. Нормы, регламентирующие порядок работы с данными и доступность их для заявителей, необходимо изложить в специальном законе либо в более общем законе об информации.

Нужно предусмотреть, что сведения о факте лишения человека свободы и об этом человеке, а также другая информация, указанная в статьях 17 и 18 Конвенции, помещается в базу данных не позднее 3 часов после задержания лица (составления протокола задержания или фактического лишения свободы).

Особо следует подчеркнуть, что информация о содержащихся в неволе лицах относится к разряду конфиденциальной, но не может засекречиваться в качестве государственной тайны.

Типичная ситуация: подросток задержан, скажем, за похищение мобильного телефона, а родители, не зная об этом, обзванивают больницы, морги, отделения органов внутренних дел. Нужно, чтобы мать или отец подростка, явившись в любое отделение милиции (полиции) и представив документы, доказывающие родство с пропавшим подростком, немедленно получили от дежурного офицера, обратившегося без проволочек к информационной системе, справку о местонахождении сына и причинах его удержания властями.

3. Специальный докладчик ООН по вопросам применения пыток призвал к полному запрету заключения без права контактов с внешним миром (*incommunicado*). Он заявил: «Пытки чаще всего применяются при заключении без права общения. Оно должно быть признано незаконным, а лица, находящиеся в таком заключении, должны быть незамедлительно освобождены» (Доклад Специального докладчика ООН по вопросам применения пыток, UN Doc. E/CN.4/1995/434, пар. 926(г)).

Идеальным было бы запретить содержание лиц под стражей (в том числе задержанных) без права общения. Если же казахстанский законодатель дорожит такой возможностью, необходимо, чтобы УПК Республики Казахстан ограничил применение режима *incommunicado*, по крайней мере, следующими гарантиями:

возможностью применения этого режима только по делам об особо тяжких преступлениях и только по делам о взрослых подозреваемых (обвиняемых);

непродолжительностью времени сохранения такого режима (например, до 3 часов без судебной санкции, не свыше 12 или 24 часов с санкции судьи);

необходимостью получения судебной санкции на сохранение этого режима свыше 3 часов после фактического лишения свободы;

предоставлением подозреваемому (обвиняемому) возможности связаться с указанным им адвокатом вне зависимости от установления режима *incommunicado*.

Иными словами, временный запрет на контакты с внешним миром не должен распространяться на связи с избранным лицом адвокатом-защитником.

При отсутствии судебной санкции на временное содержание лица в заключении без права общения правоохранительные органы и другие компетентные органы и должностные лица должны, не дожидаясь просьбы заключенного, незамедлительно (в течение 3-6 часов после фактического лишения свободы) уведомить его близких о факте и месте содержания заключенного.

4. Необходимо обеспечить эффективное расследование всякого случая действительного или предполагаемого исчезновения.

Для этого целесообразно обеспечить:

немедленное, без предварительной проверки, возбуждение уголовного дела по всякому заявлению об исчезновении человека;

вынесение одновременно с возбуждением уголовного дела постановления о признании потерпевшими родственников пропавшего лица (заявителей);

право потерпевших в данном случае (а также и по всем прочим уголовным делам) на получение информации о ходе расследования;

право потерпевших на квалифицированную юридическую помощь адвоката, назначенного государством; такой адвокат-представитель должен оказывать помощь бесплатно для потерпевших либо на льготных условиях (например, за половинную плату, а также и с учетом имущественного положения потерпевших);

возможность участия в процессе (хотя бы в форме представления материалов и получения доступной потерпевшим информации) представителей правозащитных организаций.

Бездействие власти, отказ от предоставления информации должны влечь ответственность должностных лиц вплоть до уголовной и, самое главное, служить основанием для обращения с жалобой в суд.

5. В статье 5 Конвенции «широко распространенная или систематическая практика насильственных исчезновений» рассматривается как преступление против человечности.

Наказуемость преступлений против человечности, которые считаются разновидностью преступлений против человечества, была достигнута после

Второй мировой войны в ходе деятельности Международного военного трибунала и заседаний в 12 судебных процессах американских военных трибуналов в Нюрнберге. Важно обратить внимание на то, что наряду с физическими лицами под судом Международного военного трибунала находились преступные организации, в которых подсудимые состояли либо которые они возглавляли. Организации вроде СД, гестапо, а также верхушка партийного аппарата НСДАП были ответственны за бессудные казни, геноцид, депортацию и массовые насильственные исчезновения людей.

Полагаю, в связи с изложенным казахстанский законодатель мог бы рассмотреть возможность установления уголовной ответственности юридических лиц (организаций) за военные преступления и преступления против человечности, а заодно – и за экологические преступления, как это практикуется в США, ФРГ и ряде других государств. В Российской Федерации соответствующая глава содержалась в проекте Уголовного кодекса, принятого в 1996 году, однако в окончательную редакцию текста она не вошла.

6. В нормах УПК Республики Казахстан о подсудности, а также в других соответствующих актах (например, в законодательстве о статусе военнослужащих и должностных лиц правоохранительных органов) следует установить запрет на разбирательство уголовных дел по обвинению должностных лиц в похищении, незаконном удержании людей, бессудных (суммарных) казнях, пытках и вообще во всяком превышении власти, связанном с насильственными исчезновениями и другим попранием свобод и прав граждан, - в военных и специальных судах. Такого рода уголовные дела не должны расследоваться чиновниками спецслужб, военного командования и органов внутренних дел.

7. В законе о содержании под стражей необходимо четко установить запрет на содержание задержанных и арестованных в незарегистрированных (нелегальных, импровизированных) местах заключения. Надо подчеркнуть, что немедленное доставление заключенного к судье, о чем речь шла в пункте 1 настоящей аналитической записке, служит мерой, препятствующей распространению нелегальных мест заключения, а при их наличии – средством для определения места нахождения, состояния здоровья заключенного, установления должностного лица, ответственного за арест или задержание.

Нужно установить также, что лицо должно по возможности помещаться в следственный изолятор, находящийся вблизи места проживания подозреваемого или обвиняемого. О переводе лица в другое место содержания под стражей должны немедленно уведомляться его близкие и адвокат-защитник.

8. Опыт внутренних конфликтов в государствах-членах СНГ показал, что одним из факторов, способствующих насильственным исчезновениям, выступает перевод лица из постоянного места содержания под стражей в изолятор временного содержания или даже воинскую часть под предлогом производства следственных действий (оперативно-розыскных мероприятий)

«по месту производства предварительного следствия» или «в месте совершения преступления».

По данным правозащитных организаций, обвиняемые, которых переводят из следственного изолятора и передают в руки спецслужб либо военных властей, подвергаются бесчеловечному обращению, физическому и психическому принуждению, порою бесследно исчезают.

Поэтому этапирование обвиняемых (подозреваемых) в другую местность или перевод их в другое учреждение должны практиковаться не иначе как с санкции судьи, даваемой после заслушивания стороны защиты, и с извещением близких обвиняемого (подозреваемого) о новом месте его нахождения.

9. Идентификация трупов жертв насильственных исчезновений, погибших в неволе или вследствие неправомерного содержания в неволе, и погребение их останков должны производиться за счет государства.

10. Необходимо обеспечить прозрачность мест содержания лиц под стражей. Для достижения данной цели полезно, в частности, специальным законом урегулировать деятельность общественных инспекторов, уполномоченных в сопровождении доверенных врачей и юристов: без специального разрешения посещать изоляторы, колонии и другие места фактического лишения свободы; беседовать с заключенными и представителями администрации; принимать заявления и жалобы; знакомиться с документами, касающимися прав арестованных и задержанных; составлять заключения и доклады; обращаться с предложениями и заявлениями в компетентные органы.

В Российской Федерации похожий статус имеют члены общественных наблюдательных комиссий, действующие в соответствии с положениями Федерального закона от 10 июня 2008 года № 76-ФЗ «Об общественном контроле за обеспечением прав человека в местах принудительного содержания и о содействии лицам, находящимся в местах принудительного содержания».

11. Целесообразно возложить на специальный орган или высокопоставленное должностное лицо функцию взаимодействия (в том числе оперативного, в связи с жалобами конкретных граждан) с Комитетом по насильственным исчезновениям.

Такое должностное лицо не должно работать в системе Министерства внутренних дел, принадлежать к спецслужбам. Возможно, эта работа по плечу омбудсмену либо чиновнику МИД, Минюста в ранге заместителя соответствующего министра.

Разрешите выразить надежду, что приведенные выше соображения и рекомендации будут способствовать дальнейшему развитию законодательства Республики Казахстан в направлении совершенствования гарантий прав личности в соответствии со стандартами международного сообщества.

Июнь 2010 г.

ПРИМИРИТЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ

Л.В. ГОЛОВКО

профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора юридического факультета
Московского Государственного университета им. М.В. Ломоносова,
д.ю.н.

ЗАКОН ОБ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУР (МЕДИАЦИИ) В СУДОПРОИЗВОДСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: ИМИТАЦИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ИЛИ ПЕРВЫЙ ШАГ?²¹¹

Политико-правовой контекст разработки законопроекта

Несомненная заинтересованность казахстанских властей во внедрении в национальное уголовное и гражданское судопроизводство разнообразных примирительных процедур (в том числе медиации) заслуживает всяческой поддержки. Отрадно, что соответствующая инициатива была выдвинута на высшем политическом уровне и оформлена в виде одного из поручений, данных Президентом Республики Казахстан на V съезде судей 18 ноября 2009 года. Столь высокий уровень инициативы с очевидностью демонстрирует наличие в Казахстане *политической воли*, направленной на имплементацию в национальную правовую систему новейших процессуальных примирительных технологий, которые относительно давно известны на Западе и которых явно не хватает на так называемом постсоветском пространстве. Дальнейшее движение с неизбежностью потребовало *технического решения* поставленной политической задачи, в результате чего появился подготовленный Верховным судом РК проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам внедрения примирительных процедур (медиации)».

Обращает на себя также внимание Концепция законопроекта – прилагаемый к последнему документ, служащий обоснованием необходимости проведения соответствующих реформ. Данный документ подготовлен на очень высоком профессиональном уровне – в нем всесторонне и глубоко изложены все необходимые для уяснения сути реформ понятийные конструкции, включая понятие медиации, механизм и принципы

²¹¹ Экспертное заключение подготовлено при поддержке Freedom House. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Freedom House.

ее проведения, показана ценность примирительных процедур и медиации для оптимального развития национального судопроизводства, представлен сравнительно-правовой обзор позитивного зарубежного опыта.

В этом смысле не может не вызывать восхищения колоссальный прогресс, всего за несколько лет достигнутый казахстанским политико-юридическим сообществом в направлении уяснения сути примирительных процедур (медиации) и необходимости их имплементации в национальную правовую систему. Напомним, что широкое обсуждение института медиации (по крайней мере, применительно к уголовному процессу) впервые состоялось в юридических кругах Казахстана в ходе Международной конференции «Альтернативы уголовному преследованию и защита прав человека в Центральной Азии», организованной при поддержке БДИПЧ ОБСЕ и проходившей в г. Алматы 25-26 ноября 2004 года²¹². Будучи одним из участников данной конференции, автор настоящих строк не может не признать, что в тот момент ни понятие, ни правовая природа института медиации просто-напросто не были известны в странах Центральной Азии, включая Казахстан. Речь на конференции, по сути, шла не столько о перспективах имплементации примирительных процедур в национальное законодательство соответствующих стран, сколько об обсуждении самих конструкций «медиации» и «альтернатив уголовному преследованию», причем исключительно в сравнительно-правовой плоскости, казавшейся большинству представителей национального политико-юридического истеблишмента некоей «иностранной экзотикой». Вряд ли в тот момент кто-то из скептически настроенных участников конференции мог подумать, что *всего пять лет спустя* пожелание скорейшего внедрения медиации в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство прозвучит в качестве одного из поручений главы государства. Вряд ли в условиях абсолютного незнания концепции и практики медиации кто-то тогда также мог подумать, что опять-таки всего пять лет спустя законопроект о внедрении в Казахстане медиации будет сопровождаться подготовленной на столь высоком уровне объяснительной запиской с подробным изложением всех теоретических нюансов медиационных процедур. Прделанная за прошедшее непродолжительное время доктринальная работа без преувеличения впечатляет.²¹³

²¹² См. отчет об этой конференции: Юрист. 2004. № 12 (2004).

²¹³ Темпы качественного скачка в направлении реализации в Казахстане новейших медиационных технологий впечатляют, особенно с учетом личного опыта автора данных строк, полученного во время участия во второй международной конференции «Альтернативы уголовному преследованию в Центральной Азии: современное состояние и перспективы развития», организованной при поддержке БДИПЧ ОБСЕ в г. Алматы 4-5 июня 2007 г. В тот момент само понятие медиации было участникам конференции хорошо известно, однако перспективы ее реализации казались почти столь же туманными, что и в 2004 году. Ясно, что колоссальный сдвиг в этом направлении в сознании казахстанского политико-юридического сообщества произошел буквально в течение двух последних лет, то есть во много раз быстрее, чем в большинстве остальных западных и постсоветских стран.

Все это позволяет сделать вывод об успешном **завершении** в Казахстане **просветительско-педагогического** этапа развития процессуальных идей «альтернативных способов разрешения социальных конфликтов», «медиации» и т. д. – этапа, имевшего место во всех странах без исключения, когда соответствующие доктринальные концепции должны были найти позитивный отклик у законодателя и правоприменителей. В такой ситуации в рамках данного анализа мы избавлены от необходимости, во-первых, в очередной раз убеждать кого бы то ни было в плодотворности широкого применения примирительных процедур (медиации и др.) для успешного развития в современных условиях национального уголовного и гражданского судопроизводства, а, во-вторых, опять-таки в очередной раз останавливаться на разъяснении соответствующих понятий и конструкций, их соотношении, механизме применения и т. д.

В итоге мы здесь исходим из двух **аксиом**:

1) все сугубо теоретические аспекты, связанные с интересующими нас понятиями и конструкциями, в Казахстане достаточно хорошо изучены, о чем, в частности, свидетельствует прилагаемая к законопроекту Концепция;

2) казахстанское политико-юридическое сообщество прекрасно отдает себе сегодня отчет во всех позитивных последствиях широкого внедрения в судопроизводство примирительных процедур (медиации), в силу чего в стране имеет место соответствующая *политическая воля*, направленная на их внедрение и нашедшая, в частности, отражение в Концепции правовой политики на 2010- 2020 гг. и основанном на ней поручении Президента РК от 18 ноября 2009 г.

В такой ситуации рассматриваемый законопроект по своей сути представляет собой техническую реализацию поставленной политической задачи. Именно в таком ракурсе он и должен рассматриваться. Иными словами, нас здесь интересует, в какой мере законопроект способен *технически корректно* реализовать выработанное политической властью направление судебно-правовой политики (и способен ли он его реализовать вообще) - направление, которое само по себе никаких сомнений не вызывает и может оцениваться исключительно положительно.

Суть законопроекта

Все положения законопроекта, предполагающие внесение изменений и дополнений в УК РК, УПК РК и ГПК РК, можно условно разделить на две группы:

1) те, что не имеют непосредственного отношения к имплементации в судопроизводство Республики Казахстан примирительных процедур (медиации), но свидетельствуют о стремлении законодателя несколько смягчить уголовную репрессию;

2) те, что непосредственно направлены на имплементацию в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство примирительных процедур (медиации).

Учитывая тему настоящего анализа, мы здесь лишь вскользь остановимся на тех положениях законопроекта, которые не касаются собственно примирительных процедур (**первая группа**).

Если специально не рассматривать теоретически верное, уголовно-политически оправданное, но, в общем-то, сугубо декларативное (при всем значении символизма в праве) изменение редакции ст. 8 УПК РК о задачах уголовного процесса, то речь в свою очередь идет о двух нововведениях: а) расширении в УК РК перечня наказаний путем восстановления в казахстанском праве известного с советских времен наказания в виде «возложения обязанности загладить причиненный вред»; б) возможности освобождения лица от уголовной ответственности «в связи с примирением с потерпевшим»²¹⁴ не только по преступлениям небольшой и средней тяжести, но и по тяжким преступлениям. При этом освобождение от уголовной ответственности по данному основанию в случае совершения преступления средней тяжести (при наличии, разумеется, примирения) становится императивным. Иными словами, законодатель расширяет не только круг преступлений, по которым возможно освобождение от уголовной ответственности, но и круг императивных оснований такого освобождения.

Любое расширение номенклатуры альтернативных лишению свободы видов наказания в принципе можно только приветствовать. Постсоветская система наказаний (Казахстан в этом смысле не исключение) крайне бедна и архаична. Так называемых альтернативных санкций здесь крайне мало (в сравнении, например, с западными правовыми порядками), и даже те, что имеют место, на практике применяются недопустимо редко (в относительном выражении). Другое дело, что казахстанский законодатель, понимая суть проблемы, пытается действовать «по линии наименьшего сопротивления», восстанавливая известный «советский» вид наказания, не требующий к тому же никакой инфраструктурной пенитенциарной модернизации (создания специальных социальных служб, служб пробации и т. д.). Мы, конечно, далеки от того, чтобы «демонизировать» все советские по происхождению правовые институты и юридические конструкции (в техническом плане среди них было немало вполне нейтральных и даже разумных). Но ведь не следует забывать, что наказание в виде «возложения обязанности загладить причиненный вред» и в советское время относилось к видам наказаний, почти не применявшимся «в практике судов, хотя преступления, за которые они могли бы быть применены», были «довольно распространены»²¹⁵, в силу чего советская уголовно-правовая доктрина (причем ее «либеральное крыло») ратовала за отказ от данной меры наказания еще в конце 1980-х

²¹⁴ Данное нововведение, как будет показано далее, в некоторых случаях может быть связано с примирительными процедурами. Однако в целом речь идет о так называемом простом примирении (когда стороны мирятся без медиатора), не имеющим отношения к примирительным технологиям, в силу чего мы и рассматриваем данное нововведение как непосредственно не касающееся примирительных процедур.

²¹⁵ Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, С. Г. Келина. М. 1987. С. 148.

годов.²¹⁶ Что изменилось с тех пор? Есть ли у казахстанского законодателя какие-то данные, позволяющие утверждать, что данный вид наказания «заработает» 20 лет спустя и реально изменит карательную уголовную политику? В целом данное нововведение, разумеется, вполне «безвредно» с точки зрения прав личности, но в его пользе и эффективности уверенности нет.

Что касается расширения возможности применения освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением сторон, то нас смущает не столько факт «расширения» (сам по себе он вполне может рассматриваться положительно), сколько используемый законодателем метод, направленный на «механизацию» применения данной альтернативы уголовному преследованию. Возможность освобождения от уголовной ответственности должна основываться (в отличие от дел частного обвинения) не на формальных требованиях (категория преступления, письменное обращение потерпевшего и т. д.), а на максимально гибком учете индивидуальных обстоятельств дела. В этом смысле любые альтернативы уголовному преследованию всегда должны быть, строго говоря, *дискреционными* и не зависеть от «категории преступления» и т. д. О том же, к слову, пишут и составители Концепции законопроекта, когда со ссылкой на итальянский опыт отмечают, что решение о направлении дела в центр примирения (ЦП) принимается в случае, если «преступление затрагивает интересы людей, уже знакомых друг с другом, и ... ставит под угрозу их взаимоотношения». Иными словами, применение альтернативы уголовному преследованию зависит не от категории преступления, а от социальной ситуации: в одной ситуации альтернатива должна применяться, в другой – нет, хотя категория и даже вид преступления будут совершенно идентичны. Скажем, кража остается кражей, невзирая на то, идет ли речь о профессиональном воре, случайном воре или краже одним членом семьи денег из кошелька другого члена семьи, но уголовно-правовая реакция на преступление во всех названных случаях должна быть дифференцирована. Казахстанский законодатель, правильно расставляя акценты в Концепции законопроекта, при редактировании самого текста закона поступает противоположным образом, предлагая, по сути, унифицированный вариант уголовно-правовой реакции во всех случаях совершения преступления определенной категории, что вряд ли правильно. В такой ситуации в реальной практике неизбежно будут возникать случаи, «шокирующие» широкие слои населения и ставящие в общественном мнении под угрозу легитимность самого института альтернатив уголовному преследованию, когда, например, циничный или даже профессиональный преступник будет «мириться» со своей жертвой и избегать заслуженного уголовного преследования.

Перейдем теперь к анализу тех предлагаемых нововведений, которые непосредственно направлены на имплементацию в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство современных примирительных технологий

²¹⁶ Там же.

(вторая группа) – именно на них мы в дальнейшем и сосредоточимся, не возвращаясь более к остальным положениям законопроекта.

Соответствующие уголовно-процессуальные положения сконструированы на базе упоминавшегося и уже существующего в действующем праве Казахстана института освобождения от уголовной ответственности «в связи с примирением с потерпевшим», что, впрочем, технически вполне объяснимо. Речь идет о дополнении УПК РК новой статьей 38-1, в соответствии с которой примирение может быть достигнуто не только собственными усилиями потерпевшего и обвиняемого (подозреваемого), но и посредством примирительных процедур (медиации) «в порядке, установленном» специальным Законом РК о примирительных процедурах (медиации), коего в готовящемся пакете законопроектов пока, насколько нам известно, нет. В такой ситуации основанием освобождения от уголовной ответственности будет не «простое примирение», а соглашение об урегулировании конфликта. Вот, собственно, и все...

Чуть подробнее законодатель предполагает урегулировать применение примирительных процедур (медиации) в гражданском процессе, сконструировав не новую статью, но новую главу ГПК РК (глава 12-1). В ней вполне квалифицированно, хотя и достаточно абстрактно изложены цели медиации, указаны категории гражданских дел, по которым допускается и соответственно не допускается ее применение, урегулирован механизм исполнения соглашения об урегулировании спора (пусть и несколько лапидарно). Что касается процедуры медиации, то из нового закона будет только понятно, что она должна завершаться «в срок не более тридцати суток». Много менее понятно, кто должен инициировать процедуру медиации, поскольку из новой ст. 135-1 ГПК должно вытекать, что решение о приостановлении производства по делу для проведения медиации суд принимает «по ходатайству сторон или по собственной инициативе с их согласия», а ст. 135-2 будет предусматривать, что «урегулирование спора проводится медиатором (посредником) по ходатайству одной (sic! – Л. Г.) или обеих сторон».²¹⁷ Но совсем непонятно и не может быть понятно, где и как проводится «в течение тридцати суток» медиация, поскольку здесь

²¹⁷ Здесь законодателю неплохо было бы разобраться с терминологией, поскольку мы, конечно, можем при желании «распутать этот клубок» и понять, что здесь имеется в виду, но принцип правовой определенности никто еще не отменял. Алгоритм необходимых действий должен быть понятен не только специалистам по медиации, но и всем участникам судопроизводства. Возвращаясь к данной ситуации, видимо, под «инициативой» суда понимается «разъяснение» сторонам их права обратиться к медиатору, что предусмотрено ст. 170 готовящейся версии ГПК РК. Что касается «ходатайства одной из сторон», то, наверное, законодатель имеет в виду отнюдь не одностороннее действие, а нечто другое – скажем, тот факт, что стороны не обязаны излагать перед медиатором свою просьбу провести медиацию «хором» или путем составления общего документа. Но надо ли пытаться облекать эти очевидные вещи в процессуальные формы и создавать в результате двусмысленные терминологические процессуальные конструкции?

законодатель вновь ограничивается отсылкой к несуществующему специальному закону о примирительных процедурах (медиации).

Как оценить предлагаемые законодателем нововведения и можно ли их рассматривать в качестве технически корректного механизма имплементации примирительных процедур (медиации) в судопроизводство Республики Казахстан?

Общая оценка законопроекта в части введения примирительных процедур

Совершенно понятно, что даже после принятия и вступления в силу разрабатываемого Закона институт медиации не начнет функционировать в Казахстане в качестве именно *правового института*. В большинстве случаев возможность медиационного урегулирования уголовно-правового или гражданско-правового конфликта останется исключительно «виртуальным правом» участников судопроизводства (*виртуальная медиация*). Реальное использование данного права либо не будет наблюдаться вовсе, либо (по незначительному числу дел) станет результатом случайного стечения обстоятельств (*стихийная медиация*).

Что должны сделать потерпевший и обвиняемый, чтобы реализовать право, предоставленное им ст. 38-1 предполагаемой редакции УПК РК? Видимо, самостоятельно и без малейшей помощи государства найти где-то на казахстанских просторах «медиатора», обратиться к нему, оплатить его работу и затем представить лицу, ведущему производство по делу, готовое медиационное соглашение. Но где они реально смогут найти компетентного медиатора, который к тому же отвечал бы требованиям, справедливо обозначенным в Концепции законопроекта: беспристрастность, нейтральность, отсутствие корыстной или иной заинтересованности и др.? Мы верим в способность волонтеров или неправительственных организаций активно включиться в оказание соответствующей помощи. Но можно ли ожидать их появления в каждом населенном пункте, в каждой деревне или городе? Волонтерская деятельность может привести лишь к появлению упомянутой «стихийной медиации», когда возможность реализации закрепленных в законе прав зависит не от институциональных факторов, а от случайного стечения обстоятельств.

Куда и к кому должны обращаться истец и ответчик, заинтересовавшись разъясненным им судом правом на мирное урегулирование гражданско-правового спора? Видимо, им опять-таки, как и в уголовном процессе, требуется самостоятельно найти «по телефонному справочнику» медиатора, что, откровенно говоря, будет делом нелегким даже в отведенные законом «тридцать суток». Можно ли в такой ситуации рассчитывать на нормальное развитие в Казахстане гражданско-правовой медиации?

В целом законопроект ограничивается созданием некоторых процессуальных норм, достаточно бессмысленных в отсутствие институционального каркаса (служб медиации и медиаторов) и надлежащего

государственного финансирования. Ситуация напоминает попытку сконструировать судебную систему, приняв процессуальный кодекс, но не создав сами суды, не сформировав судейский корпус и не решив вопросы финансирования.

В этом смысле ключевыми в понимании реального значения «реформы» являются не предлагаемые изменения в УК РК, УПК РК и ГПК РК (при всех их достоинствах и недостатках), а два положения, содержащиеся в Концепции законопроекта. Согласно *первому* из них, необходимо разработать самостоятельный Закон «О примирительных процедурах (медиации) в Республике Казахстан», который и должен определить условия получения статуса медиатора, правила оплаты его деятельности и т. д. Уточним только, что вопреки мнению составителей Концепции, данный Закон является не средством «эффективного и комплексного решения всех вопросов, касающихся института примирительных процедур (медиации)», а *conditio sine qua non* существования в Казахстане института медиации как такового. Без его принятия все предлагаемые процессуальные нововведения являются лишь «декларацией о намерениях». Согласно *второму* – реализация законопроекта не потребует дополнительных финансовых затрат из государственного бюджета. На самом деле, это и есть ключевое положение Концепции, в свете которого все остальные ее положения, как и сам текст законопроекта, превращаются в сугубо доктринальный документ, лишенный практического значения.

Здесь-то и возникает главный вопрос: *каковы подлинные намерения законодателя?* Нам, разумеется, не дано их знать, но с учетом анализируемых текстов Концепции и самого законопроекта законодатель прекрасно отдает себе отчет в невозможности создания института медиации в отсутствие соответствующих институциональных и финансовых усилий. Об этом свидетельствуют многочисленные и совершенно справедливые пассажи Концепции, где говорится (пусть и исключительно в сравнительно-правовом аспекте) о «социальных службах», «центрах примирения», «бюджетном финансировании» и т. д. Не будем их все цитировать, тем более что выше мы уже признали в качестве аксиомы компетентность современного казахстанского законодателя в вопросе о значении надлежащей инфраструктуры для развития медиации. Поэтому, возвращаясь к поставленному вопросу о целях принятия анализируемого законопроекта и намерениях его составителей, вариантов ответа, на наш взгляд, может быть только *два*:

А) Казахстанский законодатель не видит реальных возможностей по выделению необходимых финансовых средств для развития в стране инфраструктуры медиации. В такой ситуации принятие закона о «виртуально-стихийной медиации» необходимо исключительно из «имиджево-бюрократических» соображений. *С одной стороны*, это позволит формально относить Казахстан к числу стран, где якобы существует медиация. Принятие законопроекта превращается в такой ситуации в

своеобразную «пиар-акцию», а реальное (социологическое) функционирование института отходит на второй план. С другой стороны, возникает возможность отчитаться «наверх» об исполнении поручения Президента РК, причем, не прилагая к этому никаких существенных усилий.

Б) Казахстанский законодатель рассматривает принятие закона в качестве первого формального шага на пути реального создания в стране института медиации и подобных ему примирительных процедур. Данный шаг при всей его кажущейся легкости, поверхностности и недостаточности абсолютно необходим для легализации в Казахстане института медиации, без чего нельзя поднимать вопрос о выделении соответствующих бюджетных ресурсов и совершении необходимых действий по налаживанию надлежащей инфраструктуры. После реализации первого шага (после принятия Закона о внесении дополнений в УК РК, УПК РК, ГПК РК) никто не собирается рапортовать «наверх» об исполнении поручения. Оно еще не исполнено. За первым шагом последуют следующие шаги, и только после того как инфраструктура и механизмы начнут реально функционировать, можно будет официально объявить о том, что в Казахстане появилась «подлинная медиация».

Первый из названных «сценариев» можно обозначить в качестве *пессимистического*, а второй – *оптимистического*. Пессимистический вариант развития событий мы здесь рассматриваем исключительно в качестве «теоретической спекуляции», не имеющей никакого отношения к реальным намерениям казахстанского законодателя. Если же исходить из оптимистического варианта развития событий, то становится ясно, что необходима четкая программа *дальнейших реформ*, направленных на реальную имплементацию примирительных процедур (медиации) в казахстанское уголовное и гражданское судопроизводство. В такой ситуации рассматриваемый законопроект является не «законом об имплементации», но исключительно «законом о легализации» института медиации в казахстанской правовой системе. Строго говоря, иного значения он не имеет, и иметь не может. Для имплементации требуется не столько конструирование уголовно-процессуальных и гражданских процессуальных норм, сколько несколько иной алгоритм действий и решений.²¹⁸

²¹⁸ Строго говоря, Казахстан не является первым государством Центральной Азии, легализующим у себя примирительные процедуры (медиацию). До того институт медиации был закреплен в Кыргызской Республике Законом от 25 июня 2007 г., дополнившим соответствующим положением (упоминанием «медиатора») п. 2 ч. 1 ст. 29 УПК КР. Другое дело, что в Кыргызстане так и не произошло реальной имплементации института медиации, который, по сути, остался лишь «на бумаге», существуя в «виртуально-стихийном виде» (об этом см., например, заявление кыргызстанских правозащитных организаций, сделанное в ходе Дополнительного совещания по человеческому измерению (Supplementary Human Dimension Meeting), организованного БДИПЧ ОБСЕ в Вене 12-13 июля 2007 г., где они сетовали на полное отсутствие инфраструктуры после принятия соответствующего Закона; http://www.osce.org/documents/odihhr/2007/07/25565_ru.pdf). В этом смысле Казахстан может стать первым государством Центральной Азии, создавшим для медиации

Программа необходимых реформ по имплементации примирительных процедур

В максимально схематичном виде программа реальной имплементации в казахстанскую правовую систему института медиации должна включать следующие элементы:

- а) решение проблемы государственного финансирования;
- б) разграничение сфер применения социальной (финансируемой бюджетом) и коммерческой медиации;
- в) подготовка корпуса компетентных медиаторов и решение вопроса об их правовом статусе;
- г) определение форм деятельности медиаторов (службы медиации, индивидуальные медиаторы и т. д.) и организационное обеспечение их деятельности;
- д) уточнение процессуальной составляющей (уголовно-процессуальная и гражданская процессуальная адаптация института медиации).

На данном этапе законодатель стремится решить исключительно процессуальные проблемы, что является, пожалуй, наиболее организационно простым элементом программы реформ. Более того, качественная процессуальная адаптация института медиации, строго говоря, возможна только на завершающем этапе его имплементации – в противном случае процессуальные нормы приобретают декларативный и отсылочный характер (что мы и видим в предлагаемом законопроекте). Законодатель, предлагая участникам судопроизводства прибегнуть к медиации, в сущности, пытается отправить их «в пустоту», наличие которой абсолютно предопределено нерешенностью финансовых и организационных проблем.

На самом деле первоочередным вопросом, подлежащим решению казахстанским законодателем, является вопрос об объемах бюджетного финансирования, которое государство способно выделить для внедрения в национальное судопроизводство механизма примирительных процедур (медиации). Понятно, что данный вопрос находится в компетенции отнюдь не Верховного суда РК, определенного «в качестве основного разработчика» соответствующего законопроекта, но политической власти. Понятно также, что если законодатель будет и дальше исходить из того, что, как сказано в Концепции законопроекта, реализация последнего «не потребует дополнительных финансовых затрат из государственного бюджета», то никакая институционализация медиации в Казахстане просто-напросто недостижима (!). В такой ситуации «казахстанскую медиацию» ожидает судьба ее «кыргызстанской предшественницы». При этом нельзя не учитывать другое: если имплементация института медиации (как и его дальнейшее применение) неизбежно является для бюджета затратной, то отсюда вовсе не вытекает, что данный институт является экономически

необходимую инфраструктуру и реально институционализировавшим ее в своей правовой системе с учетом неудач «предшественников». В противном случае казахстанскую инициативу ожидает судьба «кыргызстанской медиации».

невыгодным. Здесь просто надо различать краткосрочные затраты и долгосрочную экономическую выгоду (постепенное уменьшение тюремного населения, сокращение тюремного персонала, снижение нагрузки на суды и т. д., не говоря уже об «имиджевых» приобретениях для казахстанского государства и соответственно казахстанской экономики).

Определив бюджетные возможности, и исходя из них, необходимо в теоретическом плане решить другую проблему, связанную с отказом от иллюзии, что медиация есть институт «самоокупаемый» и финансируемый исключительно сторонами. Никто, конечно, не оспаривает, что государство не обязано финансировать медиационные процедуры, например, в торговых (хозяйственных) спорах. Здесь его задача в другом – помочь участникам оборота создать необходимую инфраструктуру и подготовить необходимые для «коммерческой медиации» кадры медиаторов. Кроме того, необходимо, видимо, экономически заинтересовать участников споров, создав такую систему, при которой размер государственной пошлины будет меньше расходов по проведению медиации. Ясно также, что в случае с коммерческой медиацией создание такой системы лишь отчасти зависит от государства – важнейшую роль здесь будут также играть грамотные действия участников рынка медиационных услуг (выстраивание ими соответствующей ценовой политики и т. д.).

Однако нельзя также не отдавать себе отчета, что, скажем, уголовно-правовая медиация не должна быть «коммерческой» - в противном случае она не может отвечать общепризнанным ныне принципам, справедливо перечисленным в Концепции законопроекта: беспристрастность медиатора, отсутствие корыстной заинтересованности и т. д. Любой иной подход будет означать особую привилегию «ухода от уголовной ответственности» для состоятельных граждан, что вряд ли вызовет энтузиазм широких слоев населения. Право на помощь медиатора должно быть в соответствующих случаях доступно любому участнику уголовно-правового конфликта, в силу чего здесь необходимо создание системы «социальной медиации», *постоянно* финансируемой государством.²¹⁹ Кроме того, социальная медиация должна в определенных пределах существовать и в гражданском процессе по ряду категорий дел, которые законодателю предстоит определить. В качестве примера можно привести трудовые, семейные споры

²¹⁹ Мы здесь не видим смысла насыщать данный анализ сравнительно-правовыми примерами, демонстрирующими возможные механизмы бюджетного финансирования работы медиаторов в рамках «социальной медиации» (учитывая отмечавшийся ранее высокий уровень Концепции законопроекта, данные механизмы, скорее всего, прекрасно известны казахстанскому законодателю). О механизме оплаты работы медиатора, например, во Франции, где медиатор получает от государства не заработную плату, а определенную фиксированную сумму за каждую проведенную медиацию, проводимую в бюджете по разряду «судебных издержек», см.: *Mbanzoulou P. La médiation pénale. Paris. L'Harmattan. 2002. P. 39.*

и т. д.²²⁰ В этом смысле необходимо учитывать, что бюджетные расходы на создание медиационной инфраструктуры не являются одноразовыми – в дальнейшем государству требуется финансировать деятельность по проведению «социальной медиации» в уголовном и отчасти гражданском процессах. Обратим также внимание еще на один нюанс: разграничение коммерческой и социальной медиации обязательно в материальном плане (с точки зрения финансирования медиации), но вовсе не обязательно в плане персональном. Иными словами, один и тот же медиатор вполне может быть как медиатором «социальным» (если медиация осуществляется за счет государства), так и медиатором «коммерческим» (если медиация осуществляется за счет сторон). Разграничение в зависимости от источника финансирования видов медиации вовсе не обязательно приводит к разделению корпуса медиаторов на «социальных» и «коммерческих». Профессиональный корпус медиаторов может быть един (по аналогии с адвокатами, попеременно выступающими по «назначению» и «соглашению»). Впрочем, в такой ситуации на первый план выходит проблема деонтологии медиатора – нельзя допустить расслоение медиации на «выгодную» и «невыгодную». Но варианты здесь в любом случае возможны.

Во многом в зависимости от решения предыдущей проблемы должен зависеть и подход к персональному составу корпуса медиаторов. Прежде всего, как отмечено ранее, необходимо обсудить целесообразность его единства или дуализма (с учетом существования социальной и коммерческой медиации), а также – в какой мере профессия медиатора должна быть основной или вспомогательной (в духе концепции «медиатора на полставки»), и возможны ли здесь сочетания (смешанные модели). Ясно также, что в персональном плане необходимо решить две фундаментальные проблемы, которые выше мы уже упоминали:

- 1) педагогической подготовки медиаторов, причем подготовки не «одноразовой», а перманентной;²²¹
- 2) четкого законодательного порядка наделения лица статусом медиатора и лишения его такого статуса (исходя из модели небюрократического корпуса медиаторов с особым статусом²²²).

²²⁰ Можно ли, скажем, представить себе «нейтрального» коммерческого медиатора в споре работника и работодателя по поводу выплаты заработной платы, учитывая заведомое материальное неравенство сторон?

²²¹ Если исходить из того, что медиатором вовсе не обязательно должен быть юрист, то здесь возникает возможность использования инфраструктуры психологических, социологических и т. п. факультетов вузов, выпускники которых не всегда востребованы по специальности на рынке труда, хотя многие такие вузы финансируются из бюджета (проблема рационального расходования затрат на образование).

²²² Вариант, при котором (с учетом «социальной медиации») в реестре государственных должностей Республики Казахстан появится специальная должность «медиатора», действующего наряду с медиатором-коммерсантом, также может гипотетически рассматриваться, однако он нам кажется неудачным. Медиация чужда бюрократизации как таковая – любая неизбежная в такой ситуации иерархизация для нее губительна, не

При ответе на второй вопрос следует, видимо, взять в качестве образца методику решения проблем статусов судей и адвокатов: требования к профессии; процедура наделения полномочиями; орган, уполномоченный принимать решение; основания лишения статуса медиатора в случае ненадлежащего выполнения им своих обязанностей; органы дисциплинарного контроля и т. д.

Наконец, требуется определить, должны ли медиаторы работать исключительно индивидуально или они могут объединяться в рамках коллективной «службы медиации». Думается, что оба варианта возможны, но при условии существования как минимум одной службы медиации (или группы индивидуальных медиаторов) в пределах территории каждого суда нижней инстанции. Государство должно обеспечить соответствующую деятельность в качестве обязательного элемента системы уголовной и гражданской юстиции. Речь здесь, разумеется, идет только о социальной медиации, поскольку коммерческая медиация будет неизбежно, причем без всякой «подсказки» государства, концентрироваться в границах крупных деловых центров. Возвращаясь к социальной медиации, перспективным выглядит концепция «домов правосудия», под крышей которых наряду с судами нижней инстанции могли бы разместиться службы медиации (индивидуальные медиаторы). Ясно, что создание таких центров на базе судов обойдется значительно дешевле, нежели строительство отдельных зданий или подготовка отдельных офисов, не говоря уже об удобстве для участников судопроизводства и прочих преимуществах такого рода. Очевидно также, что в той мере, в какой государство возлагает на медиаторов определенные социальные функции, оно обязано взять на себя организационное обеспечение их деятельности, включая «мелочи» (коммунальные расходы, оргтехника и т. д.), о которых здесь нет смысла даже говорить. В дальнейшем к службам медиации могли бы добавиться в рамках концепции «домов правосудия» (именно «домов», а не «дворцов») социальные работники, службы пробации и другие подобные институты, столь, откровенно говоря, необходимые для модернизации и социализации казахстанской уголовной (прежде всего) и гражданской (в значительной мере) юстиции.

В целом, начавшаяся в Казахстане работа по имплементации в национальное судопроизводство примирительных процедур либо превратится в кратковременную «пиар-акцию», которую быстро забудут и от которой останется лишь впечатление юридического «мыльного пузыря», либо ознаменует собой подлинный прорыв в реформировании судебной системы одного из постсоветских государств. По крайней мере, за пределами

говоря уже о дополнительных рисках коррупции и раздувании государственного аппарата. В этом смысле оптимальным выглядит ставшая уже классической модель автономной профессии медиатора с особым статусом (по аналогии с нотариусом, адвокатом и т. д.). Впрочем, здесь мы вновь сталкиваемся с механизмом государственного финансирования оплаты труда медиатора, действующего для сторон бесплатно, который должен быть надежным, но гибким.

Евросоюза на постсоветском пространстве пока никому *технически корректно* имплементировать медиацию не удалось (разве что лишь формально легализовать). Успех или неудача мероприятия почти полностью зависят от того, готовы ли казахстанские власти приложить для реализации столь непростой задачи необходимые финансовые, организационные и интеллектуальные усилия.

Март 2010

2.

П.А. ТОЛСТЫХ

*Руководитель Центра по изучению проблем
взаимодействия бизнеса и власти
к.п.н., доцент*

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ на проект Закона Республики Казахстан «О лоббировании»²²³

Введение

Республика Казахстан – одна из немногих стран постсоветского пространства, где тема регулирования лоббистской деятельности за последние десять лет находится в мейнстриме политических дискуссий. При этом в отличие от России главным сторонником принятия соответствующего закона является исполнительная власть - Правительство и Министерство юстиции Казахстана. Так, по мнению представлявшего законопроект 23 февраля 2010 г. в Мажилисе вице-министра юстиции Дулата Куставлетова, институт лоббирования законов позволяет учитывать инициативы и интересы более широких слоев населения. По мнению инициаторов законопроекта, формирование законодательства о лоббировании развивает положения Конституции Республики Казахстан о праве граждан участвовать в управлении делами государства. В этой связи данный законопроект, по мнению его разработчиков, придаст бы процессу взаимодействия общества и власти современный, демократичный и правовой характер, обуславливая возможность воздействия в процессе законопроектной работы на законодательную ветвь власти различными группами граждан, образующими объединения юридических лиц.

Опыт стран с развитой культурой продвижения интересов показывает, что принятие и существование эффективного (а не формального) законодательства регламентирующего лоббистскую деятельность возможно, если присутствуют следующие черты²²⁴:

²²³ Экспертное заключение подготовлено при поддержке *Freedom House*. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, могут не совпадать с официальной позицией *Freedom House*.

²²⁴ Подробнее см.: *Тихомирова Е.Б.* Лоббизм как специфическая форма коммуникаций с общественностью // Вестник Московского государственного университета (Социология и политология), - № 3, 2002.

- демократический характер политической системы, политический и идеологический плюрализм, возможность граждан и организаций получать и распространять информацию;
- наличие реально действующих, относительно независимых ветвей власти (законодательной, исполнительной, судебной), которые обеспечивают действенный контроль за обеспечением прав и свобод;
- сильный парламент и наличие других органов представительной власти и самоуправления;
- относительно развитое гражданское общество;
- развитая система массовой информации и коммуникации, которая функционирует в условиях гарантированной свободы выражения мнений и взглядов.

Под лоббизмом во всех современных развитых обществах понимаются основные правила, по которым происходит взаимоотношения общества и государства. Так, по мнению классика элитологии, французского политолога Р.-Ж. Шварценберга, лоббизм вообще заложен в саму сущность властвования. В книге «Политическая социология» он пишет: «всякий правитель стремится добиться согласия с его решениями, а каждый из тех, кем управляют, старается выразить свои потребности и сделать так, чтобы о них узнали. Согласие между ними может возникнуть благодаря коммуникации, обмену»²²⁵. Без правовых норм, регулирующих лоббистскую деятельность вообще сложно представить современный парламентаризм.

Многие действующие нормативно-правовые акты, регулирующие лоббистскую деятельность, основываются на конституциях. Недаром американский исследователь Уэнди Росс утверждал, что лоббизм обязан своим существованием принятой в 1791 г. первой поправке к Конституции США, которая провозгласила право народа «мирно собираться и обращаться к правительству с петициями об удовлетворении жалоб»²²⁶. Конституционные основы лоббистской деятельности в Германии закреплены в ст. 17 Конституции, которая гласит «Каждый имеет право самостоятельно или в сообществе с другими письменно обращаться с просьбами или жалобами в соответствующие органы и в парламент». В Германии нет единого федерального закона о лоббистской деятельности, однако имеется целый ряд документов, регулирующих лоббистскую деятельность.

Законодательство о регулировании лоббистской деятельности относится к группе законов об обществе и власти. Принятие специального законодательства является развитием ч. 1 ст. 33 Конституции Республики Казахстан. В соответствии с ней граждане Республики Казахстан имеют право участвовать в управлении делами государства непосредственно и через своих представителей, обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления.

²²⁵ Шварценберг Р.-Ж. Политическая социология: в 3-х частях, М.:, 1992.

²²⁶ Уэнди Росс. Лоббисты в конгрессе / Росс Уэнди // США. 1994. № 4.

Данная статья закрепляет право граждан активно участвовать и влиять на деятельность органов государственной и муниципальной власти. Именно через активное влияние реализуется право граждан на управление делами государства. Это влияние на органы государственной власти может осуществляться непосредственно или через уполномоченных представителей, лоббистов, которые обладают необходимыми знаниями и опытом. Благодаря лоббистам общество более эффективно воздействует на власть, реализуя свои потребности.

Указанная норма в совокупности с ч. 1 ст. 13 Конституции Республики Казахстан еще более усиливается, так как в ней установлено, что «каждый имеет право на признание его правосубъектности и вправе защищать свои права и свободы всеми не противоречащими закону способами, включая необходимую оборону». Защита прав в данном случае подразумевает активное взаимодействие с органами государственной и муниципальной власти, в том числе с целью корректировки действующих политических реалий (законов, положений, актов и пр.).

Статья 33 Конституции Республики Казахстан обеспечивает возможность активного влияния гражданина на деятельность государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц. В демократическом государстве граждане выступают как активная, инициативная сила, защищающая личные и публичные интересы, предупреждающая и исправляющая ошибки и злоупотребления властей. Значение этого права, закрепленного в ст. 33 Конституции Республики Казахстан, состоит в возможности для граждан продолжать воздействие на сформированные ими государственные органы и органы местного самоуправления. Тем самым обеспечивается обратная связь власти и граждан, возможность для власти оперативно реагировать на экономические, социальные, политические потребности общественных объединений, коллективов и отдельных граждан.

Следует также обратить внимание на ч. 2 ст. 20 Конституции Республики Казахстан. В соответствии с ней каждый имеет право свободно получать и распространять информацию любым, не запрещенным законом способом, а перечень сведений, составляющих государственные секреты Республики Казахстан, определяется законом.

Данная статья Конституции, а также более полно раскрывающие и конкретизирующие ее значение законы наделяют правом лоббистов искать и получать информацию в органах государственной и муниципальной власти, в которой заинтересован заказчик. Под информацией в данном контексте имеется в виду готовящиеся проекты нормативно-правовых актов, указы, распоряжения, федеральные законы и прочая внутриведомственная информация, которая может затрагивать интересы заказчика. Оперативное получение данной информации, а также ее профессиональный анализ позволит в полной мере реализовать права граждан на участие в управлении делами государства.

Статья 32 Конституции Республики Казахстан провозглашает право граждан Республики Казахстан мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться законом в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц.

Конституционное право «мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование» дает гражданам Республики Казахстан возможность не соглашаться или, наоборот, активно поддерживать решения, принимаемые органами государственной власти Республики Казахстан. Имея активную позицию по решениям, принимаемым органами государственной власти, граждане могут через публичное влияние корректировать политические решения, что является не только признаком гражданского общества, но и одной из распространенных в странах западной цивилизации технологий прямого лоббирования - *grass roots lobbying*.

Рассмотрим теперь проект закона «О лоббировании» более подробно.

Название проекта закона

Название проекта закона «О лоббировании» лучше заменить на «О регулировании лоббистской деятельности в Республике Казахстан», так как это более точно отражает его цели и содержание.

Основные понятия

1) *лоббистская деятельность* - деятельность по представлению и продвижению своих интересов в процессе участия в законотворческой работе, осуществляемая в Парламенте Республики Казахстан (лоббирование);

Сочетание слов «продвижению своих интересов» лучше заменить на «отраслевых и общественных интересов» как более точное для сущности лоббирования, так как сущность лоббирования – это деятельность по профессиональному отстаиванию **чужих интересов** (интересов заказчика) в органах государственной власти.

Сужение объекта лоббирования до законодательной ветви власти не только не соответствует мировому опыту регулирования данного политического явления (в США, Канаде, Австралии лоббисты имеют право доносить свои позиции, как до исполнительной, так и до законодательной ветви власти), но и не оправдано. В современном демократическом обществе политические решения проходят длительную процедуру консультаций и согласований, в которых задействованы как представители законодательной, так и исполнительной власти. Давая право лоббистам оказывать воздействие на исполнительную власть (например, через создание экспертных или консультативных советов при органах исполнительной власти РК) закон сделает процесс принятия политических решений более публичным, более

взвешенным, отражающим интересы различных групп влияния, и менее коррупционным.

Стоит отметить, что именно по этой логике развивалось законодательство США, регулирующее лоббизм. В конце 19 в. был введен специальный реестр, обязывающий лоббистов регистрироваться при Конгрессе или Сенате США. В 1946 г. был принят первый в мировой истории федеральный закон, который регулировал права и обязанности лоббистов на уровне законодательной ветви власти. В 1996 г. вступил в силу закон, регламентирующий деятельность лоббистов не только в конгрессе и сенате США, но и на уровне исполнительной власти. Историческое расширение прав лоббистов, признание этого института сопровождалось не только усилением контроля, но и максимальным раскрытием информации об их деятельности.

2) субъекты лоббистской деятельности - негосударственные объединения юридических лиц (союзы, ассоциации) Республики Казахстан, объединяющие не менее десяти юридических лиц, прошедшие государственную регистрацию в уполномоченном органе;

Указанная норма проекта закона не соответствует мировому опыту регулирования данного политического явления, поскольку как минимум выводит из общественно-политического поля двух ключевых субъектов - «корпоративных лоббистов» и «лоббистских фирм (профессиональных консультантов)».

Корпоративные лоббисты - это акторы, отвечающие за продвижение интересов конкретной компании в органах государственной власти с целью добиться для нее тех или иных преференций. Интересы корпораций во взаимоотношении с органами государственной власти представляет специально создаваемое структурное подразделение в компании - Департамент по связям с органами государственной власти. Департамент по связям с органами государственной власти (GR-департамент) – структурное подразделение крупной корпорации, отвечающее за сопровождение ее деятельности в органах государственной власти. Представители департамента (GR-специалисты) представляют интересы компании в политической среде, отслеживают возможные угрозы для компании от деятельности профильных политических стейкхолдеров, реализуют комплекс специальных мер, чтобы предотвратить реализацию этих угроз, а также ищут потенциальные возможности для компании через ее участие в политических действиях. Стоит отметить, что данные департаменты за последние двадцать лет стали общепризнанными институтами современного корпоративного управления.

Лоббистская фирма – коммерческая организация, осуществляющая на платной основе услуги по представлению интересов заказчика в органах государственной власти. В США, Канаде, Австралии, Польше, Европейском союзе, Великобритании и ряде других стран деятельность лоббистских фирм законодательно регулируется: существует жесткая отчетность о клиентах и контрагентах фирмы, суммах, потраченных на политическое влияние и пр. Деятельность профессиональной лоббистской фирмы основана на знании

особенностей принятия решений в том или ином органе власти. Ее можно сравнить с работой адвоката. Несмотря на то, что все законы имеются в открытом доступе, нужен специальный посредник, который приведет судье убедительные аргументы в пользу позиции клиента. Специалист, работающий в лоббистской фирме — в каком-то смысле тоже адвокат общества в системе законодательной и исполнительной власти. Он ускоряет принятие важных государственных решений и способствует реализации потребностей различных групп, снимая социальные противоречия.

Для уяснения данного тезиса рассмотрим пример одной из самых распространенных услуг на рынке лоббистских услуг во всем мире - поддержка интересов заказчика в области законотворчества. Стоит отметить, что только в Америке данная услуга приносит лоббистским фирмам порядка одного миллиарда долларов в год. В задачи специально нанятого профессионального посредника входят обязанности по разработке законопроекта и всей необходимой сопроводительной документации, согласно требованиям и обычаям соответствующего документооборота; согласования данного проекта с ответственными органами государственной власти; поиск релевантного субъекта права законодательной инициативы; нейтрализация потенциальных противников законопроекта; создания коалиций в поддержку законопроекта и множество других сопроводительных услуг.

Данная деятельность носит исключительно профессиональный характер и основана на знании сотрудниками лоббистских фирм особенностей принятия политических решений в том или ином органе государственной власти.

Представляя на профессиональном языке позиции различных общественных групп перед законодателем, лоббистские фирмы выполняют две важные функции. Одна из них - ускорение принятия государственных решений. Недаром в этом контексте профессионального лоббиста часто называют «экспертом власти» - он профессионально может изложить потребности различных групп перед законодателем, правильно выстроить аргументацию, приведя множество дополнительных аргументов и тезисов. С другой стороны, лоббистские фирмы способствуют реализации общественных потребностей, гармонизируют общество, снимая социальные противоречия.

Сфера действия закона (ст. 3 проекта Закона)

В анализируемом проекте закона запрещается осуществлять лоббистскую деятельность в отношении законов, которые регулируют общественные отношения в сфере: 1) конституционных основ организации и деятельности государственных органов и государственной службы; 2) обеспечения обороны и безопасности государства; 3) обеспечения территориальной целостности и формы государственного устройства Республики Казахстан; 4) правоохранительной деятельности и воинской

службы; 5) судоустройства и судопроизводства; 6) административно-территориального устройства Республики Казахстан; 7) бюджетных и межбюджетных отношений; 8) международных отношений; 9) обеспечения исполнения налоговых обязательств граждан и юридических лиц; 10) экологической безопасности.

Признавая за законодателем право ограничивать некоторые сферы деятельности лоббизма, связанные, например, с иностранным лоббистским влиянием, государственным суверенитетом, перечисленные выше ограничения вызывают недоумение. Создается впечатление, что разработчики боятся лоббистов. В то же время в ст. 5 рассматриваемого проекта закона четко указано, что лоббистская деятельность **«носит рекомендательный характер»**. По нашему мнению, лоббистская деятельность – это всего лишь профессиональное выражение интересов различных общественных групп и, если принимаемые законы противоречат этим интересам, лучше достичь общественно-политического компромисса при помощи лоббистов. Одной из положительных черт цивилизованного лоббирования является то, что за счет существования легального канала лоббистского влияния различные группы интересов могут доносить свои позиции до лиц, принимающих решения в органах государственной власти, при этом общество становится более гармоничным, снимается социальное напряжение. Например, при разработке и принятии законодательства по экологической безопасности (которая в настоящее время выведена из сферы деятельности закона) от донесения своих позиций будут отстранены экологические союзы и организации, имеющие многолетний профессиональный опыт в данном вопросе. Это приведет не только к возможным радикальным акциям протеста, но и международному порицанию таких организаций, как «Гринпис» или «Фонд дикой природы». Или другой пример. В США существуют множество групп общественно-политического влияния, лоббирующих самые различные интересы - от демократизации в армии и выхода войск из Ирака до расширения числа американских штатов и возможности гражданам с нетрадиционной ориентацией иметь детей и пр. и пр. Все эти группы мирно собираются, пишут петиции, устраивают публичные акции, нанимают лоббистские фирмы. Таким образом, через демократический институт взаимодействия данные группы реализуют свои права.

Права и обязанности субъектов лоббистской деятельности (ст. 5 проекта Закона)

На наш взгляд, в проекте закона не в полной мере описаны формы лоббистской деятельности и права лоббистов. К ним согласно законопроекту относятся следующие возможности:

1) участвовать в рассмотрении проектов законов, за исключением проектов законов;

На наш взгляд, было бы целесообразно расширить

права лоббистов и дать им возможность не только «участвовать в рассмотрении проектов законов», но и «участвовать при их подготовке, кроме того, самостоятельно подготавливать правовые акты» и пр.

2) *вносить предложения по рассматриваемым Парламентом Республики Казахстан проектам законов;*

3) *представлять заключения на рассматриваемые проекты законов;*

В данном контексте предложения, которые вносятся лоббистом, должны быть в обязательном порядке рассмотрены на заседаниях профильного комитета или комиссии Парламента РК, в которых рассматривается проект закона.

4) *получать информацию о находящихся на рассмотрении Парламента Республики Казахстан проектах законов;*

Права лоббиста в данной статье должны быть расширены, так как в разработке законов участие принимает не только Парламент РК, но и органы исполнительной власти. В связи с этим лоббист должен получать информацию по рассматриваемому законопроекту от всех органов государственной власти, задействованных в его разработке. Только в этом случае его работа будет эффективной, а коррупционность данной нормы будет снижена.

5) *выступать в средствах массовой информации по лоббируемым проектам законов;*

Данной нормы явно недостаточно, так как СМИ для лоббиста – это лишь одно из средств убеждения, донесения информации до законодателей и общественности. В связи с этим предлагается как минимум добавить следующие права: разъяснять общественности, убеждать государственные и муниципальные учреждения о целесообразности принятия или непринятия определенного правового акта; проводить ознакомительную работу с общественностью, предприятиями, учреждениями и организациями о готовящихся в Парламенте, Правительстве или других государственных или муниципальных учреждениях правовых актов; делать сообщения посредством средств массовой информации и участвовать в массовых мероприятиях.

В данной статье не обозначено право лоббистов «организовывать встречи политиков, государственных служащих и должностных лиц с общественностью по вопросам нормотворчества». Стоит признать, что это широко распространенный вид деятельности лоббистов во всем мире. Целесообразно было бы также обязать должностные лица законодательной и исполнительной власти не препятствовать деятельности лоббистов, а именно: учреждения государства и местного самоуправления должны создать условия для законных действия лоббистов; всех политиков, государственных служащих и должностных лиц не ущемлять законной деятельности лоббистов и дать возможность им беспрепятственно осуществлять законные интересы заказчиков лоббистской деятельности.

Отчет субъектов лоббистской деятельности (ст. 10 проекта Закона)

Проанализировав опыт стран, в которых осуществляется регулирование лоббистской деятельности, можно выделить ряд моделей, затрагивающих отчетность лоббистов:

- Высокий уровень отчетности
- Средний уровень отчетности
- Низкий уровень отчетности

Разберем каждую из представленных моделей подробнее.

Высокий уровень отчетности – полное раскрытие информации обо всех стадиях и участниках лоббистского процесса, и в частности:

- **Раскрытие заказчиков:** лоббист должен раскрывать тех, кто его нанимает;
- **Раскрытие финансовых трат на политическое влияние:** лоббист обязан публиковать данные об отдельных расходах, отчеты о расходах, отчеты о зарплатах, бухгалтерскую отчетность, подробные отчеты обо всех совершенных в ходе лоббистской кампании расходах.
- **Максимальная открытость информации перед обществом:** имеется доступ общественности к спискам лоббистов, в том числе к данным о контактах лоббистов с государственными институтами и структуре их расходов. Деятельность лоббистов строго аудировается и контролируется, существует система штрафов за задержку предоставления данных или неполную регистрационную отчетность.

Средний уровень отчетности – ограниченное раскрытие информации о стадиях и участниках лоббистского процесса, и в частности:

- Раскрытие информации о предмете лоббирования, расходах, государственных контактах.
- Лоббистам запрещается вручать подарки, обо всех взносах политического характера необходимо сообщать.
- Обеспечивается общественный доступ к спискам лоббистов, хотя расходы не публикуются, а наказания за нарушения остаются ограниченными.

Низкий уровень отчетности – незначительное раскрытие информации о стадиях и участниках лоббистского процесса, и в частности:

- Существует регистрация лоббистов, но при этом требования к раскрытию информации незначительные.
- При публикации списков лоббистов, подробных данных (отчет о расходах, уровень контактов и пр.) приводится мало.
- При нарушении правил лоббистами – наказания незначительны.

Как видно из мирового опыта регулирования лоббистской деятельности, в последние годы усиливается общественный контроль за деятельностью лоббистов. В связи с этим отчеты помимо предложенного в проекте закона должны как минимум содержать данные:

- обо всех тратах, сделанных лоббистом при осуществлении им своей профессиональной деятельности;
- об объектах взаимодействия - конкретных должностных лиц, с которыми взаимодействовал лоббист.

Информация о реестре лоббистов, их клиентах, политических контактах, заработках и тратах должна быть максимально открыта. По опыту США такую информацию следует размещать на сайте органа государственной власти, осуществляющего регистрацию, а также поощрять ее публикацию на многочисленных общественных организациях, которые осуществляют контроль за деятельностью лоббистов.

Май 2010

2.

