

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2011

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2011 г.

ВАРШАВА, 2012



**Ежегодник Центра исследования правовой
политики 2011. Варшава, 2012 — 322 С.**

Настоящий Ежегодник содержит аналитические материалы, подготовленные экспертами Центра исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre). Публикация Ежегодника осуществлена при поддержке Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ). Мнения и взгляды, содержащиеся в Ежегоднике, могут не совпадать с официальной позицией БДИПЧ 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.

Авторские права на материалы, содержащиеся в настоящем Ежегоднике, принадлежат Центру исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre). Электронная версия ежегодника размещена на сайте www.lprc.kz.

СОДЕРЖАНИЕ

К читателю	5
УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	7
Анализ Концепции проекта новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан <i>Головки Л.В.</i>	7
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	29
Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» <i>Головки Л.В.</i>	29
Экспертный обзор по исполнению государственными органами Республики Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009 – 2012 г.г. по разделу: право на справедливое судопроизводство за период 2009 – 2010 г.г. <i>Ибраева А.</i>	41
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	56
Альтернативы лишению свободы в Республике Казахстан: современное состояние и перспективы <i>Гета М.Р.</i>	56
Меры по сокращению численности заключенных в России и Республике Казахстан в контексте мирового опыта <i>Центр исследования правовой политики</i>	70
Реформа службы пробации в Казахстане <i>Роб Аллен</i>	81
Концептуальная организационно-правовая модель пробации в Республике Казахстан <i>Гета М.Р.</i>	98
Статистический обзор по применению мер наказания в Республике Казахстан 2000 – 2011 г. <i>Центр исследования правовой политики</i>	114
ГРАЖДАНСКО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО	170
Участие прокурора в гражданском процессе: сравнительно-правовой анализ <i>Скрябин С.В., Акимбекова С.А., Лер С.М.</i>	170

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ 194

Обзор судебной практики по делам об оспаривании решений и действий (бездействий) органов государственной власти, местного самоуправления, должностных лиц и государственных служащих за период с 2008 по 1-е полугодие 2011 года
Центр исследования правовой политики 194

Отчет по исследовательскому проекту «предоставления государственных услуг в Центрах обслуживания населения в отдельных регионах Республики Казахстан»
Центр исследования правовой политики 227

СУДЕБНАЯ РЕФОРМА 251

Актуальные проблемы обеспечения независимости судей в постсоветских странах
Головко Л.В. 251

Аналитическая записка по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного производства в Республике Казахстан с учетом повышения уровня доступности правосудия и доверия к нему
Головко Л.В. 259

Проблемы правового регулирования судостроительства Республики Казахстан
Пашин С.А. 271

Независимость суда как гарантия защиты гражданских и экономических прав
Канафин Д.К. 283

Ответственность и независимость судей при принятии решений
Сулейменова Г.Ж. 286

ВЫБОРНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО 293

Проблемы совершенствования выборного законодательства Республики Казахстан по вопросам Президентских выборов.
Аналитическая записка
Центр исследования правовой политики 293

К ЧИТАТЕЛЮ

Центр исследования правовой политики (ЦИПП) представляет вашему вниманию очередной Ежегодник. В него вошли основные работы, выполненные экспертами ЦИПП за прошедший год.

Следует отметить, что в этом году продолжилась реализация Концепции правовой политики Республики Казахстан на 2010 – 2020 гг. Государственными органами был разработан ряд законопроектов, касающихся реформы уголовно-процессуального и уголовного законодательства. Обсуждение этих законопроектов показало, что реализация целей, поставленных в Концепции правовой политики, требует более глубоких изменений в этих законодательных сферах. В итоге, межведомственная рабочая группа, созданная при Генеральной прокуратуре Республики Казахстан, подготовила проекты концепций новой редакции уголовного и уголовно-процессуального кодексов. Эксперты ЦИПП дали в целом положительную оценку этим документам, в особенности, в отношении общего направления предлагаемых реформ. В тоже время, они отметили, что проекты концепций требуют серьезной доработки. Они не совсем увязаны между собой и, к сожалению, не представляют на данный момент свободный от противоречий комплекс подходов к реформе материального и процессуального права, которые позволили бы приступить непосредственно к разработке соответствующих кодексов.

Из дискуссий, прошедших в 2011 г. по теме этих важных концептуальных документов, стало очевидно, что порядок утверждения данных концепций не определен, что также может затруднить дальнейшую работу над новыми кодексами, а их разработка протекает кулуарно, без широкого обсуждения. Эксперты ЦИПП надеются, что в будущем работа над этими документами будет открытой, с привлечением авторитетных отечественных и международных экспертов, ученых и представителей гражданского общества.

В 2011 г. ЦИПП также осуществил ряд проектов, связанных с определением концептуальных подходов к реформированию уголовно-исполнительного законодательства, и проектов, связанных с расширением применения альтернативных видов наказания. Эти материалы представляют непосредственный интерес для разработки соответствующих положений нового уголовного законодательства. Лейтмотивом этих исследований является идея создания полноценной службы пробации в Казахстане. Без создания такой службы рост тюремного населения в Республике Казахстан, скорее всего, будет продолжаться, а эффективность системы уголовных наказаний не будет возрастать в желаемой степени даже если будет принято новое уголовное и уголовно-исполнительное законодательство.

Другой традиционной для ЦИПП темой в уходящем году стал вопрос о развитии административной юстиции и внедрения современных методов публичного администрирования. В этом году эксперты ЦИПП провели несколько прикладных исследований, в том числе по практике рассмотрения дел с административным содержанием в казахстанских судах и работе центров обслуживания населения. Результаты данных исследований подтверждают необходимость создания системы административной юстиции в Казахстане, а также наличие насущной потребности в реформировании сферы административных процедур.

В 2011 г. государством были осуществлены важные инициативы по реформе судебной системы. Эксперты ЦИПП подготовили комплекс аналитических материалов по этому вопросу. В них рассматриваются как общие тенденции в пост-советских странах,

так и специфические вопросы, которые касаются состояния судебной системы в Казахстане.

В Ежегодник также вошли исследования ЦИПП по вопросам развития выборного законодательства и другим актуальным темам реформирования правовой системы Республики Казахстан. ЦИПП надеется, что все включенные материалы в Ежегодник будут представлять интерес для специалистов, занимающихся разработкой нового законодательства, практических юристов, а также ученых и представителей гражданского общества.

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

АНАЛИЗ КОНЦЕПЦИИ ПРОЕКТА НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН¹

Разработка и принятие нового Уголовного кодекса всегда является сложной и амбициозной задачей, постановка и решение которой оправданы в двух случаях: а) в ситуации, когда репрессивные нормы, содержащие разного рода уголовно-правовые запреты, оказываются хаотично разбросаны в многочисленных нормативно-правовых актах, создавая абсолютно недопустимую для уголовного права обстановку правовой неопределенности; б) в случаях радикального изменения политического курса, что часто приводит к необходимости столь же радикального изменения уголовной политики и соответственно принятия нового УК. В то же время перманентное совершенствование уголовного права, которое является рутинной для любого современного государства, не требует проведения очередной кодификации уголовно-правовых норм, принятия нового УК и т. п. В этом смысле ссылки составителей Концепции проекта нового УК Казахстана на то, что данный кодекс при всех своих достоинствах успел подвергнуться многочисленным изменениям и дополнениям и т. д., понятны. Но само по себе это не является основанием для проведения новой кодификации, поскольку было бы в высшей степени наивно полагать, что новый кодекс останется более или менее стабильным на протяжении хотя бы 10 или 15 лет. Судя по опыту западных и постсоветских государств, феномен так называемой «инфляции уголовно-правовых норм» сегодня является не только универсальным, но и естественным.² Если исходить из поиска желанной «уголовно-правовой стабильности», то новые УК придется принимать каждые два или три года, что приведет уже не к «инфляции» уголовно-правовых законов о «внесении изменений и дополнений», а к «инфляции уголовных кодексов», которая многократно опаснее.

Если вернуться от мнимых к теоретически обоснованным причинам проведения новой уголовно-правовой кодификации, то ясно, что вторая из названных выше причин привела в свое время к принятию действующего УК Казахстана, который, как справедливо отмечают составители Концепции проекта УК РК, обозначил переход от советской к постсоветской уголовной политике, что в свою очередь было связано с

¹ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не обязательно отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане. Анализ сделан на основании документа, полное название которого звучит так – проект Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция).

² В качестве одной из причин данного процесса достаточно назвать бурное и ускоряющееся развитие информационных технологий, приводящее к стремительному изменению форм преступного поведения, на которое любая уголовно-правовая система должна адекватно и столь же стремительно реагировать. О какой «стабильности» УК может в такой ситуации идти речь? Можно назвать и другие причины – например, регулярное появление новых международных рекомендаций в сфере уголовного права, которые национальный законодатель должен имплементировать в свое законодательство, внося соответственно очередные изменения и дополнения в УК. У нас нет ни малейшей уверенности, что с принятием нового УК Казахстана количество и темпы принятия такого рода рекомендаций сократятся, позволяя добиться долгожданной «стабильности» казахстанского уголовного законодательства.

появлением независимого Казахстана, отказом от советской идеологии, советской экономической модели и т. д. Но в настоящее время данная задача решена, в силу чего никаких политических оснований для разработки и принятия нового УК Казахстана, по нашим сведениям, не имеется. По крайней мере, в Концепции проекта УК РК о них ничего не сказано.

В такой ситуации, судя опять-таки по Концепции проекта УК РК, на первый план выходят сугубо технические причины работ по созданию нового УК Казахстана, то есть наличие не столько необходимости в новом УК как таковом, сколько острой потребности в рекодификации уголовно-правовых норм в связи с утратой действующим УК концептуальной стройности, фактической декодификацией уголовного права, разбросанностью уголовно-правовых норм по разным законам, изменением самого понимания преступного поведения в целом и понятия преступления в частности. Данные задачи, действительно, невозможно решать на базе оптимизации действующего кодекса, поскольку они предполагают изменение самой структуры уголовного закона, а также пересмотр на системном уровне соотношения УК с другими законами, в частности Кодексом об административных правонарушениях. Учитывая, что этот аспект реформы является *системообразующим* с точки зрения самой идеи подготовки новой кодификации, мы сосредоточим свое внимание здесь, прежде всего на нем. Кроме того, именно сугубо «кодификационная составляющая» должна, по нашему мнению, лежать в основе концептуальных решений, связанных с реализацией уголовной ответственности юридических лиц, что позволяет найти более внятное объяснение данному уголовно-правовому нововведению, нежели следование техническим рекомендациям международных организаций, далеким, от специфики казахстанской правовой системы.³

Но, разумеется, при подготовке новой кодификации попутно требуется решать и другие вопросы, которые сами по себе не требуют принятия нового кодекса (для их реализации достаточно внесения изменений в действующий УК), однако являются важным шагом на пути оптимизации казахстанской уголовной политики. Речь идет и о совершенствовании системы уголовных наказаний, и о реализации так называемой «двухвекторной уголовной политики» (гуманизация vs ужесточение в некоторых случаях уголовной репрессии), и о поиске оптимального баланса при реагировании на общественно опасное поведение в экономической сфере. Все эти проблемы мы также специально рассмотрим в данном анализе.

Кроме того, необходимо сделать еще два методологических замечания. *Во-первых*, мы остановимся здесь только на самых теоретически проблемных, с нашей точки зрения, вопросах, которые необходимо обсуждать при подготовке нового УК Казахстана. Это не значит, что остальные вопросы не требуют такого обсуждения. Дело в другом – они показались нам менее фундаментальными и менее сложными в постсоветском контексте, не говоря уже о том, что соответствующие положения Концепции проекта УК РК не вызвали у нас применительно к ним сколько-нибудь серьезных вопросов и пожеланий. *Во-вторых*, сам набор поднятых в Концепции проекта УК РК проблем показался нам весьма удачным и теоретически обоснованным, показав, что составители данного документа вполне отдают себе отчет в «болевых точках» постсоветского уголовно-правового развития. Адекватная постановка проблем, являющаяся несомненным достоинством Концепции проекта УК РК, позволяет надеяться на их столь же адекватное решение при разработке нового кодекса.

³ Здесь следует учитывать, что уголовная ответственность юридических лиц не является фундаментальной правовой ценностью, связанной, допустим, с идеями демократии или прав человека. Это сугубо техническое положение, что вынуждает задумываться при его реализации о столь же технических и отнюдь не ценностных аспектах извлечения из него пользы для национальной правовой системы. Иначе говоря, любое техническое юридическое положение, сколь бы «универсальным» оно не казалось, требует не столько аксиологического, сколько прагматического к себе отношения.

I. Понятие и классификация преступлений; их соотношение с административными правонарушениями

Предлагаемые Концепцией проекта УК РК изменения подходов к понятию и классификации преступных деяний и их соотношению с так называемыми «административными правонарушениями» достаточно революционны. Их можно резюмировать в виде нескольких фундаментальных положений, которые прямо или косвенно вытекают из текста Концепции.

Во-первых, составители документа исходят из «необходимости пересмотра устоявшихся подходов к определению общественной опасности деяний и их делению на административные правонарушения и преступления». В то же время возникает впечатление, что, осознавая на принципиальном уровне острую потребность в решении данной задачи, они не слишком хорошо себе представляют конкретные средства ее решения на техническом уровне, ссылаясь, в частности, на «нерешенность вопроса о четких критериях при отнесении деяний к категории правонарушения или преступления», «отсутствие полностью объективных методик определения общественной опасности правонарушения и преступления» и т. д. В целом, ясно, что, с одной стороны, проект Концепции УК РК сохраняет традиционную советско-постсоветскую конструкцию «административных правонарушений» и связанный с ней дуализм уголовных преступлений и административных правонарушений, но, с другой стороны, предлагает заняться поиском нового теоретического баланса между уголовно-правовой и административно-деликтивной сферами.

Во-вторых, составители Концепции проекта нового УК РК считают необходимым ввести новую категорию запрещенных уголовным законом деяний – так называемые «уголовные проступки», которые следует отличать как от преступлений в тесном смысле слова, так и от административных правонарушений. В то же время, поскольку «по своей природе» уголовные проступки «должны быть ближе к уголовным преступлениям, нежели к административным правонарушениям», то положения о них подлежат закреплению в новом УК РК, а не в автономном законе или в КоАП РК. Критерием разграничения уголовных преступлений и уголовных проступков «могли бы являться их общественная опасность, а также виды наказаний». В более конкретной плоскости в новую категорию «уголовных проступков» следует, по мнению составителей Концепции проекта УК РК, перевести часть административных правонарушений, сегодня рассматриваемых в судебном порядке, а также часть нынешних преступлений небольшой тяжести, которые либо вовсе не предусматривают наказания в виде лишения свободы, либо предусматривают лишение свободы на срок не свыше одного года. Наконец, учитывая предстоящее разделение между уголовными преступлениями и уголовными проступками, которое «разорвет» традиционно единое понятие преступления, необходимо терминологический неологизм, позволяющий на концептуальном уровне соединить преступления и проступки. Таковым, по замыслу составителей Концепции, могло бы стать новое понятие «уголовное правонарушение», включающее как преступления, так и проступки. В результате, возникнет глобальное противопоставление административных и уголовных правонарушений, а преступление станет наряду с проступком одним из двух видов уголовных правонарушений.

Как оценить схематично изложенные нами положения, содержащиеся в Концепции проекта нового УК РК? В целом, представляется, что составители данного документа движутся в правильном направлении, особенно когда в полном соответствии с положениями Концепции правовой политики РК на 2010 – 2020 г., утвержденной Указом Президента РК от 24 августа 2009 г., настаивают на необходимости пересмотра «привычного деления противоправных деяний на административные правонарушения и преступления». Заслуживают всесторонней поддержки и многие более конкретные предложения, содержащиеся в документе, например, абсолютно справедливая мысль о настоятельной потребности преобразовать нынешний административный арест в новое уголовное наказание в виде краткосрочного ареста за совершение уголовного проступка или идея об адаптации пугающего граждан понятия «судимость» к уголовным

проступкам.⁴ Не меньшее одобрение вызывает идея о необходимости предусмотреть в уголовно-процессуальном законе особый порядок производства по делам об уголовных проступках, который должен существенно отличаться от традиционного порядка производства по делам о преступлениях в сторону упрощения уголовного процесса. Строго говоря, процессуальная составляющая в теоретическом плане является не побочным последствием, а скорее первостепенной причиной дифференциации преступлений и проступков. С материально-правовой точки зрения, не всегда понятно, зачем вообще нужно понятие «уголовного проступка» и почему оно не может охватываться, например, категорией «преступления небольшой тяжести» или чем-то подобным? Иначе говоря, чем западное понятие «уголовный проступок» лучше постсоветского понятия «преступление небольшой тяжести»? Ответ лежит в процессуальной плоскости – появление понятия «уголовный проступок» вынуждает законодателя создать особый «облегченный» процессуальный режим их расследования и рассмотрения, значительно отличающийся от более громоздкого производства по делам о преступлениях. Более того, в дальнейшем любая процессуальная реформа заставляет держать в поле зрения разницу между преступлениями и проступками и решать для каких категорий преступных деяний реформа проводится, что не приводит к чрезмерному сокращению процессуальных гарантий по делам о серьезных нарушениях уголовного закона или, напротив, к чрезмерному усложнению дел о разного рода «мелочи». Такого рода процессуальный дисбаланс почти неизбежен при унифицированным понятию преступления и унифицированном процессе по «делам о преступлениях», поскольку такого рода концептуальная унификация не позволяет *a priori* видеть разницу между процессом по делу о деянии, наказуемом пожизненным лишением свободы, и процессе по делу о деянии, наказуемом штрафом, что чревато разного рода законодательными уголовно-процессуальными ошибками. В этом смысле при изначальном формальном разграничении преступлений и проступков таких ошибок часто удается избежать.

В целом, подчеркнем – стремление составителей Концепции проекта нового УК РК пересмотреть понятие преступления, классификацию преступных деяний, а вместе с ними и сами пределы уголовного права, соотношение последнего с административно-деликтным правом и т. д. оправданно и своевременно. Более того, это единственная реальная, а не мнимая причина для проведения рекодификации уголовного права, особенно если речь будет идти о системной работе не только над его материально-правовой, но и процессуальной составляющей. Границы нынешнего уголовного права, сконцентрированного вокруг идеи преступления, сформировались достаточно давно – в советский период, оставляя сегодня за своими пределами многие нормы и институты, которые не считаются формально «уголовно-правовыми», но, по сути, представляют собой типичные формы уголовной репрессии. В качестве примера назовем тот же административный арест. В результате произошли фактическая декодификация уголовного права, расщепление его источников и т. п., что требует новой кодификации, построенной на новом понимании предмета уголовного права и его границ. Это общая постсоветская проблема, и отрадно, что в Казахстане осознали необходимость ее решения.

⁴ Справедливости ради, заметим, что техническая реализация данного предложения вызывает сомнения. Составители документа считают, что привлечение к уголовной ответственности за совершение уголовного проступка не должно влечь за собой судимости, если лицо в течение года не совершит нового преступления или нового проступка. Это не совсем понятно. Здесь возникает, по меньшей мере, два вопроса. *Во-первых*, каков будет статус лица до истечения годового срока? Иначе как «судимостью» его назвать нельзя. В чем тогда существенная разница между нынешними минимальными сроками погашения судимости за совершение, допустим, преступлений небольшой тяжести и предложениями Концепции? *Во-вторых*, что будет происходить с судимостью при совершении, скажем, в течение года нового уголовного проступка? На этот вопрос в Концепции проекта УК РК также нет ответа. Но если попытаться юридически «расшифровать» данное предложение с существенной точки зрения, то получается, что при совершении уголовного проступка срок судимости составляет один год, но при совершении нового преступления или проступка автоматически пролонгируется на пока еще не определенный срок. Представляется, что это далеко не идеальный подход, который имеет мало общего с провозглашенным в Концепции проекта «отказом от судимости» за уголовные проступки.

Однако шанс найти новые основания уголовного права и, следовательно, новые основания его кодификации может быть упущен, а новая казахстанская кодификация рискует превратиться в «новую редакцию» старого УК, пусть даже локально улучшенную редакцию. Такой вариант вряд ли входит в планы составителей Концепции проекта УК РК, не говоря уже о том, что, как мы уже отмечали, частная оптимизация отдельных институтов не в состоянии служить надлежащим обоснованием для начала работ по проведению новой уголовно-правовой кодификации.

В этом плане серьезность замысла казахстанского законодателя требует не менее серьезного теоретического фундамента, выходящего за пределы традиционного советско-постсоветского набора уголовно-правовых догм. В противном случае, ни о каком достижении поставленных в Концепции проекта УК РК задач не может идти даже речи. Однако, судя по некоторой неуверенности составителей документа, сетующих на отсутствие «объективных методик» и «четких критериев» разграничения, допустим, уголовных преступлений и административных правонарушений, мы отнюдь не убеждены, что Концепция проекта УК РК в должной мере опирается на такой фундамент, поскольку при его наличии вопрос о «методиках» и «критериях» вряд ли бы возник, по крайней мере, на концептуальном уровне. Именно по этой причине мы считаем необходимым напомнить несколько теоретических и сравнительно-правовых аксиом, без понимания которых новая казахстанская уголовно-правовая кодификация имеет мало шансов стать решающим шагом для преодоления постсоветских деформаций.

Классический для Европы французский УК 1810 г., роль которого в становлении современного уголовного права трудно переоценить, 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 наказуемость деяния, зависящая, разумеется, от общественной опасности последнего (критерий пенализации и криминализации), но для правоприменителя – только 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 «полицейскими наказаниями», прежде всего, штрафом, дела о которых рассматривали так называемые «полицейские суды»⁵, *уголовными проступками* – более серьезные нарушения уголовного закона, наказуемые так называемыми «исправительными наказаниями», включавшими уже более строгие санкции вплоть до лишения свободы на несколько лет, дела о которых рассматривали так называемые «исправительные суды», состоявшие из нескольких профессиональных судей, а *уголовными преступлениями* – самые опасные нарушения уголовного закона, наказуемые так называемыми «уголовными наказаниями» (смертная казнь, каторга, длительное лишение свободы), дела о которых рассматривали суды присяжных. 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, налагаемых на индивида), что нашло отражение в большинстве языков (фр. *droit pénal*; итал. *diritto penale*; нем. *Strafrecht*; серб. или болг. *наказателно право*). Французская концепция очень быстро стала господствующей в Европе. Не обошла она стороной и Российскую Империю, где наряду с Уложением о наказаниях уголовных и исправительных⁶ 1845 г. действовал также Устав о наказаниях,

⁵ Речь шла о полноценных судебных органах, но в их процессуальном наименовании (полицейские суды) находила отражение идея, что они рассматривают дела о нарушении общественного порядка.

⁶ Обратим внимание на наименование этого законодательного акта, в котором нашла отражение французская идея разграничения «уголовных» (за преступления) и «исправительных» (за проступки) наказаний.

налагаемых мировыми судьями 1864 г., считавшийся полноправным источником уголовного права, заключавшем «в себе постановления о сравнительно менее важных преступных деяниях, подлежащих юрисдикции единоличных судей»⁷.

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 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 преступных деяний, оставив «уголовные правонарушения» в формальных границах своих УК. Но в качестве противовеса они максимально упростили производство по ряду «уголовных правонарушений», переводя 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 начали 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.⁸ 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).

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

⁷ Познышев С. В. Основные начала науки уголовного права. Изд. 2-е. Москва. 1912. С. 86.

⁸ 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.

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 декриминализовать 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 14-й 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 системы.⁹

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 зайти 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 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 иногда 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.

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 стандарты.¹⁰ Кроме того, не совсем точное понимание природы «административной ответственности», которая в развитых правовых системах представляет собой не ответственность индивида перед государством, напротив - ответственность государства перед индивидом (концепция «административной юстиции»), не позволяет постсоветской политико-юридической элите увидеть в ответственности за административные правонарушения отнюдь не административную, но «административно-уголовную» (с ударением на втором слове) ответственность.

Теперь вернемся к Концепции проекта нового УК РК. Возникает впечатление, что единая *уголовно-правовая природа* уголовных и административных правонарушений пока еще так и не понята составителями этого документа. Иначе как понять мысль о необходимости «исключить случаи установления норм уголовно-правового характера в иных законодательных актах» при одновременном желании сохранить КоАП как источник права? Ведь ясно, что КоАП содержит в сущностном смысле именно нормы уголовного права, являясь современной разновидностью специального закона, регулирующего аналоги французских «уголовных правонарушений». В XIX веке точно таким специальным законом был в России Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями 1864 г.,

⁹ См.: Resolutions of the Congresses of the International Association of Penal Law (1926 – 2004) // Nouvelles études pénales. 2009. № 21, Toulouse. 2009.

¹⁰ Соединение этих принципов на концептуальном уровне вовсе не требует формального возврата административных правонарушений в Уголовные кодексы на уровне источников права, к чему мы еще дальше вернемся.

который никому не приходило в голову считать «неуголовным законом» - напротив, все специалисты говорили о дуализме источников уголовного права: 1) Уложении о наказаниях уголовных и исправительных; 2) Уставе о наказаниях, налагаемых мировыми судьями. Понятно, что в приведенной выше фразе Концепции проекта УК РК допущена серьезная концептуальная ошибка. Точно такая же ошибка допущена в другом положении Концепции проекта УК РК, где речь идет о «декриминализации преступлений и переводе их в разряд административных правонарушений». Если исходить из сущностного современного понимания уголовного права во всей его полноте, то никакой «декриминализации» здесь не происходит – изменяется лишь категория запрещенного законом под страхом наказания поведения: то, что ранее считалось преступлением (или, допустим, проступком) и наказывалось соответствующими наказаниями, теперь считается правонарушением, наказуемым менее строго, но при этом не утрачивает характер наказуемого (пенализируемого) поведения, остающегося под уголовным (точнее административно-уголовным) запретом. Если исходить из узкого понимания «криминализации», когда под ней понимается отнесение запрета исключительно к категории преступлений в тесном смысле (*crimes*), то тогда «декриминализацией» следует считать не только перевод деяний из преступлений в административные правонарушения, но и их перевод из преступлений в уголовные проступки.

Представляется, что реформа казахстанского уголовного права, оформленная новой кодификацией, будет иметь смысл и являться существенным шагом вперед на пути вхождения в круг развитых правовых порядков, только в том случае, если будет опираться на несколько важнейших теоретических постулатов:

1) Законодатель восстанавливает трехчленную классификацию уголовно-наказуемых деяний, включающую преступления, проступки и правонарушения¹¹.

2) Законодатель отказывается от устаревшей советской концепции о том, что уголовное право содержится только в Уголовном кодексе – данная концепция реальности не соответствует. Отныне казахстанская правовая система исходит из дуализма¹² источников уголовного права: а) Уголовного кодекса, кодифицирующего на основе принципа «полноты кодификации» нормы о преступлениях и проступках; б) Кодекса мелких правонарушений¹³, кодифицирующего нормы о правонарушениях при параллельном обсуждении вопроса, в какой мере реалистично также выстроить данный кодекс на основе принципа полноты кодификации¹⁴.

3) Необходимо выработать единое доктринальное понятие, которое охватило бы все три категории уголовно-наказуемых деяний (преступления, проступки и правонарушения)¹⁵, содержащиеся в двух кодексах, являющихся источниками уголовного

¹¹ Используемое здесь понятие «правонарушение» условно, поскольку вопрос о терминологическом обозначении нынешних «административных правонарушений» мы оставляем открытым. Но в любом случае прилагательное «административный», на наш взгляд, является неудачным, поскольку мешает адекватному развитию административного права, не имеющего ничего общего с наказаниями за мелкие правонарушения. При этом, если с сущностной точки зрения принадлежность «правонарушений» к уголовному праву сомнений не вызывает, мы не считаем необходимым присоединение к ним прилагательного «уголовный», способное вызвать у населения ложное впечатление об усилении уголовной репрессии.

¹² Дуализм будет иметь место в случае реализации принципа полноты кодификации при подготовке Кодекса, который объединит мелкие правонарушения. В противном случае Казахстан столкнется с множественностью источников уголовного права и необходимостью теоретического отделения друг от друга общего и специального уголовного права. Впрочем, это достаточно типичная ситуация для большинства континентальных западных правовых систем.

¹³ Вопрос о наименовании данного кодекса мы также оставляем открытым – ответ на него зависит от решения проблемы наименования нынешних «административных правонарушений».

¹⁴ Если исходить здесь из гипотетически идеального принципа полноты кодификации, то тогда потребуются отказаться от любых специальных законов, содержащих нормы о каких-либо штрафах и иных публичных санкциях – все они должны быть кодифицированы, то есть, по сути, речь здесь пойдет не о рекодификации, а о *подлинной первоначальной кодификации*.

¹⁵ Содержащаяся ныне в Концепции проекта УК РК идея выработки понятия «уголовное правонарушение», которое будет охватывать преступления и проступки является шагом в правильном направлении, но шагом недостаточным, поскольку не позволяет охватить нынешние

права в широком смысле слова. Данное понятие не требуется непременно формализовывать на уровне закона – гораздо важнее закрепить его на уровне правового менталитета, для чего оно должно попасть в учебники, курсы лекций, комментарии, не говоря уже о профессиональном языке юристов-практиков и юристов-теоретиков, а также судебных решениях, прежде всего высших инстанций.

4) Единственным критерием разграничения запрещенных уголовным законом деяний на преступления, проступки и правонарушения должно служить *наказание* (его вид и размер), которого заслуживает то или иное поведение. Только такой подход, когда при любом варианте криминализации в широком смысле законодатель ставит себе вопрос об адекватном и справедливом наказании за соответствующее поведение, позволит выстроить стройную трехчленную классификацию преступных деяний и распределить их между двумя кодексами. Ответ на вопрос о виде и размере наказания должен приводить к *автоматическому* попаданию запрещенного деяния в ту или иную категорию. При этом критерием является не вся совокупность наказаний, которые могут возлагаться за совершение преступного деяния, а только *максимально строгое* наказание.

5) К числу *правонарушений* должны быть отнесены все деяния, наказание за совершение которых не может превышать определенного (не чрезмерно высокого) размера штрафа¹⁶, а также, быть может, включает лишение определенных прав и разрешений (водительского удостоверения, разрешения на охоту и т. д.) на строго ограниченный максимальный срок (исчисляемый, как правило, несколькими месяцами) и вне связи с профессиональной деятельностью¹⁷, хотя в последнем случае, речь может идти лишь о судебной процедуре рассмотрения дела о соответствующем правонарушении. К числу *проступков* должны быть отнесены все деяния, максимальное наказание за которые превышает установленную выше границу наказаний за правонарушения, но не может быть выше, нежели несколько лет лишения свободы.¹⁸ В такой ситуации в число проступков автоматически попадают и нынешние административные правонарушения, наказуемые арестом, слишком высоким штрафом или, допустим, лишением профессиональных разрешений (лицензий), а также нынешние преступления, максимально наказуемые до нескольких лет лишения свободы. Все деяния, наказуемые более строго, чем максимальная граница наказаний за проступки, автоматически становятся *преступлениями*.

Естественно, что при проведении кодификации требуется также сбалансировано решить вопрос о судимости, сроках давности и т. д. применительно к каждой категории запрещенных уголовным законом деяний. Впрочем, здесь мы не претендуем на полноту анализа, ограничившись лишь наиболее концептуальными проблемами, связанными с

«административные правонарушения». Именно поэтому здесь следует искать другую терминологию.

¹⁶ Такой подход, помимо прочего, приведет к расширению применения штрафа как одного из эффективных видов наказания, на чем настаивает Концепция правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., утвержденная Указом Президента РК от 24 августа 2009 г. Обратим также внимание, что в данном документе, являющемся определяющим для развития казахстанской правовой системы, уголовно-правовая природа штрафа в качестве одного из ключевых видов уголовных наказаний даже не ставится под сомнение. Это ли не лишний довод в пользу того, что любые наказуемые штрафом правонарушения должны входить в систему уголовного права в широком смысле? В противном случае правовой системе Казахстана не удастся достичь концептуальной стройности, особенно если исходить из приведенного выше требования Концепции правовой политики о расширении применения штрафов в качестве уголовных наказаний.

¹⁷ Иначе говоря, здесь надо различать лишение, допустим, водительского удостоверения на несколько месяцев автолюбителя, для которого это не более чем мелкая неприятность и утрата комфорта, и лишение водительского удостоверения профессионального шофера, для которого данное наказание превращается в утрату работы, заработка и т. д. В последнем случае наказание становится много более строгим и вряд ли может относиться к категории «наказаний за правонарушения».

¹⁸ В Концепции проекта УК РК говорится об одном годе, хотя, на наш взгляд, максимальный срок здесь может быть и выше, доходя, допустим, до двух или трех лет лишения свободы.

понятием и классификацией наказуемых деяний¹⁹, новыми пределами уголовного права и др.

II. Уголовная ответственность юридических лиц

Если исходить из содержащейся в Концепции проекта УК РК мысли о том, что дискуссия возможна лишь в аспекте реализации уголовной ответственности юридических лиц, но не в аспекте необходимости ее закрепления в праве Казахстана, поскольку такая необходимость вытекает из международных обязательств РК, а также, конечно, Концепции правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., то данная мысль при всей своей, казалось бы, формальной бесспорности требует уточнения. Прежде чем говорить об уголовной ответственности юридических лиц, необходимо выяснить сами понятия «уголовной ответственности», «уголовного права», «наказания» и т. д. В этом смысле отсутствие упоминания о юридических лицах в УК соответствующей страны вовсе не означает отсутствие в данной стране уголовной ответственности юридических лиц, которая может быть предусмотрена иными источниками права, специальными законами и др. Выше мы уже выяснили, что существующее на постсоветском пространстве понимание уголовного права и его пределов не соответствует современным теоретическим стандартам. Более мы к этому возвращаться не будем.

Важно другое. Как только мы изменим представления об уголовном праве и его соотношении с административно-деликтным правом, выработаем трехчленную классификацию уголовно наказуемых деяний, начнем отталкиваться от дуализма источников уголовного права и т. д., то мы сразу столкнемся с тем, что сама постановка вопроса о возможном введении в Казахстане уголовной ответственности юридических лиц является *принципиально неверной*, поскольку уголовная ответственность юридических лиц в Казахстане давно уже существует.

Постановка вопроса о *введении* уголовной ответственности юридических лиц имела смысл и вызывала жаркие дискуссии на Западе тогда, когда юридическое лицо, будучи порождением гражданского права, подпадало под действие исключительно норм о гражданско-правовой ответственности. Речь идет, прежде всего, о XIX столетии с его бурным ростом экономики, возникновением разнообразных экономических конструкций типа «акционерного общества», цивилистической юрисдикцией данных конструкций, закреплением их в Гражданских и Торговых кодексах и т. д. Здесь-то и возникла дилемма: если юридическое лицо нарушает не гражданско-правовое обязательство, а установленные под страхом государственной репрессии (например, в виде штрафа) публично-правовые правила поведения, допустим, в сфере регулирования финансового рынка, то может ли быть подвергнуто государственной репрессии (тому же штрафу) само юридическое лицо или ей могут быть подвергнуты только стоящие за юридическим лицом физические лица (руководитель и т. д.)? Технологизация экономической жизни привела уже в первой половине XX столетия к бурному росту публично-правовых запретов в сфере экономики, к необходимости введения разнообразных санкций за нарушение, например, правил технологической безопасности при возведении многоэтажных зданий, строительстве мостов или организации воздушных перевозок. В такой ситуации ответ на будораживший в XIX веке умы юристов вопрос стал *очевидным*: государственная репрессия может касаться не только физических, но и юридических лиц. Иначе говоря, юридическое лицо может нести не только гражданско-правовую ответственность, но и ответственность уголовную в виде, например, штрафа, принудительной ликвидации, отзыва лицензии и т. д.

Другое дело, что возможность привлечения юридических лиц к уголовной ответственности в широком смысле вовсе не обязательно означает возможность их привлечения к уголовной ответственности в узком смысле, то есть ответственности, предусмотренной УК. Более того, создание специального репрессивного

¹⁹ К слову, словосочетание *наказуемое деяние* вполне могло бы стать тем родовым понятием, которое на доктринальном уровне объединило бы преступления, проступки и мелкие правонарушения, рассредоточенные по двум кодексам.

законодательства и разветвленная терминологическая дифференциация уголовной ответственности в широком смысле, часто ныне скрывающейся не только за понятием «административно-деликтивной ответственности», но и за понятиями «налоговой ответственности», «экологической ответственности» и др., позволили многим правовым порядкам (главным образом, континентальной правовой семье) решить иную важную проблему – избежать действия в отношении уголовной ответственности юридических лиц норм *общей части* классического уголовного права, построенных вокруг теории субъективного вменения и личной вины. Но здесь возникла очередная опасность, о которой выше мы уже писали и которая проявилась на Западе несколько десятилетий назад, а сейчас в полной мере проявляется на постсоветском пространстве – забвение уголовно-правовой природы возлагаемых на юридические лица санкций и возникновение иллюзии «неуголовного характера» разнообразных налоговых, антимонопольных, экологических и др. штрафов и иных мер. В результате, если считать такого рода санкции «неуголовными», то нет тогда надобности опираться при их применении на фундаментальные принципы уголовного права и процесса, такие как *non bis in idem*, право на доступ к суду, право на защиту, гарантии состязательности процесса, презумпция невиновности и др. Понимая концептуальную ущербность и связанные с ней риски «расползания» репрессивного (уголовного) права, становящегося безразмерным и бесконтрольным, западное правоведение в целом и Европейский суд по правам человека в частности отреагировали упоминавшейся нами теорией уголовного права в широком смысле (англ. «*criminal matter*», фр. «*matière pénale*»), смысл которой сводится к тому, что как бы государство терминологически не обозначало соответствующий вид государственной репрессии (административно-деликтивная ответственность, налоговая ответственность, экологическая ответственность и т. д.) и каким бы законодательством его не предусматривало (уголовным или «неуголовным»), оно должно отдавать себе отчет, что речь идет об «уголовно-правовой сфере» и что к этой сфере должны быть приложимы *все фундаментальные* международно-правовые и конституционно-правовые *принципы* уголовного права и процесса. Распространяясь, разумеется, и на физических лиц, концепция «уголовно-правовой сферы» неизбежно охватила юридические лица с точки зрения регулирования их ответственности.

Таким образом, современный западный подход выглядит следующим образом: *наличие специального законодательства и специальной терминологии в отношении применяемых к юридическим лицам уголовно-правовых санкций может исключать полностью или частично действие в их отношении норм общей части уголовного права, но не может исключать действие в их отношении фундаментальных уголовно-правовых и уголовно-процессуальных принципов.*

Постсоветские государства, в том числе Казахстан, в этом отношении проделали лишь первую часть пути: они «замаскировали» уголовную ответственность юридических лиц иными видами их ответственности (административно-деликтивной, налоговой, экологической, антимонопольной и т. д.), в результате чего *volens nolens* исключили саму возможность применения к юридическим лицам многочисленных норм Общей части УК. Но при этом они концептуально не унифицировали все применяемые в отношении юридических лиц репрессивные нормы, в силу чего возложение на юридических лиц мер государственной репрессии²⁰, например, в виде штрафа, ликвидации или отзыва лицензии оказалось не всегда подкреплено фундаментальными уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными гарантиями такими как уже упоминавшиеся презумпция невиновности, *non bis in idem*, право на защиту и т. д.

Помимо указанной концептуальной проблемы, на сугубо техническом уровне может также обсуждаться вопрос о целесообразности включения норм об уголовной ответственности юридических лиц непосредственно в текст Уголовного кодекса РК. Подчеркнем еще раз: речь не идет о введении уголовной ответственности юридических лиц (такая ответственность уже существует), а о решении проблемы, должна ли уголовная ответственность (в широком смысле) юридических лиц регулироваться

²⁰ Такого рода меры могут быть сегодня возложены не только на коммерческие, но и на некоммерческие организации, к которым подлежат применению разнообразные санкции от принудительной ликвидации и до штрафа за нарушение правил противопожарной безопасности.

исключительно специальным законодательством или быть сопряжена также с уголовной ответственностью юридических лиц в узком смысле, вытекающей из уголовно-правовых запретов, содержащихся в УК. Как мы уже отметили, данная проблема является не концептуальной, а технической, поскольку связана не с самой концепцией уголовной ответственности юридических лиц, а с вопросом о *кодификации* норм об этой ответственности.

Разработка нового УК РК позволяет наконец-то перевести в формально-юридическую плоскость *de facto* существующую в Казахстане уголовную ответственность юридических лиц, в чем видится основная задача новой уголовно-правовой кодификации применительно к юридическим лицам. В технической плоскости решение проблемы уголовной ответственности юридических лиц представляет собой не столько теоретическую, сколько именно кодификационную работу.

Здесь надо, прежде всего, ответить на два вопроса, на первый взгляд не связанных с юридическими лицами: а) каков будет максимальный порог санкций (штрафов) за правонарушения, кодифицируемые на уровне Кодекса мелких правонарушений; б) сочтет ли законодатель технически реальным добиваться полноты кодификации норм о правонарушениях на уровне единого Кодекса мелких правонарушений или последний по-прежнему будет сосуществовать со специальными законами о наказаниях за правонарушения в налоговой, антимонопольной, строительной и т. д. сферах.

Если законодатель примет решение о реализации технически рутинной и громоздкой, но благой для граждан идеи полноты кодификации норм о мелких правонарушениях, то дальнейшее понятно. Это приведет к систематизации всех норм, в соответствии с которыми не только на физические, но и на юридические лица могут быть возложены разнообразные квазиуголовные санкции (штрафы, ликвидация и т. д.). В результате, часть таких норм, где размер штрафа не превышает максимума, установленного за правонарушения, попадет в новый единый Кодекс мелких правонарушений, а другая их часть, где речь пойдет о крайне высоких размерах штрафа или таких наказаниях как принудительная ликвидация или отзыв лицензии, окажется в главе нового УК РК, посвященной уголовным проступкам. Вот, собственно, и вся работа по поиску «сбалансированного подхода к установлению уголовной ответственности юридических лиц», о чем с таким пиететом пишут составители Концепции проекта УК РК. Это скорее элементарная техническая кодификационная операция, а «баланс» нужен отнюдь не здесь, а в выработке лестницы наказаний, в том числе штрафов, отделяющих правонарушения от проступков.

Если законодатель не рискнет браться за полную кодификацию всех правонарушений на уровне единого кодекса, то это приведет не к дуализму, а к множественности источников уголовного права. В такой ситуации потребуются *полная доктринальная систематизация* всех действующих в Республике Казахстан норм, позволяющих применять в отношении юридических лиц меры государственной репрессии (штраф, ликвидация, отзыв лицензии и т. п.), то есть фактически привлекать юридические лица к уголовной (в широком смысле) ответственности за правонарушения.²¹ Параллельно необходимо будет составить полный перечень фундаментальных международно-правовых и конституционно-правовых принципов уголовного права и процесса, которыми должны охватываться *любые* формы государственной репрессии (как в отношении физических лиц, так и в отношении лиц юридических). Подобная систематизация, с *концептуальной точки зрения*, позволит выявить случаи недостаточного обеспечения действующих в Казахстане юридических лиц надлежащими

²¹ Такая систематизация необходима еще и для совершенствования самого законодательства о юридических лицах, которое должно быть максимально **прозрачно** как для юридических лиц-участников коммерческого оборота, так и для некоммерческих организаций. Принцип *правовой определенности*, признаваемый ныне всеми развитыми правовыми порядками, требует абсолютно точного, понятного, доступного и исчерпывающего перечня правовых запретов, действующих в отношении юридических лиц, и возможных санкций за их несоблюдение. С точки зрения принципа правовой определенности, не имеет ни малейшего значения, за какими национальными юридическими терминами («финансовое правонарушение», «административное правонарушение» и т. д.) скрываются те или иные запреты. В то же время государство, не обеспечивающее принцип правовой определенности, не может сегодня считаться инвестиционно-привлекательным.

уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными гарантиями против неправомерной государственной репрессии – гарантиями, абсолютно необходимыми для приведения правовой системы Казахстана в соответствие с международно-правовыми и международно-экономическими стандартами. С *технической точки зрения*, она позволит ответить на вопрос, в какой мере специальное законодательство достаточно для пресечения цивилизованными средствами любых форм опасных для публичного правопорядка действий в экономической и внеэкономической сфере самих юридических лиц. Если в соответствующих запретах и санкциях обнаружатся неохваченные специальным законодательством пробелы, создающие угрозы в сфере защиты прав потребителей, экономики, экологии и др., то имеет смысл задуматься о генерализации таких запретов и санкций непосредственно в тексте УК РК или Кодекса мелких правонарушений. Впрочем, понятно, что после проведения работ по доктринальной систематизации всех уголовно-правовых норм, содержащихся в специальном законодательстве Казахстана и позволяющих штрафовать юридические лица, отзывать у них лицензии и т. д., будет очень странно и крайне нерационально не кодифицировать все доктринально систематизированные нормы на законодательном уровне (в Кодексе мелких правонарушений). Поэтому вариант полной кодификации норм о мелких правонарушениях в любом случае представляется нам предпочтительным, каким бы сложным он ни казался на первый взгляд.

С теоретической точки зрения есть только одна *a priori* сложная проблема, касающаяся мнимого «введения» в Казахстане уголовной ответственности юридических лиц. С *одной стороны*, ясно, что круг уголовно-правовых санкций, которые могут налагаться на юридические лица, крайне ограничен, причем ограничен естественным образом. В этом смысле пожелания составителей Концепции проекта УК РК о «сбалансированном подходе» к «выбору наказаний» в отношении юридических лиц выглядят несколько наивными. О каком «выборе» здесь может идти речь, если юридическое лицо нельзя приговорить ни к общественным работам, ни к исправительным работам, ни к большинству иных «альтернативных наказаний», не говоря уже о лишении свободы? Все уголовные наказания юридических лиц возвращаются в «трех соснах»: штрафа, отзыва лицензии и принудительной ликвидации. В такой ситуации, если исходить из вида и размера наказания как критерия деления наказуемых деяний на преступления, проступки и правонарушения, понятно, что юридическое лицо может быть наказано только теми способами, которые вынуждают нас относить совершенные им деяния к правонарушениям или проступкам. К наказаниям за преступления юридическое лицо приговорено быть не может, поскольку к нему нельзя применить лишение свободы.

С *другой стороны*, судя по Концепции проекта УК РК и исходя из того, что она основана на рекомендациях международных организаций, составители документа предполагают распространить уголовную ответственность юридических лиц, в том числе на «ограниченный перечень преступлений», то есть тех деяний, которые в случае их совершения физическими лицами предполагают жесткие наказания в виде лишения свободы (коррупция, терроризм и т. п.), в силу чего относятся к категории именно *преступлений*.²² Данный аспект реформы можно по праву назвать не «мнимым», а реальным введением уголовной ответственности юридических лиц, то есть ее появлением в тех областях уголовного права, где в советский и постсоветский периоды ее не было не только *de jure*, но и *de facto*. Но не это главное. Важно другое – в результате реализации данных нововведений получится, что при совершении, допустим, физическим лицом террористического акта с одновременным использованием для этого «платформы» какого-либо юридического лица, физическое лицо может быть приговорено

²² Мы не будем здесь обсуждать, в какой мере уголовная ответственность юридических лиц является в такой ситуации эффективным инструментом реакции на тяжкие преступления, учитывая современную девальвацию конструкции юридического лица, сопряженную с «фирмами-однодневками», офшорными компаниями, маскировочными юридическими лицами, резким упрощением регистрации юридических лиц и т. д. Имеет ли смысл осуществлять уголовное преследование «фирмы-однодневки», направленное на ее ликвидацию, если за время уголовного преследования можно без проблем зарегистрировать сотню-другую похожих юридических лиц? Нет ли здесь элементарного неэффективного расходования бюджетных и человеческих ресурсов?

к длительному сроку лишения свободы, а юридическое лицо – к принудительной ликвидации. В отношении первого речь пойдет о наказании за преступление, а в отношении второго... за проступок, поскольку если деяние не предусматривает наказания в виде лишения свободы²³, то оно должно квалифицироваться как уголовный проступок, что отмечается, помимо прочего, в Концепции проекта УК РК. Но террористический акт вряд ли совместим с категорией проступка не только по юридическим, но и по моральным соображениям.

Выход из сложившейся ситуации, скорее всего, следует искать в разделении всех уголовно-наказуемых деяний, совершаемых юридическими лицами, на две категории: а) на те деяния, за которые юридическое лицо может нести *самостоятельную* уголовную ответственность (неуплата налогов, нарушение правил пожарной безопасности, не повлекшее тяжких последствий и т. д.); б) на те деяния, за совершение которых юридическое лицо может нести исключительно *акцессорную* уголовную ответственность, когда уголовное преследование юридического лица может иметь место только в случае преследования за то же деяние физического лица. В первом случае категория наказуемого деяния определяется санкцией, которая может быть возложена именно на юридическое лицо, что приводит к квалификации такого деяния в качестве проступка или правонарушения. Во втором случае категория наказуемого деяния определяется санкцией, которая может быть возложена на *физическое лицо*, что приводит к квалификации такого деяния в качестве преступления. Иными словами, уголовная ответственность юридических лиц за совершение преступлений в тесном смысле этого понятия может быть лишь акцессорной и никакой другой. При этом в случае самостоятельной уголовной ответственности юридических лиц соответствующий запрет должен предусматриваться нормами Особенной части УК (глава о проступках) и Кодекса мелких правонарушений, а в случае акцессорной уголовной ответственности юридических лиц соответствующие нормы должны предусматриваться в Общей части УК – конструирование отдельных норм о юридических лицах в Особенной части УК в данной ситуации не только нецелесообразно, но и способно привести к проблемам в правоприменительной практике. Впрочем, мы здесь наметили лишь самые схематичные и предварительные подходы к решению данной проблемы, теоретически являющейся одной из самых сложных.

III. Оптимизация системы уголовных наказаний и иных форм реакции на преступления в контексте двухвекторной уголовной политики

Концепция правовой политики РК на 2010 – 2020 гг., как известно, обозначила несколько приоритетных направлений развития казахстанского уголовного права, направленных на реализацию так называемой «двухвекторной» уголовной политики, когда гуманизация в отношении менее опасных для общества преступлений сопровождается одновременным ужесточением в отношении наиболее опасных для общества преступлений, на поэтапное сокращение уголовной репрессии, на расширение применения наказаний, не связанных с лишением свободы и т. п.

Надо признать, что Концепция проекта УК РК в этом плане в целом соответствует поставленным политико-правовым задачам. Нельзя не поддержать ее составителей, когда они, в частности, отмечают, что в новом УК РК необходим «пересмотр системы уголовных наказаний в целях более широкого применения видов наказаний, альтернативных лишению свободы». В более конкретной плоскости весьма плодотворна, например, идея расширения общественных работ как вида уголовного наказания, которое должно иметь ярко выраженную социальную направленность, создания, что очень важно, инфраструктуры для его реального исполнения в виде специальной службы, призванной заниматься организацией исполнения общественных работ, и др.

²³ Мы здесь имеем в виду ситуацию специального уголовного запрета в отношении юридических лиц за содействие, допустим, террористической деятельности. Самое строгое наказание, которое можно предусмотреть в санкции такой статьи – это, разумеется, принудительная ликвидация, но не лишение свободы, требуемое для отнесения деяния к числу преступлений.

В целом, на фоне заметного отставания постсоветской пенологии, так пока и не сумевшей эффективно модернизировать институт уголовного наказания, Концепция проекта УК РК ставит вполне адекватные задачи и намечает вполне адекватные пути их решения. На концептуальном уровне соответствующие положения Концепции проекта УК РК не вызывают каких-либо возражений – их следует обсуждать, прежде всего, на техническом уровне, имея в виду создание соответствующей инфраструктуры, подготовку персонала, надлежащее финансирование и т. п. с тем, чтобы предусмотренные новым УК РК пенологические нововведения не оказались «мертвой буквой», как уже неоднократно случалось на постсоветском пространстве.

Однако, невзирая на наше весьма положительное отношение к соответствующим разделам Концепции проекта УК РК, посвященным институту наказания и иным связанным с ним формам реакции на преступление, в этих разделах есть несколько конкретных, если не сказать – локальных, положений, которые вызывают у нас вопросы или, по крайней мере, заслуживают специального обсуждения:

1) Составители Концепции проекта УК РК, оправданно предлагая снизить сроки реального исполнения лишения свободы в качестве формального условия для условно-досрочного освобождения в отношении несовершеннолетних, беременных женщин, лиц, достигших пенсионного возраста и др., одновременно считают необходимым «рассмотреть целесообразность полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков для освобождения» в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления (сексуальные преступления в отношении несовершеннолетних, террористические преступления, экстремизм и т. д.).

Что касается поиска оптимальных и сбалансированных сроков реального исполнения лишения свободы в качестве основания для условно-досрочного освобождения, что иногда предполагает не только их уменьшение, но и увеличение, то методологически такая постановка вопроса понятна и на общем уровне возражений не вызывает – такого рода законодательная «оптимизация» везде является едва ли не перманентной и даже рутинной. Не следует только забывать, что она должна быть основана исключительно на хорошо изученных и тщательно взвешенных социологических данных, исключая какую-то бы то ни было «кампанейщину» и общественную истерию.

Однако с предложением вовсе отказаться от возможности условно-досрочного освобождения по делам о некоторых особо тяжких преступлениях нельзя согласиться ни при каких обстоятельствах. Известно, что современные международные стандарты исходят из абсолютной необходимости предусматривать условно-досрочное освобождение даже в случае назначения в виде наказания пожизненного лишения свободы, не говоря уже о длительных сроках лишения свободы. Если даже не останавливаться здесь на соображениях гуманности, то это необходимо также по причинам сугубо рационального порядка. Во-первых, полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к едва ли не абсолютной демотивации значительной и наиболее опасной категории осужденных к лишению свободы. У них тогда не остается ни малейших стимулов к надлежащему поведению, что резко повышает напряженность в местах лишения свободы. Во-вторых, полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к постоянному *накоплению* наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы, с чем столкнулись некоторые постсоветские страны. Число тех же пожизненно осужденных начинает прогрессивно расти, в связи с чем, любое государство в долгосрочной перспективе начинает сталкиваться с колоссальными проблемами с их содержанием, не говоря уже об элементарной нехватке мест, необходимости строительства новых пенитенциарных учреждений и т. д.

Другое дело, что освобождение лиц, совершивших особо тяжкие преступления, требует серьезного постпенитенциарного контроля, кропотливой работы по их предварительной ресоциализации, психолого-психиатрического контроля, прежде всего за лицами, совершившими сексуальные посяательства в отношении несовершеннолетних, и иных мер, которые необходимо применять в таких случаях во избежание рецидива. Но к формальному отказу от условно-досрочного освобождения все эти меры отношения не имеют.

2) В целях усиления уголовной репрессии в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления против жизни, преступления против несовершеннолетних, террористические преступления и преступления экстремистского характера, составители Концепции проекта УК РК предлагают отменить сроки давности по такого рода делам, по сути, приравняв их в данном отношении к делам о преступлениях против мира и человечества. Эта идея также неудачна.

Отсутствие сроков давности по делам о преступлениях против мира и человечества объясняется не столько жесткостью уголовной репрессии по таким делам или даже сложностью их расследования, сколько соображениями политического характера – такого рода преступления чаще всего совершаются высшими политическими лидерами соответствующих государств, возможность привлечения которых к заслуженной ответственности зависит от историко-политических факторов: продолжительность существования режимов, которые они возглавляют, их устойчивости, поддержки другими политическими режимами и т. д. В результате, система уголовной юстиции вынуждена иногда дожидаться годы или даже десятилетия прежде, чем она получит возможность привлечь в надлежащем порядке к уголовной ответственности лиц, совершивших преступления против мира и человечества.²⁴

Имеются ли подобные проблемы в ситуации совершения общеуголовных преступлений против жизни или даже преступлений террористического характера? Вряд ли. Наличие института сроков давности в ситуации, когда соответствующее государство имело все возможности для того, чтобы раскрыть преступление и привлечь виновных к ответственности, особенно с учетом того, что укрытие от следствия и суда приостанавливает течение сроков давности, может объясняться либо крайне запоздалым обнаружением преступления, либо неэффективностью его расследования. В обоих случаях виновное лицо не только не скрывалось, но и в течение длительных сроков не совершало новых преступлений (в противном случае она будет привлечено к уголовной ответственности именно за эти преступления), утратив, по сути, общественную опасность. Так какой смысл привлекать его в такой ситуации к уголовной ответственности, допустим, по истечении 15 лет? Какой смысл наказывать, скажем, за экстремизм 15-летней давности, если лицо более не совершило ничего экстремистского, а политическая система при этом благополучно устояла, доказав свою устойчивость? Это просто-напросто нерационально. Институт давности привлечения к уголовной ответственности, в том числе в случае совершения особо тяжких преступлений, имеет давнюю историю и глубокие теоретические и практические корни, что понимала даже советская уголовно-правовая доктрина. Современному казахстанскому законодателю не следует, наверное, забывать об этой истории и об этих корнях.

3) Столь же нерационально и мало понятно также содержащееся в Концепции проекта УК РК предложение о нормативном запрете в новом УК амнистии по делам о все тех же особо тяжких преступлениях. Какой в этом смысл? Если исходить из доверия к законодательной власти, призванной в соответствующих случаях принимать законы об амнистии, то можно предположить, что она сама в состоянии в каждом конкретном случае правильно определить категорию лиц, заслуживающих освобождения по амнистии, и категорию лиц, такого освобождения не заслуживающих. Если исходить из недоверия к законодательной власти, которая вдруг захочет неоправданно освободить от уголовной ответственности или от отбывания наказания какую-то категорию обвиняемых или осужденных, то кто помешает той же законодательной власти внести предварительно изменения в УК РК и избавиться от «запретительной нормы», развязав таким образом себе руки? Автор этих строк лично не сомневается в том, что казахстанская законодательная власть заслуживает безусловного доверия, в том числе в вопросах объявления амнистии, поэтому вторую из описанных ситуаций он рассматривает как

²⁴ Иногда для этого требуется даже выиграть Мировую войну, что и имело место, допустим, в ситуацию с гитлеровским режимом, находившимся у власти в течение 12 лет, не говоря уже о необходимости последующего многолетнего поиска по всему миру отдельных лиц, виновных в преступлениях этого режима и использовавших политико-финансовые ресурсы последнего для того, чтобы скрываться от правосудия.

сугубо гипотетическую. Но важно другое – предлагаемый «запрет на амнистию» при любых обстоятельствах лишен какой-либо институциональной ценности и явно излещен.

4) Стремление составителей Концепции проекта УК РК к развитию в Казахстане института *пробации*, прекрасно зарекомендовавшего себя в сравнительно-правовом плане, заслуживает всяческой поддержки. Однако, предлагая внести в новый УК РК положения о «пробационном надзоре», они отмечают, что речь идет о самостоятельном виде иных мер уголовно-правового воздействия, который связан с определенными ограничениями, но не обладает свойствами наказания. Здесь требуются, как минимум, подробные пояснения. О чем идет речь? Каковы основания для применения пробационного надзора? Является ли он альтернативой наказанию? Как он соотносится с институтами освобождения от уголовной ответственности, освобождения от наказания, отсрочки исполнения наказания? Каково его место в системе уголовного права? Эти вопросы важны и требуют разъяснения еще и потому, что в науке сравнительного уголовного права англосаксонский институт пробации принято считать аналогом континентального института отсрочки исполнения наказания или отсрочки назначения наказания (в том числе с возложением определенных обязанностей, контролем за их исполнением и т. д.). Отличия, как правило, существуют не столько на материально-правовом уровне (они в основном сугубо терминологические), сколько на уровне организационном, и сводятся к наличию или отсутствию специальных служб пробации. Но тогда в любом случае непонятно, почему «пробационный надзор» не обладает свойствами наказания, учитывая, что институт наказания не сводится к лишению свободы, а имеет массу ответвлений, в том числе в виде освобождения от наказания или отсрочки исполнения наказания (коей *mutatis mutandis* иногда и является в некоторых странах пробация)?

5) В Концепции проекта УК РК содержится предложение о преобразовании нынешнего административного надзора в полицейский надзор, который должен обеспечить эффективный контроль за лицами, освобожденными из мест лишения свободы. В то же время остается не совсем понятно, в чем конкретно выразится данное преобразование. Идет ли речь о реформе или о простой терминологической замене слова «административный» на слово «полицейский»? Анализ Концепции проекта УК РК ответить на этот вопрос не позволяет. Учитывая концептуальный характер документа, вряд ли в нем могут содержаться положения, связанные исключительно с оптимизацией технической терминологии, тем более что такого рода оптимизация при всей ее важности никак не способна обеспечить повышение «эффективности контроля». Но если речь идет о реальных сущностных преобразованиях института, то их содержание остается для нас загадкой.

6) Составители Концепции проекта УК РК предлагают отказаться от определения в уголовном законе вида исправительного учреждения, в котором в зависимости от категории совершенного преступления и иных установленных законом критериев должно содержаться лицо, осужденное к лишению свободы. По их мнению, вид исправительного учреждения должен определять не закон, а суд с учетом обстоятельность конкретного дела, личности осужденного и т. д.

В целом, данное предложение заслуживает пристального внимания – оно направлено на более глубокую индивидуализацию наказания, что можно только приветствовать. Однако, следует иметь в виду, что такого рода механизмы эффективны и способны обеспечить поставленную цель (индивидуализация) только в том случае, когда подкреплены соответствующей уголовно-процессуальной инфраструктурой. В настоящий момент в казахстанском уголовном процессе такой инфраструктуры нет, и нам сложно сказать, каковы перспективы ее появления в ходе проводящейся правовой реформы. Речь идет о том, что для подлинной и по-настоящему справедливой индивидуализации наказания судье недостаточно располагать парой стандартных характеристик и справкой о наличии или отсутствии судимости, чем обычно располагают постсоветские судьи. Ему нужно углубленное и подробнейшее «досье личности», которое неспособны представить стороны процесса в силу как своей заинтересованности в исходе дела, так и сосредоточенности на обсуждении вопроса о виновности, и которое по поручению судьи составляет соответствующее подчиненное судье должностное лицо (тот же офицер службы пробации). Для составления такого досье в свою очередь необходим особый

процессуальный этап между провозглашением решения о виновности и назначением наказания, в некоторых случаях растягивающийся на месяцы и отсутствующий в постсоветских уголовно-процессуальных системах, жестко основывающихся на принципе единства и неделимости приговора. Впрочем, не будем здесь углубляться в теоретические и сравнительно-правовые детали, тем более что механизмы обеспечения судьи максимально подробной и абсолютно объективной информацией о личности обвиняемого (осужденного), позволяющей индивидуализировать наказание, в разных странах могут быть различны. Важно, что они есть и что они эффективны - это и позволяет судье, в том числе справедливо решить вопрос о виде исправительного учреждения. Важно также, что на постсоветском пространстве, включая Казахстан, их пока нет, что и затрудняет осуществление «судейской индивидуализации наказания», вынуждая действовать «через закон».

Поэтому при оценке анализируемого предложения основной вопрос звучит следующим образом: предполагают ли составители Концепции проекта УК РК одновременную реформу уголовно-процессуального института постановления приговора, создание при каждом судье особой службы изучения данных о личности и реализации прочих сопутствующих процессуальных и институциональных мер? Если предполагают, то данное предложение можно считать в высшей степени позитивным и способным приблизить казахстанскую систему уголовной юстиции к подлинной, а не формальной индивидуализации наказания, которая к тому же будет максимально легитимна, не вызывая подозрений в произволе и (или) коррупции. Если не предполагают, то от данного предложения следует отказаться, поскольку у судей просто-напросто не будет процессуальных и институциональных средств для его адекватной реализации. Им останется разве что определять вид исправительного учреждения «на глазок», что вряд ли укрепит доверие к судебной системе, или в лучшем случае по-прежнему опираться на формальную категоризацию преступлений, продолжая *de facto* применять отмененные положения закона. Оба варианта кажутся нам далекими от идеала.

IV. Совершенствование системы уголовных запретов в сфере экономики

Проблема развития современной и сбалансированной системы экономических преступлений является одной из самых трудных на постсоветском пространстве, учитывая, что в советский период с его особой моделью экономики не было и не могло быть соответствующих нормативных и доктринальных наработок. Поэтому постсоветские законодатели пока еще на данном направлении действуют почти «вслепую», в силу чего экономическое уголовное законодательство большинства постсоветских стран страдает неоправданными пробелами, чрезмерной нестабильностью, «шараханьем» из стороны в сторону и т. д. и в целом пока еще весьма далеко отстоит от лучших мировых образцов, не говоря уже о сопутствующих проблемах правоприменения.

Подготовка новой казахстанской уголовно-правовой кодификации является прекрасной возможностью хотя бы отчасти исправить существующие недостатки уголовного законодательства в сфере экономики и создать адекватное современное «экономическое уголовное право». Возникает впечатление, что составители Концепции проекта УК РК прекрасно понимают эту важнейшую задачу. Более того, они совершенно правильно отмечают в уголовно-политической плоскости, что «необходимо обеспечить защиту бизнеса от противоправных деяний, снять ограничения, мешающие развитию свободного предпринимательства. Но при этом следует обеспечить защиту прав и законных интересов граждан, интересов государства (что также в конечном итоге обеспечивает интересы граждан – Л. Г.) от экономических преступлений». Иначе говоря, уголовный запрет в сфере экономической деятельности необходим, в том числе для здорового развития самой экономики, но он должен быть обоснованным, продуманным, легитимным и пропорциональным. С этим не только сложно, но и просто-напросто невозможно спорить.

Однако, обозначив правильную уголовно-политическую задачу на самом общем уровне, Концепция проекта УК РК ничего не говорит о технических средствах ее решения. Остается, в частности, неясным, устраивает ли составителей данного документа

нынешняя система экономических преступлений или она подлежит модернизации? Имеются ли в ней излишние уголовно-правовые запреты, от которых при подготовке нового УК РК следует отказаться? Если имеются, то о каких конкретно запретах идет речь? Существуют ли, напротив, в уголовном законодательстве РК пробелы, если сравнивать его с уголовным законодательством государств с развитой рыночной экономикой? Если существуют, то о каких конкретно пробелах идет речь и собирается ли казахстанский законодатель заполнить их при подготовке нового УК? На все эти вопросы в Концепции проекта РК нет ответов, что достаточно странно для документа такого уровня и явно не повышает его «концептуальную» ценность.

Не зная намерений казахстанского законодателя, мы здесь не возлагаем на себя миссию обсуждать в конкретной плоскости *de lege lata* и *de lege ferenda* нынешнее и будущее уголовное законодательство РК в экономической сфере. Но позволим, тем не менее, высказать одно сугубо методологическое соображение. Без детального изучения западного уголовно-экономического законодательства и сопутствующей ему правовой доктрины Казахстан вновь окажется в типично постсоветской ситуации «отставания» в данной области правового развития. При этом при изучении западного опыта следует иметь в виду, что уголовные запреты в сфере экономики фактически нигде, в том числе в континентальной системе права, не основаны на принципе «полноты уголовно-правовой кодификации», то есть они сосредоточены не только в УК, но и в специальном экономическом законодательстве, формирующем так называемое «специальное уголовное право», в частности «налоговое уголовное право», «таможенное уголовное право», «уголовное право хозяйственных обществ» и т. п. Здесь мы выходим на автономную проблему – необходимость изучения и разработки на национальном уровне легендарного «экономического уголовного права», являющегося ныне, причем под разными наименованиями, едва ли не сложнейшим и в научном смысле относительно автономным элементом особенной части уголовного права западных государств.²⁵ В постсоветских странах его нет, прежде всего на доктринальном уровне, в чем они пока безнадежно отстают от развитых правопорядков. Более того, любой постсоветской уголовно-правовой кодификации, претендующей на реальное движение вперед, должно сопутствовать и в значительной мере предшествовать создание автономной теории и учебной дисциплины «экономического уголовного права» или «уголовного права в сфере предпринимательской деятельности», которые позволили бы развить данное направление в западном русле (без нынешних малограмотных «шараханий» из одной крайности в другую).²⁶ Не отсутствием ли такого рода теоретической базы объясняется «молчание» Концепции проекта УК РК по поводу конкретных шагов в развитии уголовного права в сфере экономики и стремление ограничивать в этом отношении «общими фразами».

Следует обратить внимание еще на один уголовно-политический аспект, связанный с развитием уголовного законодательства в экономической сфере. Современная сбалансированная уголовная политика не допускает проведения демаркационной линии между «экономическими преступлениями» и «иными преступлениями», то есть различную

²⁵ См. очень серьезное и едва ли не единственное исследование данной проблемы на русском языке: Клепицкий И. А. Понятие хозяйственного уголовного права в европейском правоведении // Клепицкий И. А. Система хозяйственных преступлений. М. 2005. С. 27 – 32 (мы абсолютно солидарны с И. А. Клепицким в том, что понятия «экономические преступления» и «хозяйственные преступления» абсолютно тождественны (Там же. С. 4), то есть выбор терминов – это вопрос не правового смысла, а исключительно стиля речи или, если угодно, персонального вкуса, хотя рано или поздно терминологию придется унифицировать, остановившись на одном из этих вариантов)

²⁶ Здесь опять-таки не надо «изобретать велосипед», поскольку соответствующие учебные курсы и научные дисциплины есть во всех западных странах (см., например, самый краткий французский учебник «для начинающих» на 422 страницах: Bonfils P. Droit pénal des affaires. Paris. Montchrestien. 2009. 422 p.). Особенно печально, что все доморощенные постсоветские попытки «модернизировать уголовное законодательство в экономической сфере» опять-таки происходят вне общемирового контекста и даже без упоминаний соответствующих, причем очень многочисленных, западных теоретических трудов (см., например, такого рода «попытки»: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. Москва, «Либеральная миссия». 2010).

степень интенсивности гуманизации в отношении лиц, совершивших первые, и лиц, совершивших вторые. Двухвекторная уголовная политика проводит разграничение не между «экономическими» и «иными» преступлениями, а между преступлениями, представляющими крайнюю опасность для общества, и преступлениями, не представляющими такой опасности, что далеко не одно и то же. В противном случае «вбивается» недопустимый «клин» между политико-экономическими элитами и остальным населением, что губительно политически, а также одновременно – между предпринимателями и потребителями, что губительно уже экономически.²⁷

В этом смысле несколько тревожно, что Концепция проекта УК РК предполагает «неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе *экономические* (курсив наш – Л. Г.), преступления и добровольно возместившим имущественный ущерб», при этом отмечая, что «такой подход недопустим к преступлениям, представляющим большую общественную опасность (террористические преступления, коррупция, организованные преступные группы)». Понятно, что лишение свободы должно быть крайней мерой наказания в отношении *всех* лиц, независимо от того, совершили ли они «экономические» или какие-то иные преступления. Понятно также, что лицо, совершившее неэкономическое преступление и не представляющее серьезной общественной опасности, заслуживает к себе не менее гуманное отношение, нежели лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность. Поэтому, если составители Концепции проекта УК РК упомянули в приведенной выше фразе «экономические преступления» *исключительно* в качестве примера, то наша тревога, скорее всего напрасна. Если же упоминание здесь «экономических преступлений» имеет концептуальный характер, то она более чем обоснованна.

Но если только что приведенное положение Концепции проекта УК РК оставляет у нас некоторые сомнения по поводу его возможной интерпретации, то другое из содержащихся в ней положений таких сомнений не оставляет. Речь идет о попытках составителей данного документа оптимизировать применение института освобождения от уголовной ответственности по основаниям, предполагающим возложение на освобождаемое от ответственности лицо определенных обязанностей, и найти технические средства для решения гипотетической проблемы неисполнения возложенных на лицо обязанностей после того, как оно уже освобождено от уголовной ответственности. В Концепции предлагается, в частности, механизм «поручительства с залогом, который бы изымался в случае неисполнения лицом своих обязанностей». Иначе говоря, при наличии оснований освобождения от уголовной ответственности соответствующее лицо будет обязано в качестве обязательного условия внести в качестве залога определенные денежные средства (или, возможно, обеспечить их внесение третьим лицом): если после принятия решения об освобождении от уголовной ответственности лицо выполнит возложенные на него обязанности, то залог ему возвращается, если не выполнит, то он изымается в доход государства. К чему это приведет? Только к одному – освобождение от уголовной ответственности станет возможно исключительно «для богатых», и от этого позитивного механизма будет отсечена значительная часть казахстанского населения, вынужденная «искупать» отсутствие у него достаточных средств на скамье подсудимых. Приведет ли такой подход к укреплению в стране социального мира? Вряд ли. Абсурден и сам подход. Допустим, состоятельный человек, условием освобождения которого от уголовной ответственности являются позитивные действия в отношении потерпевшего (предоставление ему содержания, воздержание от агрессивных действий в отношении потерпевшего, воздержание от контактов с ним и т. д.), вносит залог, а затем... может забыть о потерпевшем или, напротив, продолжить его третировать, зная, что, кроме потери не слишком существенного для него залога, ему ровным счетом ничего не грозит. Прекрасное средство превенции противоправного поведения! Если оставить в стороне иронию, то становится ясно, что модель «залога» не только социально несправедлива, но и уголовно-политически неэффективна. Известно и хрестоматийное средство обеспечения надлежащего поведения лица, освобожденного от уголовной

²⁷ См. подробнее: Головки Л. В. Концептуальные основы уголовной политики в сфере экономики // журнал «Закон». 2011. № 9.

ответственности, которое лежит в *уголовно-процессуальной* плоскости. Решение об освобождении от уголовной ответственности является не безусловным, а условным: в случае невыполнения обязанностей соответствующим лицом оно автоматически утрачивает силу, после чего возобновляется уголовное преследование, от которого лицо было освобождено; в случае полного выполнения лицом своих обязанностей (иногда в течение продолжительного времени) решение об освобождении от уголовной ответственности становится окончательным и не подлежит отмене уже ни при каких обстоятельствах (по сути, оно становится равнозначно исполненному приговору, но без уголовного преследования, судимости и т. д.). При этом, разумеется, принятие лицом на себя обязанностей в качестве условия освобождения от уголовной ответственности может быть только добровольным. Таков *mutatis mutandis* уголовно-процессуальный механизм освобождения от уголовной ответственности, обеспечивающий «доступ к гуманизации уголовной политики» всем категориям населения соответствующей страны, а не только относительно узкому кругу «богатых и успешных».

Наконец, обратим внимание еще на одно содержащееся в Концепции проекта УК РК положение, которое, откровенно говоря, вызывает недоумение. Речь идет о пожелании «пересмотреть понятие должностного лица применительно к иностранным должностным лицам в целях уточнения перечня иностранных должностных лиц, которые могут быть субъектами отдельных коррупционных преступлений» по новому УК РК. Здесь сразу возникает целый ряд вопросов. Принимают ли иностранные должностные лица властные решения в рамках казахстанской государственной и правовой системы? В каких случаях? Если все-таки не принимают (что наиболее вероятно), то причем здесь Казахстан и почему не оставить прерогативы привлечения к уголовной ответственности иностранных должностных лиц тем государствам, от имени которых иностранные должностные лица осуществляют свои властные полномочия? Неужели ситуация с коррупцией в Казахстане обстоит столь благополучно, что он решил направить свои усилия на «помощь» иностранным государствам на поприще искоренения этого объективного зла? Понятно, что поставленные здесь вопросы имеют сугубо риторический характер – рационально ответить на них невозможно, что делает для нас еще более загадочным смысл соответствующих положений Концепции проекта УК РК.

Можно, конечно, предположить, что появление этой идеи связано со стремлением Казахстана в перспективе интегрироваться в международные экономические организации, в частности, в Организацию экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), и он уже сейчас стремится имплементировать в свое законодательство различные акты этой и других организаций. Судя по приведенному выше положению Концепции проекта УК РК, мы не исключаем, что казахстанский законодатель обратил внимание на так называемую Антикоррупционную Конвенцию ОЭСР²⁸, полное название которой – Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом должностных лиц иностранных государств при проведении международных деловых операций²⁹ и которая вступила в силу 15 февраля 1999 г. Данная Конвенция, действительно, обязывает ратифицировавшие ее государства бороться с «коррупцией иностранных должностных лиц». Но если внимательно вчитаться в текст самой Конвенции, то выяснится, что она ни словом не упоминает о так называемой *пассивной коррупции*, то есть об ответственности собственно иностранных должностных лиц. Речь в ней идет совершенно о другом – о необходимости борьбы с так называемой *активной коррупцией*, то есть с любыми попытками дачи взяток иностранным должностным лицам и иными формами их подкупа. В такой ситуации совершенно непонятно, зачем составители Концепции проекта УК РК собираются «уточнять» перечень иностранных должностных лиц, подлежащих ответственности по уголовному законодательству РК. Антикоррупционная Конвенция ОЭСР этого от них совершенно не требует. Если казахстанский законодатель предполагает следовать положениям данной Конвенции, рекомендуемым в качестве международного «стандарта» даже для тех стран, которые не являются членом ОЭСР, то от него требуется другое – предусмотреть уголовную ответственность казахстанских

²⁸ OECD Anti-Bribery Convention

²⁹ OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions

граждан, а также иных лиц, действующих на территории Казахстана, не только за дачу взятки и иные формы подкупа, совершенные в отношении казахстанских должностных лиц, но и за те же действия, совершенные в отношении иностранных должностных лиц. Иными словами, если казахстанский предприниматель пытается дать взятку или оказать услугу иностранному должностному лицу за продвижение своего товара на рынке соответствующего иностранного государства, то он должен нести уголовную ответственность не только по законодательству данного государства (классический подход), но и по казахстанскому уголовному законодательству, независимо от того, объективно полезны или вредны его действия для казахстанской экономики (новейший подход, рекомендуемый ОЭСР³⁰).

Таким образом, каковы бы ни были намерения казахстанских властей в международно-экономической плоскости, не существует ни теоретических, ни международно-правовых оснований для «пересмотра» в ходе подготовки нового УК РК «понятия должностного лица в целях уточнения перечня иностранных должностных лиц, которые могут быть субъектами отдельных коррупционных преступлений». Субъектами «отдельных коррупционных преступлений» должны быть в данном случае лица, подлежащие ответственности по УК РК с точки зрения классических положений о действии уголовного закона во времени и в пространстве, а «понятие должностного лица» может уточняться лишь в смысле криминализации различных форм подкупа не только казахстанских, но и иностранных должностных лиц (активная коррупция). Что же касается уголовной ответственности собственно иностранных должностных лиц (пассивная коррупция), то заботу о ней, видимо, следует оставить властям тех государств, которые они представляют.

Декабрь, 2011 г

³⁰ Данный подход уже реализован в национальном законодательстве ряда государств. См., например, новый английский Закон о коррупции (Bribery Act) 2010 года, вступивший в силу с 1 июля 2011 г.

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

АНАЛИЗ КОНЦЕПТУАЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ ПРОЕКТА ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РК ПО ВОПРОСАМ ДАЛЬНЕЙШЕГО РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА»¹

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

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

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

1) полному реформированию стадии возбуждения уголовного дела, которое приводит к отказу от данной стадии как таковой;

2) унификации нынешних дознания и предварительного следствия в рамках нового «досудебного расследования» с одновременным расширением судебного контроля за деятельностью органов, его осуществляющих;

¹ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не обязательно отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

3) преодолению застарелых проблем, связанных с возвращением уголовного дела для производства дополнительного расследования, что позволяет вовсе отказаться от данного института, вызывающего многочисленные нарекания;

4) приданию уголовному процессу большей гибкости путем введения института «соглашения о сотрудничестве», который на процессуальном сленге иногда принято именовать «сделкой с правосудием».

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

I. Отказ от стадии возбуждения уголовного дела

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

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

Настораживает только, что, как уже отмечалось выше, одна из презентаций, представляющая в виде схематизированного пояснения к новой конструкции регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений, содержит скрытую «реставрацию» института доследственной проверки. Так, согласно презентации, дежурный офицер будет иметь право отказать в регистрации сообщения о преступлении в журнале криминальных сообщений, вынося при этом подлежащее судебному обжалованию процессуальное решение. Если же он все-таки примет решение зарегистрировать сообщение, то также будет обязан вынести процессуальное решение – постановление о регистрации сообщения и начале досудебного расследования. Подобная схема означает только одно – сохранение стадии возбуждения уголовного дела и института доследственной проверки, сопровождаемое их сугубо формальным переименованием. Действительно, после появления «повода к регистрации» полиция начнет неизбежно выяснять наличие или отсутствие оснований для регистрации сообщения, совершать проверочные действия и т. д. Постепенно данный этап процесса станет расширять свои временные рамки, наполняться новыми «проверочными действиями» и... превратится в пресловутую доследственную проверку. Постановление о регистрации сообщения заменит нынешнее постановление о возбуждении уголовного дела, а постановление об отказе в регистрации соответственно – нынешнее постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Все вернется на круги своя... В этом плане не внушает также оптимизма предполагаемое Сравнительной таблицей терминологическое уточнение в ст. 7 УПК РК понятия «пояснение», которое должно

создать синонимический ряд с нынешними «объяснениями», характерными именно для доследственной проверки.

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

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

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

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

Приведем один пример: предполагаемая редакция ч. 7 ст. 184 УПК РК содержит очень интересное и плодотворное положение, согласно которому пострадавшее лицо, если оно известно, должно признаваться потерпевшим с момента начала досудебного расследования. Иначе говоря, лицо должно признаваться потерпевшим сразу после регистрации его заявления в журнале криминальных сообщений, а поскольку такая регистрация в свою очередь является обязательной, то сам факт подачи заявления автоматически приводит к появлению у заявителя статуса потерпевшего. Логика реформаторов здесь безупречна. Непонятно другое: почему в таком случае не подверглась ревизии ст. 75 УПК РК, регулирующая на уровне общих положений статус потерпевшего и по-прежнему настаивающая на том, что лицо становится потерпевшим лишь с момента вынесения соответствующего постановления, ни словом не упоминая о ситуации, регулируемой ч. 4 ст. 184 УПК РК, которая, смеем уверить, будет возникать по большинству уголовных дел? Здесь имеет место явная недоработка с точки зрения законодательной (кодификационной) техники.

3) Представляется, что механизм регистрации сообщений о преступлении и начала досудебного расследования содержит явный пробел, касающийся роли прокурора на этом важнейшем этапе уголовного процесса. Предложенная составителями схема

выглядит таким образом, что на начальном этапе досудебного расследования (после регистрации сообщения) информация передается лишь начальнику органа досудебного расследования, но не прокурору (см. также новую редакцию ст. 190 УПК РК), в результате чего расследование становится неким «внутренним делом» полицейских органов.

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

II. Унификация досудебного расследования

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

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

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

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

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

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

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

1) Унификация досудебного расследования при всей своей теоретической обоснованностью ставит еще один вопрос фундаментального плана, который в законопроекте не решен: каков смысл сохранения автономии так называемой

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

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

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

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

4) Из законопроекта справедливо вытекает, что именно прокурор разрешает конфликт компетенций в рамках разграничения подследственности между различными ведомствами (см. новую редакцию ст. 192 УПК РК). Много менее понятно, вправе ли прокурор передавать дело из производства одного следственного офицера в производство другого следственного офицера в рамках одного ведомства или это остается исключительной прерогативой начальника органа досудебного расследования? С точки зрения классической континентальной теории, у прокурора должно быть право самому определять следственного офицера для производства расследования (особенно когда именно прокурор инициирует начало расследования – в противном случае расследование рискует быть не слишком активным), изымать дело у одного офицера и передавать другому, отменять соответствующие решения начальника органа расследования и т. д. Это также важно для обеспечения процессуальной самостоятельности следственного офицера, который, как следует из законопроекта, при

проведении расследования подчиняется только прокурору. В конечном итоге, для эффективного расследования требуется определенное единоначалие, которое и обеспечивает прокурор, иначе возможны ситуации, с которыми столкнулась российская процессуальная система, когда при производстве по уголовному делу начинается деструктивная «война» ведомств (СК РФ и прокуратуры). Допускать их никоим образом не следует.

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

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

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

III. Отказ от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование

Институт возвращения уголовных дел на дополнительное расследование давно вызывает немалые проблемы на постсоветском пространстве, включая, разумеется, Казахстан. Его критика чаще всего абсолютно справедлива, поэтому стремление казахстанского законодателя отказаться от данного института обоснованно и естественно. Другое дело – техническая сторона потенциального отказа от института. На постсоветском пространстве встречается ряд попыток отказа от института возвращения дела на доследование, закончившихся откровенной неудачей. Самый характерный

пример – новый УПК РФ, когда законодатель сначала торжественно объявил об отказе от доследования, но затем, в том числе на основании Постановления Конституционного суда РФ от 8 декабря 2003 г., фактически его реставрировал, причем в некоторых аспектах даже в худшем виде по сравнению с тем, что имело место в советском УПК РСФСР. Крах российской реформы объясняется именно недооценкой и недопониманием технической стороны института дополнительного расследования, на которой мы здесь не будем подробно останавливаться.² Важно учесть лишь одно – при неправильной технической реализации отказа от доследования процессуальная система объективно заходит в тупик, что и предопределяет реставрацию института, причем часто вопреки воле законодателя.

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

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

1) Ответ на первый вопрос, казалось бы, ясен и вполне корректен: при установлении новых обстоятельств прокурор получает право менять обвинение на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. При этом законопроект подробно и внятно регламентирует процедуру изменения обвинения в суде на более тяжкое, позволяющую, что очень важно, не ущемить права защиты (см. новую редакцию ч. 6.1 ст. 317, ст. 321, ч. 4.5 ст. 346 УПК РК). Эти положения, безусловно, позитивны, и являются шагом вперед на пути к полному отказу от доследования, технически выгодно отличаясь от российского варианта реформы института.

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

Классическое решение данного вопроса известно. Суд связан только предъявленными обвинением фактами, но не их юридической оценкой (в том числе в худшую для защиты сторону). Право прокурора менять в ходе судебного разбирательства обвинение на более тяжкое, которое предполагается казахстанской реформой, важно именно с точки зрения круга фактов (прокурор предъявляет новые факты, связанные с

² См. подробнее: Головки Л. В. Истоки и перспективы института дополнительного расследования уголовных дел на постсоветском пространстве // Государство и право. 2009. № 11. С. 54 – 67.

обвинением), но не с точки зрения их якобы окончательной «прокурорской квалификации». Противное означало бы, что именно прокурор, а не суд находится на вершине правоприменения, поскольку прокурор якобы лучше других (в том числе лучше суда) знает, какая правовая норма (уголовного закона) подлежит применению к данному случаю.

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

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

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

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

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

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

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

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

В целом, автор настоящих строк убежден, что институт «сделок с правосудием» может быть эффективен и при этом безопасен с точки зрения прав личности лишь в условиях **институционально сложившихся процессуальных систем**, к которым большинство постсоветских правовых порядков не относится. В этом смысле остается только присоединиться к рекомендациям, высказанным в ходе III Экспертного Форума БДИПЧ/ОБСЕ для Центральной Азии (2010), согласно которым «сделки о признании не могут использоваться в тех уголовно-процессуальных системах, в которых досудебное производство заражено случаями незаконного воздействия и принуждения к признанию вины и в которых доступ к правовой помощи (в том числе бесплатной – Л. Г.) недостаточно обеспечен».³ Добавлю от себя, что еще одним критерием является наличие или отсутствие независимой судебной власти, что подразумевает полное отсутствие в ее деятельности малейших намеков на обвинительный уклон. У автора этих строк нет сомнений, что, допустим, уголовно-процессуальная система Российской Федерации данным критериям не соответствует, что и приводит иногда к катастрофическим последствиям применения Закона от 29 июня 2009 г. У автора этих строк есть сомнения, что им полностью соответствует и уголовно-процессуальная система Республики Казахстан, что опять-таки не исключает появления абсолютно аналогичных последствий, в данный момент не охватываемых, разумеется, «умыслом законодателя». В такой ситуации, высказанные в Концепции соображения, что институт «сделок с правосудием» в том числе позволит «минимизировать злоупотребления в ходе производства по уголовным делам» и создаст «дополнительные гарантии защиты прав и свобод граждан», выглядят, по меньшей мере, странно.

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

³ III Expert Forum on Criminal Justice for Central Asia. Final Report, OSCE ODIHR, 17-18 June 2010, Dushanbe, Tajikistan.

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

2) Поскольку заключение «соглашения о сотрудничестве» приводит к выделению уголовного дела и его рассмотрению в особом порядке, причем без проведения судебного следствия, то вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое аксиоматично доктринально⁴, но должно быть во избежание недоразумений закреплено в законе. В противном случае, как это иногда имеет место в России, возникают разного рода процессуальные схемы «обхода» процессуальных гарантий, когда сначала заключается «сделка», затем в отношении данного обвиняемого выносится обвинительный приговор, а в конечном итоге этот приговор используется в качестве преюдиции по «основному делу» (в отношении отрицающих вину соучастников), которое еще только предстоит рассматривать в суде. Такой подход полностью «убивает» по «основному делу» любые гарантии состязательного процесса, поскольку вменяемые в вину факты становятся якобы доказанными на основании вступившего в законную силу по ранее выделенному делу судебного решения, что формально верно, но, по сути извращает саму суть правосудия. Ведь, на самом деле, их никто не доказывал - приговор по выделенному делу вынесен на основании «сделки», то есть в «особом порядке» и в отсутствие судебного следствия, то есть использование в данном случае института преюдиции должно быть исключено, иначе мы лишим всех процессуальных гарантий лиц, которые собираются отстаивать свою невиновность в состязательном процессе.

3) Законодателю необходимо скорректировать принцип непосредственности исследования доказательств – один из краеугольных камней современного уголовного процесса. Напомним предложенную схему заключения «соглашения о сотрудничестве»: с одним из обвиняемых заключается «сделка», он, допустим, дает показания против соучастников, его дело выделяется, после чего он осуждается в «льготном порядке». Свои обязанности по «сделке» он формально выполнил, но его показания даны в ходе досудебного производства. С точки зрения принципа непосредственности, их еще надо подтвердить в суде, когда в состязательном процессе будет рассматриваться основное дело в отношении соучастников. Но к тому времени обвиняемый уже осужден и часто совершенно не намерен давать какие-либо новые показания в ходе гласного судебного процесса. В результате, либо доказательство не может использоваться (нет оснований для оглашения показаний и их исследования судом), что приводит к бессмысленности «сделки», либо закон должен предусмотреть новое исключение из принципа

⁴ См. подробное обоснование: Головкин Л. В. Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве, Сборник научных трудов памяти проф. П. А. Лупинской. М., МГЮА. 2011. С. 57 – 58.

непосредственности, дающее основания для оглашения показаний, данных уже осужденным по «сделке» обвиняемым при исполнении им своих обязанностей в ходе досудебного производства. Здесь, впрочем, возникает уже другой вопрос: как быть, если давший показания обвиняемый находится под «защитой», что исключает разглашение сведений о его личности и препятствует оглашению показаний. На данный вопрос закон также должен содержать ответ.

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

Май, 2011 г.

**ЭКСПЕРТНЫЙ ОБЗОР
ПО ИСПОЛНЕНИЮ ГОСУДАРСТВЕННЫМИ ОРГАНАМИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
НАЦИОНАЛЬНОГО ПЛАНА ДЕЙСТВИЙ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
НА 2009-2012 гг.¹ ПО РАЗДЕЛУ: ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО
ЗА ПЕРИОД 2009-2010 Г.**

I. Введение

Задачей экспертного обзора является анализ выполнения государственными органами положений Национального Плана РК в области прав человека на 2009-2012 гг. в сфере соблюдения права на справедливое судопроизводство за период 2009-2010 г., выработка выводов и рекомендаций.

Предпринята попытка обозначить основные изменения в законодательстве и практике, исследовать в динамике публично-доступную информацию, привести примеры и тенденции развития вопросов, указанных в разделе.

Источниками информации при подготовке обзора явились нормативные правовые акты, международные договоры и документы о правах человека, доступные публичные материалы, аналитические доклады, решения международных механизмов по правам человека, интернет ресурсы и др.

В ходе работы сформулированы следующие основные выводы:

- Одна рекомендация Национального плана выполняется (№1), в трех (№1, 2, 10) - частично находят отражение, в двух (№6 и 8) – неизвестно: будут ли реализованы, 11 рекомендаций не выполнены. Ряд рекомендаций нигде не освещен, не учтен.

- Государство инициирует «фрагментарные» изменения законодательного характера, которые порой не соответствуют Национальному плану.

- Официальные мероприятия практически не проводятся с привязкой к Национальному плану.

II. Описание ситуации по рассматриваемому вопросу

Описание проблем законодательства и правоприменительной практики, существующие в настоящее время в исследуемой теме

Представляется важным отметить следующие документы концептуального характера: «О Стратегическом плане развития Республики Казахстан до 2020 г.», Указ Президента Республики Казахстан от 1 февраля 2010 г. №922, Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 г., утвержденная Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858, План мероприятий по

¹ Настоящий обзор подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Представительства Европейского Союза в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в обзоре не отражают точку зрения Представительства Европейского Союза в Казахстане. Обзор выполнен в рамках партнерского проекта «Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности» (КМБПЧ и СЗ), Центра исследований правовой политики и Международного центра журналистики MediaNet «Мониторинг исполнения Республикой Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 гг.» при поддержке Европейского Союза.

реализации задач, поставленных Президентом Республики Казахстан на V съезде судей Республики, 18 ноября 2009 г. Кроме того, нельзя не отметить принятия в 2010 г. Стратегического плана Верховного суда (судебной системы) на 2011-2015 г.

За исследуемый период в раздел VII Конституции Республики Казахстан изменения не вносились, в то время как в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» и Закон «О высшем судебном совете» внесены.² Государство инициировало подготовку экспертных комментариев Венецианской комиссии и БДИПЧ ОБСЕ по поводу Конституционного Закона,³ и в Заключении вынесено 7 основных и 38 дополнительных рекомендаций. В целом автор настоящего обзора соглашается с рекомендациями законодательного характера, которые касаются институциональной составляющей права на справедливое судопроизводство.

Таким образом, государство продемонстрировало желание получить экспертную оценку на Конституционный закон, и включило в план законопроектных работ Правительства на 2011 г. три связанных с этим законопроекта.⁴

Одним из основных направлений развития судебно-правовой системы, обозначенных в Концепции правовой политики с 2010 до 2020 г., является принятие мер по дальнейшей специализации судов, в том числе возможность образования налогового суда. В настоящее время в республике функционируют экономические, административные, военные, ювенальные суды. Вместе с тем, в областях ювенальные суды не созданы,⁵ а административные суды рассматривают дела о правонарушениях, а не связанные с правонарушениями не между человеком и властью.

С 1 января 2010 г. введен в действие Закон «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы», связанный с совершенствованием организации судебной и уголовного судопроизводства. Ряд внесенных изменений и дополнений носят концептуальный характер и меняют некоторые процессуальные институты. Рассмотрение всех уголовных дел по первой инстанции

² В Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. № 132-II «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» изменения внесены в соответствии с Конституционным законом от 29 декабря 2010 г. № 370-IV. В Закон Республики Казахстан «О высшем судебном совете Республики Казахстан» изменения и дополнения внесены 29 декабря 2010 г. и коснулись вопросов назначения судей на должность, кандидата на должность руководителя уполномоченного органа по организационному и материально-техническому обеспечению деятельности Верховного Суда, местных и других судов и его освобождение от должности, а также обеспечения деятельности Квалификационной комиссии при Совете.

³ 25 апреля 2011 г. председатель Верховного Суда Республики Казахстан обратился к БДИПЧ ОБСЕ с просьбой обеспечить координацию в процессе подготовки совместно с Венецианской комиссией экспертных комментариев по поводу Конституционного закона Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан». Совместное Заключение было подготовлено БДИПЧ ОБСЕ и Венецианской комиссией в ответ на вышеупомянутую просьбу и принято Венецианской комиссией на ее 87-ом пленарном заседании (Венеция, 17-18 июня 2011 г.).

⁴ Согласно Плану законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2011 г., утвержденному постановлением Правительства РК от 30 декабря 2010 г. № 1467, два законопроекта: «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» и «О внесении изменений и дополнений в Закон Республики Казахстан «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан» должны быть внесены в Правительство не позднее 20 сентября и в Парламент – в ноябре 2011 г. Вместе с указанными проектами законов, в тот же срок, должен быть внесен проект закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления квалифицированной юридической помощи населению».

⁵ В стратегическом плане Верховного суда на 2011-2015 г. создание 14 ювенальных судов намечено к 2014 г. Строительство объектов органов судебной системы в том числе: здание городского суда с присяжными заседателями с двумя районными судами на левом берегу г. Астана, типового здания специализированного межрайонного экономического суда территориальным участком судебных исполнителей на базе «Районного суда ЮКО совместно с СМЭС».

отнесено к подсудности только районных и приравненных к ним судов; введены новые специализированные межрайонные суды по уголовным делам как суды первой инстанции, к подсудности которых отнесено рассмотрение уголовных дел об особо тяжких преступлениях; специализированные военные суды гарнизонов, как суды первой инстанции; изменен состав судов - суд с участием присяжных заседателей действует в составе 1 судьи и 10 присяжных заседателей - исключается коллегиальное рассмотрение уголовных дел в судах первой и апелляционной инстанции. Все дела, за исключением дел, подсудных суду с участием присяжных заседателей, осуществляются судьей единолично. Областные суды действуют в качестве только апелляционной и кассационной инстанций, а Верховный Суд Республики Казахстан - только в качестве суда надзорной инстанции. Расширена подсудность специализированных межрайонных судов по делам несовершеннолетних; реанимировано кассационное производство, действовавшее ранее до 2001 г. К компетенции суда кассационной инстанции отнесено рассмотрение дел по кассационным (частным) жалобам, протестам на не вступившие в законную силу приговоры и постановления специализированных межрайонных судов по уголовным делам, вынесенные при рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, а также на приговоры и постановления апелляционной инстанции этого же областного суда. Реформированию было подвергнуто апелляционное производство: расширен перечень дополнительных материалов, которые стороны вправе представить в суд апелляционной инстанции или ходатайствовать об их истребовании и представлении. Суд апелляционной инстанции наделен правом рассмотрения дела по существу.⁶

Независимость является основой, предпосылкой и гарантией беспристрастности и компетентности суда необходимого для реализации право не справедливое судебное разбирательство. Процедура назначения и освобождения от занимаемой должности судей в Казахстане ставит под сомнение независимость судебной власти от исполнительной ветви власти. В качестве обстоятельств, имеющих негативное влияние на независимость судей, отмечается существование циркулярных писем в судах, в которых вышестоящие судебные инстанции указывают, каким образом рассматривать нижестоящим судам ту или иную категорию дел.⁷ Вопрос о независимости судей включает многие аспекты, в числе которых гарантии прекращения или приостановления их полномочий только в случаях, предусмотренных Законом, заработная плата. Зарплата судей примерно в 2 раза ниже, чем у депутатов Мажилиса Парламента Республики. Количество судей за 10 лет сократилось на 378 человек. Так, сейчас работает 2141 судья⁸, из которых 39 судей, достигших пенсионного возраста. По результатам мониторинга 2010 г. материалы в отношении 15 судей переданы на рассмотрение судебного жюри, 5 судей признали профессионально непригодными и еще 2 написали заявления по собственному желанию.⁹ В 2011 г. освобождено от должности 35 судей, в апреле 2011 г. были освобождены 6 судей Верховного суда, которые обвинялись во взяточничестве, и в августе 2011 г. – еще 52 человека.¹⁰ Таким образом, установленные законодательством гарантии «постоянных судей», их несменяемости

⁶ Стратегический план Верховного суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011-2015 гг. Астана, 2010 г.

⁷ Доклад НПО Казахстана о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах. Алматы, 2011 г.

⁸ Приложение №3 к Указу Президента Республики Казахстан от 22 января 1999 г. № 29 «О мерах по дальнейшей оптимизации системы государственных органов Республики Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18.04.2011 г.). Судьи областных и приравненных к ним судов – 488, судьи районных и приравненных к ним судов – 1653. На момент 22 января 2001 г. лимит штатной численности судей составлял 574 и 1945 соответственно.

⁹ Указ президента Республики Казахстан №1072 от 27.09.2010 г. «О мерах по оптимизации штатной численности органов, содержащихся за счет государственного бюджета...», согласно которому было предписано сократить 15% областных, городских и районных судей. Под сокращение попадали около 400 штатных должностей. Положение частично спасало то, что 200 штатных единиц по стране являлись вакантными. Но в оставшихся случаях предстояло увольнять с должности действующих судей. <http://comment-respublika.info/comment/showtopic/7824/>

¹⁰ Массовые увольнения судей в Казахстане. 29.07.2011 г. <http://www.zasudiii.ru/news/index.php?ID=1318>

реализуются отчасти.¹¹ Существует мнение о противоречии Указов, в связи с которыми сокращены часть судей и Конституции.

Согласно закону, судебные постановления в Республике Казахстан могут быть изменены (отменены) только вышестоящей судебной инстанцией. Однако большинство решений (приговоров) вступают в законную силу и остаются без изменений, вынесение оправдательных приговоров составляет менее 1%. Судьи боятся выносить оправдательные приговоры, опасаясь их отмены вышестоящей инстанцией.¹² Обвинительный уклон в правосудии присутствует.

С 1 января 2007 г. в Казахстане введен суд присяжных. Однако в Казахстане присяжные заседатели лишены самостоятельности при вынесении вердикта, они разрешают судьбу подсудимого в единой коллегии, вместе с одним профессиональным судьей, который находится вместе с присяжными заседателями в совещательной комнате. Вместе с этим, по итогам 6 месяцев 2011 г. судами республики рассмотрено 183 уголовных дела с участием присяжных заседателей, по которым 248 человек осуждены, 39 человек оправданы.¹³

Право на справедливый суд включает в себя принцип равенства сторон. Несмотря на то, что законодательство Республики Казахстан, в частности, Конституция, уголовно-процессуальное и гражданское процессуальное законодательство провозглашают принцип состязательности процесса, сторона обвинения и защиты заведомо неравноправны в уголовном процессе. Например, пункт 10 статьи 23 УПК РК не называет участие обвиняемого и защитника в процессе при рассмотрении апелляционной и кассационной инстанций, в то время как участие обвинителя обязательно. Другой пример: экспертиза в Бюро судебно-медицинских экспертиз проводится только на основании постановления следователя или суда. Экспертизы, проведенные адвокатом, не рассматриваются как доказательства.¹⁴ Неравенство сторон наблюдается и в другом процессуальном положении сторон защиты и обвинения. Так, пересмотр вступивших в законную силу постановлений по делам об административных правонарушениях возможен лишь по протесту прокурора, но не граждан.¹⁵

В действующее национальное законодательство Республики имплементированы не все положения международных договоров о правах человека, и в том числе таким образом, чтобы ограничения права на справедливое судопроизводство соответствовали Сиракузским принципам толкования ограничений прав, гарантированных Международным пактом о гражданских и политических правах. К примеру, это касается вопросов: доступа к выбранному обвиняемым защитнику, в особенности, если дело содержит государственные секреты;¹⁶ отсутствия законодательно закрепленного положения о необходимости проверки законности задержания при рассмотрении судом вопроса о санкционировании ареста;¹⁷ не регламентации в Кодексе об административных правонарушениях принципа равенства сторон; отсутствия смысла обжалования в связи с немедленным исполнением не вступившего в законную силу постановления об административном аресте (чем в первую очередь, нарушается принцип презумпции невиновности);¹⁸ не закрепления в законах принципа публичности судебных решений¹⁹ и т.д.

¹¹ Пункты 1-2 Постановления Конституционного Совета Республики Казахстан от 23 июня 2004 г. №6 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 79 Конституции Республики Казахстан.

¹² Доклад НПО Казахстана о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах. Алматы, 2011 г.

¹³ Юрий Гейст. «52 судьи расстанутся со своими мантиями». <http://diapazon.kz/aktobe/aktobe-crime/39123-52-sudi-rasstanutsja-s-mantijami.html>

¹⁴ Доклад НПО Казахстана о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах. Алматы, 2011 г.

¹⁵ Глава 40 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях.

¹⁶ «Генпрокуратура заверяет, что ни у кого, кроме следствия, нет доступа к госсекретам по делу Джакишева». КазТАГ. <http://diapazon.kz/kazakhstan/6563-genprokuratura-zaverjaet-cto-ni-u-kogo-krome.html>

¹⁷ http://www.bureau.kz/data.php?n_id=2323&l=ru; http://www.bureau.kz/data.php?n_id=1716&l=ru

¹⁸ Анализ законодательства об административном аресте, содержании в приемниках-распределителях, доступе к справедливому судебному разбирательству и рекомендации по

В казахстанском уголовном праве содержатся противоречия и коллизии, что представляет трудности для правоприменителей. К примеру, судьи отмечают вопросы неоднозначного толкования норм Уголовного Закона, а именно текста статьи 175 части 1 УК РК. «Согласно Конституции в РК наравне с государственным языком используется русский язык. На государственном языке часть 1 статьи 175 УК РК относится к категории преступлений средней тяжести, а на русском – к небольшой. Так как все сомнения в применении уголовного Закона толкуются в пользу лица, привлеченного к уголовной ответственности, кража безотячающих обстоятельств должна признаваться преступлением небольшой тяжести. Необходимо также обратить внимание на ст. 24 УК РК, согласно которой ответственность за покушение на преступление небольшой тяжести не наступает». Одновременно отмечено, что в настоящее время сложилась парадоксальная ситуация с изменениями, внесенными в часть 1 статьи 185 УК РК.

«Грамматическое толкование Закона о внесении изменений в УК РК говорит о том, что лишение свободы за угон безотячающих обстоятельств назначается сроком на 3 месяца, в то время как в статье 48 Уголовного кодекса указано, что лишение свободы менее 6 месяцев не назначается. Так как имеет место конкуренция общей и специальной норм закона (ст. 48 УК является общей нормой, а ст. 185 - специальной), то на практике должна применяться специальная норма».²⁰

Описание наиболее типичных индивидуальных случаев нарушения исследуемого права (вопроса) в качестве примеров продолжающейся практики

Следующий далеко не исчерпывающий перечень дел в отношении: Джакишева М., Жовтиса Е., Козлова В., Есергенова Р., Садыкова А., Соколовой Н., Аминова А., Ушанова Е. вызвали общественный резонанс, и, по мнению, многих общественных деятелей, являются индикаторами т.н. «справедливого, независимого судопроизводства» в Казахстане. Независимость судов оценивается по-разному. Это зависит от конкретного дела, обстоятельств (политической составляющей, «телефонного права», наследия советской системы и др.).

Публичный характер судебного разбирательства является необходимым элементом права на справедливый суд. Несмотря на предпринятые законодателем попытки предотвратить нарушение принципа гласности (открытости) судебного процесса, отказ сотрудников суда (судебных приставов, либо конвоиров, либо секретарей судей и самими судьями) пропустить граждан в зал судебного заседания граждан и журналистов на открытое судебное разбирательство не является редким явлением.²¹ В качестве обоснования этого, сотрудниками суда могут приводиться самые разные объяснения: в зале судебного заседания (кабинете судьи) нет свободных мест; нет предварительного разрешения судьи (председателя суда) на присутствие на процессе; судебное заседание уже начато; судебное заседание перенесено (хотя позднее может выясниться, что оно все-таки состоялось).

Доказательства, полученные в связи с осуществлением адвокатом действий, не запрещенных законом и проведенных по собственной инициативе (производство

имплементации требований Международного пакта о гражданских и политических правах. ОО «Миссия по правам человека». Астана, 2010 г.

¹⁹ Ответ председателя коллегии по гражданским делам суда г. Астана, № 1-1/2222 от 23.04.2009 г.: «В связи с Вашим обращением о предоставлении копии решений о признании иностранных и международных организаций, осуществляющих экстремизм и террористическую деятельность на территории Республики Казахстан и (или) другого государства, экстремистскими или террористическими, сообщая, что в силу ст. 241 ГПК РК суд обязан выслать или выдать копии решения лишь сторонам и другим лицам, участвующим в деле...». Аналогичный ответ поступил из Верховного суда РК на запрос о выдаче копии приговора по делу Р.Алиева.

²⁰ http://supcourt.kz/rus/news/6.04.2011_26.html. Доклад и.о. председателя апелляционной судебной коллегии Восточно-Казахстанского областного суда Владимира Бычкова.

²¹ Отчет БДИПЧ/ОБСЕ, Центр ОБСЕ в Алматы «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006 гг.», <http://www.osce.org/documents/cia/2007/02/23411ru.pdf>

экспертизы, аудио и видеозапись показаний свидетелей) судом, видеозапись с «места преступления» и другие доказательства стороны защиты, как правило, не принимаются во внимание.²²

Экстрадиция многих казахстанцев невозможна в связи с решениями Европейского суда по правам человека,²³ что представляет серьезную озабоченность для Генеральной прокуратуры Республики и казахстанской фемиды, поскольку утверждается, что наряду с угрозой пыток, запрашиваемые властями лица не могут рассчитывать на справедливый суд в Казахстане.²⁴

«Краткость – сестра таланта» так оценивают отдельные граждане осуществление правосудия по делам о так называемых несанкционированных мирных собраниях. Так, 16 марта 2011 г. с плакатами «Нечестный судья — враг народа и президента», после отказов на 8 заявок о проведении митингов, активисты движения «Беркут» вышли к городскому суду требовать реформирования судебной системы, прозрачности судов и доступности услуг адвокатов. Спустя 3 дня руководитель движения Панина О. предстала перед судом в качестве организатора пикета, и суд постановил привлечь ее к ответственности, назначив штраф - 20 МРП.²⁵

Примеры соблюдения минимальных гарантий при рассмотрении предъявляемого лицу уголовного обвинения по статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах:

«а) быть в срочном порядке и подробно уведомленным на языке, который он понимает, о характере и основании предъявляемого ему обвинения». Как показывает практика, нарушение этой гарантии допускается в отношении части содержащихся в специальных приемниках иностранных граждан.²⁶

«b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником». Адвокат подсудимого Кудайкулова, осужденного в Южно-Казахстанской области повторно (в первый раз за 1,5 г. до второго осуждения – под именем другого человека) отмечал, что времени, предоставленного судом адвокату как для ознакомления с материалами уголовного дела, так и для подготовки к судебным прениям, было явно недостаточно (что противоречит нормам ч. 3 ст. 316, ч. 2 ст. 364 УПК РК).²⁷

«с) быть судимым без неоправданной задержки». Показательно дело по обвинению Полиенко Д. в убийстве соседки, и оправданного судом в г. Щучинск Акмолинской области в 2009 г., из жизни которого вычеркнуто 2 г. содержания под стражей.²⁸

«d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника». Результаты мониторинга показали, что «большинство административно арестованных (155) указали на отсутствие адвоката при

²² Доклад НПО Казахстана о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах. Алматы, 2011 г.

²³ См. решения ЕСПЧ: Кабулов против Украины; Байсаков Е., Байсаков Ж., Жекебаев А., Горбенко С. против Украины.

²⁴ <http://ablyazov.info/?p=141>

²⁵ <http://comment-respublika.info/comment/showtopic/7824/>

²⁶ Права лиц, содержащихся в приемниках-распределителях и специальных приемниках, на уважение человеческого достоинства, защиту от пыток и других видов жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинства обращения и наказания, получение квалифицированной юридической помощи, свободу и личную неприкосновенность. Доклад по результатам мониторинга, проведенного в приемниках-распределителях и специальных приемниках гг. Астана, Костанай, Оскемен и Павлодар. Филиал Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности в г. Астана. г. Астана, 2009 г. С. 86.

²⁷ <http://www.time.kz/index.php?newsid=17298;> <http://titus.kz/?previd=19729&type=shym;>
<http://www.zakon.kz/181652-v-dnojj-iz-tjuren-juko-vmesto.html;>

http://www.bureau.kz/data.php?page=0&n_id=2816&l=r

²⁸ Правозащитники не исключают того, что в тюрьме КНБ продолжают пытать людей <http://diapazon.kz/kazakhstan/print:page,1,6149-pravozashhitniki-ne-iskljuchajut-togo-cto-v.html>

задержании в нарушение ст.588 ч.3 Кодекса об административных правонарушениях. Если из общего числа административно-арестованных, принявших участие в анкетировании (181), 102 человека отказались от адвоката при задержании и в суде по собственной инициативе, то 27 человек не знали о том, что имеют право на адвоката, а судом и сотрудниками полиции им это право не разъясняли, а 26 человек указали на то, что в суде им «сразу был предоставлен бланк об отказе от адвоката, что не было связано с материальным положением».²⁹

«е) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос его свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против него». Здесь уместно указать обвинительный приговор суда №2 г. Тараз от 5 сентября 2011 г. Ушанову Е.И. - пастору религиозного объединения «Церковь Полного Евангелия «Новая жизнь», в котором все свидетели показывают против осужденного, а о свидетелях защиты не говорится ни слова.³⁰

«г) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке». Нарушения этой гарантии отмечено, к примеру, в докладах филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности в г. Астана по вопросам условно-досрочного освобождения.³¹

«д) не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным». Одним из ярких примеров является дело по обвинению Евлоева О. и Тянь Д., осужденных судом г. Астана с участием присяжных заседателей к пожизненному лишению свободы и 25 г. лишения свободы соответственно. После задержания, от обоих лиц были отобраны более одной явок с повинной, которые легли в основу обвинительного приговора.³²

Пункт 4 статьи 14 МПГПП требует, чтобы «в отношении несовершеннолетних процесс должен быть таков, чтобы учитывались их возраст и желательность содействия их перевоспитанию». Однако в отсутствие ювенальных судов в областях страны такой подход качественно не может быть обеспечен.

Пункт 5 статьи 14 МПГПП определяет правило, при котором каждый, кто осужден за какое-либо преступление, имеет право на то, чтобы его осуждение и приговор были пересмотрены вышестоящей судебной инстанцией согласно закону. Доступ к надзорной инстанции в результате отказа в возбуждении надзорного производства закрыт для многих заключенных.

Пунктом 6 статьи 14 Пакта предусмотрено: «Если какое-либо лицо окончательным решением было осуждено за уголовное преступление и если вынесенный ему приговор был впоследствии отменен или ему было даровано помилование на том основании, что какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказывает наличие судебной ошибки, то это лицо, понесшее наказание в результате такого осуждения, получает компенсацию согласно закону, если не будет доказано, что указанное неизвестное обстоятельство не было в свое время обнаружено исключительно или отчасти по его вине». Ввиду несовершенства требований законодательства о реабилитации, эта норма представляется практически не используемой.

²⁹ Права лиц, содержащихся в приемниках-распределителях и специальных приемниках, на уважение человеческого достоинства, защиту от пыток и других видов жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания, получение квалифицированной юридической помощи, свободу и личную неприкосновенность. Доклад по результатам мониторинга, проведенного в приемниках-распределителях и специальных приемниках г. Астана, Костанай, Оскемен и Павлодар. Филиал Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности в г. Астана. г. Астана, 2009 г. С. 86.

³⁰ Приговор суда №2 г. Тараз Жамбылской области, 5 сентября 2011 г., дело № 1/812-11.

³¹ Права лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, на условно-досрочное освобождение и справедливое судебное разбирательство. Доклад по результатам мониторинга в исправительных учреждениях и судах г.Астаны и Карагандинской области / Авт.-сост. А.Ибраева. - Астана: Филиал Казахстанского Международного Бюро по правам человека и соблюдению законности в г.Астана, 2007. - 116с.: ил.

³² <http://www.nv.kz/2009/04/08/12572/> и другие.

Положение пункта 7 статьи 15 гласит: «Никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны». К примеру, в феврале 2000 г. возбуждены ряд уголовных дел в отношении Киреенок А.И. На протяжении долгого времени дела были предметом неоднократного рассмотрения во всех судебных инстанциях с вынесением как обвинительных, так и оправдательных судебных актов. Дело рассматривалось и в Верховном Суде. Постановлением ДБЭКП по ВКО от 12 декабря 2008 г. уголовное дело по обвинению Киреенок А.И. в совершении преступления, предусмотренного ст. 177 ч.3 п. «б» УК РК также было прекращено за отсутствием в его действиях состава преступления. Постановлением кассационной судебной коллегии Восточно-Казахстанского областного суда постановление апелляционной судебной коллегии от 11 января 2011 г. и решение суда первой инстанции от 22 ноября 2010 г. оставлены без изменения.³³

Произошедшие события, касающиеся реализации исследуемого права не связанные с мероприятиями, предусмотренными Национальным Планом, но, тем не менее, повлиявшие на динамику развития в этой области

18 ноября 2009 г. состоялся V съезд судей Республики Казахстан, на котором Президент РК дал поручение об изменении Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

В июне 2011 г. по поручению главы государства при Республиканском общественном совете по борьбе с коррупцией (главой которого является О.Абдыкаримов) создана многофункциональная³⁴ общественная наблюдательная комиссия по внешней оценке деятельности судебных органов Казахстана.³⁵

Декриминализация отдельных преступлений позволила оправдать часть осужденных.³⁶

³³ http://supcourt.kz/rus/news/6.04.2011_41.html

³⁴ «К основным направлениям ее работы Абдыкаримов отнес проведение внешней оценки деятельности судебных органов по вопросам соблюдения судьями морально-этических норм и правил поведения, предусмотренных кодексом судейской этики, и организацию доступа к правосудию и судебным решениям, а также оценку степени доверия общества к суду и обеспечения принципа независимости судей. Кроме того, комиссия будет заниматься анализом и изучением кадровой политики в органах судебной власти с целью выработки мер по совершенствованию порядка назначения судей, а также проводить независимый общественный анализ судебной практики только по вступившим в законную силу судебным решениям по административным, гражданским и уголовным делам. К компетенции комиссии относится также выработка предложений по совершенствованию правовых и организационных механизмов функционирования судебной системы, приближения казахстанского судопроизводства к стандартам международного уровня. Предполагается выработка рекомендаций по устранению причин и условий, способствующих коррупции в судебной системе, и проведение независимой оценки проектов законов и иных нормативных актов, касающихся деятельности судов и правоприменительной практики». Абдыкаримов заверил: «Мы даем только оценку решениям судей – почему такое решение было принято. Она не имеет никакого влияния на деятельность судов». Вместе с иными вопросами в повестку работы на ближайшие полгода включен вопрос рекомендаций Высшему судебному совету по кандидатурам судей на вакантные места в Верховном и областном Актюбинском судах, нормативно-правового и организационного обеспечения реализации принципа доступа граждан и юрицев к правосудию, а также исследования соблюдения судьями и сотрудниками судов требований кодекса судейской этики и норм этики госслужащего.

³⁵ Панорама. № 23, 17 июня 2011 г., страница 4. <http://www.panorama.kz>

³⁶ http://supcourt.kz/rus/news/news_0072.html. К примеру, в 2011 г. отменен приговор в отношении Смагулова А. и Койчуманова Б., которые судом первой инстанции были признаны виновными в незаконном приобретении, хранении наркотических средств без цели сбыта в крупном размере, предусмотренных статьей 259 ч.1 УК РК. Апелляционная судебная коллегия областного суда отменила данный приговор в связи с декриминализацией части первой статьи 259 УК РК. Кроме

Председатель Верховного суда заявил, что главной оценкой работы районных, городских и приравненных к ним судов является качество отправления правосудия, а областных и приравненных к ним судов - проверка в апелляционном и кассационном порядках законности и обоснованности, принимаемых нижестоящими судами судебных актов». ³⁷ На брифинге летом 2011 г. судебный мониторинг определен как систематический анализ деятельности судей местных и других судов на предмет определения качества и своевременности рассмотрения судебных дел. ³⁸ Специализированный межрайонный суд по уголовным делам Алматы находится на первом месте по уголовным делам в республике по качеству отправления правосудия. ³⁹

Председателем Верховного Суда Республики Казахстан проводятся (например, 7 июня 2011 г.) рабочие совещания с членами рабочей группы по разработке и обсуждению концептуальных положений проекта Конституционного закона «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», предусмотренного Планом законопроектных работ Правительства на 2011 г. ⁴⁰

На 54-м ежегодном заседании МАС в Стамбуле (Турция) в сентябре текущего года будет проведено голосование относительно заявки Союза судей Республики Казахстан на вступление в МАС в качестве полноправного члена. ⁴¹

Недостатки в судопроизводстве, отмеченные судьями:

- Неполнота материалов, прилагаемых к представлениям, предусмотренных УПК РК, связанных с исполнением приговора (вопросы условно-досрочного освобождения, перевод в колонию-поселение, освобождение от наказания и смягчение наказания осужденным, отбывающим наказание в исправительных учреждениях, а также осужденным, мера наказания которых не связан с лишением свободы). ⁴²

- Судьи не в полной мере используют аппаратуру аудио- и видеофиксации в залах. Так, в одной из областей РК, из 61 судебного зала в 46 - установлены аудио-, видеоприборы для записи судебного процесса». ⁴³

- Основными причинами отмен и изменений приговоров и постановлений Жамбылским областным судом названы плохая досудебная подготовка, нарушения норм материального и процессуального права, допускаемые судьями при рассмотрении гражданских дел, а также неправильное определение и выяснение круга обстоятельств, имеющих значения для дела. ⁴⁴

- Неправомерные действия судей. Так, в судах столицы из 38 обращений в 1-м квартале 2011 г. (за аналогичный период 2010 г. – 98 обращений) подтвердилось одно. ⁴⁵ В стратегическом плане Верховного суда указывается на уменьшение количества жалоб на действия судей. В 2009 г. поступило 1 288 подобных обращений граждан и юридических лиц, что на 9,5% меньше чем в 2008 г. (1 411).

- В практике допускается нарушение сроков рассмотрения дел. Вместе с тем, стратегический план Верховного суда содержит следующую информацию: «Значительно сократилось количество дел, рассмотренных с нарушением процессуальных сроков. За 9 месяцев 2010 г. рассмотрено таких гражданских дел - 11 или 0,003 % (за 9 мес. 2009 г. – 12 дел или 0,004%, в 2008 г. - 24 дела или 0,006%), 2 административных дела или 0,001% (за 9 мес. 2009 г. – 1 или 0,0005%, в 2008 г. - 4 или 0,001%). Нарушений сроков рассмотрения уголовных не допущено (в 2008 г. - 3 или 0,005%)».

того, судом в текущем году был вынесен один оправдательный приговор, который в настоящее время не вступил в законную силу.

³⁷ http://supcourt.kz/rus/news/news_0018.html

³⁸ http://supcourt.kz/rus/news/news_0059.html

³⁹ http://supcourt.kz/rus/news/news_0083.html, по заявлению Б. Бекназарова.

⁴⁰ http://supcourt.kz/rus/news/news_0053.html

⁴¹ http://supcourt.kz/rus/news/news_0032.html

⁴² http://supcourt.kz/rus/news/news_0071.html

⁴³ http://supcourt.kz/rus/news/news_0088.html

⁴⁴ http://supcourt.kz/rus/news/news_0082.html

⁴⁵ http://supcourt.kz/rus/news/15.04.2011_13.html

По вопросам упрощенного досудебного производства судьями отмечены следующие проблемные вопросы: процессуальное положение участников этого производства, их прав и обязанностей; оценка полученных доказательств; отсутствие сокращенного судебного разбирательства по этой категории дел (например, после составления протокола упрощенного досудебного производства, означающего возбуждение уголовное дело, лицо, совершившее уголовное преступление, признается обвиняемым, в то же время заявитель не признается потерпевшим, что противоречит общим положениям УПК); причинами установленных фактов многочисленных нарушений норм УПК, допускаемых органами уголовного преследования, являются недостаточное знание работниками дознания и следствия положений закона, регулирующего это досудебное производство, слабый ведомственный контроль и ненадлежащий прокурорский надзор; основные влекущие волокиту причины возвращения судом дел - непризнание подсудимыми своей вины в совершенном преступлении и неявка подсудимых на судебное заседание, при этом место их жительства, указанное в протоколе упрощенного досудебного производства, не соответствовало при их проверке курьером суда и работниками полиции действительному проживанию;⁴⁶ не назначение предварительного слушания, что сказывается на оперативности их рассмотрения.⁴⁷

Казахстанская модель присяжных заседателей введена с 1 января 2007 г.⁴⁸ Судьи отмечают о: затруднениях, связанных с правильной постановкой вопросов в вопросном листе; недостатки, допускаемые при составлении протокола главного судебного разбирательства и направлении дел в кассационную инстанцию; призвали специалистов к своевременному составлению протокола и полному отражению хода судебного разбирательства в нем;⁴⁹ об организации качественного отбора кандидатов в присяжные заседатели; об исключении формирования тенденциозных составов коллегий присяжных заседателей, так как участие лиц с сформировавшимся негативным отношением к порядку судопроизводства, лиц злоупотребляющих спиртными напитками, употребляющих наркотические вещества может повлечь за собой вынесение присяжными недостаточно объективного вердикта, что в свою очередь обусловит вынесение судом неправомерного судебного акта;⁵⁰ о повышении качества предварительного расследования и эффективности прокурорского надзора за следствием, активизации роли государственного обвинителя и защитника в судебном заседании, путем совершенствования их практических навыков в исследовании и оценке доказательств с позиции обвинения и защиты, в умении восполнить в судебном разбирательстве неполноту предварительного расследования; об отсутствии права у сторон при рассмотрении уголовных дел с участием присяжных заседателей без разрешения председательствующего упоминать в суде о существовании исключенных из разбирательства дела доказательств, ссылаться на них для обоснования своей позиции; о соблюдении адвокатами этических правил поведения.⁵¹

⁴⁶ http://supcourt.kz/rus/news/news_0078.html. В ходе семинара на тему упрощенного досудебного производства, прошедшего в Павлодар, отмечено, что проведенный анализ судебной практики уголовных дел, по которым проводилось упрощенное досудебное производство с момента его введения, показал явные недостатки и несовершенство самого законодательства, регулирующего проведение данного досудебного производства.

⁴⁷ http://supcourt.kz/rus/news/news_0045.html, к примеру, в Жамбылской области.

⁴⁸ С введением в действие Закона РК № 121 от 16 января 2006 г. «О присяжных заседателях».

⁴⁹ http://supcourt.kz/rus/news/25.04.2011_11.html. В специализированном межрайонном суде по уголовным делам Павлодарской области состоялся семинар-совещание по вопросам рассмотрения дел с участием присяжных заседателей. Судьи кассационной инстанции областного суда отметили трудности.

⁵⁰ http://supcourt.kz/rus/news/6.04.2011_13.html. В Карагандинском областном суде состоялся круглый стол на тему «Актуальные вопросы отправления правосудия с участием присяжных заседателей».

⁵¹ http://supcourt.kz/rus/news/15.04.2011_22.html. Судьи апелляционной коллегии Восточно-Казахстанского областного суда отметили недостатки в работе с присяжными заседателями и др. К примеру, специализированный межрайонный суд по уголовным делам Восточно-Казахстанской области по одному уголовному делу при комплектовании коллегии присяжных заседателей по спискам, предоставляемым акиматом области, столкнулся с тем, что 9 кандидатов не проживали

Отмечены следующие перемены, которые грядут в судебной системе:

- Прекратится направление уголовных дел на дополнительное расследование, суды будут сразу выносить оправдательный либо обвинительный приговоры.

- В ближайшей перспективе упразднятся дисциплинарно-квалификационные коллегии при областных судах, их полномочия передадут Судебному жюри.

- В апелляционных коллегиях областного суда будут назначены два председателя: по уголовным делам и по гражданским делам.

- А кассационную коллегию возглавит председатель областного суда.

- Граждане смогут один раз в месяц задать вопрос председателю Верховного Суда в режиме он-лайн в областном суде по предварительной записи для участия в конференц-связи.⁵²

- Будут созданы в областных судах две судебные инстанции - апелляционная по обжалованию решений и приговоров, не вступивших в законную силу, и кассационная по пересмотру судебных актов, вступивших в законную силу.

- Предлагается полностью исключить направление дел на новое рассмотрение в суды первой инстанции;

- Будут приняты исчерпывающие меры по повышению уровня доверия граждан к судебной системе, а также продолжена работа по совершенствованию и упрощению судопроизводства, созданию условий по искоренению волокиты, судебных ошибок и нарушения законности судьями.⁵³

- Необходимо менять методологию оценки качества деятельности судов.⁵⁴

- Предлагается конечной инстанцией сделать кассацию, чтобы именно там население могло защитить свои права. «Тогда Верховный Суд более полно реализовывал бы свои конституционные полномочия по надзору за деятельностью судов».⁵⁵

- По итогам работы по обеспечению использования в расчетах индекса независимости судебной системы объективных показателей планируется улучшить и (или) не допустить снижение рейтинга Казахстана по показателю «Судебная независимость» в 2010 г. – 109 место, в 2011 г. – 107 место, в 2012 г. – 105 место, в 2013 г. – 103 место, в 2014 г. – 101 место, в 2015 г. – 99.⁵⁶

III. Оценка исполнения Национального плана в области прав человека на 2009-2012 гг.

На основе имеющихся сведений, которые не претендуют на исключительно полное освещение ситуации с исполнением Национального плана в области прав человека по Разделу «Право на справедливое судопроизводство», представляется возможным отметить, что из 17-ти основных рекомендаций, содержащихся в Национальном плане в области прав человека, выполняется одна (№3, см. приложение):

по адресам, указанным в списках. Один кандидат состоял на учете в психоневрологическом диспансере, предельный возраст другого кандидата превышал 65 лет либо наоборот, лицо не достигло 25-летнего возраста. Один из кандидатов, как выяснилось, являлся государственным служащим. Все это свидетельствует о том, что исполнительные органы власти на местах поверхностно подходят к составлению единого и запасного списков кандидатов, не соблюдая при этом требования статьи 10 Закона «О присяжных заседателях».

⁵² http://supcourt.kz/rus/news/news_0088.html. Председатель Южно-казахстанского областного суда в ходе пресс-конференции 20 июля 2011 г.

⁵³ http://supcourt.kz/rus/news/news_0084.html. Председатель Верховного суда отметил принятие мер по повышению уровня доверия граждан к судебной системе на подведении столичными судьями итогов работы за полугодие 2011 г.

⁵⁴ http://supcourt.kz/rus/news/news_0041.html

⁵⁵ http://supcourt.kz/rus/news/news_0055.html. На встрече председателя Верховного суда с международными экспертами 29 апреля 2011 г.

⁵⁶ Стратегический план Верховного суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011-2015 гг. Астана, 2010г.

«необходимо, чтобы списки лиц, представленных Председателем Верховного Суда на назначение на вакантные должности судей и руководителей судов и судебных инстанций всех уровней, предварительно публиковались в СМИ либо в Интернете для оповещения широкого круга общественности».

Частично выполнены три рекомендации (№1, 2, 10, см. приложение):

«исключение подследственности правоохранительных органов в отношении своих сотрудников»;

«свободное получение сведений о деятельности судов, подборе кандидатов в судьи и др.; сделать прозрачной информацию о движении дел в суде, гарантировать доступность судебных актов, достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится также в урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью»;

«обязательная аудиозапись либо видеозапись происходящего на судебных заседаниях».

Неизвестно: будут ли реализованы - две (№6, 8, см. приложение):

«вопросы, связанные с привлечением к дисциплинарной ответственности судей»;

«принятие Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан для кодификации норм административно-процессуального законодательства, регулирующих порядок рассмотрения и разрешения публично-правовых споров с участием граждан и организаций».

РЕКОМЕНДАЦИИ:

В целом число рекомендаций по данному Разделу превышает объем исследования, в связи с чем представляется важным упомянуть о необходимости институциональных реформ, соблюдения международных стандартов по статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, включая минимальные гарантии для обвиняемого в уголовном процессе, и выделить приоритетным направление законодательного характера, причем важным по нашему усмотрению является заключение Венецианской комиссии и БДИПЧ ОБСЕ со следующими рекомендациями:

- необходим открытый и прозрачный процесс законодательных реформ, осуществляемый при участии широкого круга заинтересованных сторон в соответствующей области;

- в статье 1 Конституционного закона ничего не говорится о том, как разрешаются противоречия между компетенцией суда и компетенцией других государственных органов. В соответствии с международными принципами в отношении судебной власти, суды обладают исключительным правом решать, подпадает ли дело под их компетенцию, которая определена законом;

- чтобы повысить предсказуемость закона, необходимо прояснить, какую именно ответственность (административную или уголовную) влечет за собой неуважение к суду;

- было бы полезно составить отдельный раздел об административных судах, желательно, создав систему, аналогичную обычной судебной системе, состоящей из трех инстанций;

- рекомендуется прояснить пункт 1 (3-1) статьи 22 Конституционного закона, исключив какую-либо возможность посягательства на независимость судей судов более низкой инстанции;

- обеспечение деятельности судов не должно влиять на содержание судебных постановлений по отдельным делам – решение всегда должен принимать сам судья;

- чтобы гарантировать наличие слаженно функционирующих и независимых представительных судебных органов, важно четко определить их функции и состав;

- рекомендуется внести поправки в Конституционный закон, обговорив, что Судебный Совет должен состоять из значительного количества судей из судов первой инстанции и апелляционных судов, которые

избираются, или, по крайней мере, выдвигаются коллегами, в порядке, четко определенном Конституционным законом;

- чтобы повысить представительность Совета, в него, помимо судей, могут входить и другие представители, такие как преподаватели права и члены адвокатуры;

- неясны природа, статус и функции «уполномоченного органа по организационному и материально-техническому обеспечению деятельности Верховного Суда». По этой причине рекомендуется внести поправки в Конституционный закон с целью прояснить эти аспекты;

- необходимо более четко обозначить разделение полномочий в области судебного управления между Высшим Судебным Советом, председателем Верховного Суда и уполномоченным органом;

- рекомендуется внести поправки в Конституционный закон, дополнив его положениями о бюджетном процессе, предусматривающими роль Высшего Судебного Совета;

- рекомендуется прояснить Конституционный закон в этом отношении, четко указав, что дела должны распределяться в случайном порядке, в соответствии с четкими, определенными заранее принципами, с учетом количества дел, которыми занимается каждый судья. Это не исключает возможность при необходимости передачи определенных дел судье или судейской коллегии, специализирующимся по этому типу дел. Конечно, критерии и метод такой передачи дел должны быть прозрачными и определяться заранее;

- рекомендуется прояснить статьи 9, п. 1(1), и ст. 14 п. 1 (1), чтобы ни в коей мере не предоставлять председателям права наставлять или контролировать отдельных судей в процессе вынесения ими решений по делам;

- важно обеспечить адекватное участие в Высшем Судебном Совете судей, которые, в основном, исполняют основные функции судьи (вынесение судебных постановлений);

- рекомендуется конкретизировать, в каких именно обстоятельствах председатель может вести прием, и указать, что прием граждан не должен влиять на постановление по существу отдельного судебного дела;

- рекомендуется прояснить цель и содержание этих распоряжений председателей судов в Конституционном законе;

- рекомендуется прояснить, кто именно вправе председательствовать на заседаниях судебных коллегий;

- рекомендуется прояснить обязанности председателя суда в плане противодействия коррупции;

- рекомендуется

ограничить свободу выбора Президента или Сената кандидатурами, предложенными Высшим Судебным Советом, а также выдвинуть требование об обосновании отказа в назначении на должность;

- Конституционный закон должен содержать требование о публичном объявлении о наборе на все вакантные должности судей, в том числе должность председателя суда;

- с целью привлечения к работе в судебском корпусе большего числа профессионалов из других областей права (например, адвокатов или прокуроров), следует рассмотреть возможность приема для работы в судебные органы лиц, уже имеющих определенный стаж;

- рекомендуется определить типы заболеваний, которые препятствуют исполнению обязанностей судьи, сведя их перечень к заболеваниям, которые непосредственно влияют на умственные способности человека;

- следует оговорить, что рекомендации Высшего Судебного Совета могут быть отклонены только при наличии обоснованного решения. В случае отклонения рекомендованного кандидата, Высший Судебный Совет может выдвинуть другого кандидата или получить дополнительные полномочия для того, чтобы аннулировать вето квалифицированным большинством голосов;

- в отношении всех судов можно рассмотреть возможность позволить судьям, которые будут работать под руководством председателя, высказывать свое мнение о кандидате на должность председателя;

- рекомендуется рассмотреть вопрос о том, следует ли вообще оставлять возможность для повторного назначения председателя. Если такая возможность будет сохранена, Конституционный закон должен ограничить количество повторных назначений одним разом;

- с целью достижения полной независимости и беспристрастности, рекомендуется изъять из статьи 34-1 Конституционного закона возможность продления срока пребывания судьи в должности на пять лет председателем Верховного Суда;

- рекомендуется внести изменения, согласно которым принцип несменяемости должен также предполагать защиту судей от перевода на другую работу, за исключением случаев применения дисциплинарных санкций или изменения организации судебных органов;

- рекомендуется предоставлять судьям лишь функциональную неприкосновенность;

- рекомендуется рассмотреть возможность ограничения неприкосновенности судей действиями, осуществляемыми ими в рамках исполнения своих судебных функций (функциональная неприкосновенность);

- рекомендуется более четко обозначить роль Высшего Судебного Совета в прекращении полномочий председателей и судей;

- рекомендуется реформировать систему отстранения, освобождения от должности и прекращения полномочий судей, внимательно изучив принцип несменяемости и общие рекомендации по подобным вопросам, содержащиеся в международных документах;

- было бы разумно определить в Конституционном законе размер оплаты для различных должностей судей;

- было бы целесообразно рассмотреть возможность замены привилегий (названных в статьях 51, 53, 54 Конституционного закона) более высокой зарплатой, гарантирующей нормальный уровень жизни;

- рекомендуется доработать положение статьи 55-1 с тем, чтобы обеспечить более детальное описание санкций, которые следуют за тем или иным правонарушением или проступком;

- детали оценки профессиональной пригодности действующего судьи могут быть изложены в отдельном законе, однако основные принципы критериев оценки рекомендуется включить в Конституционный закон;

- рекомендуется избрание членов жюри судьями в результате честной и открытой процедуры;

- рекомендуется доработать положения о дисциплинарных и оценочных органах для уточнения и разделения их полномочий;

- судьи должны проходить начальное обучение и подготовку в процессе работы при полном государственном финансировании, рекомендуется включить в конституционный закон положения о регулярном и бесплатном обучении судей;

- рекомендуется внести в пункт 1 (1) статьи 39 поправки с тем, чтобы уточнить, что он относится только к грубому и непростительному нарушению профессиональных функций, а не к неверному применению закона;

- рекомендуется изъять из статьи 39 закона пункт 1 (3), согласно которому судья может быть привлечен к дисциплинарной ответственности за «грубое нарушение трудовой дисциплины»;

- рекомендуется внести в Конституционный закон поправки, которые позволят увязать концепцию судейской этики с конкретным кодексом этики, который может быть изложен в подзаконном акте.

- рекомендуется изъять вторую часть пункта 3 статьи 39 из текста Конституционного закона;

- апелляционные суды имеют возможность передачи в Судебное жюри материалов в отношении судьи, имеющего «низкие показатели по отправлению правосудия» или допустившего «систематические нарушения законности при рассмотрении судебных дел», в соответствии с пунктом 1 (9-1) статьи 16 и пунктом 1 (7-1) статьи 22. Рекомендуется ограничить эти положения в тексте Конституционного закона;

- рекомендуется пересмотреть статью 38 о дисциплинарных коллегиях с тем, чтобы обеспечить независимость коллегий и их свободу от излишнего влияния со стороны органов исполнительной власти;

- рекомендуется, чтобы лицо, возбуждающее дисциплинарное производство в качестве члена дисциплинарно-квалификационной коллегии, не имело право на участие в принятии окончательного решения по делу. Также рекомендуется твердо заявить о необходимости соблюдения принципов справедливого судебного разбирательства в процессе дисциплинарного производства, в том числе, гарантировать обвиняемому судье возможность представить защиту;

- необходимо обеспечить возможность для независимого пересмотра решения по окончании дисциплинарного разбирательства, если только это решение не было принято высшим судом страны;

- рекомендуется задействовать процедуру, при которой судьи смогут добиться пересмотра решений дисциплинарной коллегии, предпочтительно в суде и др.

Сентябрь, 2011 г.

ГЕТА М.Р.,

*Доцент кафедры уголовного права и процесса
Новокузнецкого филиала-института КемГУ, доцент ВАК, к.ю.н.*

АЛЬТЕРНАТИВЫ ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ¹

Гуманизация и реформаторские тенденции в развитии уголовной политики современного Казахстана находятся в «генетической» связи с состоянием альтернативных мер уголовно-правового воздействия и предупреждения преступности. В литературе справедливо отмечается то обстоятельство, что, если будет достигнута цель водворения в пенитенциарные учреждения всех лиц, совершивших преступление, «...общество будет разрушено. Мы никогда не сможем найти средства и людские ресурсы, которые потребуются для достижения этой цели»². Альтернативы могут рассчитывать на поддержку общества и государства не только вследствие необходимости гуманного обращения с правонарушителями, но и в целях защиты общества от криминализации, неизбежной в условиях массовой практики наказания в виде лишения свободы, обеспечения его безопасности и социального благополучия.

Наметившаяся в Казахстане трансформация уголовно-исполнительных инспекций в службы пробации и перспективы формирования национальной модели пробации неотделимы от правового, методологического и практического обеспечения развития и применения альтернатив наказанию в виде лишения свободы.

В концептуальном аспекте альтернативные меры следует рассматривать как наказания, не связанные с лишением свободы («узкое» понимание данных мер в качестве непенитенциарных санкций). В «широком» — альтернативы представляют собой уголовно-правовые средства некарательного содержания, отличающиеся от классического института наказания. В связи с этим отдельными авторами отмечается, что альтернативы — не просто самостоятельный институт, но целый метод уголовно-правового регулирования и преодоления криминальных конфликтов³.

Обращение к положениям действующего уголовного законодательства Республики Казахстан позволяет отметить, что существует система институциональных альтернативных мер уголовно-правового воздействия, среди которых представлены: 1) наказания, не связанные с лишением свободы; 2) иные уголовно-правовые меры, содержание которых на законодательном уровне не раскрыто. Они включают в себя все виды освобождения от уголовной ответственности и наказания; 3) особую «непоименованную» группу мер воздействия образуют меры безопасности (например, судимость, принудительные меры медицинского характера). Однако дефиниция «меры безопасности», давно известная европейскому уголовному праву, ни в Казахстане, ни в других государствах СНГ легитимации на законодательном уровне не получила.

¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

² Бишоп Н. Европейские правила по применению общественных санкций и мер общественного воздействия. // Материалы Междунар. науч.-практ. конференции. — Алматы, 2004. — С.30.

³ Гета М.Р. Альтернативы наказанию. — Усть-Каменогорск, 2004. — С.22-27.

Следует отметить, что дальнейшее расширение сферы применения альтернативных мер воздействия необходимо рассматривать в следующем контексте: 1) гуманность мер воздействия, их «совместимость» с защищенностью прав человека; 2) социально-криминологическая обусловленность, т.е. наличие социально-криминологических оснований применения; 3) эффективность мер, проявляющаяся, в частности, в низком уровне непенитенциарного рецидива; 4) обеспечение безопасности общества, поскольку для многих граждан позитивное отношение к наказанию в виде лишения свободы обуславливается представлениями о том, что контроль в условиях изоляции преступника от общества позволяет устранить его криминальную опасность. Данные представления, какими бы иллюзорными в ряде случаев они не были (изоляция виновного в кражах и его «знакомство» со спецификой пенитенциарных учреждений способна вернуть обществу гораздо более опасного правонарушителя, готового совершать разбои и грабежи), их нельзя игнорировать. Чтобы население поддерживало практику альтернативных мер, оно должно быть уверено, что правонарушители, оставленные на свободе, находятся под контролем государства и риск совершения новых преступлений с их стороны минимален.

Иными словами, все виды альтернативных уголовно-правовых средств, имеющихся в законодательстве Республики Казахстан, целесообразно оценивать в аспекте эффективности посткриминального контроля и создания реальных возможностей ресоциализации осужденных. Исходя из этого, представляется оправданным обратиться к действующим непенитенциарным санкциям, предусмотренным уголовным законодательством Республики Казахстан. Необходимо учитывать, что к характеристике данных санкций непосредственное отношение имеет содержание наказания, которое, согласно ч.1 ст.38 УК РК, «... заключается в предусмотренных настоящим Кодексом лишениях или ограничениях прав и свобод». Подобное ограничение адресуется лицу, совершившему преступление. В соответствии с ч.2 ст.38 УК РК, «...наказание не имеет своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства». Следовательно, альтернативные наказания, будучи системой правоограничений, не должны быть направлены на причинение страданий осужденному, хотя несомненно, что «наказательные» ограничения прав и свобод не могут не вызывать в личности осужденного психологического дискомфорта.

Как представляется, одним из перспективных альтернативных наказаний является привлечение к общественным работам (ст.42 УК РК). Это наказание весьма широко распространено в мировой практике, получило поддержку на уровне международных и европейских стандартов в сфере уголовной юстиции. Содержание этого наказания заключается в бесплатности труда осужденного. Именно эта «бесплатность» и составляет основной «наказательный» элемент привлечения к общественным работам. Следует отметить, что в уголовном законодательстве Казахстана (также как и России, где данная уголовно-правовая мера названа обязательными работами) не вполне точно определено рассматриваемое наказание.

Исходя из логического толкования закона, оно состоит «...в выполнении осужденным в свободное от основной работы или учёбы время бесплатных общественно-полезных работ». Представляется, что наказание не может состоять в общественно-полезных работах, иначе придётся признать труд элементом наказания, кары за совершённое преступление. Однако по смыслу международных непенитенциарных стандартов и национального законодательства Казахстана, труд осужденного к наказанию в виде привлечения к общественным работам рассматривается как средство ресоциализации правонарушителя. **Нельзя наказывать трудом**, но им можно побудить личность изменить свои взгляды на окружающее, на собственное поведение, привить уважение к обществу. Поэтому собственно «наказание», как отмечалось выше, кроется в фактическом лишении осужденного заработной платы (а точнее, в её непредоставлении), а также в ограничении конституционного права на отдых (трудиться осужденному приходится в свободное от основной работы или учебы время, которым он мог бы распорядиться по своему усмотрению). Таким образом, «наказательные» правоограничения плюс посткриминальный контроль уголовно-исполнительной инспекции (службы пробации) призваны создать условия для реализации ресоциализирующей функции общественно-полезного труда.

Другой аспект привлечения к общественным работам связан с возможностью совершенствования нормативной модели данного вида наказания. Прежде всего, оправданно ли сводить его только к общественно-полезным работам? Помимо работ как социально-полезной деятельности, существуют услуги (медицинские, образовательные, консультационные, оформительские, услуги по перевозке пассажиров, по оказанию социальной помощи и т.п.). Так, в частности, индивидуальные предприниматели, могущие стать адресатами данного вида наказания, занимаются предоставлением различных услуг населению. Полагаем, что более эффективным и оправданным явилось бы возложение на них (в случае совершения преступления) обязанности оказывать услуги без оплаты в течение определённого времени, чем привлечение к неквалифицированному физическому труду. Это позволило бы расширить спектр видов деятельности при общественно-полезных работах, **благодаря сочетанию различных видов труда осужденных.**

Кроме того, целесообразно, на наш взгляд, учесть в процессе выбора конкретных работ индивидуально-психологические особенности осужденного, его интересы и способности, поскольку вполне очевидно, что социальная ценность данной альтернативы лишению свободы заключается не в понуждении к малоквалифицированному труду по уборке улиц (хотя и он должен применяться), а в **деятельности, полезной для общества, которое позитивно оценивает её результаты,** станет заинтересовано в «сохранении» осужденного в своей структуре, а не в его «ниспровержении» в пенитенциарные учреждения. Не менее важно и то, что осужденный, понимая социальную значимость своего труда, будет более восприимчив к исправительному воздействию службы пробации.

Другой аспект проблемы совершенствования наказания в виде привлечения к общественным работам касается их сравнительно невысокой продолжительности (не свыше 240 часов). Представляется, что слишком непродолжительный период, значительно уступающий сроку исправительных работ да и существующим в мировой практике срокам применения аналогичных непенитенциарных санкций, по-видимому, было бы оправданно увеличить хотя бы в два раза для совершеннолетних правонарушителей — до 480 часов, что сделает отбывание привлечения к общественным работам более чувствительным для осужденного и для общества. За время, ограниченное 240 часами, едва ли возможно оказать какое-либо исправительное воздействие на осужденного и обеспечить эффективность посткриминального контроля.

И наконец, нельзя не отметить, что, согласно ч.2 ст.42 УК РК, «...общественные работы... отбываются не свыше четырёх часов в день, если осужденный не имеет постоянного места работы или не занят на учёбе — до восьми часов в день». Подобная дифференциация вызывает некоторое смущение. Оправданно ли вообще применять это наказание к безработным, которым надо решать основную проблему трудоустройства на оплачиваемую работу? Но если всё-таки применять, то есть ли смысл во всех случаях устанавливать продолжительность бесплатных работ до восьми часов в день? По-видимому, в этой ситуации наиболее целесообразно предоставить суду право дифференцировать продолжительность «дневного» отбывания наказания для лиц, не имеющих постоянного места работы.

Кроме того, разница во времени такого ежедневного отбывания общественных работ для занятых граждан и безработных выглядит чуть ли не как дискриминация последних, ибо они должны выполнять больший объём бесплатного труда. Нельзя не принять во внимание и то обстоятельство, что осужденные, не имеющие места работы, безвозмездной трудовой деятельностью могут фактически «стимулироваться» к совершению нового преступления в целях получения средств существования.

Исходя из изложенного, позволим себе ч.1 ст.42 УК РК предложить в следующем примерном варианте: «Наказание в виде привлечения к общественным работам состоит в непредоставлении осужденному оплаты за выполнение в свободное от основной работы или учёбы время общественно-полезных работ, а равно оказания услуг, связанных с его профессиональной деятельностью Лицам, не имеющим основного места работы, наказание в виде привлечения к общественным работам назначается с учётом их жизненной ситуации, от которой ставится в зависимость продолжительность наказания. При выборе вида общественных работ или социально-полезных услуг по возможности

учитываются интересы, уровень образования и профессиональной подготовки осужденного».

Необходимо отметить, что в Казахстане (как и в России) существует проблема расширения практики назначения и исполнения наказания в виде общественных работ, связанная, в основном, с трудоустройством осужденных, особенно актуальная в условиях существования безработицы среди законопослушного населения. Государственных предприятий, которые могут нанять данных осужденных, не так уж много, а собственника частных производств, исходя из конституционно закреплённой свободы труда, нельзя обязать трудоустроить осужденных. В литературе высказывались предложения по стимулированию работодателей к приёму названных лиц путём предоставления налоговых льгот и оставления 50% от фактически начисленных денежных средств в организации⁴.

Несомненно, что поиск мер, стимулирующих работодателя, является важным, и целесообразно использовать различные стимулы (и не только экономические), например, популяризацию опыта индивидуального предпринимателя или руководителя организации, трудоустроившего осужденных, в СМИ; награждение ценным подарком и иное поощрение на уровне местных исполнительных органов или органов местного самоуправления, установление льгот на предоставление бюджетных заданий на выполнение работ (оказание услуг) и т.п.

Помимо этого, целесообразной представляется разработка **Типовых соглашений** между службой пробации, органами местного самоуправления и работодателями о сотрудничестве в трудоустройстве осужденных. По-видимому, подобное трудоустройство станет в ближайшее время одной из ведущих задач службы пробации.

Весьма схожую с привлечением к общественным работам юридическую природу имеет наказание в виде исправительных работ (ст.43 УК РК). Это наказание, соответствующее рекомендациям Стандартных минимальных правил ООН, относительно применения мер, не связанных с тюремным заключением, в настоящее время, помимо Казахстана, сохраняется в Российской Федерации, Беларуси, Армении, Азербайджане, Таджикистане. Позволим себе отметить, что казахстанский законодатель поступил более рационально, закрепив модель исправительных работ по месту выполнения трудовой функции осужденного. В России с 2003 г. исправительные работы адресованы только лицам, не имеющим места постоянной трудовой деятельности, что существенно осложнило практику применения данного вида наказания, ибо уголовно-исполнительные инспекции должны трудоустраивать осужденных не только к обязательным, но и исправительным работам.

Собственно, «наказательная» составляющая рассматриваемой альтернативы лишению свободы заключается в ограничении размера заработной платы, полагающейся осужденному. Согласно ч.2 ст.43 УК РК, «...из заработка осужденного к исправительным работам производятся удержания в доход государства в размере, установленном приговором суда, в пределах от пяти до двадцати процентов». Данное наказание, появившееся в Казахстане в советский период его истории, оказалось восприимчивым современной непенитенциарной практикой и является значимой альтернативной мерой уголовно-правового воздействия.

Однако на наш взгляд, было бы желательнее исключить из ч.2 ст.43 УК РК упоминание об удержании «в доход государства», поскольку оно может создавать впечатление об использовании государством наказания в виде исправительных работ в целях извлечения прибыли (дохода). Более корректной, на наш взгляд, была бы формулировка «в соответствующий государственный бюджет».

Исполнение наказания в виде исправительных работ возлагается на службу пробации, которая должна будет не только контролировать своевременность удержаний из заработка осужденных, но и проводить работу по их ресоциализации.

Одним из альтернативных наказаний является ограничение свободы (ст.45 УК РК), введённое ещё в 2002 году. В Российской Федерации его аналог с таким же наименованием появился лишь в декабре 2009 г. Законодатель определил, что

⁴ Турецкий Н.Н. Проблемы исполнения уголовного наказания, связанные с привлечением к общественным работам. — Алматы, 2004. — С.82.

ограничение свободы состоит в «...наложении на осужденного судом определённых обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного государственного органа без изоляции от общества» (ч.1 ст.45 УК РК). Строго говоря, ни в Казахстане, ни в России «наказательного» элемента в этой мере воздействия не имеется, поскольку обязанности на осужденного возлагаются не «за» совершенное преступление, а «в связи» с предупреждением новых уголовно-наказуемых деяний. Если использовать дефиниции уголовного законодательства западноевропейских государств, то ограничение свободы можно было бы обозначить как **меру безопасности**. В принципе, применима к нему и характеристика как особой, более строгой разновидности **условного осуждения**, сходство юридической природы с которым весьма существенно. Исполнение ограничения свободы планируется возложить на службу пробации.

Уголовным законом предусмотрен императивный порядок возложения на осужденного юридических обязанностей предупредительного характера: 1) не менять постоянного места жительства, работы и учёбы без уведомления специализированного государственного органа (службы пробации); 2) в свободное от учёбы и работы время не покидать место жительства, не выезжать в другие местности без разрешения службы пробации. Наряду с этим закрепляется диспозитивный подход, выражающийся в праве суда возложить иные обязанности, способствующие исправлению осуждённого: пройти курс лечения от алкоголизма; наркомании; токсикомании; заболеваний, передающихся половым путём; осуществлять материальную поддержку семьи.

Обращение к подобным обязанностям позволяет увидеть их сходство с режимом пробации, поскольку предусмотрены основные (императивно возлагаемые) и субсидиарные обязанности. На близость с условным осуждением указывает фактическая тождественность юридических обязанностей, и различия усматриваются только в том, что при условном осуждении данные обязанности возлагаются по усмотрению суда, а при ограничении свободы некоторые из них — в силу прямого указания закона. Российский вариант ограничения свободы (ст.59 УК РФ) выглядит жёстче, так как все правоограничения в отношении осужденного устанавливаются императивно, да и перечень их шире. Правда, отдельные ограничения в УК РФ представляются сомнительными с точки зрения их профилактического и содержательного контекста (например, обязанность не посещать массовые мероприятия), но в целом они создают предпосылки для более строгого надзора за осужденным.

Представляется, что в норме статьи 45 УК РК целесообразно было бы усилить пробационный эффект некоторых правонарушений. Так, в частности, можно установить, что на осужденного возлагается обязанность не менять постоянного места жительства, работы или учёбы **без разрешения** специализированного государственного органа (службы пробации), тем более, что в отношении следующей обязанности — не выезжать в другие местности — действует (вполне логично) разрешительный, а не уведомительный подход к осужденному. Что касается иных правоограничений, то вполне понятно, что не имеет смысла возлагать при отсутствии оснований такую обязанность, как прохождение курса лечения от заболеваний, передающихся половым путём.

Вместе с тем, следует отметить, что иные, предупредительно-ресоциализирующие обязанности осужденных можно предусмотреть в специальном Законе о пробации, и это позволит обеспечить не только более эффективный надзор при данном виде уголовно-правового воздействия, но и условия для последующего исправления осужденного.

В соответствии с ч.3 ст.45 УК РК, наказание в виде ограничения свободы не применяется к лицам, «имеющим судимость за совершение тяжкого и особо тяжкого преступления; к военнослужащим, а также к лицам, не имеющим постоянного места жительства». Таким образом, нельзя применить данное наказание лишь при наличии не снятой и не погашенной судимости за тяжкие и особо тяжкие преступления. Это означает, что его совершение впервые, когда правоотношения судимости ещё не наступили, не является формальным препятствием для применения санкции в виде ограничения свободы. Представляется, что, прежде всего при выборе данной меры уголовно-правового воздействия, необходимо учитывать личность виновного, что наиболее достижимо при направлении лиц, в отношении которых суд полагает возможным ограничение свободы в условиях пробационного надзора, на социально-психологическое

исследование в службу пробации. По его результатам, по-видимому, можно будет сделать вывод о допустимости ограничения свободы в отношении виновных в тяжком преступлении.

Что касается неприменения ограничения свободы к лицам, не имеющим постоянного места жительства, то такое решение законодателя выглядит не бесспорным. В настоящее время в Республике Казахстан институт «прописки», являвшийся изобретением советского прошлого, не существует. Действующие правила регистрации отнюдь не препятствуют гражданину проживать в ином месте, по фактическому адресу, который он мог бы представлять в службу пробации. Справедливо ли ставить такого осужденного, который приехал учиться или работать в другой город, проживает в квартире по найму, не выписался вовремя из прежнего жилого помещения, в худшее положение по сравнению с осужденным, проживающим по «юридическому адресу»? По-видимому, нет. Тем более, что, если подсудимым окажется гражданин, не имеющий постоянного места жительства, суд, не имея возможности применить к нему ограничение свободы, будет вынужден назначить более строгое наказание в виде изоляции от общества.

Одним из уголовных наказаний, по законодательству Республики Казахстан, является конфискация имущества (ст. 51 УК РК). Она представляет собой «...принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества являвшегося собственником осужденного». Заслуживает внимания то обстоятельство, что ещё в 2001 году А.И.Зубков предлагал трансформировать конфискацию имущества в основное наказание, которое рекомендовал широко применять за коррупционные, экономические преступления. Этого не произошло, а в декабре 2003 г. в Российской Федерации конфискация была исключена из системы наказаний, что вызвало резкую критику в юридической литературе. В 2006 г. конфискацию «вернули» в российский УК в качестве иной меры уголовно-правового характера (ст. 104 УК РФ).

В Казахстане конфискация имущества сохранилась как вид наказания, однако в действующей редакции закона она сочетает в себе признаки наказания и меры безопасности. Об этом свидетельствует ч.1 ст.51 УК РК, согласно которой «...за совершение коррупционных преступлений конфискации, кроме собственности осужденного, в порядке, установленном законодательством, подлежит также имущество, добытое преступным путём, либо приобретённое на средства, добытые преступным путём, переданное осужденным в собственность другим лицам». Иными словами, как наказание конфискация имущества поражает право собственности виновных, предусматривая изъятие у осужденного имущества, которое принадлежало ему на законных основаниях. А как **мера безопасности**, распространяется на имущество, полученное в результате совершения коррупционного преступления или приобретённое на доходы от преступной деятельности (т.е. фактически, в процессе легализации доходов криминального происхождения). Представляется, что наказательный подход к нормативной модели конфискации выглядит удачным, и имеются основания обозначить следующие признаки конфискации: 1) безвозмездность, заключающаяся в непредоставлении осужденному какого-либо возмещения взамен изъятых имущества; 2) ограничение конституционного права собственности осужденного; 3) распространение конфискации на такой объект гражданско-правовых отношений, как имущество (исключая денежные средства осужденного). В отличие от казахстанского, российский законодатель допускает замену конфискации уплатой денежных сумм, что, несомненно, подрывает её «натуральный» характер; 4) допустимость частичной и полной конфискации имущества.

Весьма интересное «взаимопроникновение» юридической природы наказания и меры безопасности (иной меры уголовно-правового воздействия) позволяет отметить, что у казахстанских органов уголовного преследования нет бремени доказывания незаконного происхождения имущества (за исключением имущества, обладание которым стало возможным в результате совершения преступления). Смысл наказания как раз и состоит в том, чтобы ограничить законные права и интересы виновного (нельзя «урезать» в праве, которого нет). Что касается российских правоприменителей, то им в полной мере приходится доказывать незаконность имущества, доходов виновного, чтобы использовать институт конфискации, что существенно осложняет реальную возможность судебной практики в отношении конфискации имущества.

Таким образом, конфискация как дополнительное наказание применима за совершение корыстного преступления и в случаях, прямо предусмотренных санкцией статьи Особенной части УК РК, для усиления карательного эффекта основного наказания. Как иная мера уголовно-правового воздействия (мера безопасности), конфискация распространяется на имущество, незаконное обладание которым стало возможным вследствие коррупционного противоправного посягательства. Дуалистическая природа конфискации способствует её большей индивидуализации в системе средств уголовно-правового предупреждения преступности. В перспективе, по-видимому, было бы целесообразно предусмотреть конфискацию имущества в смешанном варианте, когда она могла бы применяться как основной вид наказания за совершение преступлений в сфере экономической деятельности (например, легализация преступных доходов, уклонение от уплаты налогов, незаконное предпринимательство и т.п.). Во всяком случае, подобная трансформация нормативной модели конфискации имущества позволила бы расширить состав альтернативных наказаний в Республике Казахстан.

Особого внимания в рассматриваемом контексте заслуживает институт условного осуждения (ст.63 УК РК), выступающий самостоятельным и наиболее распространённым альтернативным видом уголовно-правового воздействия как в Казахстане, так и в России. Так, в частности, удельный вес условного осуждения в Республике Казахстан в 2007 г. составил 38,6%, а в 2008 г. — 37% от общего количества мер уголовно-правового воздействия, в то время как общая численность всех наказаний, альтернативных лишению свободы, в 2008 г. имела показатель 7,9% от общего числа осужденных⁵. По существу, практика применения условного осуждения более чем в четыре раза превосходит по численности практику альтернативных непенитенциарных санкций.

Следует отметить, что ещё в 1899 г. на съезде Международного союза криминалистов условное осуждение оценивалось как «...институт справедливости, человечности и государственной пользы»⁶. Эта оценка не потеряла своего значения и в настоящее время, когда условное осуждение становится важнейшим уголовно-правовым институтом, находящимся в основе probationi.

В соответствии с ч.1 ст.63 УК РК, условное осуждение применимо, «...если, назначив наказание в виде исправительных работ, ограничения по воинской службе, лишения свободы, суд придёт к выводу о возможности исправления осужденного без отбывания наказания...». Иными словами, условное осуждение возможно в отношении трёх видов наказаний: лишения свободы, исправительных работ и ограничения по службе (аналога исправительных работ для военнослужащих). Представляется, что по отношению к исправительным работам это излишне, поскольку совершенно лишает смысла данное наказание, делая «условным» не только удержания из заработка, но и труд осужденного, а также воспитательное воздействие уголовно-исполнительной инспекции (службы probationi). Учитывая необходимость расширения реального спектра альтернативных мер, которые на сегодняшний день намного менее востребованы судебной практикой по сравнению с условным осуждением, а также потребность в дифференциации уголовно-правового воздействия, представляется целесообразным **оставить условное осуждение только в отношении наказания в виде лишения свободы**, что соответствует мировому опыту применения данной альтернативной уголовно-правовой меры.

Казахстанский законодатель сохранил две модели условного осуждения: «классическую» и «пробационную». В первом варианте она заключается в отсутствии каких-либо обязанностей, возлагаемых на осужденного, который в течение испытательного срока «...должен своим поведением доказать своё исправление» (ч.3 ст.63 УК РК). По-видимому, такая модель условного осуждения оправдана применительно к лицам, не нуждающимся в особом контроле в силу возраста, состояния здоровья или сравнительно неопасного преступления. Что касается «пробационной» модели, то она состоит в возможности суда установить для правонарушителя следующие виды обязанностей: 1) не менять постоянного места жительства, работы, учёбы без

⁵ Практика назначения уголовных наказаний в Республике Казахстан. // Ежегодник Центра исследований правовой политики. — Алматы, 2010. — С.182-184.

⁶ Егоров С. Отец условного осуждения. // Законность.1998. №3. — С.56.

уведомления специализированного государственного органа, осуществляющего контроль; 2) не посещать определённые места; 3) пройти курс лечения от алкоголизма, наркомании, токсикомании, венерического заболевания или ВИЧ/СПИД; 4) осуществлять материальную поддержку семьи. Помимо этого, согласно ч.5-1 ст. 63 УК РК, суд может возложить на осужденного условно и другие обязанности, способствующие его исправлению. Представляется, что они должны устанавливаться в рамках пробационного надзора, по результатам социального исследования личности правонарушителя. На наш взгляд, возложение подобных обязанностей следует применять в отношении несовершеннолетних осужденных, лиц, совершивших тяжкие преступления, а также правонарушителей, которые по своим индивидуально-психологическим характеристикам нуждаются в интенсивном посткриминальном контроле.

Таким образом, режим испытания при условном осуждении проявляется в установлении специальных юридических обязанностей (правоограничений) и контроле службы пробации за их исполнением. Законодатель делает оговорку о том, что условное осуждение не подлежит применению при опасном и особо опасном рецидиве преступлений.

В ч.1 ст.64 УК РК предусматривается досрочная отмена условного осуждения со снятием судимости по отбытии не менее половины испытательного срока (его продолжительность не должна превышать трёх лет).

Наряду с условным осуждением, разновидностью режима испытания по уголовному законодательству Республики Казахстан является отсрочка отбывания наказания (ст.72 УК РК). В соответствии с данной правовой нормой, «...осужденным беременным женщинам суд может отсрочить отбывание наказания до одного года. Осужденным женщинам, имеющим малолетних детей, и мужчинам, в одиночку воспитывающим малолетних детей, суд может отсрочить исполнение наказания до достижения ребёнком четырнадцатилетнего возраста...». Таким образом, наказание назначается, но с предоставлением отсрочки, которая может быть назначена до начала фактического отбывания наказания и в период его отбывания. Следует отметить, что, как в России, казахстанский законодатель впервые распространил подобный режим отсрочки и на лиц мужского пола, которые одиноко воспитывают ребёнка (в российском варианте — являются его единственным родителем). Воспитание «в одиночку» ребёнка может быть связано со следующими ситуациями: 1) мужчина выступает единственным родителем ребёнка вследствие смерти его матери; 2) он является единственным воспитателем и кормильцем ребёнка, поскольку мать лишена родительских прав, а ребёнок, по решению суда, проживает совместно с отцом. Фактически, рассматриваемая отсрочка соединяет две модели режима испытания, первая из которых заключается в отсрочке наказания для беременных женщин продолжительностью в один год, а вторая рассчитана на срок до достижения ребёнком четырнадцатилетнего возраста и адресуется женщинам, имеющим малолетнего ребёнка, и лицам мужского пола, одиноко его воспитывающим.

С другой стороны, ограничение срока отсрочки отбывания наказания беременным женщинам до одного года неизбежно ставит вопрос о том, что будет дальше с этой осужденной. Ответ на него кроется в ч.3 ст.72 УК РК, согласно которой «...по истечении срока отсрочки... суд... может освободить от отбывания наказания или заменить назначенное наказание более мягким... или принять решение о направлении... в соответствующее учреждение для отбывания наказания». Исходя из этого, выходит, что у женщины, имеющей новорожденного ребёнка, продолжительность отсрочки может составить четырнадцать лет, а беременная женщина вскоре после рождения ребёнка должна будет вновь предстать перед судом, который вправе применить к ней назначенное до режима отсрочки наказание в виде лишения свободы. Но, по смыслу ч.1 ст.72 УК РК, она имеет право на отсрочку уже как мать малолетнего ребёнка. В этом случае годичный срок режима испытания для осужденных женщин, находящихся в состоянии беременности, утрачивает смысл. В то же время нельзя не учитывать, что максимально возможный четырнадцатилетний срок отсрочки при сохранении правоотношений судимости и посткриминального контроля в отношении осужденной (осужденного) будет многократно превышать размер наказания за преступление, в связи с которым была принята отсрочка.

Согласно ч.1 ст.72 УК РК, она не может быть назначена, если совершено тяжкое или особо тяжкое преступление против личности, предусматривающее наказание свыше пяти лет лишения свободы. Следовательно, режим отсрочки допускается: а) при совершении преступления небольшой и средней тяжести; б) при совершении тяжкого преступления, не направленного против личности или исключаящего личность в качестве дополнительного объекта посягательства. Учитывая, что, как правило, срок наказания за эти преступления не превышает пяти лет содержания в пенитенциарном учреждении, срок отсрочки продолжительностью в четырнадцать лет, совмещённый с психологическим состоянием ожидания нового наказания, неопределённость ситуации по окончании отсрочки выглядит как чрезмерно суровая уголовная репрессия, нивелирующая социальную ценность рассматриваемой альтернативы лишению свободы.

Подобная психологическая «неопределённость» для беременной женщины, предлагающей для себя возможность последующего лишения свободы, может рассматриваться даже как жестокое обращение по отношению к ней. Каков же выход из данной ситуации? Представляется, что продолжительность отсрочки следует приравнять к основной продолжительности срока наказания в виде лишения свободы, допускающей режим отсрочки — **пять лет**. Данный срок был весьма близок к временным рамкам условного осуждения и соответствовал максимальной санкции за совершение умышленного преступления средней тяжести. В качестве альтернативного варианта целесообразно сохранить упоминание об отсрочке до достижения ребёнком четырнадцатилетнего возраста. При этом следует предусмотреть, что если не состоялось досрочной замены рассматриваемой меры уголовно-правового воздействия по отношению к отсрочке, суд освобождает осужденную (осужденного) от наказания со снятием судимости. В целом, в результате предлагаемой нами корректировки, норма ст.72 УК РК могла бы выглядеть в следующем примерном варианте:

«Осужденным женщинам, находящимся в состоянии беременности или являющимся матерью малолетнего ребёнка, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, а равно лицам мужского пола, одиноко воспитывающим ребёнка, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, суд может отсрочить отбывание наказания в виде лишения свободы и установить испытательный срок продолжительностью до пяти лет или до достижения ребёнком четырнадцатилетнего возраста. Отсрочка отбывания наказания не предоставляется при совершении особо тяжкого преступления. Применение отсрочки за тяжкое преступление против личности или причиняющее вред личности и предусматривающее наказание свыше пяти лет лишения свободы допускается в исключительных случаях, если суд с учётом личности осужденной (осужденного), результатов социально-психологического исследования придёт к выводу о целесообразности отсрочки отбывания наказания.

Если в течение испытательного срока осужденной (осужденным) не было совершено нового преступления и не возникло оснований для замены отсрочки отбывания наказания его реальным отбыванием, по окончании испытательного срока суд освобождает осужденную (осужденного) от наказания с одновременным снятием судимости».

Предлагаемые изменения, как представляется, будут способствовать более эффективному применению режима отсрочки, справедливому и гуманному обращению с женщинами, находящимися в состоянии беременности, воспитывающими малолетних детей и оказавшимися в «орбите» уголовно-правовых отношений.

Ещё одной разновидностью освобождения от наказания является условно-досрочное освобождение (ст.70 УК РК). Эта классическая модель освобождения от наказания, широко известная мировой практике, имеет в Казахстане свои особенности. Так, в частности, условно-досрочное освобождение применяется при наказании в виде исправительных работ, ограничения свободы и лишения свободы. Кроме того, в ч.1 ст.70 УК РК названы содержательные основания для применения УДО. К ним относятся: 1) правопослушное поведение; 2) добросовестное отношение к труду (обучению); 3) активное участие в работе самостоятельных организаций и воспитательных мероприятий; 4) принятие мер по возмещению ущерба, причинённого преступлением. Помимо этого, закон упоминает о том, что лицо «не нуждается в дальнейшем отбывании наказания». И наконец, на освобожденных условно-досрочно в императивном порядке возлагаются

обязанности, предусмотренные ст.178-2 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан.

Кроме того, в ч.3 ст. 70 УК РК предусмотрены формальные основания для применения условно-досрочного освобождения, находящиеся в зависимости от категории преступления, совершенного осужденным. За преступление небольшой и средней тяжести УДО применимо по отбытии не менее 1/3 срока наказания. В случае осуждения за тяжкие преступления УДО возможно по отбытии не менее половины срока наказания, а при совершении особо тяжкого преступления — не менее 2/3 от назначенного судом наказания. Законодатель допускает оговорку об обязательном отбытии осужденным к лишению свободы не менее шести месяцев из общего срока назначенного наказания.

Применение условно-досрочного освобождения к наказанию в виде лишения свободы выступает важным средством ресоциализации лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы и стимулом их позитивного посткриминального поведения. Что касается исправительных работ, то условно-досрочное освобождение вполне способно мотивировать осужденного к добросовестному труду и выступать поощрительной мерой за него. Однако на наш взгляд, не в полной мере оправдано УДО применительно к наказанию в виде ограничения свободы. Данное наказание само по себе является разновидностью режима испытания осужденных, и «переводить» их с данного режима на другой, предусмотренный УДО, едва ли целесообразно. Нельзя не учитывать, что пробационный надзор, связанный с социальными функциями при ограничении свободы, будет заменяться полицейским надзором при УДО с явным преобладанием «профилактической» функции. Очевидно, что применение УДО к ограничению свободы не будет улучшением «юридической судьбы» осужденного, хотя по своему значению условно-досрочное освобождение подобное улучшение предполагает. Поэтому, на наш взгляд, к лицам, отбывающим ограничение свободы, наиболее приемлемым вариантом было бы досрочное освобождение от наказания со снятием судимости, поскольку УДО в рассматриваемом варианте не имеет смысла.

Обращаясь к фактическим основаниям УДО в ч.1 ст.70 УК РК, представляется целесообразным предложить некоторые уточнения. Так, в частности, вред осужденным может быть не только возмещён (выплата денежной компенсации и т.п.), но и иным образом заглажен (например, путём принесения извинения, примирения с потерпевшим, участия в переписке с ним, демонстрации потерпевшему раскаяния в содеянном).

Следовательно, в ч.1 ст. 70 УК РК оправданно внести формулировку «принятие мер по возмещению вреда и иному преодолению последствий преступления, по примирению с потерпевшим, а также участие осужденного в программах ресоциализации». Что касается формулировки об активном участии осужденных в работе самодельных организаций, то её сохранение, на наш взгляд, нежелательно, ибо такое участие в настоящее время является определённым инструментом власти администрации пенитенциарных учреждений и завуалированной формой зависимости от неё осужденных. Сомнительно, что подобное участие свидетельствует о подлинном исправлении осужденного, скорее, о том, что он более «удобен» для контроля.

В перспективе представляется важным, чтобы пробация хотя бы частично «охватывала» лиц, условно-досрочно освобождённых от наказания. В их отношении совершенно не лишним оказались бы социально-психологические исследования, позволяющие выявить потребности в социальной помощи и возможные пути ресоциализации осужденных. По-видимому, на законодательном уровне следовало бы обозначить, что контроль над лицами, условно-досрочно освобождёнными от наказания, осуществляют совместно органы внутренних дел и служба пробации.

Специфическим уголовно-правовым последствием преступного деяния, известным законодательству Казахстана, России и других государств СНГ, является освобождение от уголовной ответственности, предусмотренное ст.ст. 65-69, 76, 81 УК РК. Отличие освобождения от уголовной ответственности от освобождения от наказания состоит в фактическом прекращении уголовно-правовых отношений, в то время как при освобождении от наказания они трансформируются в отношения некарательного, «испытательного» характера. Социальный смысл освобождения от ответственности заключается в отсутствии необходимости достижения целей уголовно-правового воздействия (исправления лица, совершившего преступление; общей и частной

превенции), поскольку обвиняемый в преступлении в таком воздействии не нуждается, о чём свидетельствует его социально-позитивное послепреступное поведение (действия по возмещению причинённым противоправным деянием вреда, оказание помощи следственным органам в форме деятельного раскаяния и т.п.). Исключением в этом аспекте является освобождение от уголовной ответственности с применением принудительных мер воспитательного воздействия (ст.81 УК РК), поскольку оно предполагает замену уголовной ответственности иными мерами, находящимися в УК лишь по форме, а по содержанию имеющими генетическую природу социальных, психолого-педагогических, воспитательных средств.

Вполне логично, что любой вид освобождения от уголовной ответственности исключает возможность применения наказания, так как наказание выступает лишь одной из форм реализации уголовной ответственности и очевидно, что **«если нет ответственности, то нет и наказания»**. Применение конкретных видов освобождения от уголовной ответственности находится в компетенции не только суда, но и органов, осуществляющих уголовное преследование.

Институт освобождения от ответственности в связи с примирением (ст. 67 УК РК) является наиболее популярным в юридической практике современного Казахстана альтернативным вариантом уголовной ответственности. В соответствии с ч.1 ст.67 УК РК, «лицо, совершившее преступление небольшой тяжести или **впервые** совершившее преступление средней тяжести, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, подлежит освобождению от уголовной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим и загладило причинённый вред...». Формулировка «подлежит» указывает на императивный порядок применения данного вида освобождения от уголовной ответственности при условии, что обвиняемый примирился с потерпевшим, возместив или иным образом загладив причинённый преступлением вред. Следовательно, имеет место вид условного освобождения от ответственности.

В ч.3 ст.67 УК РК предусматривается возможность такого освобождения от ответственности в случае примирения с потерпевшим несовершеннолетнего, обвиняемого в тяжком преступлении, при условии, если отсутствуют опасные последствия преступного деяния в виде смерти или тяжкого вреда здоровью. Представляется, что данное положение закона весьма удачно сочетается с обязанностью применения к несовершеннолетнему воспитательного воздействия, установленного ч.3 ст.67 УК РК. Тем самым расширяется сфера реализации рассматриваемого уголовно-правового института, что весьма желательно, особенно с учётом того обстоятельства, что ряд преступлений, признаваемых законодателем тяжкими, вреда жизни и здоровью человека не влекут. Поэтому норма ч.3 ст.67 УК РК может успешно «конкурировать» с наказанием в виде лишения свободы, нередко применяемым за их совершение.

Обращают на себя внимание положения ч.4 ст.67 УК РК, фактически отражающие определённый синтез примирения и деятельного раскаяния. По существу, допускается освобождение от ответственности при причинении вреда публичным интересам и в ситуации, когда своего рода «потерпевшим» оказывается государство. Основанием для применения ч.4 ст.67 УК РК признаётся чистосердечное раскаяние и заглаживание причинённого преступлением вреда. По-видимому, это заглаживание должно проявляться как в действиях компенсационного характера, так и в оказании иной помощи государственным органам по предотвращению более тяжёлых последствий преступного деяния.

Следует отметить, что нормативная модель статьи 67 УК РК, позволяющая наглядно выразить частные начала и интересы в сфере уголовной юстиции, будет гораздо эффективней, если решить проблему осуществления примирительных процедур и контроля над их проведением. Её решению должен, в частности, способствовать Закон «О медиации», опубликованный в газете «Казахстанская правда» 5 февраля 2011 года. В соответствии со ст.1 Закона «О медиации», сфера её применения включает «споры, рассматриваемые в ходе уголовного судопроизводства по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести, если иное не установлено законодательством Республики Казахстан». По-видимому, учитывая положения ст.67 УК РК о возможности примирения и при совершении тяжкого преступления, медиацию более чем логично распространить и на подобные ситуации, поскольку примирение по таким уголовным делам вне процедур

медиации весьма затруднительно. Казахстанский законодатель рассматривает медиацию лишь в контексте уголовно-правового спора, при осуществлении уголовного судопроизводства. Однако мировой практикой альтернатив наказанию известно её применение в режиме probation⁷, в условиях тюремного заключения и даже в отношении виновных в весьма опасных преступлениях, таких, как убийство. Медиация в США, Новой Зеландии, Японии, Австралии, Нидерландах и в других современных государствах стала основой формирования новой, восстановительной модели реагирования на криминальные конфликты. Как замечает Х.Зер, объясняя истоки медиации как особого духовного, социокультурного и правового феномена: «...и жертва, и преступник нуждаются в исцелении; последнее возможно лишь через прощение, исповедь, раскаяние и примирение. Некоторые из этих актов осуществляются в отношениях между личностью и Богом, личностью и церковью, личностью и общиной. Но точно так же прощение, исповедь, раскаяние и примирение должны быть включены и в отношения, которых, возможно, и не было до преступления — между жертвой и преступником»⁸.

Достаточно интересен опыт медиационной практики в Японии, где, как отмечает Х.Зер, наиболее распространённым ответом на преступление является «...признание вины, выражение раскаяния, включая и прямые переговоры с пострадавшим о возмещении ущерба и прощении как условия для снисходительного режима, а также стремления избежать длительных сроков лишения свободы»⁹.

В Новой Зеландии медиация успешно имплементирована в сферу ювенальной юстиции. Аналогичные тенденции можно наблюдать и в других странах. В Киргизстане предпринимались попытки соединить технологии медиации с мерами уголовно-правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей¹⁰. В России модель восстановительного правосудия продвигалась в рамках пилотных проектов в отдельных регионах, в основном в сфере уголовного правосудия по делам несовершеннолетних. Его феномен анализировался в работах Р.Максудова, Я.И.Гилинского, В.Н.Кудрявцева, Э.Б.Мельниковой, Л.Н.Карнозовой и других авторов. Принятый в Российской Федерации Федеральный закон об альтернативных процедурах (посредничестве) ограничивает медиацию только областью гражданского и арбитражного судопроизводства, что сужает её возможности применения для преодоления последствий преступлений. В технологическом аспекте «медиация представляет собой организацию «исцеляющего» (восстановительного) диалога между пострадавшим и правонарушителем. Этот диалог происходит при ключевой роли посредника (медиатора) — ведущего программы примирения... Наилучший вариант примиряющей встречи состоит в принятии правонарушителем обязательств совершить действия в интересах пострадавшего (попросить прощение, возместить причинённый ущерб, выразить осуждение своего асоциального поведения и т.п.)»¹¹.

Необходимо отметить, что в мировой практике медиация в уголовно-правовых отношениях существует в следующих институциональных моделях:

1. «Досудебная» медиация как альтернативный вариант ответственности за преступление, исключающий назначение и исполнение наказания.
2. «Ювенальная» медиация, сочетающаяся с широким комплексом мер в отношении несовершеннолетних делинквентов.
3. «Пробационная» медиация, осуществляемая в деятельности службы probation как важнейшая технология ресоциализации правонарушителей.
4. «Пенитенциарная» медиация, осуществляемая в целях примирения осуждённых и жертв преступлений и подготовки заключённых к жизни на свободе.

⁷ Куусе Р. Опыт развития службы probation в Эстонии. // Материалы Международной научно-практ. конф. — Алматы, 2004. — С.72

⁸ Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание. — М., 2004. — С.63.

⁹ Там же. — С.257.

¹⁰ Методическое пособие по работе с несовершеннолетними преступниками. — Бишкек, 2003. — С.45.

¹¹ Гета М.Р. Социально-отклоняющееся поведение личности и его предупреждение. — Новокузнецк, 2009. — С.75.

5. Медиация, применяемая в отношении определённых видов преступлений (в сфере экономики, против собственности и личности).

Иными словами, медиация используется и как альтернатива уголовному преследованию, и как альтернатива уголовной ответственности и наказанию. Данное обстоятельство, по-видимому, целесообразно учитывать при дальнейшей имплементации медиационной практики в Казахстане. В этой связи, возможно, следует дополнить статью 1 Закона РК «О медиации» формулировкой о том, что «применение медиации допускается в деятельности службы пробации по исполнению наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия, а равно в процессе воспитательного воздействия на осужденных к наказанию в виде лишения свободы и в отношении несовершеннолетних правонарушителей, независимо от тяжести совершённого ими преступления».

Полагаем, что добровольное согласие сторон конфликта должно быть лишь в процессе достижения соглашения о его разрешении. Далее следует принятие обязательств, которые должны быть исполнены. По смыслу же действующего законодательства, вся медиация (в том числе и на этапе исполнения) заключается в добровольном согласии сторон. Но это создаёт риск, когда одна из сторон сойдёт на то, что её согласия более нет, начнёт уклоняться от принятых на себя обязательств, что лишает медиацию желаемого результата. Представляется, что легальное определение медиации можно изложить в следующем варианте: «Медиация — система процедур урегулирования спора (конфликта) между сторонами при участии медиатора (независимого посредника), основывающаяся на добровольном согласии сторон относительно разрешения спора путём переговоров и примирения и обязательным исполнением сторонами соглашения (договора) о медиации».

Наряду с этим, в рассматриваемый нормативно-правовой акт следует включить уточнение, согласно которому «медиация при совершении преступлений представляет собой процедуры примирения между потерпевшим и обвиняемым в преступлении, а равно лицом, находящимся под надзором службы пробации, либо осужденным к наказанию в виде лишения свободы, условно-досрочно освобожденным от наказания, а также несовершеннолетним правонарушителем. Целью медиации является заглаживание вреда, причинённого преступлением, и преодоление иных последствий уголовно-правового конфликта. Медиация осуществляется при участии представителей общественности и под контролем медиатора».

Следует отметить, что социальный смысл медиации как примирения сторон криминального конфликта состоит и в возможности привлечения «общины» (местного сообщества) к его урегулированию. Закон этот фактор учитывает, предусматривая положение о проведении медиации членами местного сообщества (ст.15 Закона). В этой связи представляется излишним требование ст.21 рассматриваемого нормативно-правового акта об обязательности конфиденциальности проведения медиации. Во всяком случае, проведение процедур медиации применительно к обвиняемым в преступлении и потерпевшим с участием «третьих лиц» — представителей гражданского общества — исключает конфиденциальность медиации, что предпочтительно для достижения её результатов, ибо потерпевший будет получать помощь и сочувствие «общины», а обвиняемый — её поддержку в усилиях по примирению с жертвой преступления.

Кроме того, отметим, что п.4 ст.22 Закона, устанавливающий, что «...расходы, связанные с проведением медиации, уплачиваются сторонами совместно, в равных долях» вряд ли справедлив по отношению к потерпевшим. По-видимому, недопустимо, чтобы лицо, пострадавшее от преступления, само же оплачивало услуги медиатора. В Законе необходимо оговорить, что в случае проведения медиации на возмездной основе, все расходы по оплате её услуг несёт лицо, совершившее преступление, а также иные лица с их согласия (родственники виновного, благотворительные фонды и т.д.). При невозможности лица, совершившего преступление, возместить расходы по проведению процедур медиации, её услуги оплачивает государство (по аналогии с оплатой услуг защитника малоимущего обвиняемого в уголовном процессе).

Наряду с этим, важно учитывать, что процесс совершенствования существующих в Казахстане альтернатив лишению свободы может сочетаться с поиском новых правовых моделей. Так, в частности, целесообразно закрепить в УК РК институт условного

освобождения от наказания в связи с примирением с потерпевшим, предусмотрев, что «суд может освободить от наказания, а равно от его дальнейшего отбывания лицо, раскаявшееся в совершённом преступлении и примирившееся с потерпевшим самостоятельно либо посредством медиации, при наличии оснований, свидетельствующих о том, что отсутствует угроза безопасности для потерпевшего и виновный загладил причинённый преступлением вред. Порядок организации и проведения медиации с участием данных лиц устанавливается специальным законом».

Помимо этого, требуют пристального внимания меры уголовно-правового воздействия в отношении несовершеннолетних правонарушителей. По-видимому, при наличии согласия потерпевшего для таких лиц следует признать обязательным проведение процедур медиации. Следует широко и с участием местного сообщества, используя культурно-исторические традиции казахского народа и других народов Казахстана, применять к несовершеннолетним программы их ресоциализации. В перечень мер воспитательного воздействия на несовершеннолетних, содержащихся в УК РК, необходимо включить такую меру, как «стимулирование социально-полезного проведения досуга несовершеннолетних», которая бы содержала дозволения и иные стимулы правомерного поведения подростков-делинквентов.

Подводя итог изложенному, следует отметить, что дальнейшую институционализацию альтернативных мер в Республике Казахстан оправданно сочетать с развитием пробации и активизацией диалога правоохранительной, судебной, уголовно-исполнительной системы и гражданского общества.

Ноябрь, 2011 г.

МЕРЫ ПО СОКРАЩЕНИЮ ЧИСЛЕННОСТИ ЗАКЛЮЧЕННЫХ В РОССИИ И РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН В КОНТЕКСТЕ МИРОВОГО ОПЫТА¹

Одной из серьёзных социальных проблем, вызывающих всё большую обеспокоенность, является рост числа лиц, привлекаемых к уголовной ответственности и отбывающих наказание за совершенные преступления, с помещением в места изоляции от общества (следственные изоляторы, тюрьмы и иные специальные учреждения). Тенденция роста численности «тюремного населения» на протяжении последнего десятилетия имеет место во многих странах мира, включая и наиболее развитые европейские государства, причём в некоторых из них (например, в Великобритании) она сохраняется несмотря на снижение уровня преступности. Это влечёт за собой ряд негативных последствий экономического, социального и гуманитарного характера.

Приходится привлекать всё больше средств на строительство новых и поддержание в надлежащем состоянии действующих учреждений, создание в них условий содержания, бытового и медицинского обеспечения, отвечающих рекомендациям Европейских пенитенциарных правил, что в условиях мирового финансово-экономического кризиса часто приводит к сокращению финансирования иных социальных программ.

В условиях переполнения учреждения и вызванной этим тесноты и скученности становится затруднительным или вовсе невозможным обеспечить реализацию некоторых законных прав и интересов заключенных (например, при отсутствии спального места); возникают объективные условия для распространения инфекционных заболеваний, различного рода конфликтных ситуаций.

С позиции требований статьи 3 Европейской конвенции по правам человека о недопустимости бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, для демократических стран Европы неприемлема ситуация, когда их жители направляются в уже переполненные пенитенциарные учреждения и, тем самым, заведомо обрекаются на содержание в неприемлемых условиях.

Последствия пребывания в таких условиях для человека, особенно отбывавшего заключение в течение длительного периода времени, оказываются крайне негативными. В его психологии происходят серьёзные изменения: возникает привычка к проявлениям насилия и жестокости, усваиваются элементы криминальной субкультуры, признаки принадлежности к определенной социальной группе и в то же время утрачиваются некоторые социально необходимые навыки. Всё это внешне проявляется в так называемой «стигматизации» (клеймении), когда по внешнему виду человека (наличие особых татуировок, манера одеваться, вести себя в обществе и т.п.) и по его манере разговаривать (употребление криминального жаргона, специфических «тюремных» выражений, терминов, своеобразный юмор и т.д.) можно определить человека, отбывшего наказание в местах лишения свободы. Такие люди испытывают трудности в социальной адаптации после освобождения, поскольку вызывают определенную настороженность, недоверие у окружающих; они объединяются в группы себе подобных и, в конце концов, вновь оказываются на скамье подсудимых. По данным западноевропейских ученых-криминологов, уровень рецидива среди лиц, ранее отбывавших тюремное заключение, достигает 80%.

Проблема переполнения исправительных учреждений также актуальна для России и Казахстана.

¹ Настоящий аналитический обзор подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Представительства *Freedom House* в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, могут не совпадать с официальной позицией *Freedom House*.

Например, в Российской Федерации в период 2000-2005 гг. численность заключенных снизилась примерно на 25%, однако в последующие годы вновь начался рост. Так, при сокращении в течение последних 5 лет уровня преступности в стране, к 2010 году численность осужденных к лишению свободы увеличилась более чем на 115 тыс. человек, или на 18,6%.

Несмотря на существенное увеличение финансирования уголовно-исполнительной системы (далее — УИС) и принятие Правительством Российской Федерации Федеральной целевой программы по её развитию, по объективным причинам темпы строительства и реконструкции исправительных учреждений и следственных изоляторов отстают от темпов роста численности заключенных. По этой причине в целом по стране имеет место переполнение исправительных колоний общего и строгого режимов. В отдельных регионах страны ещё сохраняется переполнение следственных изоляторов.

Каждое государство, где имеет место переполнение пенитенциарных учреждений, принимает меры для его устранения и недопущения подобного впредь с учётом своих возможностей. При сходстве социально-экономических условий в разных странах и обмене соответствующим опытом эти меры по содержанию могут в значительной степени совпадать.

Так, в странах Западной Европы уже длительное время ведутся поиски альтернатив изоляции правонарушителей от общества. Наиболее распространёнными из них являются:

1) расширение сферы применения взамен тюремного заключения наказания в виде привлечения к общественным работам, а также наказания в виде штрафа, увеличение размеров последнего;

2) вынесение условных приговоров к лишению свободы, а также применение института отложенного тюремного заключения, при котором осуждённый к лишению свободы находится на свободе до тех пор, пока в тюрьме не освободится для него место. Если он ведёт себя законопослушно, срок нахождения на свободе засчитывается в срок лишения свободы. Последняя мера используется и в качестве меры уголовно-процессуального пресечения вместо заключения под стражу;

3) замена заключения под стражу и тюремного заключения мерами, содержанием которых является домашний арест, соединённый с осуществлением надзора, обычно включающего применение электронного мониторинга (например, так называемых «электронных браслетов») и иных технических средств наблюдения за поведением подозреваемого (обвиняемого) или осуждённого.

Иногда применение технических средств наблюдения заменяется внесением денежного залога. В случае нарушения условий домашнего ареста залог обращается в доход государства, а подозреваемый (обвиняемый) или осуждённый помещаются в следственный изолятор или тюрьму².

Кроме того, денежный или имущественный залог широко практикуется в качестве самостоятельной меры уголовно-процессуального пресечения вместо заключения под стражу, широко распространено освобождение арестованного из-под стражи под залог. В США, Англии, ФРГ залог может вноситься за подозреваемого или обвиняемого иным лицом (поручителем).

Среди других, наиболее часто применяемых мер можно выделить условно-досрочное освобождение из мест лишения свободы, когда в течение неотбытого срока наказания освобожденный находится под надзором службы пробации. В процессе надзора также могут применяться электронные и иные технические средства наблюдения. В некоторых странах, например, в Великобритании, подобный надзор за отдельными категориями освобожденных (отбывавших пожизненное лишение свободы; отбывавших лишение свободы за преступления, совершенные на сексуальной почве, особенно в отношении детей) может осуществляться пожизненно.

Следует отметить, что вышеупомянутые службы пробации играют основную роль в применении мер, альтернативных заключению под стражу и тюремному заключению. На них возлагаются функции:

² В США и странах западной Европы многие тюрьмы одновременно выполняют функции следственных изоляторов.

- изучения на стадии досудебного расследования личности осужденного и факторов, способствующих совершению им преступления, с целью выработки рекомендаций по применению меры уголовно-процессуального пресечения;

- подготовки доклада суду о социальной опасности правонарушителя и возможности применения к нему наказания без изоляции от общества или условно-досрочного освобождения;

- исполнения наказаний, не связанных с лишением свободы;

- осуществления надзора (контроля) за поведением освобожденных из мест лишения свободы, а также лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы, в том числе с использованием в надзоре за указанной категорией лиц электронно-технических средства (так называемых «электронных браслетов»);

- разработки программ обучения для повышения трудовых навыков и иных программ, способствующих ресоциализации освобождаемых из мест лишения свободы в обществе;

- оказания помощи правонарушителям и их семьям.

Основными целями деятельности службы пробации являются профилактика преступлений и одновременно реабилитация правонарушителя, которая достигается сочетанием репрессивно-контрольных функций с социально-реабилитационными задачами.

Данный перечень функций обычен для служб пробации большинства европейских стран. В некоторых из них (например, в Швеции) службы пробации входят в состав УИС, в других странах (например, в Великобритании) эти службы функционируют отдельно от УИС, но, как правило, службы пробации, также как и УИС, подчинены Министерству юстиции. Во Франции функции службы пробации выполняет «социальная служба», являющаяся самостоятельным подразделением Министерства юстиции.

В Российской Федерации задача сокращения численности заключённых тесно связана с решением других задач.

Несмотря на определенное улучшение условий содержания осуждённых и арестованных в российских исправительных учреждениях и следственных изоляторах в 2000-2005 гг., в последующие годы их развитие замедлилось, и в целом в их деятельности стали проявляться недостатки, связанные с участвовавшими случаями массовых неповиновений, беспорядков, коррупции, нарушением прав граждан. Объективными факторами, способствующими этим проблемам, являются: а) общий рост численности осужденных в местах лишения свободы и лиц, содержащихся под стражей; б) возрастание в учреждениях, обеспечивающих изоляцию от общества, удельного веса лиц, отличающихся крайней степенью социальной деградации, высокой степенью общественной опасности, зараженностью криминальной субкультурой; г) снижением уровня социальной защищенности персонала уголовно-исполнительной системы.

В связи с этим Министром юстиции Российской Федерации А.В.Коноваловым выдвинуты предложения, направленные на фактическое реформирование уголовно-исполнительной системы. В основном они преследуют своей целью существенно оздоровить обстановку в местах изоляции от общества, переломить тенденцию социальной деградации и криминального заражения попадающих туда граждан Российской Федерации и в конечном итоге обеспечить более высокий уровень соблюдения их законных прав и интересов. Этой цели предполагается достичь за счет решения следующих задач:

- перехода от казарменных условий содержания осужденных в исправительных колониях к камерным, обеспечивающим, с одной стороны, большую безопасность осужденных и их защиту от насилия со стороны криминальных лидеров, а с другой, — позволяющих изолировать последних от основной массы спецконтингента и тем самым обеспечить надлежащий правопорядок. Учитывая неизбежность определенных материальных затрат и ограниченные возможности государства, в этом русле целесообразна поэтапная конвергенция (сближение) колониистой и тюремной систем исполнения наказаний с учётом имеющегося опыта некоторых стран Восточной Европы и КНР. По существу, речь идет о последовательном отказе от дискредитировавшей себя колониистой системы и переходу к тюремным условиям содержания, как это практикуется в большинстве стран мира;

- внесение изменений и дополнений в законодательство, направленных на снижение численности осужденных к лишению свободы и лиц, содержащихся под стражей, что должно облегчить реорганизацию исправительных учреждений;

- принятие законодательных и организационных мер по повышению эффективности исполнения наказаний и иных уголовно-правовых мер, не связанных с лишением свободы. В этом направлении важным представляется скорейшее решение вопроса о создании современной и эффективной службы пробации;

- изменение форм и методов исправительного воздействия на осужденных за счет перехода от коллективных форм воспитательного воздействия к индивидуальным, проведения специальной и системной работы по подготовке осужденных к предстоящему освобождению, с привлечением к этой работе профессиональных психологов, социальных работников;

- привнесение законодательства и практики отбывания наказания к международным стандартам прав человека в сфере охраны здоровья осужденных, в частности, реформирование ведомственного здравоохранения уголовно-исполнительной системы;

- существенное повышение уровня оплаты труда и иных мер социальной защиты персонала уголовно-исполнительной системы, в том числе за счёт сокращения его существующей штатной численности;

- совершенствование системы подготовки кадров и проведение анализа эффективности и целесообразности ведомственного образования;

- обеспечение прозрачности деятельности учреждений и органов уголовно-исполнительной системы за счёт налаживания конструктивного диалога с институтами гражданского общества, а также через последовательную реализацию общественного контроля и иных форм сотрудничества;

- обеспечение последовательного курса на гуманизацию и демилитаризацию уголовно-исполнительной системы в духе международных европейских стандартов.

Эти идеи были доложены руководству страны и получили его поддержку. Решением Президиума Государственного Совета Российской Федерации от 11 февраля 2009 года Министерству юстиции Российской Федерации было поручено подготовить и представить на рассмотрение Правительства Российской Федерации проект Концепции развития уголовно-исполнительной системы на период до 2020 года.

14 октября 2010 года такая Концепция утверждена распоряжением правительства Российской Федерации №1772-р. Она предусматривает основные направления, формы и методы совершенствования и развития уголовно-исполнительной системы, ее взаимосвязь с государственными органами и институтами гражданского общества, обеспечивающую функционирование уголовно-исполнительной системы на период до 2020 года.

Основными целями Концепции являются:

- повышение эффективности работы учреждений и органов, исполняющих наказание, до уровня европейских стандартов обращения с осужденными и потребностей общественного развития;

- сокращение рецидива преступлений, совершенных лицами, отбывшими наказание в виде лишения свободы, за счет повышения эффективности социальной и психологической работы в местах лишения свободы и развития системы постпенитенциарной помощи таким лицам;

- гуманизация условий содержания лиц, заключенных под стражу, и лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, повышение гарантий соблюдения их прав и законных интересов.

Для достижения поставленных целей необходимо решить следующие задачи:

- совершенствование уголовно-исполнительной политики (организации исполнения наказаний), направленной на социализацию осужденных;

- изменение структуры уголовно-исполнительной системы; создание новых видов учреждений, осуществляющих исполнение наказаний в виде лишения свободы; отказ от коллективной формы содержания осужденных;

- осуществление раздельного содержания осужденных с учетом тяжести совершенного преступления и криминологической характеристики осужденного;

- изменение идеологии применения основных средств исправления осужденных в местах лишения свободы с усилением психолого-педагогической работы с личностью и подготовки ее к жизни в обществе;

- разработка форм проведения воспитательной работы, организации образовательного процесса и трудовой занятости осужденных в новых условиях отбывания наказания;

- модернизация и оптимизация системы охраны исправительных учреждений и следственных изоляторов; укрепление материальной базы следственных изоляторов, исправительных учреждений, уголовно-исполнительных инспекций;

- повышение эффективности управления уголовно-исполнительной системой с учетом ее новой структуры, в том числе путем формирования современной информационной и телекоммуникационной инфраструктуры;

- расширение сферы применения наказаний и иных мер, не связанных с лишением свободы;

- обеспечение необходимого уровня социальной защиты работников уголовно-исполнительной системы;

- внедрение современных технологий и технических средств в практику исполнения наказаний;

- совершенствование ведомственного контроля над деятельностью уголовно-исполнительной системы; обеспечение гласности в деятельности уголовно-исполнительной системы, ее подконтрольности институтам гражданского общества, создание условий для участия общественности в решении стоящих перед уголовно-исполнительной системой задач;

- развитие международного сотрудничества с пенитенциарными системами иностранных государств, международными органами и неправительственными организациями.

Основное внимание в Концепции уделено реорганизации учреждений, обеспечивающих изоляцию от общества. Так, применительно к исправительным учреждениям, предполагается:

- изменение видов исправительных учреждений для содержания осужденных в местах лишения свободы с фактическим прекращением их коллективного содержания, постоянного пребывания осужденных в состоянии стресса, обусловленного необходимостью лавирования между требованиями администрации и основной массы осужденных;

- создание правовых и организационных условий для замены существующей системы исправительных учреждений на 2 основных вида учреждений: тюрьмы (общего, усиленного и особого режимов) и колонии-поселения (с обычным и усиленным наблюдением) при сохранении учреждений, созданных для выполнения специальных задач, — лечебно-исправительных и лечебно-профилактических. Преобразование воспитательных колоний для несовершеннолетних в воспитательные центры для лиц, совершивших преступление в несовершеннолетнем возрасте;

- разработку основанных на стандартах Европейских тюремных (пенитенциарных) правил (2006 год) моделей тюрьмы и колонии-поселения с учетом требований безопасности общества и персонала уголовно-исполнительной системы, а также необходимости реализации целей исправления осужденных;

- разработку технической документации, финансово-экономического обоснования, архитектурных проектов тюремных зданий, отвечающих требованиям европейских стандартов;

- раздельное содержание осужденных к лишению свободы, способных к ресоциализации, с учетом тяжести и общественной опасности совершенных ими преступлений, сведений об их личности, поведения в местах лишения свободы, отношения к совершенному преступлению, с одной стороны, и осужденных, совершивших особо тяжкие преступления, прочно усвоивших и распространяющих элементы поведения криминальной среды, с другой стороны.

Также планируется завершение к 2017 году строительства и ввода в эксплуатацию 26 следственных изоляторов, условия содержания в которых будут соответствовать европейским стандартам, а также реконструкция объектов действующих следственных

изоляторов. Это позволит привести условия содержания подозреваемых и обвиняемых во всех следственных изоляторах в соответствие с законодательством Российской Федерации, устранить основания для обращений российских граждан в Европейский суд по правам человека.

Наряду с этим, Концепцией предусмотрены меры по развитию наказаний, альтернативных лишению свободы. Рационализация политики в области уголовного правосудия предполагает увеличение к 2020 году общей численности лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с изоляцией осужденного от общества, на 200 тыс. человек за счет применения ограничения свободы и других видов наказаний, увеличения количества санкций, предусматривающих наказания, не связанные с изоляцией от общества, и расширения практики назначения данных наказаний судами.

Эффективное применение наказаний, альтернативных лишению свободы, в отношении лиц, совершивших преступления небольшой и средней тяжести, должно обеспечивать защиту общества от преступника, снижение уровня криминализации общества, разобщение преступного сообщества, снижение численности лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы.

С целью обеспечения эффективного контроля над исполнением осужденным обязанностей и ограничений предполагается использование аудиовизуальных, электронных и иных технических средств надзора и контроля; автоматизированного компьютерного учета осужденных; внедрение в практику работы учреждений, исполняющих наказания, не связанные с изоляцией осужденных от общества, программы психологической коррекции личности и изменения поведения.

Для достижения указанной цели необходимо:

- совершенствование законодательства в области исполнения наказаний, не связанных с изоляцией осужденных от общества, расширение их перечня за счет введения новых видов наказаний, дополнение оснований применения существующих альтернативных наказаний — исправительных и обязательных работ;

- придание работе уголовно-исполнительных инспекций социальной направленности с акцентом на вовлечение осужденных в трудовую деятельность, приобретение профессии или переквалификацию; активизация сотрудничества со структурами гражданского общества, способными оказать позитивное гуманитарное воздействие на осужденных; оптимизация социальной, психологической и воспитательной работы с осужденными;

- привлечение органов местного самоуправления, занятости населения, образования и здравоохранения, общественности, реабилитационных центров и иных организаций к процессу социальной адаптации и исправлению осужденных.

В связи с расширением правоприменительной практики судов по назначению наказаний, альтернативных лишению свободы, дальнейшей гуманизацией уголовных наказаний, предполагаемой передачей в уголовно-исполнительную систему полномочий по осуществлению контроля над условно-досрочно освобожденными из мест лишения свободы прогнозируется увеличение численности лиц, состоящих на учете в уголовно-исполнительных инспекциях.

В этих условиях необходимо принятие мер по формированию качественно новых учреждений, способных эффективно исполнять наказания, не связанные с изоляцией осужденного от общества.

Для достижения указанных целей предусматривается реализация следующих мер:

- разработка законодательных и иных нормативных правовых актов Российской Федерации, предусматривающих возложение на уголовно-исполнительные инспекции полномочий по контролю за условно-досрочно освобожденными лицами. При разработке таких нормативных правовых актов необходимо учесть вопросы оказания социальной помощи условно-досрочно освобождаемым лицам;

- оптимизация структуры уголовно-исполнительных инспекций, создание таких инспекций в районных, городских административно-территориальных образованиях, где они в настоящее время отсутствуют; организация «опорных пунктов» уголовно-исполнительных инспекций в отдаленных населенных пунктах, где проживает более 45 осужденных без изоляции от общества.

В целях обеспечения эффективного исполнения альтернативных наказаний, не связанных с изоляцией осужденного от общества, и контроля лиц, освобожденных из мест лишения свободы, необходимы:

- закрепление норматива штатной численности уголовно-исполнительных инспекций и доведения его до 2,1 процента среднегодовой численности осужденных, состоящих на учете в уголовно-исполнительных инспекциях;

- обеспечение и внедрение в деятельность уголовно-исполнительных инспекций телекоммуникационных технологий, электронного документооборота и ведения электронных личных дел осужденных; создание единой базы учета осужденных к наказаниям, не связанным с изоляцией осужденных от общества;

- обеспечение уголовно-исполнительных инспекций аудиовизуальными, электронными и иными техническими средствами надзора и контроля в целях эффективного контроля над осужденными без изоляции от общества;

- придание социальной направленности работе уголовно-исполнительных инспекций, предусматривающей ресоциализацию, формирование правопослушного поведения осужденных без изоляции от общества;

- улучшение материально-технического обеспечения уголовно-исполнительных инспекций, а также обеспечение их собственными помещениями.

Вызывает интерес и то, что впервые в Концепции развития учреждений и органов, исполняющих наказания, предусмотрен раздел, посвященный обеспечению постпенитенциарной адаптации осужденных и предотвращению рецидива преступлений. Предполагается разработка системы следующих мер по подготовке осужденного к освобождению из мест лишения свободы:

- предоставление для лиц, заканчивающих отбывание длительных сроков лишения свободы, возможности прохождения специального тренинга, включающего широкую информацию об изменениях в обществе, новых формах социальной жизни, а для некоторых категорий осужденных — предоставление возможности перевода в колонию-поселение с разрешением кратковременных выездов к месту предполагаемого жительства;

- создание условий для подготовки освобождающихся лиц к дальнейшей постпенитенциарной адаптации через службу пробации, создание которой предусматривается Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. №1662-р.

Примечательно и то, что специальный раздел Концепции посвящен взаимодействию с общественностью в оказании социальной помощи осужденным и воспитательной работе с ними, созданию условий для осуществления общественного контроля над деятельностью уголовно-исполнительной системы. В частности, предполагается:

- обеспечение прозрачности в деятельности уголовно-исполнительной системы на основе широкого привлечения институтов гражданского общества к процессу исполнения уголовных наказаний; осуществления общественного контроля над деятельностью уголовно-исполнительной системы с участием Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации, Уполномоченного по правам ребенка в Российской Федерации и уполномоченных по правам ребенка в субъектах Российской Федерации; сотрудничества с неправительственными организациями, со средствами массовой информации; изучение общественного мнения о работе учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, а также разъяснение имеющих публичное значение аспектов уголовно-исполнительной политики, прав и обязанностей осужденных, их родственников и близких; публичная реакция на получившие общественный резонанс запросы и жалобы в адрес учреждений уголовно-исполнительной системы;

- принятие мер по содействию общественным наблюдательным комиссиям, в том числе рассмотрение возможности их участия в обеспечении деятельности институтов условно-досрочного освобождения, подготовке решений об изменении условий отбывания наказания и вида исправительного учреждения в качестве мер поощрения или взыскания, применяемых к осужденному;

- взаимодействие с представителями средств массовой информации в вопросах освещения мер, направленных на обеспечение надлежащих условий содержания подозреваемых, обвиняемых и осужденных; повышения престижности службы в уголовно-исполнительной системе; противодействия дискредитации ее деятельности. Содействие формированию в обществе позитивного и уважительного отношения к труду работников уголовно-исполнительной системы, их роли в обеспечении общественной безопасности;

- расширение практики размещения актуальной информации на официальных интернет-сайтах Федеральной службы исполнения наказаний и ее территориальных органов, а также крупных информационных агентств;

- повышение роли общественных советов при Федеральной службе исполнения наказаний и ее территориальных органах как координаторов взаимодействия с институтами гражданского общества;

- активное включение в воспитательный процесс деятелей культуры и искусства, известных спортсменов, представителей молодежных движений и организаций, зарегистрированных в установленном порядке;

- содействие реализации общественно-гуманитарных проектов, в рамках которых создаются дополнительные стимулы к законопослушному поведению осужденных и их ресоциализации, в частности, за счет участия общественности в устройстве судьбы осужденного, освобождающегося из мест лишения свободы;

- привлечение общественных организаций к работе по повышению уровня правосознания и правовой грамотности осужденных и работников уголовно-исполнительной системы;

- использование потенциала религиозных конфессий в духовно-нравственном просвещении и воспитании осужденных и работников уголовно-исполнительной системы, а также для социальной адаптации лиц, освободившихся из мест лишения свободы;

- развитие благотворительности, попечительства, создание в каждом территориальном органе уголовно-исполнительной системы, а также при исправительных учреждениях попечительских советов.

Помимо вышеназванной Концепции, в 2009-2010 годах Министерством юстиции Российской Федерации подготовлены проекты федеральных законов, направленные на более широкое применение наказаний, не связанных с изоляцией от общества, которые были впоследствии приняты. Так, 27 декабря 2009 года принят Федеральный закон №377-ФЗ «О введении в действие положений Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации о наказании в виде ограничения свободы и внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации», предусматривающий введение в действие наказания в виде ограничения свободы, которое заключается в соблюдении осужденными установленных судом ограничений (включая применение средств электронного контроля) под надзором уголовно-исполнительных инспекций. 6 мая 2010 года принят Федеральный закон №81-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации в части назначения наказания в виде обязательных работ», предусматривающий дополнение санкций 59 составов преступлений наказанием в виде обязательных работ.

Вместе с тем, следует отметить, что не все предложения Министерства юстиции Российской Федерации по совершенствованию уголовной и уголовно-исполнительной политики, снижению численности осужденных в местах лишения свободы получили поддержку.

Так, в 2009 году Минюстом был разработан и направлен в заинтересованные министерства и ведомства законопроект, содержащий предложения по декриминализации ряда составов преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом Российской Федерации, переводу части из них в категорию административных проступков с одновременным усилением административной ответственности за их совершение (например, максимальный срок административного ареста предлагалось увеличить с 15 суток до 2-х месяцев), а также введение административной преюдиции в ряде составов преступлений (имея в виду, что повторное совершение лицом определенного административного проступка в течение года будет влечь уголовную ответственность).

Однако в ходе состоявшегося обсуждения против них было высказано много возражений, которые, в основном, сводились к следующему:

а) предложения Минюста России по декриминализации касаются, главным образом, преступлений небольшой тяжести, в то время как около 80% лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы, осуждены за тяжкие и особо тяжкие преступления. Поэтому предлагаемая декриминализация не приведет к снижению численности осужденных в местах лишения свободы;

б) перевод части преступлений в категорию административных проступков потребует усиления административно-предупредительной деятельности, прежде всего, со стороны органов внутренних дел, к чему последние не готовы. Например, продление срока административного ареста с 15 суток до 2-х месяцев не только приведет к увеличению числа арестованных, но и потребует создания при учреждениях, в которых отбывается административный арест, соответствующей инфраструктуры (баня, прачечная, столовая, медицинский пункт и т.д.);

в) введение административной преюдиции противоречит превалирующей в российской юридической науке позиции, согласно которой характер и степень общественной опасности преступлений качественно отличается от характера и степени общественной опасности административных проступков. Поэтому множественность административных проступков не может образовывать состава преступления, и применение уголовной ответственности пусть даже за несколько административных правонарушений недопустимо.

Вероятно, с учетом этих соображений, Президентом Российской Федерации Д.А.Медведевым принято решение пока воздержаться от соответствующих законодательных инициатив. Информация об этом была озвучена Министром юстиции Российской Федерации А.В.Коноваловым в ходе выступления 8 сентября 2010 года в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации³.

В выступлении директора Федеральной службы исполнения наказаний генерал-полковника внутренней службы А.А.Реймера на расширенном заседании коллегии ФСИН России 19 февраля 2010 года отмечено, что ФСИН и Минюстом России подготовлен законопроект о дополнении Уголовного кодекса Российской Федерации часть 1 статьи 50, согласно которой суды, в зависимости от тяжести содеянного, взамен вынесения приговора, предусматривающего лишение свободы, смогут применить по 80 статьям УК РФ новый вид наказания — принудительные работы с отбыванием наказания в исправительных центрах.

Введение этого вида наказания предполагается с 1 января 2011 года. Планируется, что на первом этапе исправительные центры будут созданы в 7 субъектах Российской Федерации⁴.

21 октября 2010 года Президент Российской Федерации Д.А.Медведев провел совещание с членами правительства Российской Федерации, ответственными работниками Генеральной прокуратуры и Администрации Президента Российской Федерации по проекту федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации», направленному на либерализацию уголовного законодательства. Законопроект разработан Минюстом России и содержит поправки, согласно которым в нескольких десятках санкциях составов преступлений наказание в виде лишения свободы предлагается заменить штрафом или исправительными работами. Из 68 составов преступлений предлагается исключить нижние пределы санкций в виде лишения свободы. Кроме того, по словам Президента, будут «максимально учитываться данные о личности обвиняемого, и приговор о лишении свободы будет применяться только тогда, когда преступление действительно представляет серьезную опасность для общества».

Д.А.Медведев отметил, что правоохранительные министерства и ведомства с законопроектом ознакомились, и в целом концепцию поддерживают. В то же время, по

³ См.: <http://news.mail.ru/politics/4406936>

⁴ См.: http://www.fsin.su/news/index.php?ELEMENT_ID=635

отдельным его положениям единства мнений пока не достигнуто. Поэтому он предложил ещё раз детально обсудить законопроект, прежде чем он будет внесен в Госдуму⁵.

В Республике Казахстан также уже на протяжении длительного времени проводится работа по либерализации уголовной и уголовно-исполнительной политики, снижению численности «тюремного населения». Среди новейших инициатив в этом направлении наиболее выделяются меры, предусмотренные Указом Президента Республики Казахстан от 17 августа 2010 года №1039 «О мерах по повышению эффективности правоохранительной деятельности и судебной системы в Республике Казахстан». В частности, Правительству Республики Казахстан поручено до конца 2010 года разработать и внести на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан проекты законов, направленные на:

- приведение действующего законодательства в соответствие с требованиями Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, принятой 10 декабря 1984 года;

- либерализацию уголовного законодательства и декриминализацию преступлений, не представляющих большой общественной опасности, в том числе в экономической сфере, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение, в том числе путем введения административной преюдиции, а также переоценку степени тяжести отдельных преступлений путем смягчения наказаний;

- передачу функции организации и осуществления социальной адаптации и реабилитации лиц, отбывших уголовные наказания, в ведение местных исполнительных органов;

- расширение сферы применения наказаний, не связанных с лишением свободы, в том числе в виде штрафа, общественных работ и ограничения свободы, а также мер пресечения, альтернативных аресту;

- расширение примирительных процедур в уголовном судопроизводстве, в том числе развитие института медиации, а также расширение категории уголовных дел частного и частно-публичного обвинения;

- регламентацию порядка освобождения лиц от уголовной ответственности в связи с примирением сторон, когда вред причиняется государству, и установление ограничений для применения меры пресечения в виде ареста к лицам, совершившим экономические преступления небольшой и средней тяжести, а также их освобождение от уголовной ответственности в случае добровольного погашения причиненного ущерба;

- совершенствование форм и методов контроля над поведением обвиняемых, в отношении которых в качестве меры пресечения избран домашний арест или подписка о невыезде и надлежащем поведении; осужденных к ограничению свободы; условно осужденных; условно-досрочно освобожденных, в том числе с широким использованием электронных средств слежения.

В ряду вышеперечисленных законодательных инициатив обращают на себя особое внимание примирительные процедуры, вытекающие из необходимости реализации норм статьи 67 Уголовного кодекса Республики Казахстан об освобождении от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим. Аналогичные нормы предусмотрены уголовным законодательством Российской Федерации и других стран СНГ, однако они редко применяются из-за отсутствия упомянутых процедур. Между тем, достаточно хорошо апробированный опыт применения медиации имеется в ФРГ, Испании и других странах.

По сообщению представителей Генеральной прокуратуры Республики Казахстан⁶, разработан проект закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальные кодексы и Кодекс об административных правонарушениях по вопросам гуманизации уголовного и совершенствования уголовно-процессуального законодательства», который предусматривает:

- исключение 19 составов преступлений из Уголовного кодекса с переводом в категорию административных правонарушений и одновременным ужесточением

⁵ <http://www.newsru.com/Russia/21oct2010/medvedev.html>

⁶ <http://www.interfax.kz> «КАЗАХСТАН — ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО — ГУМАНИЗАЦИЯ».

административной ответственности за совершение таких деяний (увеличением максимального размера штрафа и срока административного ареста — до 45 суток);

- введение механизма административной преюдиции в 17-ти составах преступлений;

- введение нового вида наказания — возложения обязанности загладить причиненный вред, который будет предусмотрен в санкциях 40 составов преступлений;

- расширение сферы применения наказания в виде ограничения свободы;

- исключение из санкций 18 составов преступлений наказания в виде лишения свободы.

Обращает на себя внимание то, что некоторые предложения Генеральной прокуратуры Республики Казахстан по содержанию аналогичны предложениям Минюста России, не получившим поддержки. Очевидно, однако, что социально-экономические условия в России и Казахстане не одинаковы. Поэтому можно надеяться, — то, что пока не получается в одной стране, найдет применение в другой.

Ноябрь, 2011 г.

РЕФОРМА СЛУЖБЫ ПРОБАЦИИ В КАЗАХСТАНЕ¹

Цель документа

1. Целью данного документа является анализ существующей законодательной и организационной базы для создания современной службы пробации в Казахстане.
2. В первом разделе предлагаются определения термина «пробация» и описывается международная база законов, стандартов и норм, имеющих отношение к данной области. Во втором разделе описываются различные функции, выполняемые службами пробации в юрисдикциях различных стран мира, в частности, с сосредоточением основного внимания на страны бывшего СССР и Восточной Европы. В третьем разделе рассматриваются различные модели, посредством которых организуются службы пробации. В четвертом разделе предпринимаются попытки извлечь урок из международного опыта во введении альтернатив тюремному заключению и приводятся конкретные предложения для Казахстана.

Раздел 1. Определения и международные нормы

а) Определение

3. В соответствии с комментарием к недавним правилам Совета Европы о пробации² «несмотря на то, что пробации нелегко дать простое и точное определение, это знакомый термин, в широком и международном понимании имеющий отношение к мероприятиям по надзору за правонарушителями в обществе и организациям (ведомства и службы пробации), отвечающим за данную работу».
4. В недавнем исследовании пробации в Европе используется термин пробации как «чувствительное понятие» — «довольно широкое или открытое понятие, которое приобретает свое значение в контексте, в котором используется».³ Действительно, в некоторых странах термин «пробация» был заменен, более всего в англоязычном мире, а также в Китае на термин «исправление правонарушителей мерами общественного воздействия». Используется один или два других термина: к примеру, в Шотландии функции пробации выполняют отделы «социальной работы по уголовному правосудию». Одна из ключевых функций пробаций заключается в надзоре и наблюдении за правонарушителями, освобожденными условно-досрочно под честное слово, и иногда выполняются назначенными *должностными лицами, надзирающими за условно-досрочно освобождёнными* (например, в США), при этом понятие пробации ограничено надзором за приговоренными к общественным работам.
5. Европейские правила пробации предлагают немного более точное определение пробации как относящейся к осуществлению в обществе санкций и мер, определяемых

¹ Аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в ней, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

² Рекомендация CM/Rec (2010)1 Комитета министров странам-участникам по Правилам Совета Европы о пробации (принято Комитетом министров 20 января 2010 года на 1075-ом совещании заместителей министров).

³ Ван Калмтут и Дурнеску (под редакцией). Пробация в Европе. — Wolf Legal Publishers, 2008.

законом и налагаемых на правонарушителя, включая ряд действий и вмешательств, заключающихся в надзоре, руководстве и помощи, направленных на приобщение правонарушителя к социальной жизни, а также на содействие общественной безопасности. Правила также содержат описание органа пробации как органа, назначаемого в законодательном порядке для выполнения вышеупомянутых задач и обязанностей.

6. Данное определение является относительно узким, сводя пробацию к работе с осужденными правонарушителями в обществе, но в то же время привносит принципы содействия общественной безопасности и оказания помощи правонарушителю.

7. В последнем издании справочника ООН было добавлено еще одно направление, определяющее службу пробации как «правительственный орган, предоставляющий информации системе уголовного правосудия, в частности, по вынесению приговоров, и/или осуществляющий наблюдение за тем, соблюдают ли правонарушители требования вынесенных им приговоров, при этом оказывая им содействие в решении возможных проблем»⁴.

8. Важно то, что комментарий Совета Европы в отношении последних правил гласит, что, «в зависимости от государственной системы, работа органа пробации может также заключаться в предоставлении информации и консультации судебным и другим органам, принимающим решение, для содействия принятию ими осознанных и справедливых решений; обеспечения руководства и поддержки правонарушителей, находящихся под арестом, с целью подготовки их освобождения и переселения; наблюдения и содействия лицам, подлежащим досрочному освобождению; вмешательства в рамках восстановительного правосудия, а также в предложении помощи жертвам преступлений». Данное более широкое определение, пожалуй, больше соответствует требованию Стандартных минимальных правил ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийских правил), которое заключается в том, что система уголовного правосудия «должна обеспечивать широкий диапазон мер, не связанных с тюремным заключением, начиная от досудебных решений и заканчивая решениями после вынесения приговора»,⁵ хотя понятие «пробации» не определяется в Токийских правилах и не рассматривается в официальной комментарии к Правилам (см. пункт 12 ниже).

9. Ключевым элементом пробации, таким образом, является официальный надзор за осужденными правонарушителями в обществе. Это означает, что надзор имеет место по официальному распоряжению суда. Надзор подразумевает элементы руководства и содействия, равно как и контроля. Первоначальной целью службы пробации в Великобритании было консультирование, содействие и поддержка людей, нарушающих закон, но в большинстве стран забота о благополучии правонарушителя соизмеряется с заботой о безопасности общества посредством снижения рецидивной преступности и наблюдения за поведением правонарушителей. Термин «пробация» также подразумевает то, что известно как условность или необходимость человеку, находящемуся на пробации, испытать себя (от латинского «*probare*»). Как и новые сотрудники, приходя на работу, проходят «испытательный срок», данный термин в уголовном правосудии означает то, что несоблюдение требуемых условий присутствия, поведения или участия может привести к юридическим последствиям. Если лица, подвергаемые пробационному надзору, не соблюдают заданные условия, они могут вновь предстать перед судом и понести наказание. В некоторых странах это не означает автоматического заключения под стражу, хотя серьезные нарушения, как правило, влекут повторное вынесение приговора за первоначальное преступление.

10. Принимая во внимание разнообразие как форм, так и содержания пробационной работы, вопрос точного определения менее важен, чем понимание функций, выполняемых в рамках пробации. Но, конечно же, важно четко определять функции во избежание ошибочного понимания, в частности, при сопоставлении пробационных мер в различных юрисдикциях.

⁴ Справочник основных принципов и перспективных практик по альтернативам тюремному заключению. — Управление ООН по борьбе с наркоманией и преступностью.

⁵ 2.3.

b) Международная база

11. На глобальном уровне стандарты ООН по правам человека содержат относительно мало информации о пробации как таковой. Минимальные стандартные правила ООН, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних, упоминают данный термин более, чем другие документы, гласящие, к примеру, что «пробацию следует предоставлять как можно чаще посредством приговоров с отсрочкой исполнения, условных приговоров, постановлений совета и других решений». Правила также упоминают важную роль пробации в подготовке для суда отчетов о надзоре за несовершеннолетними правонарушителями при их освобождении из-под стражи и подчеркивают необходимость специальной подготовки персонала службы пробации в области работы с несовершеннолетними.⁶

12. Стандартные минимальные правила ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила), приводят «пробацию» и «судебный надзор» как способы рассматривания дел органами, выносящими приговор.⁷ Без дальнейшего конкретного упоминания термина «пробации» Правила содержат много информации о мерах, не связанных с лишением свободы, применяемых на практике службами пробации. Помимо прочего, они гласят, что введение, определение и применение мер, не связанных с лишением свободы, должны быть предписаны законом; что выбор меры, не связанной с лишением свободы, должен основываться на оценке установленных критериев в отношении характера и серьезности преступления, а также личности и происхождения правонарушителя, целей приговора и прав жертвы; что меры, не связанные с лишением свободы, налагающие обязательство на правонарушителя, примененные до или вместо формальных производств или судебных разбирательств, должны требовать согласия правонарушителя; что правонарушитель наделяется правом сделать запрос или подать жалобу в судебный или иной компетентный независимый орган по вопросам, влияющим на его или ее индивидуальные права в реализации мер, не связанных с лишением свободы; что будет обеспечен соответствующий механизм для обращения за помощью к суду и, если это возможно, устранения несправедливости, связанной с несоблюдением международно признанных прав человека; что меры, не связанные с лишением свободы, не будут включать медицинские или психологические эксперименты либо неоправданный риск причинения правонарушителю физического или умственного вреда; что достоинство правонарушителя будет защищено при любых обстоятельствах, а также, что при реализации мер, не связанных с лишением свободы, права правонарушителя не будут далее ограничены, по согласованию с компетентным органом, вынесшим первоначальное решение.⁸

13. Также ссылки на пробацию встречаются и в Руководящих принципах сотрудничества и технического содействия в области предупреждения городской преступности⁹, которые упоминают, что службы пробации должны быть в составе лиц, вовлеченных в создание интегрированного плана действий по предупреждению преступлений. В типовых стратегиях и практических мерах по искоренению насилия в отношении женщин в области предупреждения преступности и уголовного правосудия упоминается, что следует учитывать риски, связанные с безопасностью, при принятии решений относительно пробации.¹⁰

14. По причине того, что в международных нормах и стандартах имеется сравнительно мало информации касательно пробации, незначительное количество случаев судебной практики, решений или заключительных комментариев органов по правам человека, которые бы напрямую требовали развивать службу пробации. Конечно, требования Конвенции против пыток, гласящей о необходимости предупреждения актов

⁶ 16. 1, 17.1, 18.1.

⁷ 8.2.

⁸ 3.1-310.

⁹ Резолюция Экономического и социального совета 1995/9, приложение.

¹⁰ Резолюция Генеральной ассамблеи 52/86, приложение а.

жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, означают, что необходимы меры для решения проблем с переполненностью мест заключения. Комитет против пыток оценил усилия, направленные на представление альтернатив тюремному заключению в целом и служб пробации в частности, например, в Казахстане.¹¹ Комитет по правам ребенка неоднократно рекомендовал странам-участникам «обеспечить ряд социально-образовательных, альтернативных лишению свободы мер, и политику их успешной реализации»¹². Но при этом никакие обязательные юридические соглашения на уровне ООН не содержат подробного описания работы, выполняемой службами пробации, а также того, каким образом она должна быть организована.

15. Советом Европы недавно были опубликованы подробные региональные правила, предусматривающие основные принципы, лежащие в основе пробации, организацию и кадровый состав, необходимые для выполнения данной работы; ответственность и отношения с другими учреждениями; различные аспекты пробационной работы; процесс надзора; другую работу служб пробации (например, с жертвами преступлений); порядок представления жалоб; проверки; наблюдения; исследования; оценку; работу со СМИ и общественностью.¹³ Важно сослаться на 17 ключевых принципов, изложенных в первом разделе данных Правил. Это: «1. Службы пробации должны иметь своей целью снижение рецидивной преступности посредством установления положительных взаимоотношений с правонарушителями с целью надзора (в том числе контроля, при необходимости), руководства, содействия и способствования их успешному приобщению к социальной жизни. Таким образом, пробация способствует общественной безопасности и справедливому отправлению правосудия.

2. Службы пробации должны уважать права правонарушителей. Все вмешательства должны учитывать достоинство, здоровье, безопасность и благополучие правонарушителей.

3. В любых обстоятельствах, когда службы пробации имеют дело с вопросами, связанными с жертвами преступлений, они должны уважать их права и потребности.

4. Службы пробации должны в полной мере учитывать индивидуальные характеристики, обстоятельства и потребности правонарушителей с целью обеспечения законного и справедливого решения по каждому делу. Вмешательства служб пробации должны осуществляться без дискриминации на любой почве, как то пол, раса, цвет кожи, язык, религия, ограниченные возможности, сексуальная ориентация, политические или иные взгляды, национальное или социальное происхождение, принадлежность к этнической группе — национальному меньшинству, имущество, рождение или иной статус.

5. В реализации санкций или мер службы пробации не должны налагать никакие обременения или ограничения прав на правонарушителя, более суровые по сравнению с судебным или административным решением и требуемые в каждом отдельном случае серьезностью правонарушения или надлежащим образом оцененными рисками рецидивной преступности.

6. В максимально возможной степени службы пробации должны стремиться к осознанному согласию и сотрудничеству правонарушителей в отношении касающихся их вмешательств.

7. Любое вмешательство до окончательного установления вины требует осознанного согласия правонарушителей и должно осуществляться без ущерба для презумпции невиновности.

¹¹ Отметив с удовлетворением, что «реформы системы уголовного правосудия, декриминализация ряда преступлений и введение пробации, а также общественных работ и других форм альтернативных приговоров, ведущих к снижению общей численности заключенных и улучшению условий содержания под стражей», САТ/С/КАЗ/СО/2 12 декабря 2008 г.

¹² Например, в отношении Казахстана в 2007 г. CRC/C/KAZ/CO/3 8 июня 2007 г.

¹³ Рекомендация CM/Res (2010) 1 Комитета министров странам-участницам по правилам Совета Европы по пробации (принята Комитетом министров 20 января 2010 г. на 1075-ом совещании заместителей министров).

8. Службы пробации, их задачи и обязанности, а также отношения с органами государственной власти и другими органами должны определяться государственным законом.

9. Пробация должна оставаться обязанностью органов государственной власти, даже в случае, когда услуги оказываются другими органами или добровольцами.

10. Службам пробации должны быть обеспечены соответствующие положение и признание, а также надлежащие ресурсы.

11. Органы, принимающие решения, в необходимых случаях прибегают к профессиональной консультации и контролю служб пробации с целью снижения рецидивной преступности, а также способствуют применению альтернатив лишению свободы.

12. Службы пробации должны работать в партнерских отношениях с прочими государственными или частными организациями и местными сообществами для содействия приобщению правонарушителей к социальной жизни. Необходима согласованная и взаимодополняющая работа органов и ведомств для удовлетворения зачастую сложных потребностей правонарушителей, а также для повышения уровня общественной безопасности.

13. Все мероприятия и вмешательства, осуществляемые службами пробации, должны соответствовать высочайшим государственным и международным этическим и профессиональным стандартам.

14. Должны быть обеспечены доступные, справедливые и эффективные процедуры представления жалоб в отношении практики пробации.

15. Службы пробации должны подвергаться регулярным государственным проверкам и/или независимому наблюдению.

16. Компетентные органы должны содействовать эффективности работы по пробации посредством поощрения исследований, используемых для установления политик и практик пробации.

17. Компетентные органы и службы пробации должны информировать СМИ и широкую общественность о работе служб пробации с целью содействия лучшему пониманию их роли и значимости в обществе».

16. Еще слишком рано говорить о том, какое влияние окажут данные Правила на страны — участницы Совета Европы или за его пределами, но важно упомянуть, что они представляют собой на данный момент наиболее подробный нормативный документ, касающийся пробации, изданный международной организацией по правам человека.

Раздел 2. Функции пробации

17. Выше мы увидели, что основной задачей пробации является надзор за осужденными правонарушителями, но функции пробации в различных странах значительно образом разнятся. В настоящем отчете различается восемь функций пробации.

18. Основную задачу можно разбить на две категории: первая — надзор за судебными решениями, не требующими лишения свободы (функция 1) — и вторая — надзор за правонарушителями, освобожденными от наказания долгосрочным тюремным заключением (функция 2).

19. В некоторых странах пробация может включать подготовку отчетов для того, чтобы способствовать принятию судом решения с наиболее подходящим приговором (функция 3). Пробация может также применяться в работе по оказанию помощи заключенным в пределах исправительного учреждения (функция 4), а также на досудебном этапе уголовного производства (например, для обеспечения или мониторинга альтернатив содержанию под стражей до суда (функция 5)). Некоторые службы пробации имеют более широкий круг компетенций по предотвращению преступлений (функция 6), работают с жертвами преступлений (функция 7) или выполняют прочие различные функции, например, такие как обеспечение уплаты штрафов (функция 8).

Функция 1. Надзор за судебными распоряжениями

20. Цель заключается в обеспечении приговора, который не приводит к лишению свободы правонарушителей, которым не следует быть заключенными в тюрьму либо вследствие обстоятельств правонарушения, либо по причине, связанной с их личностью или ситуацией. Отбывание срока наказания в обществе может способствовать снижению переполненности тюрем, предоставлять нарушителям возможность возместить причиненный ущерб, а также получить помощь в решении проблем, которые могли привести к нарушению ими закона.

21. Существует два основных способа, в соответствии с которыми служба пробации осуществляет надзор за судебными распоряжениями. Первый способ заключается в том, что исполнение приговора о тюремном заключении откладывается при условии, что правонарушитель будет соблюдать требования службы пробации. Второй способ имеет место тогда, когда суды принимают решение о конкретной пробации или выносят приговор об исправлении мерами общественного воздействия в качестве отдельного наказания. Во многих странах уголовный кодекс может позволить применение обоих вариантов. В то время, как основание приговора может быть различным в каждом из данных двух способов, исполнение может быть фактически одинаковым. В каждом случае необходим орган или организация, ответственные за исполнение.

22. В Англии и Уэльсе может быть предъявлено 12 требований в качестве условия для приговора о тюремном заключении с отсрочкой исполнения либо распоряжения об исправлении мерами общественного воздействия. Наиболее широко применяется неоплачиваемая работа (ранее известная как общественная работа). Это подразумевает организацию и надзор за работами, которые приносят пользу общественности, например, облагораживание территории, ремонт или отделка общественных зданий либо иные специальные виды деятельности, учитывающие навыки правонарушителя.¹⁴ Другие формы требований, которые, как правило, составляют компоненты приговора о надзоре в условиях общины, — это лечение от алкогольной и наркотической зависимости, участие в программах изменения поведения (лечение преступников, совершивших сексуальное нападение, управление гневом, навыки мышления).

23. В странах бывшего СССР условное наказание является наиболее известной основой пробации. В Эстонии Уголовный кодекс¹⁵ позволяет судам осуществлять приостановление приведения приговора в исполнение по пробации на срок от 1,5 до 3 лет. Приговор не будет приведен в исполнение до тех пор, пока правонарушитель не совершит еще одно правонарушение, и при условии соблюдения им требований надзора. Основными требованиями, предъявляемыми к правонарушителям, являются постоянное место жительства, регулярные отчеты в отдел пробации, предоставление сотруднику службы пробации возможности посещения его места жительства, предоставление информации об источниках своего дохода, получение разрешения сменить работу, место жительства или место учебы или покинуть постоянное место жительства на срок более 15 дней. Могут быть предъявлены дополнительные требования.

24. Закон в Латвии¹⁶ позволяет выносить различные приговоры (в том числе штрафы и общественные работы), а также отсрочку лишения свободы. В таких случаях, если суд, принимая во внимание обстоятельства правонарушения и ситуацию правонарушителя, считает, что правонарушитель не совершит повторного правонарушения, может быть принято решение об установлении пробации сроком от 6 месяцев до трех лет. Обязательства, которые могут быть предъявлены правонарушителю, подобны требованиям, предъявляемым в Эстонии, но также могут иметь место и обязательства о возмещении причиненного ущерба и участии в

¹⁴ Несколько лет назад футболист Эрик Кантона тренировал подростков в трущобных районах в рамках выполнения общественных работ, к которым он был приговорен после совершения преступления.

¹⁵ Раздел 74 и 75.

¹⁶ Раздел 55 Уголовного законодательства и глава 30 Закона об исполнении приговоров.

программах probation. Решение о лечении от наркотической и алкогольной зависимости может быть принято с согласия правонарушителя.

25. В Молдове исполнение наказания может быть условно отсрочено в случаях, когда применяется приговор о лишении свободы сроком до 5 лет (за преступления, совершенные умышленно), а также до 7 лет за преступления, совершенные по халатности. Служба probation отвечает за надзор за ограничениями или обязательствами, налагаемыми судами.

26. Очевидно, что между простым наблюдением за местонахождением правонарушителя и соблюдением им основных требований (что соответствует функции надзора) и обеспечением более положительных мер, предназначенных содействию реабилитации правонарушителя (что более соответствует социальной задаче работы), есть большая разница. Современные службы probation стремятся работать в обоих направлениях. Разработка программ, способствующих изменению правонарушителями своего поведения, совершенствованию своих навыков, нахождению работы и улучшению взаимоотношений, требует наличия службы probation, моральной целью которой являются положительные изменения, и имеющей в своем составе квалифицированный персонал.

27. Общественные или неоплачиваемые работы были введены во многих странах бывшего Советского Союза и в Восточной Европе. В Эстонии суды могут заменить тюремное заключение сроком до двух лет на общественные работы. Один день тюремного заключения соответствует двум часам общественных работ. Служба probation отвечает за организацию рабочих мест, которые, как правило, взаимодействуют с местными органами власти или неправительственными организациями. Аналогичная система функционирует в Латвии, где срок общественных работ может варьировать от 40 до 280 часов, либо в качестве приговора, либо меры, налагаемой прокурором. Неоплачиваемые работы должны проводиться в нерабочее время, обычно интервалами по два часа, но разрешаются и более длительные периоды, если правонарушитель не работает.

28. Роль служб probation в этом случае зачастую сводится к организации рабочих мест для правонарушителей. Необходимо поддерживать хорошие партнерские отношения с местными организациями, которые могут обеспечить рабочие места наряду с административной возможностью обеспечить регистрацию данных, чтобы эффективно работать со случаями несоблюдения требований.

Функция 2. Надзор за освобожденными заключенными

29. Службы probation во многих странах отвечают за надзор за правонарушителями, освобожденными под честное слово либо досрочно освобожденными иным образом. Условное освобождение образует важную часть системы уголовного правосудия почти во всех юрисдикциях. Оно обеспечивает способ регулирования уровня численности заключенных в тюрьмах и позволяет избежать переполненности; выступает для заключенных как стимул к хорошему поведению в тюрьме, а также предоставляет правонарушителям возможность совершить переход обратно в общество запланированным способом при поддержке и надзоре для содействия приобщению правонарушителя к обществу.

30. Как и при надзоре за исполнением приговора, имеет место комбинация надзора и социальной работы — действительно, во многих странах условия, применяемые к освобождению из тюремного заключения, отражают условия, которые могут быть предьявлены в рамках условного наказания.

31. Персонал службы probation может также проводить оценку для совета по условно-досрочному освобождению или другого органа для содействия им в принятии решения, освободить ли заключенного, и какие применить условия (например, в Болгарии). Службы probation ведут промежуточные исправительные учреждения и поднадзорные общежития, наблюдают за поведением правонарушителей, принимая так называемые действия при нарушении или принудительные действия в случаях, когда имеет место нарушение условий освобождения.

32. Наряду с выполнением своей функции в формальном исполнении приговора, некоторые службы пробации обеспечивают добровольную форму содействия бывшим заключенным, выбравшим принятие данной формы. В Венгрии сотрудники службы пробации содействуют в вопросах обеспечения жильем, работой и получением официальных документов; в некоторых случаях предлагают финансовую поддержку.

33. В Латвии, Эстонии и Чешской республике заключенный может быть освобожден условно после отбывания определенной части приговора. Служба пробации отвечает за наблюдение за условиями, которые, по существу, могут соответствовать условиям в случае отсрочки приговора (*пункты 25/26 выше*). В Эстонии правонарушители могут дополнительно подвергаться электронному наблюдению за нахождением правонарушителя вне дома в комендантский час.

Функция 3. Подготовка докладов для суда

34. Службы пробации часто занимаются подготовкой социального расследования или доклада для суда до вынесения приговора, предоставляя информацию о личности, семейном положении, образовании, работе и состоянии здоровья правонарушителя. Такие доклады могут включать предложение или рекомендацию о соответствующем приговоре и оценку пригодности правонарушителя для приговора, который заключается в надзоре за осужденным в общине. Для разработки утвержденных инструментов для проведения оценки потребностей правонарушителей и рисков, которые они могут представлять, использовались научные исследования (например, методика уровня риска преступника Level of Service Inventory (LS-IR), система оценки правонарушителя (Oasys).

35. Для подготовки докладов, юридически действительных и полезных суду, требуется высокий уровень образования и подготовки, а также личная сознательность. В некоторых юрисдикциях суды практикуют опрос сотрудников службы пробации, составляющих такие доклады. В некоторых службах пробации имеются специализированные группы, составляющие доклады для суда, с распределением по различным судам. Эти специалисты отвечают за работу по оценке и, как правило, не участвуют в осуществлении надзора за правонарушителями. В других системах сотрудники служб пробации занимаются как подготовкой докладов, так и надзором за правонарушителями. Явное свидетельство того, какая из моделей лучше, отсутствует.

36. В Эстонии и Латвии прокурор может запросить такой доклад до суда либо доклад до вынесения приговора судом. Такие доклады являются обязательными при рассмотрении дел несовершеннолетних правонарушителей в Эстонии и в некоторых частях Латвии. В Латвии доклад не является рекомендацией приговора судье, но в Эстонии производится оценка, применим ли надзор службой пробации. В некоторых случаях доклад является неким началом надзора.

Функция 4. Работа в исправительных учреждениях

37. Работа с заключенными в учреждениях может иметь различные формы, включая проведение лечебно-оздоровительных мероприятий, помощь в налаживании контакта с семьей и подготовку заключенных к освобождению посредством содействия им в нахождении подходящего жилья и работы. Основной целью является попытка обеспечить то, чтобы заключенный вышел из тюрьмы более подготовленным к жизни с соблюдением закона по сравнению с его или ее жизнью до заключения. Также осуществляется оценка готовности осужденных к условно-досрочному освобождению под честное слово или иным образом (например, проживание дома при условии соблюдения комендантского часа, в Великобритании). В данной работе службы пробации тесно сотрудничают с тюремной службой и другими специалистами, например, с тюремными психологами.

38. Оказание содействия и поддержки заключенным в тюрьме — задача служб пробации в таких странах, как Хорватия, Венгрия, Латвия, Литва, Молдова, Румыния и Словакия, но не в Болгарии, Эстонии, Чешской республике или Словакии.

Функция 5. Работа с обвиняемыми до судебного разбирательства

39. Службы пробации могут участвовать в надзоре за обвиняемыми до судебного разбирательства в качестве альтернативы заключению под стражу до суда. Они могут играть некоторую роль в предоставлении проверенной информации суду о домашних обстоятельствах обвиняемого, чтобы обеспечить возможность освобождения обвиняемого судом под залог в соответствующих случаях и предлагать проживание под надзором или другие формы поручительской поддержки. В США федеральные окружные суды располагают специальной системой служб пробации и досудебных служб.

40. Цель этого заключается в предоставлении возможности обвиняемым ждать судебного разбирательства без необходимости пребывания под стражей. Условия содержания под стражей до суда зачастую гораздо хуже, чем в исправительных учреждениях для приговоренных преступников.

41. Оказание содействия по надзору за обвиняемыми, заключение под стражу которых до суда было условно отсрочено, осуществляется службами пробации в Чешской республике, Венгрии и Латвии. В данном случае функция служб пробации заключается в наблюдении за местопребыванием обвиняемого и предоставлении подтвержденной информации суду или прокурору об обстоятельствах обвиняемого.

42. Также на данном этапе пробация может играть важную роль в урегулировании конфликтов между подозреваемым и жертвой (смотрите пункт 45 ниже).

Функция 6. Предотвращение совершения преступления

43. Все в большей степени службы пробации играют некоторую роль в работе по предотвращению преступлений, работая бок о бок с полицией, местными муниципальными органами и другими организациями, такими как школы и неправительственные группы. В Таиланде с 2002 года служба пробации работает в направлении обеспечения эффективной борьбы с преступностью и ее предотвращения через сети местного сообщества.¹⁷ Служба пробации играет роль в разработке и внедрении стратегий предотвращения преступлений в Венгрии, Эстонии и Латвии, хотя это не основная сфера ее деятельности.

44. Идея заключается в том, что знания и опыт персонала службы пробации могут быть использованы для информирования полиции, школ, местных муниципальных органов и неправительственных организаций для предотвращения преступной деятельности.

Функция 7. Работа с жертвами

45. В последние годы службы пробации все в большей степени играют роль в работе с жертвами. Эта работа имеет несколько форм. Оценка, проводимая для суда или совета по условно-досрочному освобождению, часто включает консультации с жертвами преступления. Растущий интерес был замечен в так называемом восстановительном правосудии. В Чешской республике служба пробации была названа службой пробации и медиации (посредничества) с 2001 года, что отражает ее работу не только с обвиняемым, но и с жертвой, направленную на улаживание конфликтов, вытекающих из уголовного преступления. Этому примеру последовала Словакия. Службы пробации в Венгрии и Румынии также предлагают услуги медиации. В Таиланде отдел пробации министерства юстиции является ключевой организацией в реализации ее работы по «Резолюции 10 июля», которая ввела ряд восстановительных вариантов и вариантов исправления мерами общественного воздействия на досудебном этапе и после вынесения приговора.

¹⁷ Киттипонг К. В рабочем продукте 141-го международного главного семинара По улучшению обращения с правонарушителями посредством расширения альтернативных приговоров мерами общественного воздействия тюремному заключению — Азиатский и Дальневосточный институт ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями.

В Южной Африке работа службы пробации в 2002 году была изменена посредством внедрения оценки, поддержки и медиации в отношении жертв преступлений.

46. Посредническое и восстановительное правосудие — это перспективная сфера деятельности служб пробации. В июле 2002 года Экономический и социальный совет ООН принял «Основные принципы по использованию программ восстановительного правосудия в уголовных делах», которые гласят, что «программы восстановительного правосудия должны быть общедоступными на всех этапах уголовного судопроизводства».¹⁸ Для осуществления посреднического и восстановительного правосудия требуются специфические навыки и подготовка.

Функция 8. Несовершеннолетние и совершеннолетние правонарушители

47. Различные функции, выполняемые службами пробации, включают оказание поддержки семьям преступников, координирование лиц, добровольно посещающих тюрьмы, и обеспечение уплаты штрафов. В Англии и Уэльсе до недавнего времени службы пробации отвечали за предоставление отчетов судам по семейным делам о благополучии детей, вовлеченных в гражданские дела.

48. В большинстве стран пробация проводится с правонарушителями всех возрастов, как несовершеннолетних, не достигших 18 лет, так и взрослых. В небольшом числе стран пробация применяется только при работе с несовершеннолетними (например, в Бангладеш и Сингапуре), и на практике в большей степени основная часть работы по пробации проводится с несовершеннолетними. В Калифорнии в результате научного исследования было выявлено, что во всех округах в среднем 77 процентов времени сотрудников службы пробации уделяется работе с несовершеннолетними¹⁹ и в Южной Африке, в то время как правонарушители любого возраста могут иметь право на пробацию, на практике сотрудники службы пробации в последние десять лет активно старались отдавать предпочтение несовершеннолетним правонарушителям, что соответствует политике и законодательным разработкам. В Молдове подготовка сотрудниками службы пробации докладов до вынесения приговора в случаях, когда в дела вовлечены лица, не достигшие 18 лет, является обязательной, но в случае со взрослыми такая подготовка осуществляется только по запросу прокурора, суда или полиции. В Германии в случае, когда происходит отсрочка приговора о тюремном заключении либо происходит отсрочка оставшейся части срока по приговору, суд может распорядиться о помещении правонарушителя под надзор сотрудника службы пробации, в случае же тюремного заключения несовершеннолетних это является обязательным.

49. В странах, в которых отсутствует практика пробации, пробные схемы нацелены на несовершеннолетних. С 2006 года в Ростовской области был внедрен российско-канадский проект «Усовершенствование работы с несовершеннолетними лицами, входящими в группу риска». Проект заключался в развитии восстановительного правосудия и создании областной модели пробации. Также в Грузии был пробно внедрен проект «Служба пробации в правосудии по делам несовершеннолетних» Международной тюремной реформой.

50. В некоторых странах пробация или ее эквиваленты не касаются несовершеннолетних, которыми занимаются службы опеки и попечительства. В штате Виктория в Австралии служба исправления правонарушителей мерами общественного воздействия осуществляет надзор за совершеннолетними преступниками (в возрасте 18 лет и старше), приговоренными судами к выполнению общественных работ или условно освобожденными из тюрьмы под честное слово Советом по условно-досрочному освобождению совершеннолетних правонарушителей. Система управления исправлением несовершеннолетних штата Виктория курируется Управлением социального обеспечения штата. В Англии и Уэльсе, несмотря на то, что сотрудники службы пробации участвуют в межведомственных группах по работе с несовершеннолетними преступниками (Youth Offending Teams), основная ответственность за несовершеннолетних преступников возложена на местные власти.

¹⁸ E/CN.15/2002/5/Add.1.

¹⁹ <http://www.courtinfo.ca.gov/programs/cfcc/pdffiles/PSTFSurveyExecutiveSummary.pdf>

Раздел 3. Организация службы пробации

51. Существует несколько способов классификации того, каким образом осуществляется организация служб пробации. В настоящем разделе рассматриваются вопросы способа организации пробации в пределах государственной машины, какое государственное управление отвечает за пробацию, а также является ли служба пробации независимой или объединена с тюремной системой.

52. В большинстве стран Европы служба пробации входит в структуру министерства юстиции в соответствии с тюремной системой. В странах, в которых тюремная система подведомственна другому министерству, система пробации относится также к данному министерству.

53. В федеральных странах службы пробации, как правило, входят в сферу ответственности провинции (Канада) или штата (Австралия, Германия) либо даже на более низком уровне правительства (округи в некоторых штатах США). В данных странах ответственность министров и организация могут различаться. В Канаде пробация входит в сферу ответственности министерств общественной безопасности, управления заместителя министра юстиции либо, в случае Онтарио, — министерства общественной безопасности и исправительных служб.

54. В Германии федеральным законом регулируются законодательные задачи и функции персонала службы пробации во всей стране. Однако правила, относящиеся к организации местных и региональных властей, а также рабочих стандартов, вменены в обязанности отдельных федеральных штатов. В некоторых штатах ответственность является двойной, когда функция подготовки докладов возложена на государственного прокурора, в то время как надзор за осужденными правонарушителями является обязанностью судов. В других штатах обе функции выполняют региональные суды, в то время как в третьем варианте прямая обязанность возложена на министерство юстиции.

55. Аналогичное смещение ответственности имеет место в Румынии, где административное управление каждым офисом службы пробации осуществляется в подчинении президентам 41 окружного суда (заработная плата, официальные нерабочие дни, проезд, оборудование, офисы), но в части политики и управления они входят в круг полномочий государственного Управления пробации в министерстве юстиции.

56. В Китае надзор за правонарушителями осуществляется сетью судебных учреждений, которые работают с правонарушителями, возвращающимися из тюрем; занимаются перевоспитанием через труд и осуществляют надзор за исправлением мерами общественного воздействия, что может быть альтернативой тюрьме. Автор посетил Жоньнан Стрит в Вухане (провинция Хубэй) с населением 200 000 человек. В данном населенном пункте работает 2 социальных работника, 1 учитель и 9 посредников, а также административный персонал, имеющий доступ к межведомственной базе данных.

57. В ряде стран пробация включена в более широкую организацию, как правило, вместе с тюремной службой. Такова модель, действующая в Швеции. Недавно служба пробации в Англии и Уэльсе вошла в состав Национальной службы контроля за правонарушителями органа министерства юстиции, целью которого является «защита общественности и снижение рецидивной преступности посредством обеспечения исполнения наказания и распоряжений судов и помощи правонарушителям изменить их жизнь». Недавно сформированная служба пробации в Турции была образована Главным управлением тюрем и учреждений предварительного заключения, находящимся в юрисдикции министерства юстиции.

58. В Шотландии местные органы власти по закону обязаны обеспечивать работу социальных служб в области уголовного правосудия, исполняющих функции пробации. Шотландское правительство финансирует данные службы посредством грантов, ежегодно предоставляемых восьми органам правосудия мерами общественного воздействия.

59. В Словении также отсутствует единая организованная служба пробации, как и в некоторых других частях Европы. Некоторые мероприятия и меры по пробации принимают государственные прокуроры, центры социальной работы и тюрьмы. Центры

социальной работы, находящиеся под надзором министерства труда, семьи и социальных дел, выполняют мероприятия по пробации, но посредники контролируются государственной прокуратурой.

60. В странах, которые ранее были частью либо находились под влиянием Советского Союза, пробация, где она была введена, как правило, является отделом Управления исполнения или приведения в исполнение судебных решений, наказаний или санкций. В Литве служба пробации отсутствует. При этом некоторые функции наблюдения выполняют «инспекторы исправительных учреждений», эквивалент уголовно-исполнительной инспекции в России. В других балтийских государствах имеются развитые службы пробации. В Эстонии она была переведена из судебного департамента и объединена с тюрьмами в 2008 году. В Латвии, вследствие экономического спада, воспитательно-исправительное воздействие на лиц, отбывших лишение свободы, было отменено в испорчении некоторых других задачи пробации в период с 1 июля 2009 года по 31 декабря 2012 года.

61. Данные службы, как правило, очень централизованы, хотя для обеспечения необходимого географического охвата существуют региональные и/или районные отделения. Тем не менее, наряду со строго централизованной государственной службой есть примеры других органов, работающих параллельно с государственными. В Болгарии Национальная служба пробации работает в тесной связи с Советами пробации (государственные органы, в которые входят представители гражданского общества) и, в частности, с муниципалитетами в исполнении общественных работ. В Польше Национальный совет сотрудников службы пробации, состоящих из избранных делегатов всех районов, устанавливает кодекс этики сотрудников службы, предоставляет комментарии к законодательным актам, касающимся сотрудников службы пробации, и инициирует исследования в отношении службы пробации. В Молдове наряду с Управлением по пробации действует также частная организация — институт реформ в области уголовного права (IPR), — участвует в содействии и консультировании лиц, находящихся на пробации, подготовке докладов перед вынесением приговоров несовершеннолетним и оказании помощи лицам, освобожденным из исправительных учреждений. В некоторых странах частные организации участвуют в значительно большей мере в предоставлении услуг пробации. В Австрии и в Баден-Вюртемберге (Германия) частная организация под названием «Neustart» предоставляет услуги правительству по контракту.

62. В Правилах Совета Европы поясняется, что «независимо от того, предоставляются ли услуги по пробации государственными или частными организациями, данные органы должны работать в соответствии с официальными инструкциями и правилами, предусмотренными компетентными органами, а также, что любое частное учреждение, предоставляющее услуги пробации правонарушителей, должно быть одобрено компетентными органами в соответствии с государственным законодательством.²⁰

63. Закон, относящийся к пробации, как правило, подразделяется на несколько категорий. В странах бывшего СССР уголовный кодекс предусматривает роль службы пробации в работе с осужденными преступниками, самими наказаниями и условиями, которыми могут дополняться приговоры. Уголовно-процессуальный кодекс устанавливает функцию пробации, которую служба может выполнять на досудебном этапе или до вынесения приговора. Закон об исполнении приговоров или специальный закон, относящийся к пробации, определяют организационные функции службы пробации и ее место в структуре государства, равно как и ее ответственность. Помимо этого, министерство юстиции может публиковать вторичные юридические документы, регулирующие работу службы пробации более детально.

Судебная инфраструктура должна также охватывать вопрос прав обвиняемых и правонарушителей в отношении пробации. Должны ли они давать согласие на работу службы, и каким образом и кому они должны подавать жалобы (например, в уголовный суд, административный суд, министерство юстиции или уполномоченному по рассмотрению жалоб).

²⁰ 19 и 20.

Кадровый состав

64. Службы пробации во всем мире имеют различную численность персонала и типы должностей. Европейские правила гласят, что «структура, статус и ресурсы служб пробации должны соответствовать объему задач и вмененных им обязанностей и отражать важность выполняемой ими государственной службы». Данные отличия частично отражают различия выполняемых задач. В соответствии с отчетами, итальянская служба пробации насчитывала 1 656 сотрудников службы пробации в конце 2006 года по сравнению с 21 000 сотрудников в Англии и Уэльсе. В Италии служба пробации начинает действовать только после вынесения окончательного приговора, в то время как в Англии и Уэльсе ее функции значительно шире, включая подготовку около 140 000 докладов ежегодно. В Австрии закон предусматривает максимальное количество дел на одного сотрудника на уровне 35 дел.

65. В Эстонии в 2008 году численность персонала службы пробации, осуществлявшего надзор за 8 000 правонарушителей, была 210 человек. В среднем, количество дел на одного сотрудника составляло 45-50, а бюджет составлял около 5 миллионов долларов США.

66. Кадровый состав службы пробации — это, как правило, государственные служащие. К выбору и найму персонала применяются типовые квалификационные критерии. В Латвии сотрудники службы пробации должны иметь высшее образование в социальной работе, социальной педагогике или психологии, но требования были ниже, когда служба была впервые основана в 2003 году.

67. Во многих странах работу оплачиваемого персонала дополняют добровольцы. В азиатских странах, где работа добровольцев в службе пробации является устоявшейся традицией, картина противоположна. В Японии около 50 000 человек практически из каждой сферы японского общества работает в качестве добровольцев службы пробации, в то же время менее 800 оплачиваемых сотрудников службы пробации работает с 60 000 человек, находящихся на пробации или освобожденных под честное слово. Половина из всех добровольцев работает в этом качестве уже более 10 лет, и их средний возраст составляет 62 года. В Филиппинах также закон предусматривает следующее: «Для содействия сотрудникам службы пробации в надзоре за правонарушителями, находящимися на пробации, чиновник администрации по вопросам пробации может назначать граждан, имеющих хорошую репутацию и этические принципы, помощниками службы пробации». В Таиланде кандидаты должны быть не моложе 20 лет; иметь постоянное место жительства; быть грамотными; быть порядочными и честными; иметь достаточный доход; быть законопослушными; иметь сертификат о прохождении требуемых учебных курсов, проводимых министерством юстиции, а также не иметь в прошлом судимостей, за исключением судимостей за мелкие правонарушения или халатность.

68. В Европейских странах добровольцев тоже используют, но в меньшей степени; например, в Польше, Латвии (где они ведут посредническую работу) и Австрии. Европейские правила, наряду с содержащимися в них требованиями к надлежащему найму, обучению и вознаграждению профессионального кадрового состава, гласят, что добровольцы, участвующие в пробации, должны надлежащим образом избираться, поддерживаться и обеспечиваться ресурсами.²¹

Раздел 4. Уроки об альтернативах и предложения для Казахстана

69. Страны всего мира пробовали применение всех типов альтернатив тюремному заключению, некоторые основывались на Токийских правилах,²² другие — нет. Вызывает беспокойство, что в ряде стран все еще применяются физические наказания, например,

²¹ 34.

²² В 8.2.

ампутация конечностей. В Ливии новый уголовный кодекс содержит положения об отделении конечностей и порке. В других странах, в частности, в странах бывшего СССР, существуют положения, обязывающие правонарушителей выполнять исправительные работы с вычетом части зарплат. В более богатых странах есть масса альтернатив, например, электронное наблюдение за лицами, для которых установлен комендантский час, или посаженными под домашний арест, программы лечения и тестирования на наркотики, а также множество психологических программ.

70. Наиболее распространённой альтернативой тюремному заключению, конечно же, является штраф — уплата денежных средств государству вместо тюремного заключения. Но это наказание сталкивается с проблемой — у большинства осуждённых за преступления нет или мало денег. Они не могут себе позволить уплату штрафов, и в некоторых государствах, например, в Великобритании, довольно большое число людей отправилось за решетку потому, что они не могли уплатить штраф. Такие страны, как Германия, решили эту проблему, установив, что сумма штрафа, налагаемого судом, зависит от ежедневного дохода правонарушителя — это так называемая система удержания ежедневного дохода.

71. Реформы, проводимые в Туркменистане, вводят строгие временные рамки для уплаты штрафов без учета финансовых обстоятельств осуждённых лиц. Проект закона об исполнении приговоров гласит, что осуждённый обязан уплатить сумму штрафа в месячный срок с момента вынесения приговора. В случае если осуждённый не имеет возможности уплатить штраф общей суммой, суд по запросу осуждённого и по решению органа, исполняющего приговоры, может отсрочить или разбить сумму штрафа на шесть месяцев.

72. Предпочтительным является то, чтобы органы, осуществляющие исполнение закона, применяли индивидуальный подход и формировали индивидуальный план выплаты штрафа.

73. Международный опыт подсказывает, что при рассмотрении альтернатив тюремному заключению важно учитывать три основных вопроса. Первый заключается в следующем: если целью введения надзора за правонарушителями в обществе является сокращение применения тюремного заключения, важно применять альтернативы к тем правонарушителям, которые являются истинными кандидатами для тюремного заключения. Во многих странах широко распространён опыт, когда независимо от намерения законодателей, альтернативные приговоры применяются к правонарушителям, преступления которых фактически не являются достаточно серьезными, чтобы грозить им тюремным заключением. В худшем случае такого так называемого «расширения сети» несовершеннолетний преступник может получить альтернативный приговор, затем нарушить его условия — например, не явиться на общественные работы — и отправиться в тюрьму — не за первоначальное преступление, а за несоблюдение условий альтернативного приговора. В таких случаях альтернативы не сокращают численность заключённых, а повышают ее. Таким образом, важно обеспечить ограниченное применение альтернатив — по закону, политике и практикой — и применять их к тем, кому действительно грозит тюремное заключение.

74. Меньший риск присутствует в странах гражданского права без традиции альтернативных приговоров. Введение служб пробации и альтернативных санкций связано с падением численности заключённых в нескольких восточных странах и странах бывшего СССР.

В период десятилетия с 2000 по 2010 год численность заключённых сократилась в Эстонии, Латвии, Венгрии, Молдове и Румынии. Незначительно повысилась численность заключённых в Чешской республике, Словакии и Болгарии. Для объяснения этих тенденций необходимо дальнейшее исследование.

75. Некоторые страны могут ограничить право на альтернативные приговоры другими способами — к примеру, лишить такого права преступников, осуждённых за сексуальные или насильственные преступления либо за преступления, заслуживающие приговора более определенного периода. Что интересно, в Южной Африке неправительственная организация NICRO, апробирующая альтернативные приговоры, решила не ограничивать право на основании, что альтернативный приговор может быть наиболее подходящим приговором даже в самых серьезных случаях. Это особенно

истинно, когда преступником является несовершеннолетнее лицо, смягчающие факторы и перспективы защиты общественности в долгосрочной перспективе учитываются в большей степени посредством программы реабилитации в обществе, чем при лишении свободы. Суды воспользовались этой возможностью, приговорив одного или двух правонарушителей, обвиненных в очень серьезных преступлениях — изнасиловании и даже убийстве, хотя многие дела намного менее серьезны. Важно, чтобы суды принимали решение о пригодности правонарушителя к альтернативному приговору в идеале после консультации с теми, кто проводил оценку — обычно с организацией, исполняющей приговор, часто службой пробации.

76. Также важно обеспечить то, что исполнение приговоров об исправлении мерами общественного воздействия осуществляется сбалансированно. Конечно, общественное доверие и правовая норма требуют, чтобы правонарушители исполняли обязательства, которые они налагают на них. Но целью лиц, ответственных за исполнение данных приговоров, несомненно, должно быть оказание содействия в соблюдении этих требований. Необходима некоторая гибкость. В Великобритании существует программа лечения от наркомании, когда правонарушителям запрещается принимать в ней участие, если они опоздали всего на несколько минут. Даже некоторые судьи считают это слишком суровым.

77. Второй вопрос, который стоит исследовать, относится к тому, какой орган или организации должны отвечать за внедрение альтернативных приговоров. Во многих более развитых странах существуют надежные службы пробации, но они не являются единственной моделью. Один английский профессор в 1998 году написал, что «пробация не решает всех социальных проблем, причиненных и испытываемых правонарушителями, но является процессом, посредством которого национальные правительства могут разработать тактику действий в том, что необходимо сделать, чтобы отметить неправоту преступления, признать, что оно принесло вред, часто и самому преступнику, и искать способы исправления»²³.

78. В некоторых странах надзор за альтернативными приговорами осуществляют должностные лица или инспекторы тюремной службы; в других — эту функцию исполняют НПО или даже частные компании. В некоторых странах суды принимают активное участие в наблюдении за местом пребывания правонарушителя и определении подходящих компаний, в пользу которых будут выполняться общественные работы. Как часть сделки, организации, на которых работают правонарушители, обязуются обеспечивать наблюдение и докладывать о посещениях и качестве работы. В Великобритании это следующие виды работ: благоустройство территории, мытье, покраска и декорирование, работа в благотворительных магазинах, обеспечение едой пожилых людей, утилизация отходов и уход за животными.

79. Недавно было принято спорное решение о том, что правонарушители должны носить светоотражающие куртки, чтобы содействовать общественной уверенности в наказании. Правила Совета Европы гласят, что страны-участницы не должны клеймить правонарушителей, выполняющих общественные работы, поэтому эта практика, вероятнее всего, будет оспариваться.

80. Это приводит к третьему вопросу, который касается отношения общественности и СМИ к альтернативам тюремному заключению. Зачастую предполагается, что общественность во многих странах считает это мягким вариантом. Из опыта известно, что предоставление людям возможности увидеть положительные стороны неоплачиваемой работы, выполняемой правонарушителями, и возможность выбора вида работ, которые они должны выполнять, может способствовать улучшению мнения о наказании, которое ничего не стоит для общества, но в то же время приносит ему пользу.

²³ Разработки в пробации: международная перспектива. *Роберт Харрис* в Р.Вилле, У.Звекич и Дж.Ф.Клаус (ред.). Международное содействие развитию пробации. Публикация Межрегионального научно-исследовательского института ООН по вопросам преступности и правосудия, №58. — Рим, 1998 г.

81. Также опыт Европы показывает, что, когда людям даешь больше информации о лицах, которые попадают в тюрьму; факторах, лежащих в основе их преступлений, и фактических практиках приговоров судов, их отношение может измениться. Многие люди серьезно недооценивают, насколько строги суды, и особенно в отношении некоторых категорий правонарушителей — несовершеннолетних, женщин, людей с проблемами с психическим здоровьем и наркотической зависимостью; готовы рассматривать альтернативы тюремному заключению лучшим вариантом в некоторых случаях.

Предложения для Казахстана

82. К данному документу прилагается подробный контрольный перечень вопросов, содержащий ключевые пункты, которые следует рассмотреть для Казахстана. В данном разделе приведены некоторые общие комментарии.

83. В соответствии с информацией, полученной в Центре исследования правовой политики, казахстанский закон в настоящее время позволяет применение следующих альтернатив лишению свободы на этапе вынесения приговора: штраф; запрет занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью; общественные работы; исправительные работы; ограничение на военную службу; ограничение свободы и арест.

84. Таким образом, имеется ряд вариантов, содержащихся в Токийских правилах, которые в настоящее время отсутствуют. Это условное освобождение; конфискация; реституция (восстановление первоначального правового положения); отсроченный или отложенный приговор; домашний арест; центр присутствия; лечение от наркомании и расстройство о принудительном помещении в госпиталь, а также probation или судебный надзор.

85. Возможно, наиболее значительным исключением является возможность отсроченного или условного приговора. Примеры стран в регионе включают Монголию, где уголовный кодекс позволяет следующее: «Если, учитывая характер и степень социальной опасности совершенного преступления, личность преступника, приговоренного к тюремному заключению в первый раз за менее серьезное преступление, обстоятельства преступления, в случаях, когда он/она компенсировали или возместили причиненный ущерб и суд считает, что данное лицо не должно отбывать срок по вынесенному приговору, он может вынести приговор условно и назначить probation сроком до 5 лет». Такой вид отсрочки или условного приговора отражает одну из возникающих традиций, которые привели к современной probation — «sursis», или отсрочка исполнения приговора в гражданском праве. Отсрочка приговоров стала одним из самых эффективных способов ограничения применения тюремного заключения; например, в Австралийском штате Виктория — самый низкий показатель по количеству заключенных в тюрьму в развитом мире.

86. Другая возникающая традиция лежит в культуре общего права, когда освобождение под подписку и с поручительством, предоставляемым третьим лицом, подготовили почву для положительного комплекса правомерных вмешательств в отношении правонарушителей. Исходя из информации, полученной в Центре исследования правовой политики, создается впечатление, что альтернативы лишению свободы широко не используются. Основная причина — это отсутствие ведомства, которое бы обеспечило надлежащий надзор. Таким образом, приоритетом является стимулирование судов использовать существующие меры, предусмотренные законодательством, а не вводить новые.

87. Также, по данным Центра исследования правовой политики, муниципальные органы должны платить за общественные работы, выполняемые через тюремную систему, вследствие чего они неохотно предлагают такие возможности судебной системе. Они также не хотят обременять себя необходимостью осуществлять надзор. В этой ситуации важно создать стимулирующие факторы, чтобы муниципальные органы могли извлечь выгоду из бесплатного труда правонарушителей, а не платить за него. Выявление способов расширения возможностей муниципальных органов в осуществлении надзора за неоплачиваемой работой может быть более экономичным

подходом по сравнению с формированием нового ведомства для исполнения этой задачи. Надзор за неоплачиваемыми или общественными работами не требует определенных навыков социальной работы. Уголовно-исполнительная инспекция в рамках министерства юстиции, укомплектованная бывшими полицейскими, может выполнять эту функцию.

88. Одним из недостающих ключевых направлений является отсутствие социального отчета, предоставляемого судьям. Это не является юридическим требованием, и не предусмотрен орган для предоставления такого отчета судьям. Если, в соответствии с законом, предполагается, что суды должны учитывать различные факторы — характер и тяжесть преступления, личность и биографию правонарушителя, если ущерб был жертве возмещен, примирение и т.д. — и в настоящее время, по данным центра исследования правовой политики, зачастую судьи не исследуют данные вопросы должным образом, в этом случае это серьезный недостаток. Попытка введения отчетности, возможно, по одному типу правонарушителей (например несовершеннолетних) либо в одном регионе может быть первым шагом в устранении этого недостатка.

89. Введение социальных отчетов станет началом доведения до сведения судов информации о личных проблемах, проблемах со здоровьем, экономических, семейных и социальных проблемах лиц, находящихся в конфликте с законом. Они действуют в качестве сенсбилизирующей меры, которая способствует выработке более индивидуализированного и реабилитирующего подхода к правонарушителям.

90. Это подход, который необходимо применять новой службе пробации, возможно, как было предложено Центром исследования правовой политики, работающим совместно с судами и министерством социальной защиты. Следует начать работу с несовершеннолетними или другими уязвимыми группами, как в Монголии, где суды могут назначить пробацию беременным женщинам, матерям или отцам-одиночкам, имеющим детей, не достигших 3-хлетнего возраста, впервые совершившими менее серьезное или серьезное преступление и приговариваемым к лишению свободы, тюремному заключению или принудительному труду на срок до 2 лет.

91. По данным Центра исследования правовой политики, система в Казахстане дает возможность урегулирования дел незначительной и средней тяжести путем примирения. Опыт в Центральной Европе показывает, что примирение может быть успешным и даже являться подходящей задачей для новой службы пробации.

92. Если судьи и прокуроры часто не применяют альтернативы тюремному заключению, так как боятся быть обвиненными в коррумпированности или мягкости, а СМИ и общественность не очень благосклонно настроены к альтернативам, существует необходимость решения вопроса общественного мнения. В западных странах есть примеры проведения кампаний по применению альтернатив тюремному заключению, например, программы переосмысления, преступления и наказания в Великобритании и Новой Зеландии.

93. В конечном итоге, существует необходимость создания координационного органа на национальном уровне для разработки стратегического плана для управления мерами общественного воздействия. Помимо надзора за созданием новой службы пробации и пересмотром задач для уголовных инспекций, данный орган может рассмотреть соответствующую роль НПО во введении мер общественного воздействия; необходимость исследования.

Ноябрь, 2011 г.

КОНЦЕПТУАЛЬНАЯ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ ПРОБАЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН¹

Гуманистические тенденции в уголовной и уголовно-исполнительной политике Республики Казахстан, показателем которых стало формирование правовых основ национальной системы пробации, должны найти логическое продолжение в принятии специального Закона о пробации. В связи с этим разработана концептуальная модели пробации должна учитывать следующие универсальные особенности, иллюстрирующие пробацию, существующую в современной мировой практике:

1. Реализация в процессе пробации не только условного осуждения, но и других уголовно-правовых мер, альтернативных наказанию в виде лишения свободы.

2. Наличие специализированного органа, осуществляющего контроль в отношении правонарушителей и занимающегося решением проблем их ресоциализации. Этим специализированным органом является служба пробации.

3. Широкое участие гражданского общества в системе пробации, формами которого выступают «добровольчество» (деятельность общественных помощников службы пробации) и привлечение различных негосударственных социальных институтов (НПО, благотворительных фондов, религиозных организаций, учреждений образования и других структур гражданского общества).

4. Разработка и применение разнообразных программ ресоциализации правонарушителей, благодаря которым метод ресоциализации стал основным в теории и практике функционирования пробации. С ним непосредственно связано положение п. «в» Преамбулы Европейских правил по применению общественных санкций и мер, в соответствии с которым с осужденным следует «обращаться как с человеком, сознающим свою ответственность».

5. Осуществление службой пробации социально-правового (социально-психологического) исследования личности правонарушителя, в результате которого составляется социальный доклад для суда с комплексной характеристикой индивидуально-психологических и других личностных особенностей с предложением конкретных методов социального, предупредительного воздействия на правонарушителя, применением к нему соответствующей программы ресоциализации.

6. Реализация пробационного надзора в отношении правонарушителя, выражающегося не только в возложении на него определенных юридических обязанностей, но и в руководстве процессом его исправления посредством оказания «кураторской» социальной помощи.

Необходимо отметить, что пробация прошла значительный исторический путь своего развития в мировой практике. Возникнув как особый правовой институт на основе классического условного осуждения, эволюционировав в важнейшую альтернативу наказанию в виде лишения свободы, пробация трансформировалась на рубеже XX–XXI веков в системную модель ресоциализации правонарушителей, в самостоятельный метод воздействия на правонарушителей на основе использования социальных технологий в условиях осуществления контроля над лицами, совершившими

¹ Аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в ней, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества

преступление и оставленными на свободе. Целью такого контроля является обеспечение возможности ресоциализации правонарушителей и обеспечение безопасности жертв преступлений и иных граждан. Как отмечает Р.Кантон, «стремление улучшить соблюдение прав человека для преступников в общем смысле является еще одним стимулом для развития пробации. Оно связано с целью сокращения применения тюремного заключения»². Таким образом, создание системы пробации в Казахстане будет важным фактором укрепления правовой государственности, развития гражданского общества, обеспечения имиджа Республики Казахстан как государства, разделяющего ценности демократии и прав человека. Подобная система позволит также полностью преодолеть милитаризованные стороны исполнения наказаний, в реальности осуществлять воспитательный, интегративный подход к исправлению правонарушителей и их примирению с обществом.

Несмотря на универсальные признаки пробации, отмеченные выше, в каждом государстве, избравшем модель пробации, есть собственный национальный опыт ее развития. Как отмечал Р.Харрис, пробация — «это не вещь, которую можно взять или оставить, но набор идей и возможностей, которые должны использоваться творчески, стратегически для решения местных проблем уголовного судопроизводства; структура, в которую могут быть встроены решения, выполнимые и желательные в местных условиях»³. О необходимости учета исторических, правовых, социокультурных условий конкретных государств при разработке моделей пробации свидетельствуют Стандартные минимальные правила ООН относительно применения мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила»), и другие международно-правовые акты в сфере применения альтернатив лишению свободы. В то же время своеобразие пробации в каждой конкретной стране не отменяет ее универсализма и необходимости соответствовать основным критериям пробации XXI века.

В связи с этим в процессе построения и последующего развития пробации в Казахстане целесообразно учитывать следующие аспекты.

1. Правовое регулирование пробации требует не только системных изменений уголовного, уголовно-исполнительного и в определенной мере уголовно-процессуального законодательства, но и принятия специального Закона о системе пробации, в котором должны быть ее принципы, технология проведения социального исследования личности, механизм взаимодействия с судебной системой, гражданским обществом. Этот закон должен существовать «параллельно» пробационным положениям уголовного, уголовно-исполнительного, уголовно-процессуального кодексов. При этом данные положения логично рассматривать во взаимосвязи. Так, например, в Уголовном кодексе следует изложить материально-правовые основы пробации при условном осуждении, наказаниях, не связанных с изоляцией от общества, а в уголовно-исполнительном законодательстве предусмотреть положения о том, как будут исполняться меры пробации.

2. Поскольку современная пробация является целостной, системной моделью, давно «переросшей» рамки уголовно-правового института, едва ли имеет смысл жестко проводить границу между досудебной и приговорной пробацией, тем более, что они и в том, и в другом варианте «замыкаются» на суд, поскольку решение о направлении на пробацию принимает именно он. Кроме того, элементы досудебной и приговорной пробации взаимосвязаны, и обоснованное решение о направлении на пробацию должно приниматься с учетом социально-психологического «портрета» обвиняемого, то есть еще до вступления в законную силу обвинительного приговора суда. Мировая практика пробации свидетельствует о том, что службы пробации, контролирующее осужденных условно, с отсрочкой наказания, одновременно осуществляют контроль над проведением процедур медиации с участием обвиняемых. **Поэтому представляется важным принципиально не разграничивать приговорную и досудебную пробацию на уровне вышеупомянутого Закона, приняв во внимание техническую сложность создания «досудебной» пробации в Казахстане и неготовность форсировать этот процесс.** Вполне очевидно, что в уголовно-исполнительном законодательстве пробация может быть только

² Кантон Р. Прохождение пробации за рубежом. // Европейский журнал пробации. — Университет Бухареста. Т.1, 2009. — С. 67.

³ Там же. — С. 71.

«приговорной», и это вполне оправдано. Изменения УИК РК создадут основу именно для такой пробации, что, конечно же, необходимо. Однако в Законе о пробации должны быть отражены обе ее разновидности, поскольку иное не будет отражать «сегодняшний день» данной системы. **Наряду с этим, положения Закона о «досудебной» пробации можно сконструировать по принципу норм отложенного действия, сделав оговорку о том, что они вступают в действие с определенного срока, когда соответствующие изменения УПК РК позволят это сделать. Вместе с тем, этот срок должен быть реалистичным и по возможности минимальным. Подобный подход позволит обеспечить целостность пробации, элементы которой не могут искусственно противопоставляться друг другу.**

3. Пробация, занимая важнейшее место в уголовно-исполнительной системе, тесно связана с институтом судебной власти, и поэтому в Законе о пробации следует оговорить механизм судебного контроля, роль суда в осуществлении социального исследования личности правонарушителя в его направлении на программы ресоциализации. Кроме того, важно изначально создать организационно-правовые основы взаимодействия служб пробации с институтами гражданского общества, способного предоставить свои «ресурсы» для развития пробации.

4. Процесс создания системы пробации должен идти одновременно с процессом совершенствования практики применения наказаний и иных уголовно-правовых мер, альтернативных лишению свободы и направленных на достижение такого состояния, когда альтернативные меры станут ведущими уголовно-правовыми средствами, а наказание в виде лишения свободы — исключительным инструментом воздействия на преступность.

Данные обстоятельства были положены в основу концепции формирования и развития пробации, которая, как представляется, может стать концепцией проекта соответствующего закона.

1. Общие положения

1.1. Пробация представляет собой **систему ресоциализации** лиц, совершивших преступления и, вследствие своей невысокой общественной опасности, находящихся на свободе. Данная ресоциализация обеспечивается в условиях осуществления пробационного (государственного и общественного) контроля посредством деятельности специализированного государственного органа — национальной службы пробации и ее структурных подразделений с участием представителей гражданского общества — общественных объединений, фондов, религиозных организаций, учреждений образования и науки, а также физических лиц, привлекаемых на договорной и иной основе.

1.2. **Цель пробации** заключается в содействии посткриминальной интеграции правонарушителей в общество, в предупреждении совершения ими новых преступлений и в обеспечении безопасности общества, его защите от преступлений и их общественно-опасных последствий.

1.3. **Критериями достижения цели пробации** выступают: 1) позитивное изменение ценностных ориентаций лица, находящегося на учете в службе пробации (далее — поднадзорного); 2) трудоустройство поднадзорного или получение (завершение получения) им высшего либо среднего профессионального образования, а равно — приобретение новой профессии (специальности); 3) несвершение поднадзорным нового преступления в период пробационного контроля (надзора) и в течение одного года после его окончания; 4) наличие иных обстоятельств, свидетельствующих об исправлении поднадзорного и о его социально-приемлемом поведении, соответствующем требованиям права.

1.4. **Правовую основу пробации** составляют положения Конституции Республики Казахстан; международно-правовых актов ООН и Совета Европы в сфере прав и свобод человека, применения альтернативных уголовно-правовых санкций, а также Уголовного и Уголовно-исполнительного кодексов Республики Казахстан; настоящего Закона; Указов Президента Республики Казахстан; иных правовых актов,

регулирующих деятельность службы пробации, а равно административных договоров (соглашений), заключаемых национальной службой пробации с общественными формированиями в целях совершенствования процесса ресоциализации осужденных.

1.5. **Принципы пробации.** Принципами пробации являются принципы, обеспечивающие деятельность национальной службы пробации. К ним относятся законность, гуманизм, уважение достоинства поднадзорных, минимальное вмешательство в частную жизнь, демократизм, сотрудничество, социальная направленность.

1.5.1. **Принцип законности** означает, что деятельность службы пробации основывается на настоящем Законе и положениях уголовно-исполнительного законодательства Республики Казахстан. В процессе пробации не допускаются дискриминация и немотивированное непредоставление осужденным социальных услуг службы пробации.

1.5.2. **Принцип гуманизма** состоит в ориентации деятельности службы пробации на обеспечение благополучия поднадзорных, поддержания в них человеческого достоинства.

1.5.3. **Принцип уважения достоинства поднадзорных** заключается в абсолютном запрете жестоких, несовместимых с требованиями международных правовых актов и законодательства Республики Казахстан мер контроля и обращения в отношении лиц, находящихся под надзором службы пробации.

1.5.4. **Принцип минимального вмешательства** означает, что в процессе пробации допускаются ограничения в сфере частной жизни поднадзорного, обусловленные необходимостью осуществления контроля, собирания сведений для социально-правового исследования его личности. Служба пробации обеспечивает сохранность и конфиденциальность данных сведений, которые могут быть истребованы на основе судебного акта. Посещение поднадзорного в его жилище допускается только в условиях интенсивного надзора службы пробации.

1.5.5. **Принцип демократизма** предусматривает взаимодействие национальной службы пробации с институтами гражданского общества, осуществляемое на договорной и иной основе в форме привлечения общественных помощников и некоммерческих организаций, оказывающих содействие в ресоциализации поднадзорных.

1.5.6. **Принцип сотрудничества** состоит в преимущественно диспозитивном регулировании взаимоотношений между сотрудником службы пробации и поднадзорным, с которым служба пробации заключает соглашение о контроле и помощи, предполагающее принятие поднадзорным лицом обязательств по исполнению требований режима пробации. Наличие подобного соглашения не изменяет и не отменяет обязанности поднадзорного соблюдать порядок и условия отбывания наказания, условного осуждения, отсрочки отбывания наказания, претерпевать правоограничения, установленные уголовным и уголовно-исполнительным законодательством Республики Казахстан.

1.5.7. **Принцип социальной направленности** заключается в преимущественном использовании службой пробации социальных технологий, способствующих исправлению поднадзорных, в оказании им необходимой социально-психологической помощи в процессе осуществления пробационного контроля.

2. Пробационный контроль (надзор)

2.1. Пробационный контроль в форме надзора осуществляется службой пробации по месту жительства поднадзорного для предупреждения новых преступлений и других правонарушений со стороны поднадзорного и создания условий, способствующих его ресоциализации.

Юридическим основанием пробационного надзора является обвинительный приговор суда с постановлением о назначении данного надзора или постановление суда о направлении лица, обвиняемого в совершении преступления, на социально-правовое исследование личности в службу пробации.

2.2. Пробационный надзор устанавливается судом в отношении следующих граждан:

- осужденных условно, с применением статей 63, 64 Уголовного кодекса Республики Казахстан;
- осужденных с отсрочкой отбывания наказания на основании статьи 72 Уголовного кодекса Республики Казахстан и условно-досрочно освобожденных от дальнейшего отбывания наказания;
- осужденных, в отношении которых была применена отсрочка отбывания наказания вследствие чрезвычайных обстоятельств;
- осужденных к наказанию в виде исправительных работ и привлечения к общественным работам, наказанию в виде ограничения свободы;
- лиц, впервые совершивших преступления небольшой и средней тяжести, а также тяжкие преступления — при наличии смягчающих обстоятельств — на период проведения в отношении данных лиц социально-правового исследования службой пробации;
- лиц, освобожденных от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим — на период исполнения ими своих обязательств перед потерпевшими, продолжительностью не более одного месяца.

2.3. В процессе осуществления пробационного контроля на поднадзорных лиц, с учетом их состояния здоровья, семейных обстоятельств, а также на основании результатов проведения социально-правового исследования личности, суд может возложить следующие обязанности (правоограничения):

- периодически, не реже одного раза в месяц, являться в службу пробации для регистрации и предоставления отчета о своем поведении;
- принять участие в осуществлении социально-правового исследования личности и выполнить законные требования сотрудников службы пробации, обусловленные необходимостью его осуществления;
- не покидать свое жилище в ночное время суток, кроме случаев оставления жилища в связи с выполнением трудовых, гражданских обязанностей и в целях устранения опасности собственной жизни и жизни иных лиц (крайней необходимости);
- не посещать места оказания зрелищных, культурно-развлекательных услуг;
- не оставлять в своем жилище в ночное время суток посторонних лиц;
- не покидать без уведомления службы пробации территорию города (района) или сельского поселения, являющегося местом жительства поднадзорного;
- подписать соглашение о принятии контроля и помощи службы пробации и выполнять его условия;
- ознакомиться с памяткой лицу, находящемуся в режиме пробации, уведомив об этом службу пробации;
- в случае назначения программы ресоциализации личности принять участие в осуществлении программы на всех ее этапах;
- выполнять законные требования своего куратора (сотрудника службы пробации) и его помощника.

2.2.1. В случае нарушения какой-либо из обязанностей, а также по результатам социально-правового исследования, по предложению службы пробации, суд может установить более интенсивный надзор посредством уточнения и возложения следующих обязанностей:

- не реже четырех раз в месяц являться в службу пробации для регистрации и отчета о своем поведении;
- не препятствовать ежемесячным посещениям жилища сотрудником службы пробации и его помощником;
- не покидать своего места жительства (города, района, сельского поселения) без разрешения службы пробации;
- подвергнуться контролю службы пробации с использованием электронных и иных технических средств.

2.3. Продолжительность пробационного надзора соответствует продолжительности срока испытания при условном осуждении, отсрочке отбывания наказания, условно-

досрочного освобождения от отбывания наказания, срока отбывания наказания в виде исправительных работ, привлечения к общественным работам, времени отсрочки отбывания наказания вследствие чрезвычайных обстоятельств. В отношении лиц, впервые совершивших преступления и направленных судом в службу пробации, надзор устанавливается на период проведения социально-правового исследования личности, но не более месяца. В отношении лиц, освобожденных от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим — продолжительностью не более одного месяца.

2.4. Служба пробации, в зависимости от поведения поднадзорного, исполнения им обязанностей, может ходатайствовать перед судом о досрочном прекращении пробационного надзора и предусмотренных им обязанностей (правоограничений).

В случае нарушения поднадзорным режима пробации, то есть неисполнения возложенных на него обязанностей, служба пробации в письменной форме предупреждает его о недопустимости подобных нарушений. При повторном нарушении режима пробации, по ходатайству службы пробации, суд может однократно продлить срок надзора на один год.

В случае нового нарушения пробационного надзора в условиях его продления суд отменяет режим пробации и решает вопрос о применении иных мер уголовно-правового воздействия.

В случае совершения поднадзорным преступления применяются правила, предусмотренные Уголовным кодексом Республики Казахстан в отношении замены вида уголовно-правового воздействия, который был одновременно с установлением пробационного надзора применен к конкретному поднадзорному.

2.5. **В процессе надзора** служба пробации оформляет контрольное дело на поднадзорного, памятки лицам, находящимся на учете в службе пробации, отчеты по проведению социально-правового исследования личности поднадзорных.

2.6. Возложение на поднадзорных обязанностей, предусмотренных настоящим законом, не является препятствием для применения к ним обязанностей (правоограничений), обусловленных условным осуждением, условно-досрочным освобождением от наказания, отсрочкой отбывания наказания, содержанием, порядком и условиями отбывания наказания в виде исправительных работ, привлечения к общественным работам в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан.

3. Социально-правовое исследование личности поднадзорного

3.1. Социально-правовое исследование личности поднадзорного представляет собой информационно-аналитическую деятельность службы пробации в отношении индивидуально-определенных поднадзорных в целях установления социально-психологических особенностей данных лиц, выявления их потребности в социально-психологической помощи, назначения оптимальной программы ресоциализации и определения необходимого объема и уровня интенсивности пробационного надзора.

3.2. Социально-правовое исследование личности назначается постановлением суда в отношении обвиняемого в преступлении и проводится до начала судебного разбирательства по уголовному делу, а также приговором суда в отношении осужденного условно, осужденного к наказанию в виде исправительных работ, привлечения к общественным работам, постановлением суда в отношении осужденного с отсрочкой отбывания наказания, условно-досрочно освобожденного от отбывания наказания. Социально-правовое исследование личности обязательно в отношении лиц, находящихся в группе риска совершения нового преступления (лиц, страдающих алкогольной и наркотической зависимостью, ведущих асоциальный образ жизни).

3.3. Этапы социально-правового исследования личности.

3.3.1. Собираение информации о личности правонарушителя, значимой в криминологическом и социальном аспекте.

3.3.2. Анализ полученных сведений, касающихся образа жизни делинквента, его социальной роли, существующих проблем, самооценки, уровня притязаний, духовного,

эмоционального, интеллектуального развития, сложившейся шкалы ценностей и, конечно, отношения к конкретной криминальной ситуации.

3.3.3. Оценка. Она зависит от результатов анализа и означает не только характеристику свойств личности подсудного, но и выявление наиболее приемлемых мер его исправления и педагогической коррекции, установление «ресурсов» и перспектив в успешной воспитательной работе службы пробации в каждом индивидуальном случае.

3.3.4. Рекомендации. На данном этапе систематизируются итоги социального исследования, обобщаются в виде специального доклада, предоставляемого в суд. Ведь именно суд был «заказчиком» подобного исследования, и на его основе он будет принимать решение о направлении осужденного на пробацию. Названный доклад включает в себя предложения о программах ресоциализации правонарушителей, их содержании, путях реализации и воспитательных возможностях для каждого адресата-клиента службы пробации.

3.4. Содержание исследования

3.4.1. Общая характеристика осужденного, содержащая сведения о его возрасте, половой принадлежности, образовании и профессиональной подготовке, роде занятий до совершения преступления, о количестве судимостей.

3.4.2. Характеристика лица в связи с совершенным им преступлением, предусматривающая данные о конкретном составе преступления, тяжести наступивших общественно-опасных последствий, обстоятельствах, смягчающих уголовную ответственность.

3.4.3. Общая оценка поведения осужденного в период отбывания наказания. Она формулируется на основе материалов, предоставленных администрацией пенитенциарного учреждения, в случае, если исследование проводится в отношении лица, условно-досрочно освобожденного от наказания в виде лишения свободы.

3.4.4. Сведения о состоянии здоровья осужденного, в том числе об особенностях его эмоциональных проявлений, предрасположенности к реакциям невротического типа, аффектам, фрустрациям, тревожности.

3.4.5. Описание особенностей характера, темперамента личности осужденного. Для составления характеристики сотрудник должен обратиться за помощью и консультацией к профессиональному психологу.

3.4.6. Анализ ценностных ориентаций, жизненной программы личности осужденного. В процессе его осуществления сотруднику следует рассмотреть особенности социальных ожиданий поднадзорного, характеризовать его личные и иные планы в отношении своего будущего.

3.4.7. Оценка нравственного развития поднадзорного, включающая характеристику его отношения к жертве преступления, собственного объяснения причин совершенного уголовно-наказуемого деяния, оценку глубины раскаяния правонарушителя в содеянном, готовности возместить потерпевшему причиненный ущерб, восприятия осужденным примененных к нему мер воздействия в виде условного осуждения, условно-досрочного освобождения от наказания, отсрочки отбывания наказания.

3.4.8. Исследование образа жизни поднадзорного, в котором требуется указать род его занятий, способы проведения досуга, круг постоянного общения, отношение к семье, к детям, к окружающим людям. Анализ образа жизни осужденной женщины, имеющей ребенка, должен содержать характеристику ее отношения к ребенку, степени материнской заботы и ухода за ним, выполнения ею родительских обязанностей. При составлении данного раздела социального исследования сотрудник обязан отметить, насколько испытуемый выполняет предусмотренные приговором суда требования и его законные распоряжения. Изучение личности несовершеннолетнего следует осуществлять в русле характеристики особенностей его взаимоотношений со сверстниками, лицами противоположного пола, родителями, воспитателями-педагогами. Целесообразно анализировать причины и конкретные проявления конфликтных ситуаций несовершеннолетнего в семье и школе.

3.4.9. Оценка интеллектуального развития осужденного, содержащая сведения о его мыслительных и иных познавательных способностях, отношении к возможности получения или продолжения образования, приобретения специальности. Анализ особенностей взаимоотношений осужденного и сотрудника службы пробации.

3.4.10. Предложения по выбору конкретных мер исправительного воздействия и контроля по отношению к осужденному, а также выводы о его поведении в период испытания.

Необходимо отметить, что социальное исследование личности подучетного службы пробации наиболее оправданно поручить психологу (а при его отсутствии в штате данной службы — привлекать для выполнения исследования специалистов-психологов, социальных работников образовательных учреждений и других организаций). Подобное привлечение возможно посредством заключения договоров с соответствующими организациями (учреждениями). Вполне реален и другой механизм, предусматривающий «внедрение» в состав службы пробации в качестве общественных помощников-психологов и социальных работников. И, наконец, весьма перспективен вариант привлечения к выполнению социального исследования студентов факультетов психологии вузов, направляемых для прохождения производственной и преддипломной практики в службу пробации. Содействие в подготовке отчетных материалов мог бы оказывать преподаватель, руководящий прохождением названной практики.

Наряду с этим следует внедрить в процессе повышения квалификации сотрудников службы пробации обучение методике проведения социального исследования личности поднадзорного и составления отчета (социального доклада) о его результатах. Возможно в этой связи осуществление обучающих семинаров, посвященных технологии социального исследования, для сотрудников службы пробации с участием представителей высших учебных заведений Республики Казахстан (прежде всего, кафедр психологии, педагогики, социальной работы, криминологии).

Вместе с тем, следует учитывать, что социальное исследование личности поднадзорного и его результаты, оформленные в качестве «социального доклада», не являются аналогом материалов уголовного дела, поскольку призваны решать принципиально иные задачи. Сведения о личности обвиняемого входят в предмет доказывания по уголовному делу и призваны способствовать доказыванию в уголовном судопроизводстве, установлению роли обвиняемого в совершенном преступлении, квалификации содеянного и т.п. Социальное исследование, как отмечалось ранее, **имеет совершенно другую направленность,** заключающуюся в получении объективной **социально-психологической характеристики личности, на основе которой можно определить алгоритм ресоциализации конкретного поднадзорного службы пробации.** Применительно к создаваемой в Казахстане службе пробации целесообразно институционализировать положение о том, что социальное исследование поднадзорного службы пробации проводится в целях: **1) выявления потребностей личности в социальных услугах службы пробации; 2) определения наиболее оптимальных мер воспитательного воздействия на осужденного; 3) установления режима испытания и связанных с ним правоограничений; их продолжительности и интенсивности в отношении лица, находящегося под контролем службы пробации.** Материалы уголовного дела могут стать определенным подспорьем для получения исходных данных в процессе проведения социального исследования, однако их роль не следует преувеличивать в силу функциональной специфики, обусловленной состязательностью сторон в уголовном процессе, ибо для сторон обвинения и защиты сведения о личности обвиняемого естественно «вписываются» в состав предмета доказывания и могут быть лишены информации, интересующей службу пробации.

Социальный доклад, подготовленный сотрудником данной службы и подписанный руководителем ее территориальной структуры, должен включать в себя:

- 1) краткие сведения о личности поднадзорного («биографическую характеристику»);
- 2) краткое указание на источники информации о личности и перечень методов проведения социального исследования;
- 3) нравственно-психологическую и социальную характеристику особенностей личности, ее проблем (например, отсутствие работы, одиночество, повышенная

восприимчивость к воздействию представителей криминальной и иной асоциальной среды и другое);

4) предложения по оказанию поднадзорному конкретных социальных услуг службы пробации (виду и продолжительности программы ресоциализации) и по срокам, интенсивности осуществления пробационного надзора. Социальный доклад направляется в суд для принятия решения об оставлении поднадзорного в «рамках» режима пробации и применения оптимальных мер контроля в отношении правонарушителя. В литературе отмечается, что «...судья не обязан следовать выводам, содержащимся в отчете, и рекомендациям сотрудника службы пробации о назначении той или иной меры наказания. Однако данный отчет рассматривается в качестве важного источника непредвзятой профессиональной информации по многим делам»⁴.

Поэтому в социальном докладе необходимо отразить мотивированную оценку рисков совершения рецидивного преступления поднадзорным, его отношение к интересам общества, к потерпевшему и охарактеризовать действия, которые поднадзорный совершил в интересах жертвы преступления, заглаживая причиненный вред. Следует также учесть, что социальное исследование должно проводиться не менее двух раз: на начальном этапе пробационного надзора и по окончании половины его периода. «Вторичное» социальное исследование позволит оценить результативность предыдущего и предложить суду изменить интенсивность и продолжительность пробации.

4. Деятельность общественного помощника службы пробации

В международно-правовых актах, посвященных применению альтернативных мер, обращается внимание на значимость участия «добровольцев» — общественных помощников в процессе ресоциализации осужденных. Европейские правила по применению общественных санкций и мер упоминают об участии частных лиц в реализации подобных санкций (Правило 44). В Стандартных Минимальных правилах ООН относительно мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила»), отмечается, что участие общественности «...следует рассматривать как предоставляемую членам общества возможность внести свой вклад в дело защиты интересов общества» (Правило 17.2). В соответствии с Правилom 19.1, «добровольцы тщательно подбираются... с учетом их склонностей и интереса к данной работе. Они проходят должную подготовку для выполнения их конкретных обязанностей». Наряду с этим, «...добровольцы должны поощрять правонарушителей и их семьи к установлению конструктивных связей с обществом и более широких контактов, предоставляя им консультации и другие необходимые формы помощи в соответствии со своими возможностями и потребностями правонарушителей».

Согласно Европейским правилам по применению общественных санкций и мер, «...деятельность частных лиц, представителей общины должны в определенной степени направлять штатные сотрудники, чтобы помочь им выполнять взятые на себя обязательства в соответствии с их способностями и возможностями, при необходимости также обеспечивать соответствующее обучение» (Правило 51). Таким образом, институт общественных помощников рассматривается как важнейшее условие повышения эффективности деятельности по исполнению альтернативных непенитенциарных санкций и реинтеграции правонарушителей в общество. В современных государствах общественные помощники привлекаются к содействию службе пробации весьма широко. Так, в частности, в Японии в конце прошлого века численность добровольцев службы защитного надзора составляла около 50 тысяч человек, что более чем в пятьдесят раз превышало количество государственных служащих, являвшихся штатными сотрудниками службы пробации⁵.

⁴ Барри К. Принципы современной деятельности в рамках пробации. // Пробация и пути её развития в Казахстане: Мат-лы Междунар. науч.-практ. конф. — Астана, 2006. — С.65.

⁵ Гета М.Р. Пробация в уголовном праве зарубежных стран: учеб. Пособие. — Усть-Каменогорск, 2004. — С.51.

Привлекаются общественные помощники в службу пробации в Нидерландах, Дании, Швеции и в других государствах. В то же время есть и не вполне удачный опыт «добровольчества». В Российской Федерации был создан институт общественных помощников территориальных уголовно-исполнительных инспекций, утверждено Положение, регулирующее их правовой статус. Однако впоследствии это Положение было отменено, в том числе вследствие недостаточной мотивации общественных инспекторов.

В связи с этим в Законе о национальной системе пробации в Республике Казахстан закрепление статуса общественного помощника службы пробации необходимо для укрепления ее сотрудничества с гражданским обществом, упрощения процесса ресоциализации поднадзорного. Благодаря общественным помощникам будет уменьшено бремя нагрузки сотрудников службы пробации, и они смогут получить реальную помощь в работе с поднадзорными.

Общественным помощником может быть совершеннолетний дееспособный гражданин Республики Казахстан, преимущественно имеющий высшее (незаконченное высшее) образование по специальности «юриспруденция», «психология», «педагогика», «социальная работа». Представляется, что в исключительных случаях к выполнению функций общественного помощника службы пробации допустимо привлекать лиц, ранее состоящих на учете в уголовно-исполнительных инспекциях и положительно зарекомендовавших себя в период отбывания наказания или иной меры уголовно-правового воздействия.

Общественный помощник службы пробации может участвовать в проверке соблюдения поднадзорными требований режима пробации, осуществлять социальное исследование личности поднадзорного и предоставлять его результаты руководителю территориальной службы пробации, вносить предложения по совершенствованию форм и методов воспитательного воздействия на осужденных, обращаться с предложениями о применении к ним мер поощрения и дисциплинарного наказания. Он должен иметь возможность выступать в СМИ по проблемам применения и исполнения наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия, не связанных с изоляцией от общества.

Создание института общественных помощников службы пробации потребует решения вопросов мотивации, стимулирования их социально значимой деятельности. Данное обстоятельство особенно важно, поскольку в качестве общественных помощников наиболее желательны активные, трудолюбивые, образованные граждане. Представляется, что стимулы могут быть различными, учитывающими потребности соответствующих социальных групп. Магистрантов университетов можно стимулировать информированием общественности через средства массовой информации о выполнении ими функций общественного помощника службы пробации, что будет значимо для последующей преподавательской деятельности выпускников магистратуры. Наряду с этим, их будет привлекать возможность проведения научных исследований в службе пробации. Студентов высших учебных заведений оправданно стимулировать перспективой прохождения производственной практики и последующего трудоустройства лучших из них в службу пробации или в организации и государственные органы, с ней взаимодействующие. В стратегическом аспекте было бы оправданно установление в законодательстве о государственной службе Республики Казахстан положения о льготном, внеконкурсном зачислении на государственную службу граждан, более трех лет успешно осуществлявших функцию общественного помощника службы пробации. Подобные льготы на уровне ведомственного подзаконного акта мог бы ввести Комитет УИС РК в отношении структурных подразделений уголовно-исполнительной системы.

В частном, тактическом аспекте, служба пробации могла бы использовать такие меры стимулирования общественных помощников, как:

- 1) объявление благодарности;
 - 2) премирование и награждение ценным подарком;
 - 3) награждение грамотой Комитета УИС РК или службы пробации, направление благодарственных писем родственникам, по месту основной работы или учёбы.
- Возможны и другие меры поощрения активности и добросовестного труда общественных помощников. Следует учитывать, что институционализация общественных помощников —

актуальная потребность службы пробации, успешная деятельность которой без поддержки гражданского общества невозможна.

5. Взаимодействие службы пробации с негосударственными организациями и общественный контроль

5.1. Сотрудничество службы пробации с негосударственными институтами рекомендовано международно-правовыми актами в сфере применения наказаний и мер, альтернативных лишению свободы. Стандартные минимальные правила ООН относительно мер, не связанных с тюремным заключением отмечают, что «...следует поощрять участие общественности, поскольку в нем заложены большие возможности и поскольку оно является одним из важнейших факторов укрепления связей между правонарушителями, в отношении которых приняты меры, не связанные с тюремным заключением, и их семьями и обществом. Оно должно дополнять усилия органов уголовного правосудия» (Правило 17.1). В соответствии с Европейскими правилами по применению общественных санкций и мер, «...необходимо привлекать общину для оказания помощи правонарушителям; развивать полезные связи с ней; сделать так, чтобы община была заинтересована в судьбах правонарушителей; следует также активизировать контакты с общиной и поддержку с её стороны» (Правило 46).

Общественные формирования сотрудничают со службой пробации во многих современных государствах. Например, в Нидерландах программы пробации осуществляются негосударственными агентствами: отделом пробации Армии спасения, работающим с бездомными людьми и несовершеннолетними; Организацией по защите психического здоровья, занимающейся лицами, страдающими алкогольной и наркотической зависимостью⁶. Широко использует поддержку гражданского общества служба защитного надзора в Японии. Аналогичная практика существует в США, Франции, Швеции, Дании, Эстонии. Вполне очевидно, что она должна сформироваться и в Казахстане.

Партнерами службы пробации могут стать общественные объединения (НПО), различные фонды, учреждения высшего образования, СМИ, адвокатские формирования. Весьма важным представляется сотрудничество службы пробации с религиозными объединениями, представляющими Умму мусульман, Русскую православную церковь и другие духовно-религиозные институты. В настоящее время они плодотворно работают в исправительных учреждениях, исполняющих наказание в виде лишения свободы, и следует распространить подобный опыт и на сферу деятельности службы пробации.

5.2. В рассматриваемом контексте представляется необходимым создать организационно-правовую основу взаимодействия службы пробации и негосударственных структур. Наряду с этим, целесообразно внедрить договорную модель сотрудничества институтов гражданского общества и службы пробации. Поэтому оправданно разработать Типовой договор совместной деятельности службы пробации и учреждений образования, фондов и других социальных структур. В этом договоре следует предусмотреть взаимные права и обязанности сторон, относящиеся к конкретным видам помощи общественных формирований структурным подразделениям службы пробации по осуществлению социального исследования личности поднадзорного, по разработке и реализации социальных программ, адресованных осужденным, состоящим под надзором службы пробации. В перспективе оправдан путь составления Национального меморандума сотрудничества службы пробации и гражданского общества Казахстана. Подобное сотрудничество, в частности, с университетами и другими учебными заведениями, может выражаться в планировании и проведении учебных курсов для сотрудников службы пробации на базе соответствующих учреждений образования, в подготовке в магистратуре вузов управленческих кадров для системы пробации, в оказании различной методической помощи в процессе социальной работы с поднадзорными.

⁶ Ковалев Н.П. Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм. // Ежегодник Центра правовых исследований. — Астана, 2008. — С.205.

Представляется оптимальным путь договорного взаимодействия территориальных служб пробации с «параллельными» структурами гражданского общества, заключающегося в том, что в каждом регионе служба пробации должна иметь партнерские отношения с несколькими общественными формированиями, среди которых могут быть попечительские советы воспитательных колоний для несовершеннолетних, коллективы собственников жилых помещений и другие структуры.

5.3. Целью взаимодействия службы пробации и общественных формирований является оказание эффективной социально-психологической помощи поднадзорным; привлечение негосударственных организаций и отдельных лиц к участию в процессе ресоциализации поднадзорных; повышение качества социальных услуг, оказываемых службой пробации; повышение доверия граждан к учреждениям и органам уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан, исполняющим наказания и иные меры уголовно-правового воздействия, не связанные с лишением свободы.

5.4. Общественный контроль. Необходимость общественного контроля в деятельности службы пробации обуславливается тем, что пробационный надзор предусматривает ограничение прав и свобод личности и поэтому связан с риском их нарушений, **которые могут затронуть даже законные интересы членов семьи поднадзорных.** Однако подобный контроль необходим не только для предупреждения возможных злоупотреблений сотрудников службы пробации, но и для выявления проблем в её деятельности организационного, методического, правового и иного характера. В результате служба пробации может получить поддержку соответствующих институтов гражданского общества (например, НПО, учреждений высшего профессионального образования, религиозных объединений, фондов). Исходя из этого, положение об общественном контроле в Законе о национальной системе пробации оправданно изложить в следующем примерном варианте:

«Общественный контроль в процессе пробации представляет собой совокупность мер наблюдения и предупредительного воздействия, осуществляемых общественными наблюдательными комиссиями и другими негосударственными организациями в сфере деятельности службы пробации в целях профилактики нарушений прав и законных интересов граждан, находящихся под пробационным надзором, оказания общественного содействия службе пробации методического, организационно-стратегического, социально-правового и иного характера. При осуществлении общественного контроля, связанного с необходимостью передачи информации о поднадзорном иным заинтересованным лицам, должно быть получено согласие со стороны поднадзорного.

Формами общественного контроля являются:

- 1) посещение помещений службы пробации;
- 2) посещение поднадзорных в жилище;
- 3) опрос сотрудников службы пробации и беседы с поднадзорными, а равно с членами их семей;
- 4) проведение общественного мониторинга соблюдения прав поднадзорных и качества социальных услуг службы пробации.

Сведения о результатах общественного контроля направляются в Комитет УИС РК, в аппарат Уполномоченного по правам человека в Республике Казахстан, подлежат опубликованию в средствах массовой информации».

Представляется, что общественный контроль важен для Комитета УИС в организационно-управленческом аспекте, поскольку позволит выявить эффективность работы службы пробации как на начальном этапе её деятельности, так и в последующий период, получить от гражданского общества информацию об имеющихся проблемах и о готовности оказать помощь в их преодолении. Значение подобного контроля (субъектный состав которого должен быть намного шире, чем в настоящее время) состоит в организации диалога, сотрудничества институтов гражданского общества и службы пробации, а в более широком смысле — с уголовно-исполнительной системой в целом. Общественный контроль следует рассматривать как составную часть формирующегося НПМ в Республике Казахстан.

6. Социальные услуги службы пробации

6.1. **Социальные услуги**, оказываемые службой пробации, представляют собой разнородность государственных услуг и выступают как действия социальной, воспроизводительной, воспитательной направленности, адресованные лицам, находящимся под надзором службы пробации, и осуществляемые при содействии общественных формирований. Социальные услуги выступают важнейшим элементом деятельности службы пробации. Как отмечает Н.Бишоп в Европейских правилах по применению общественных санкций и мер, «...термин «надзор» определен как проверка соблюдения наложенных условий и обязательств и оказание помощи и содействия правонарушителю приспособиться к жизни в обществе»⁷. Заслуживает внимания то обстоятельство, что пробация вне названных социальных услуг утрачивает свою сущность, поскольку пробационный надзор существует в качестве средства создания оптимальных условий для ресоциализации осужденных, возмещения причиненного преступлением вреда, раскаяния виновного.

Формой оказания социальных услуг являются программы ресоциализации личности правонарушителя. Выбор программы обуславливается проблемами конкретной личности, выявляемыми посредством социально-психологического исследования. Каждая программа заключается **в методически обоснованном алгоритме действий, совершаемых поднадзорным совместно с сотрудником службы пробации или его общественным помощником в целях разрешения трудной жизненной, психологической ситуации, сопряженной с риском совершения нового уголовно-наказуемого деяния.**

Программа может выглядеть как система психологических тренингов по преодолению агрессии, проблем межличностной коммуникации, примирения с жертвой преступления или как курс занятий для родителей по обучению навыкам воспитания несовершеннолетних детей. Представляется, что тематика программ является достаточно широкой. Условно её можно определить как «Роли и обязанности в семье и обществе», «Здоровый образ жизни и безопасность», «Защита от алкоголизма и наркомании», «Человеческое достоинство и его ценность», «Примирение, искупление и прощение», «Трудоустройство», «Восстановление семьи», «Правила и дисциплина», «Планирование личного и семейного бюджета», «Толерантность вместо агрессии», «Уважение национальных традиций», «Эффективное планирование свободного времени», «Созидание жизненного успеха». Подобный перечень, несомненно, может дополняться, но главный смысл программы состоит в том, чтобы помочь правонарушителю преодолеть индивидуально определенные проблемы: научиться планировать свой бюджет и финансовые расходы; выстраивать общение с окружающими без агрессии и иных девиантных проявлений; осознать собственную роль в причинении страданий жертве преступления и испытать потребность в раскаянии и оказании посильной помощи потерпевшему; понимать ценность человеческого достоинства как в собственной личности, так и в окружающих; успешно найти работу, воссоздать нарушенные семейные отношения; разумно распоряжаться свободным временем и т.п.

С учетом данных обстоятельств, реализация социальных программ должна включать в себя различные этапы:

- 1) выявление индивидуальных проблем и потребностей поднадзорного;
- 2) поиск подходящей программы;
- 3) разработка содержания программы и алгоритма её исполнения;
- 4) ознакомление с программой поднадзорного и информирование суда;
- 5) осуществление программы с привлечением общественных помощников, специалистов-психологов, социальных работников;
- 6) управление программой и фиксация достигнутых результатов.

Они заключаются в формировании в личности поднадзорного самостоятельности, социальной ответственности, ценностного отношения к потерпевшему и к окружающим, способности разрешать конфликтные ситуации законными способами. Конкретные

⁷ Бишоп Н. Практические аспекты расширения применения альтернатив тюремному заключению: трудности и перспективы. — Алматы, 2004. — С.31.

результаты индивидуально определённых программ ресоциализации следует закреплять в «социальном докладе», направляемом службой пробации в суд, в представлениях к досрочному прекращению пробационного надзора. Эффективность программы повысится, если помощь в их проведении будет оказывать общественный инспектор службы пробации, закреплённый за поднадзорным в качестве куратора и непосредственно организующего участие своего «клиента в программе».

На осуждённого необходимо возложить обязанность личного участия в программе и выполнения её условий. Однако ему следует разъяснить значимость и полезность программы, показать её роль для дальнейшей жизнедеятельности, по завершении режима пробации. Заслуживает внимания то обстоятельство, что сотрудничество службы пробации с высшими учебными заведениями особенно важно для **разработки научно обоснованной стратегии управления программами ресоциализации личности поднадзорных.** Достижение их цели основывается на сочетании различных методов социально-психологической, педагогической коррекции личности, применении инновационных социальных технологий (в частности, медиации, которую можно использовать в рамках «приговорной» пробации в отношении осуждённых, способствуя формированию в них потребностей в примирении и получении прощения со стороны жертв преступлений).

Службе пробации, в интересах обеспечения результативности программ, необходимо опираться на методологический инструментарий, ресурсные возможности учреждений высшего профессионального образования, ассоциации практикующих психологов, религиозные объединения.

7. Организация службы пробации

7.1. Мировой практике известны различные модели организации и деятельности службы пробации, каждая из которых основывается на определённой исторической, социокультурной и правовой традиции. В США служба пробации входит в состав судебной системы, и в Верховном суде США действует федеральное бюро пробации. Аналогичная практика сложилась в Германии, где служба помощников судьи по условному осуждению осуществляет пробационный надзор, адресатами которого являются не только условно осуждённые, но и другие категории правонарушителей.

В Японии аналогом службы пробации выступает служба защитного надзора, находящаяся в составе Министерства юстиции и реализующая функцию контроля в отношении пяти категорий поднадзорных, включая всех несовершеннолетних правонарушителей, осуждённых без изоляции от общества. В Нидерландах Национальная служба пробации, насчитывающая более 60 офисов, вообще является независимой структурой, самостоятельным общественным институтом.

Имеются и весьма необычные примеры. Так, в частности, в Сингапуре служба пробации контролируется Министерством общественного развития и спорта. В Эстонии служба пробации, созданная в 1998 году, функционирует в системе Министерства юстиции. В Дании первоначально система пробации являлась негосударственной структурой, однако с 1973 года она вошла в структуру Министерства юстиции. Вместе с тем, несмотря на разнообразие структурной принадлежности службы пробации в мировой практике, в литературе отмечается позиция ОБСЕ, рекомендующая государствам-участникам использовать модель организации уголовно-исполнительной системы, которая находится в компетенции министерства юстиции⁸.

В Республике Казахстан, в связи с трансформацией места нахождения УИС, целесообразно создавать национальную модель службы пробации с учетом разных вариантов ее системной принадлежности, в том числе и в качестве института гражданского общества. В формально-правовом аспекте действующие уголовно-исполнительные инспекции могут быть преобразованы в службы пробации, **если**

⁸ Ковалев Н.П. Пенитенциарные системы: сравнительный анализ организационно-правовых форм. // Ежегодник Центра правовых исследований. — Астана, 2008. — С.209.

избавить их от решения сугубо полицейских задач. При этом возможен следующий организационный вариант трансформации уголовно-исполнительных инспекций в службу пробации:

- 1) на уровне КУИС — Департамент или Национальное бюро пробации;
- 2) на уровне областей — службы пробации;
- 3) на уровне городов и районов — отделы пробации в составе Комитета уголовно-исполнительной системы.

Департамент пробации мог бы выступать органом, разрабатывающим стратегию развития пробации, осуществляющим методическое обеспечение её деятельности, кадровую политику, управление системой пробации в масштабах государства. Территориальные службы и отделы пробации непосредственно обеспечивают пробационный надзор, занимаются проблемами ресоциализации правонарушителей.

7.2. Кадровый состав службы пробации, основу которого составят действующие инспектора УИИ, в дальнейшем должен формироваться **на конкурсной основе, с обязательным прохождением психологического тестирования.** Сотрудник пробации в современных условиях — это, прежде всего, **социальный работник, владеющий технологией оказания социальной помощи поднадзорному, способный организовать работу своего общественного помощника и процесс воспитательного воздействия на поднадзорного.** Милитаризированные формы профессиональной подготовки сотрудников пенитенциарных учреждений ему совершенно не нужны и лишены практического смысла. В ценностном аспекте важно, чтобы сотрудник пробации разделял убежденность в значимости для общества своей профессиональной деятельности, в возможности исправления правонарушителей в обществе посредством социального, предупредительного воздействия.

Представляется, что магистратура университетов, факультеты права, психологии и социальной работы высших учебных заведений могли бы, в соответствии с мировой практикой, готовить специалистов для системы пробации, что позволило бы вузам реагировать на её потребности и корректировать рабочие учебные программы преподаваемых дисциплин. Взаимодействие с вузами (которые могли бы заниматься профессиональной подготовкой сотрудников пробации на основе государственных бюджетных заданий) позволит обеспечить службы и отделы пробации подготовленными специалистами в сфере психологии, педагогики, социальной работы.

Следует отметить, что заработная плата сотрудника пробации должна быть не ниже уровня среднемесячной оплаты труда в Республике Казахстан. Её целесообразно дополнить стимулирующими надбавками за качественное выполнение социального исследования личности поднадзорного, за успешную реализацию программы социальной помощи.

7.3. Необходимо учитывать, что служба пробации — это ядро системы пробации, но не единственный её элемент. Система пробации включает в себя и другие социальные институты. В целях её взаимодействия с судебными органами следует создать при районных судах **институт помощника судьи по пробации,** ответственного за координацию работы со службой пробации, получение социальных докладов и подготовку поручений по проведению социального исследования личности, контролю над деятельностью службы пробации, обеспечением её поднадзорным права на судебную защиту.

Поскольку современная пробация является составной частью гражданского общества, целесообразно сформировать постоянно действующий **Общественный совет по пробации,** учредителями которого могут выступить НПО, вузы и другие негосударственные организации, а также органы местного самоуправления. Данный Общественный совет мог бы координировать оказание методической помощи службам пробации, обеспечивать интеграцию деятельности общественных формирований по работе с определенными категориями поднадзорных: несовершеннолетними; женщинами; лицами, страдающими алкогольной зависимостью и т.п. Кроме того, Общественный совет мог бы выступать инициатором различных инноваций в сфере пробации, заниматься вопросами организации общественного контроля.

Представляется, что вне системного подхода и партнерства с институтами гражданского общества Казахстана, взаимодействия с судами, органами

социальной защиты населения, внутренних дел, здравоохранения и образования, органами местного самоуправления, пробация невозможна, во всяком случае, в понимании международных и европейских стандартов применения альтернативных непенитенциарных санкций и лучших достижений мирового опыта.

8. Повышение квалификации сотрудников службы пробации

В целях повышения квалификации сотрудников службы пробации могут быть созданы на республиканском и региональном уровне Ресурсные центры по обучению. Преподавательский состав этих Центров формируется на конкурсной основе из представителей системы высшего профессионального образования Республики Казахстан, опытных сотрудников УИС. В рамках работы Центров сотрудники службы пробации получают возможность пройти краткосрочные практико-ориентированные курсы с изучением блоков таких дисциплин, как: 1) Методика социального исследования личности правонарушителя; 2) Воспитательное воздействие на поднадзорных: формы и методы; 3) Конфликты с поднадзорным и их преодоление; 4) Теория и практика медиации; 5) Управление программами ресоциализации; 6) Менеджмент пробационного надзора; 7) Этика взаимоотношений с клиентом службы пробации; 8) Технология работы с партнёрами службы пробации. У сотрудников пробации, специализирующихся на различных категориях поднадзорных, должен быть выбор дисциплин по совершенствованию своей профессиональной подготовки.

9. Судебный контроль в системе пробации

9.1. Судебный контроль осуществляется на всех этапах пробации и заключается в:

- возможности судебных органов воздействовать на процесс социального исследования личности правонарушителей;
- установлении объёма и продолжительности пробационного надзора при исполнении наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия, не связанных с лишением свободы;
- принятии решений о выполнении основных и субсидиарных юридических обязанностей, о направлении правонарушителей на программы ресоциализации.

Наряду с этим, суд способствует превращению пробации в одно из основных правовых средств обеспечения ответственности преступников перед обществом и формирования в социуме новой культурной парадигмы реагирования на криминальные конфликты.

9.2. Суд предоставляет возможность защиты прав и законных интересов поднадзорных службы пробации, поскольку ограничения их прав могут оказаться чрезмерными, а это не позволит обеспечить эффективность пробации. Лица, состоящие на учёте в службе пробации, имеют право обжалования в суд по месту их проживания действий (бездействия) сотрудников службы пробации, нарушающих их права и законные интересы, в том числе в форме установления необоснованных и неправомерных запретов; дискриминации; грубого обращения; необоснованного вмешательства в частную жизнь; использования мер, несовместимых с представлениями общественной морали; необоснованного наложения взысканий и в других формах. Судебная защита прав и свобод поднадзорных службы пробации осуществляется в соответствии с действующим законодательством Республики Казахстан.

Ноябрь, 2011 г.

**Статистический обзор по применению мер наказания
в Республике Казахстан (2000 – 2011 г.)¹**

¹ Обзор подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в нем, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

Таблица 1. Количество зарегистрированных преступлений¹⁴⁰

Год	Всего зарегистрировано преступлений
2000	150 790
2001	152 168
2002	135 151
2003	118 485
2004	143 550
2005	146 347
2006	141 271
2007	128 064
2008	127 478
2009	121 667
2010	131 896
9 месяцев 2011	137 789

¹⁴⁰ Сведения извлечены из статистического отчета формы №1-М «О зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования» Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан (Далее – КПСМСУ ГП РК).

Диаграмма 1.1. Количество зарегистрированных преступлений

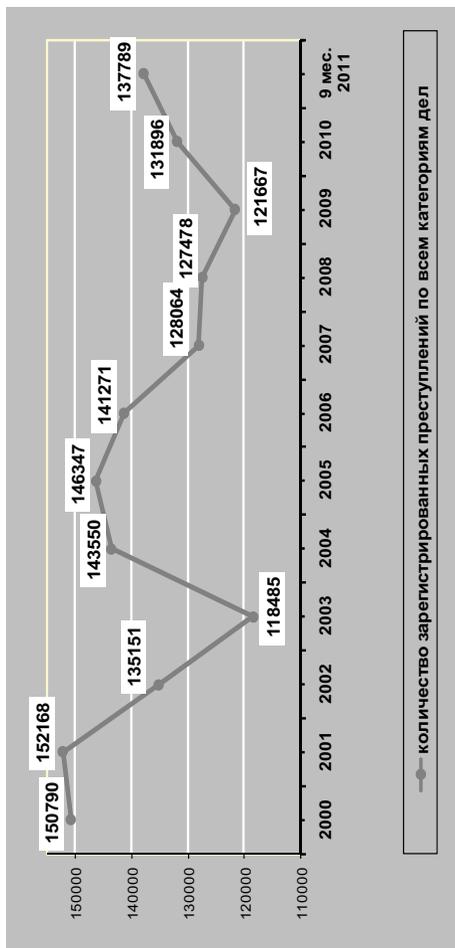
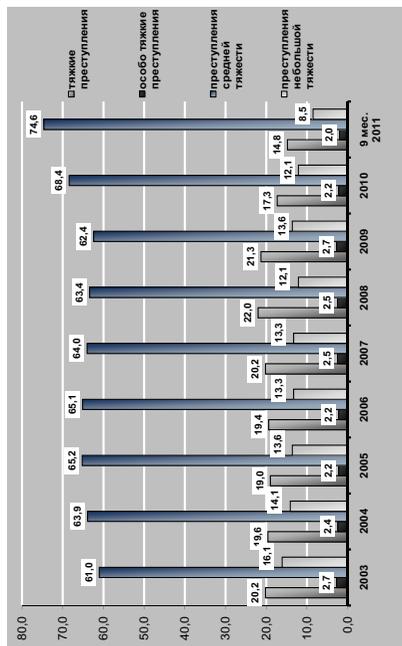


Таблица 2. Количество зарегистрированных преступлений с разбивкой на категории тяжести¹⁴¹

Год	небольшой тяжести	средней тяжести	тяжкие	особо тяжкие
2003	19 134	72 151	23 932	3 268
2004	20 241	91 650	28 146	3 513
2005	19 973	95 480	27 654	3 240
2006	18 855	91 845	27 416	3 155
2007	17 091	81 924	25 871	3 178
2008	15 419	80 791	28 052	3 216
2009	16 557	75 906	25 902	3 302
2010	15 969	90 189	22 784	2 954
9 месяцев 2011	11 736	102 857	20 419	2 777

¹⁴¹ Сведения извлечены из статистического отчета формы №1-М «О зарегистрированных преступлениях и результатах деятельности органов уголовного преследования» КПСМУ ПП РК. В таблице отсутствуют сведения за 2000 – 2002 г.г. ввиду непредоставления информации КПСМУ ПП РК.

Диаграмма 2.1. Количество зарегистрированных преступлений с разбивкой на категории тяжести



Процентное соотношение количества преступлений по отдельным категориям тяжести с общим количеством зарегистрированных преступлений

Таблица 3. Количество уголовных дел возбужденных органами уголовного преследования¹⁴²

Год	органами следствия	Органами дознания	всего
2000	96 615	54 566	151 181
2001	107 709	46 308	154 017
2002	93 943	41 014	134 957
2003	86 386	35 124	121 510
2004	106 399	35 013	141 412
2005	98 006	36 241	134 247
2006	92 642	35 539	128 181
2008	87 405	31 059	118 464
2009	82 606	28 762	111 368
2010	88 166	28 830	116 996

¹⁴² Сведения извлечены из статистического отчета формы №1-Е «Отчет о работе органов следствия и дознания» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 3.1. Количество уголовных дел возбужденных органами уголовного преследования

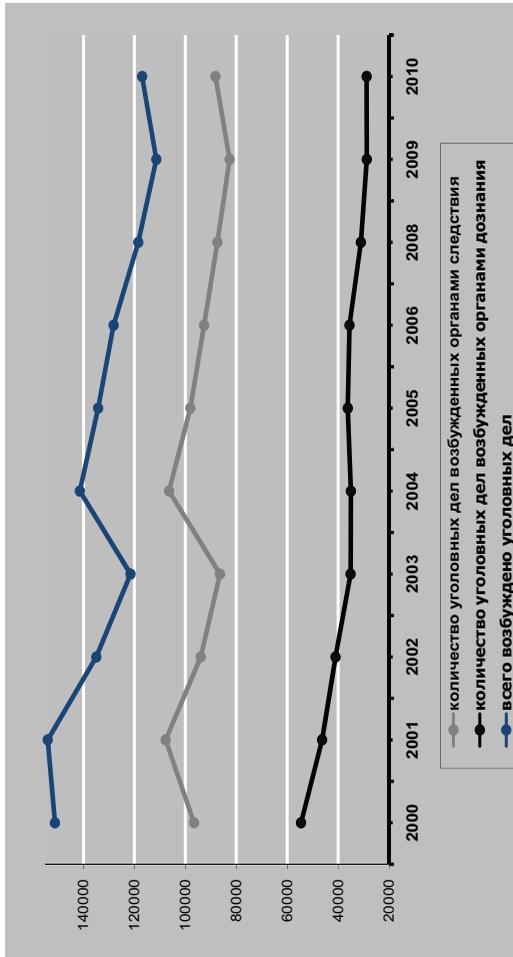
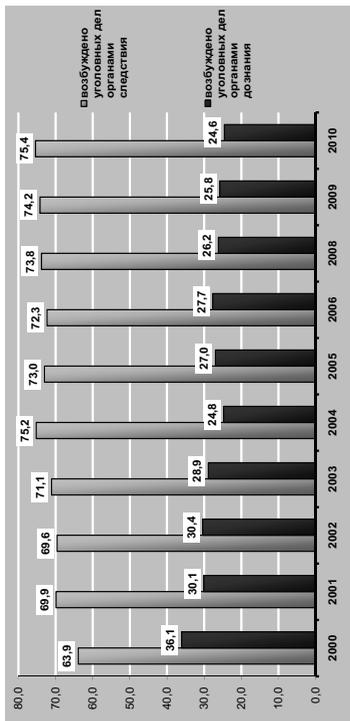


Диаграмма 3.2. Количество уголовных дел возбужденных органами следствия и дознания



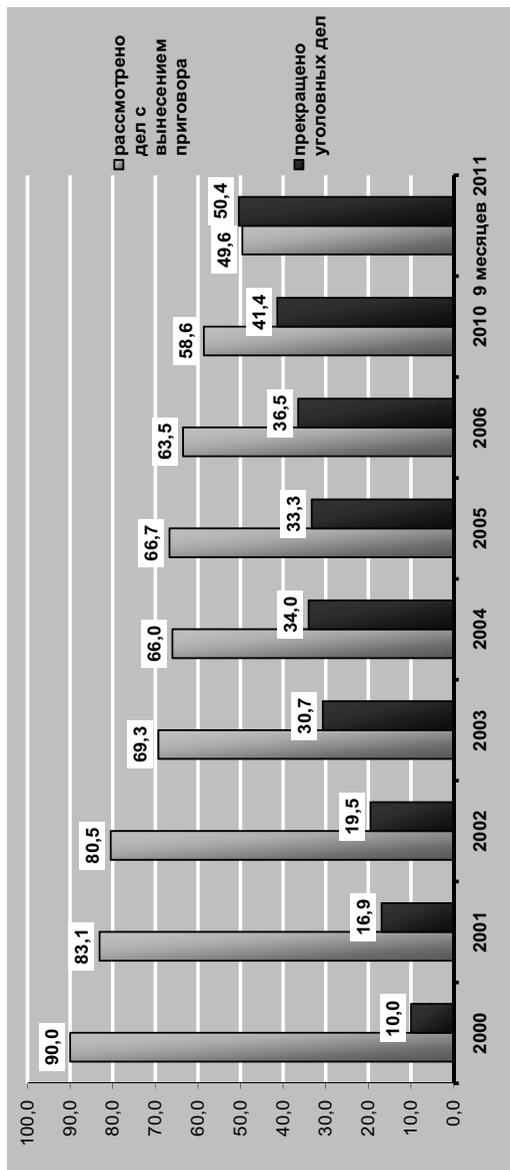
Процентное соотношение количества уголовных дел возбужденных органами следствия и дознания с общим количеством возбужденных уголовных дел

Таблица 4. Количество уголовных дел рассмотренных судами^{143*}

Год	рассмотрено с вынесением приговора	прекращено уголовных дел	всего
2000	69 071	7 710	76 781
2001	63 689	12 964	76 653
2002	58 522	14 149	72 671
2003	46 281	20 534	66 815
2004	38 526	19 852	58 378
2005	35 651	17 807	53 458
2006	30 170	17 301	47 471
2010	30 364	21 490	51 854
9 месяцев 2011	16 438	16 676	33 114

¹⁴³ Сведения извлечены из статистического отчета формы №1 «О работе судов первой инстанции по рассмотрению уголовных дел» КПСиСУ ПП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007, 2008, 2009 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ПП РК.

Диаграмма 4.1. Количество уголовных дел рассмотренных судами с вынесением приговора и прекращенных



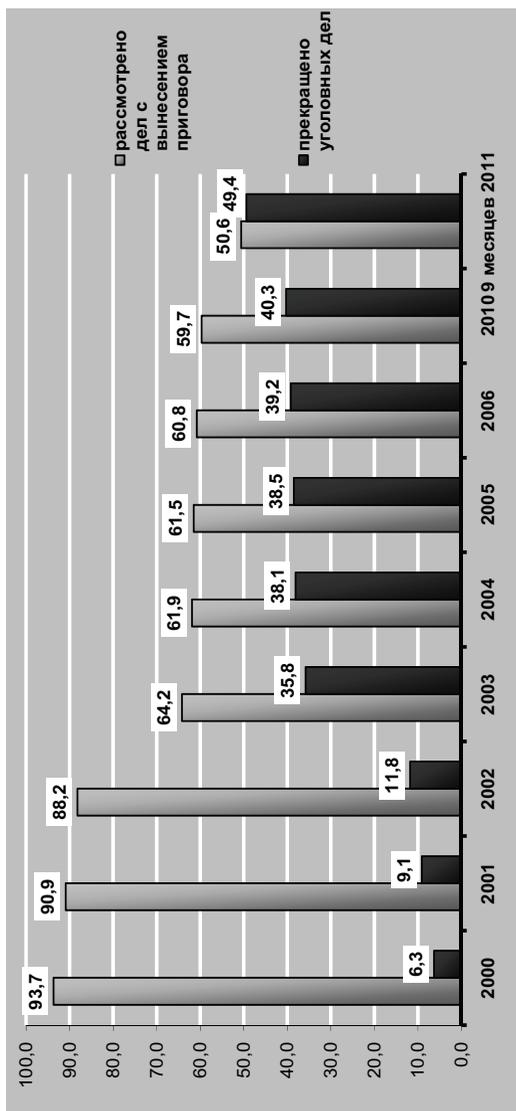
Процентное соотношение количества уголовных дел рассмотренных судами с вынесением приговора и прекращенных уголовных дел с общим количеством дел рассмотренных судами

Таблица 5. Количество уголовных дел рассмотренных судами по делам несовершеннолетних¹⁴⁴

Год	рассмотрено с вынесением приговора	прекращено уголовных дел	всего
2000	4 448	296	4 744
2001	4 854	486	5 340
2002	4 785	642	5 427
2003	2 859	1 597	4 456
2004	2 665	1 637	4 302
2005	2 358	1 477	3 835
2006	1 965	1 267	3 232
2010	1 579	1 065	2 644
9 месяцев 2011	830	811	1 641

¹⁴⁴ Сведения извлечены из статистического отчета формы №1 «О работе судов первой инстанции по рассмотрению уголовных дел» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007, 2008, 2009 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 5.1. Количество уголовных дел рассмотренных судами по делам несовершеннолетних, с вынесением приговора и прекращенных уголовных дел



Пропорциональное соотношение количества уголовных дел рассмотренных судами по делам несовершеннолетних с вынесением приговора и прекращенных уголовных дел с общим количеством дел рассмотренных судами по несовершеннолетним

Таблица 6. Численность осужденных судами РК¹⁴⁵

Год	численность осужденных
2000	77 984
2001	70 924
2002	64 829
2003	50 271
2004	41 752
2005	38 439
2006	32 582
2007	35 497
2008	36 351
2009	39 391
2010	31 968
9 месяцев 2011	19 807

¹⁴⁵ Сведения извлечены из статистического отчета формы №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 6.1. Численность осужденных судами РК

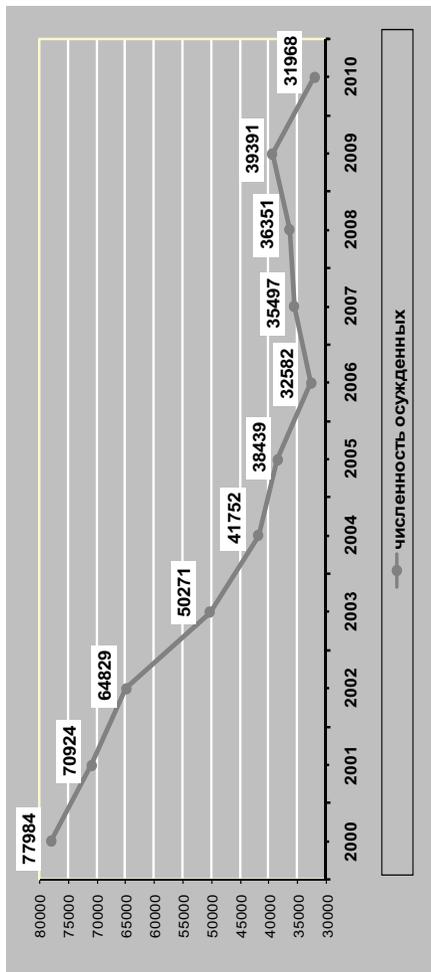


Таблица 7. Численность осужденных с разбивкой на категории тяжести¹⁴⁶

Год	небольшой тяжести	средней тяжести	тяжкие	особо тяжкие
2000	10 017	30 669	34 314	2 984
2001	7 416	22 695	38 104	2 709
2002	7 192	19 420	35 873	2 344
2003	6 334	27 562	14 166	2 209
2004	5 600	19 841	13 651	2 330
2005	4 384	17 794	13 972	2 289
2006	3 181	13 449	13 754	2 198
2008	4 355	15 638	13 822	2 536
2009	4 965	16 827	14 909	2 690
2010	4 196	14 820	11 147	1 805
9 месяцев 2011	2 230	7 483	8 564	1 530

¹⁴⁶ Сведения извлечены из статистического отчета форм №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» и №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСиСУ ПП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредоставления информации КПСиСУ ПП РК.

Диаграмма 7.1. Численность осужденных с разбивкой на категории тяжести

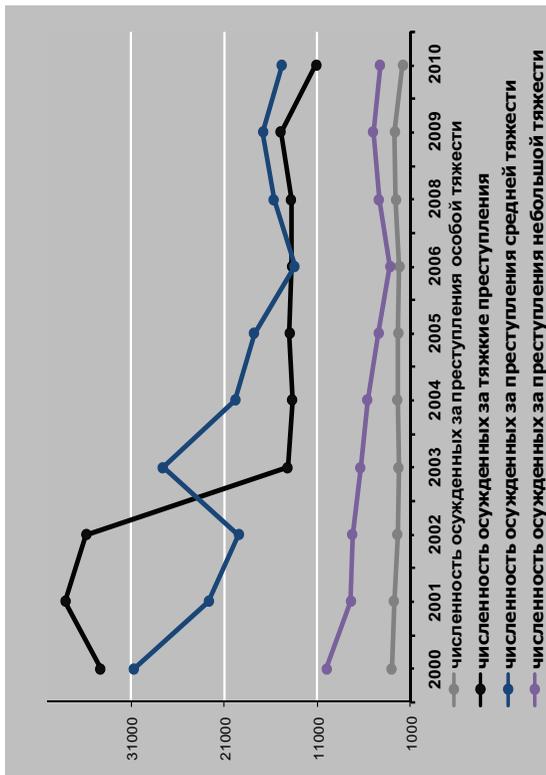
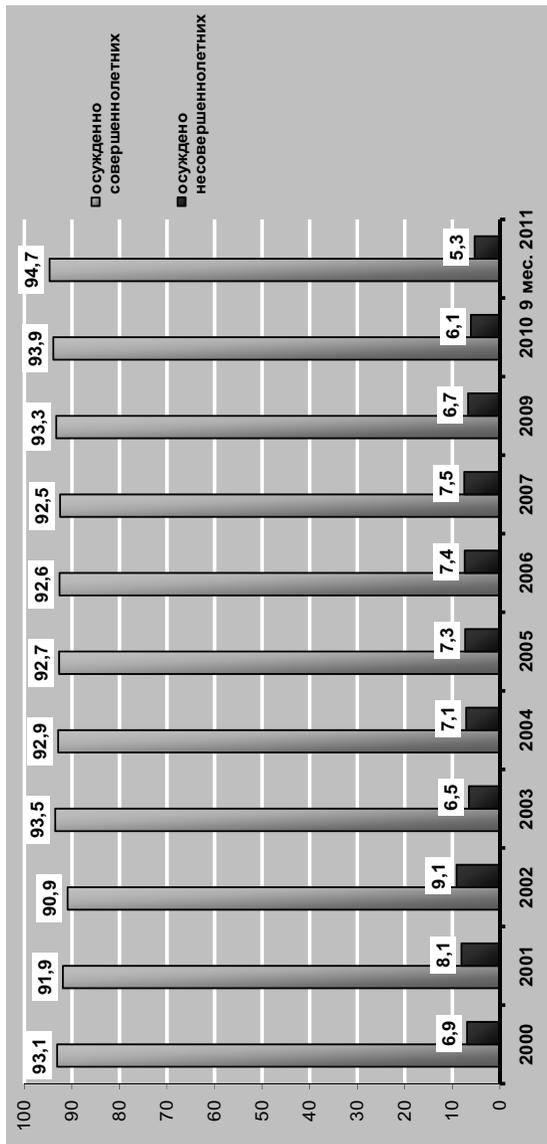


Таблица 8. Численность осужденных с разбивкой по возрасту¹⁴⁷

Год	совершеннолетних	несовершеннолетних
2000	72 591	5 393
2001	65 198	5 726
2002	58 902	5 927
2003	46 984	3 287
2004	38 779	2 973
2005	35 646	2 793
2006	30 176	2 406
2007	32 817	2 680
2009	36 737	2 654
2010	30 028	1 940
9 месяцев 2011	18 759	1 048

¹⁴⁷ Сведения извлечены из статистического отчета формы №12 «Об осуждении несовершеннолетних» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 8.1. Численность осужденных с разбивкой по возрасту



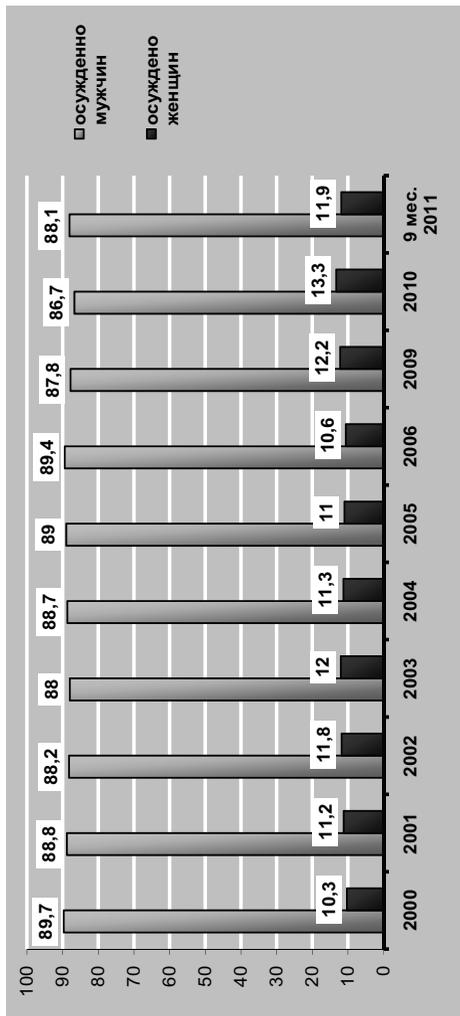
Процентное соотношение численности осужденных совершеннолетних и несовершеннолетних лиц, с общей численностью осужденных лиц

Таблица 9. Численность осужденных с разбивкой по полу¹⁴⁸

Год	мужчин	женщин
2000	69 970	8 014
2001	63 004	7 920
2002	57 209	7 620
2003	44 232	6 039
2004	37 026	4 726
2005	34 226	4 213
2006	29 123	3 449
2009	34 607	4 784
2010	27 712	4 256
9 месяцев 2011	17 454	2 353

¹⁴⁸ Сведения извлечены из статистического отчета форм №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» и №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСИСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007, 2008 г.г. ввиду непредоставления информации КПСИСУ ГП РК.

Диаграмма 9.1. Численность осужденных с разбивкой по полу



Процентное соотношение численности осужденных мужчин и женщин с общей численностью осужденных лиц

Таблица 10. Сведения о численности осужденных с разбивкой по мерам наказания¹⁴⁹

Год	лишение свободы	штраф	исправительные работы	общественные работы	лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью	ограничение свободы	арест
2000	40 021	5 545	1 143	-	15	-	-
2001	33 958	3 177	621	685	5	-	-
2002	27 069	2 746	534	1 222	7	-	-
2003	22 098	2 732	474	1 675	12	-	-
2004	19 158	1 983	263	1 412	14	-	-
2005	18 426	1 432	182	1 113	20	482	6
2006	16 054	896	101	724	2	276	6
2007	16 542	1 386	98	1 113	4	-	-
2008	17 161	1 540	143	1 119	992	726	18
2009	18 788	1 764	101	1 212	17	780	29
2010	12 030	1 643	99	1 864	29	883	124
9 мес. 2011	7 993	664	16	710	12	3 581	10

¹⁴⁹ Сведения извлечены из статистического отчета форм №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» и №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСМСУ ПП РК. В Таблице отсутствуют полные данные за 2007 г. ввиду непредоставления информации КПСМСУ ПП РК.

Диаграмма 10.1. Численность осужденных, приговоренных к лишению свободы

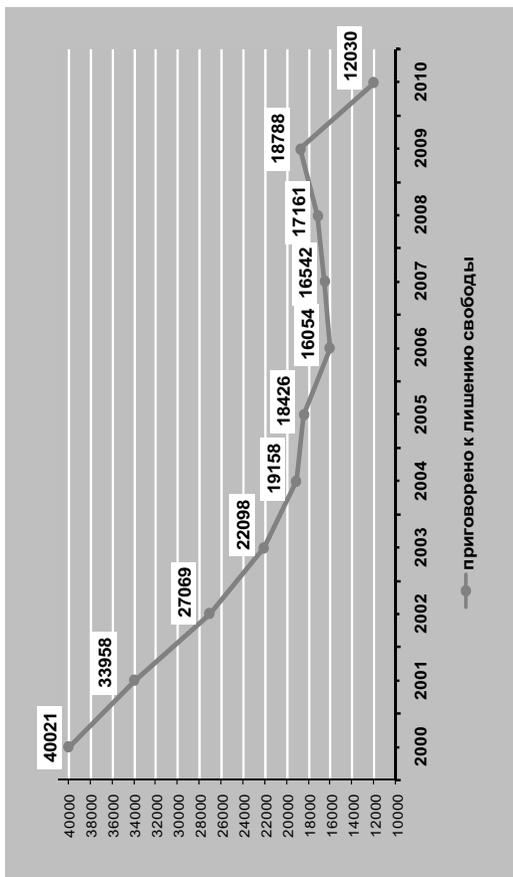
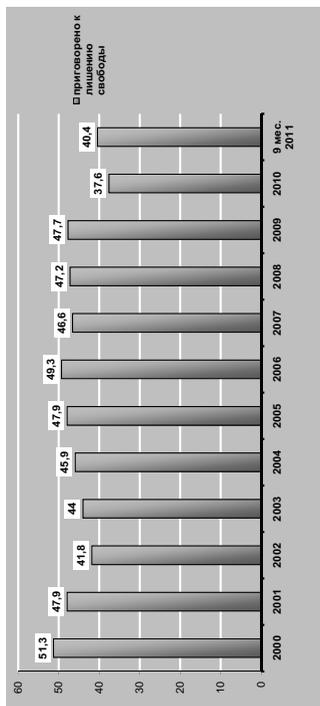


Диаграмма 10.2. Численность осужденных, приговоренных к лишению свободы



Процентное соотношение численности осужденных приговоренных к лишению свободы с общей численностью осужденных лиц

Диаграмма 10.3. Численность осужденных, приговоренных к штрафу

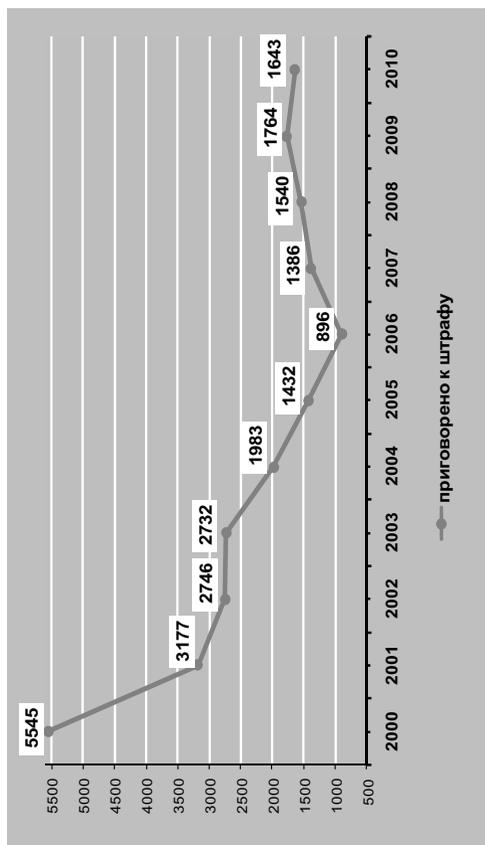
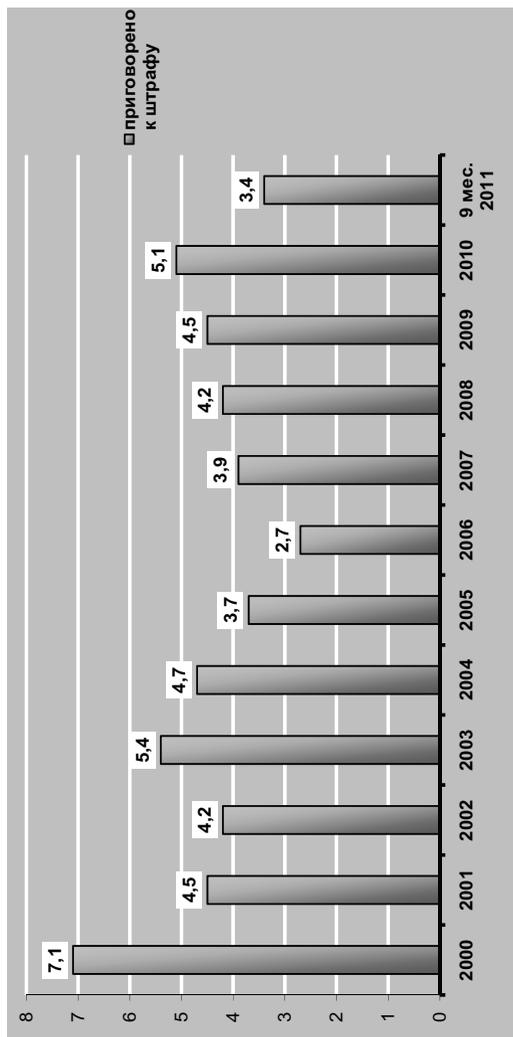


Диаграмма 10.4. Численность осужденных, приговоренных к штрафу



Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к штрафу с общей численностью осужденных

Диаграмма 10.5. Численность осужденных, приговоренных к исправительным и общественным работам

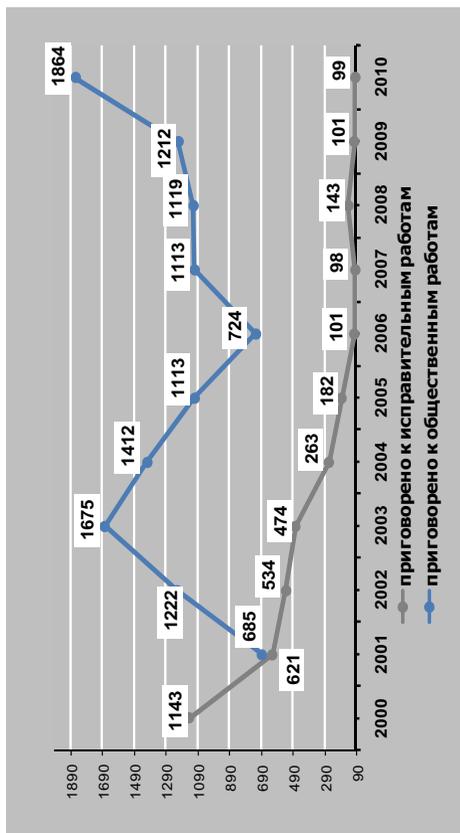
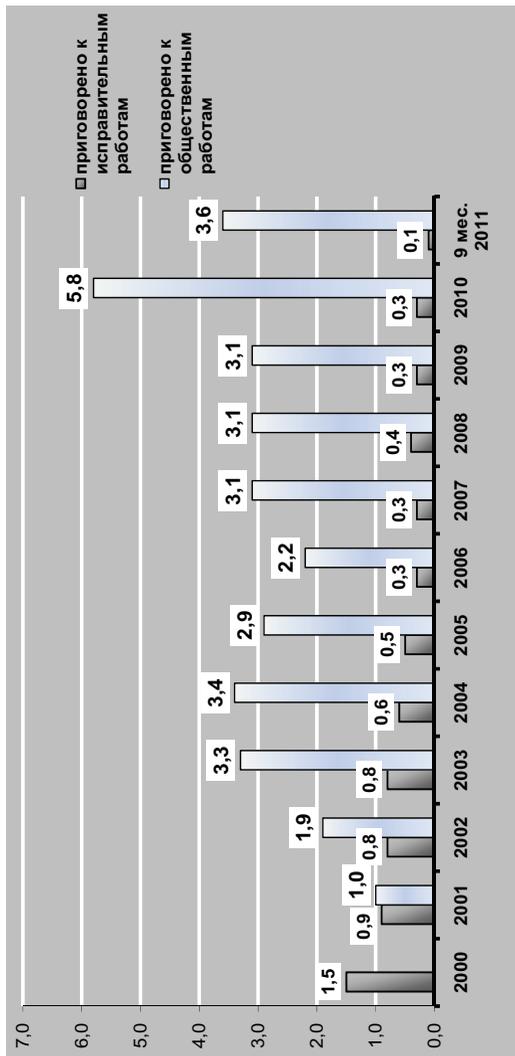


Диаграмма 10.6. Численность осужденных, приговоренных к исправительным и общественным работам



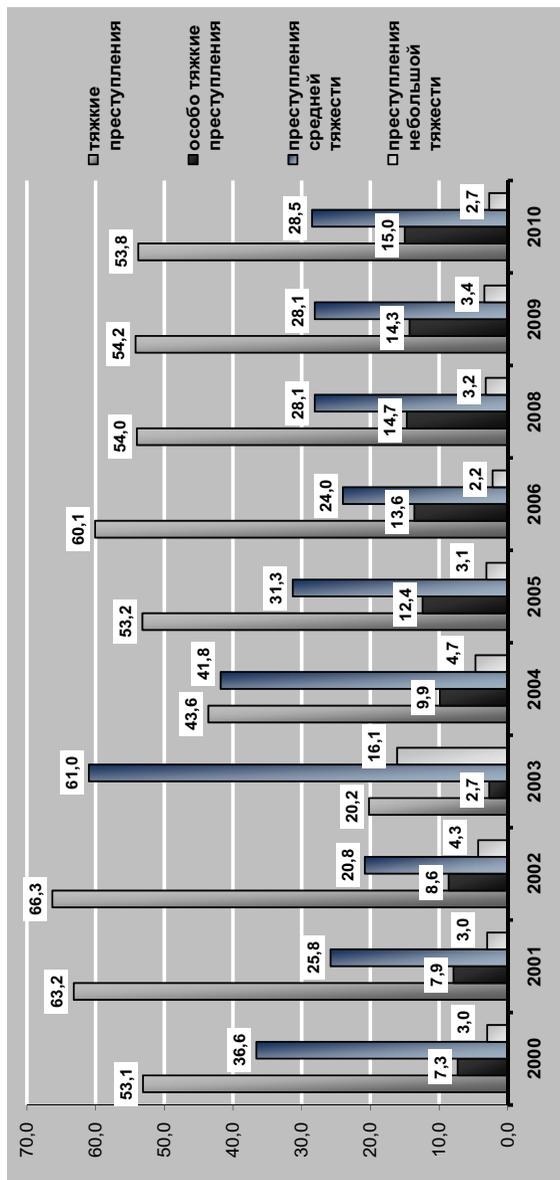
Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к исправительным и общественным работам с общей численностью осужденных

Таблица 11. Сведения о численности осужденных по основным мерам наказания с разбивкой на категории тяжести¹⁵⁰

Год	лишение свободы				штраф				исправительные работы				общественные работы			
	особо тяжкие	тяжкие	средней тяжести	небольшой тяжести	особо тяжкие	тяжкие	средней тяжести	небольшой тяжести	особо тяжкие	тяжкие	средней тяжести	небольшой тяжести	особо тяжкие	тяжкие	средней тяжести	небольшой тяжести
2000	2 941	21 260	14 651	1 169	1 166	665	4 713	0	45	531	567	-	-	-	-	-
2001	2 686	21 478	8 776	1 016	1 62	468	2 547	0	19	297	305	0	13	265	407	
2002	2 323	17 958	5 619	1 169	1 03	548	2 095	0	26	257	251	0	16	649	557	
2003	2 182	9 639	9 227	1 050	17	847	1 868	0	11	218	245	0	-	939	736	
2004	2 305	9 381	6 697	775	5	524	1 454	0	1	91	171	0	8	625	779	
2005	2 276	9 808	5 767	575	8	431	993	0	1	86	95	0	4	546	563	
2006	2 184	9 655	3 858	357	4	298	594	0	1	38	62	0	4	369	351	
2008	2 521	9 262	4 830	548	5	473	1 062	0	3	507	1 141	0	2	443	674	
2009	2 682	10 185	5 280	641	5	528	1 231	0	0	39	62	0	2	473	737	
2010	1 799	6 476	3 426	329	25	575	1 043	0	1	39	56	0	3	1 046	815	
9 мес. 2011	1 523	4 554	1 658	258	7	267	390	0	0	5	11	0	1	324	385	

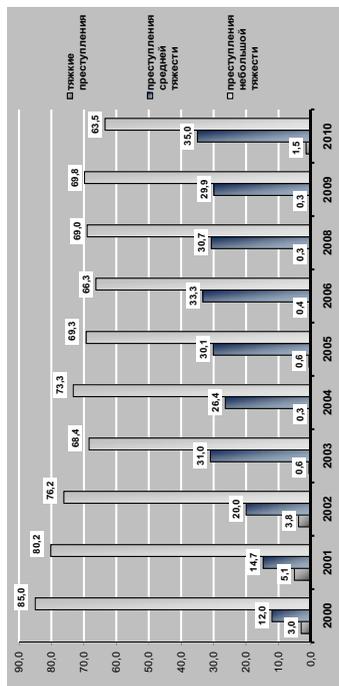
¹⁵⁰ Сведения извлечены из статистического отчета форм №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» и №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредоставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 11.1. Численность лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой на категории тяжести



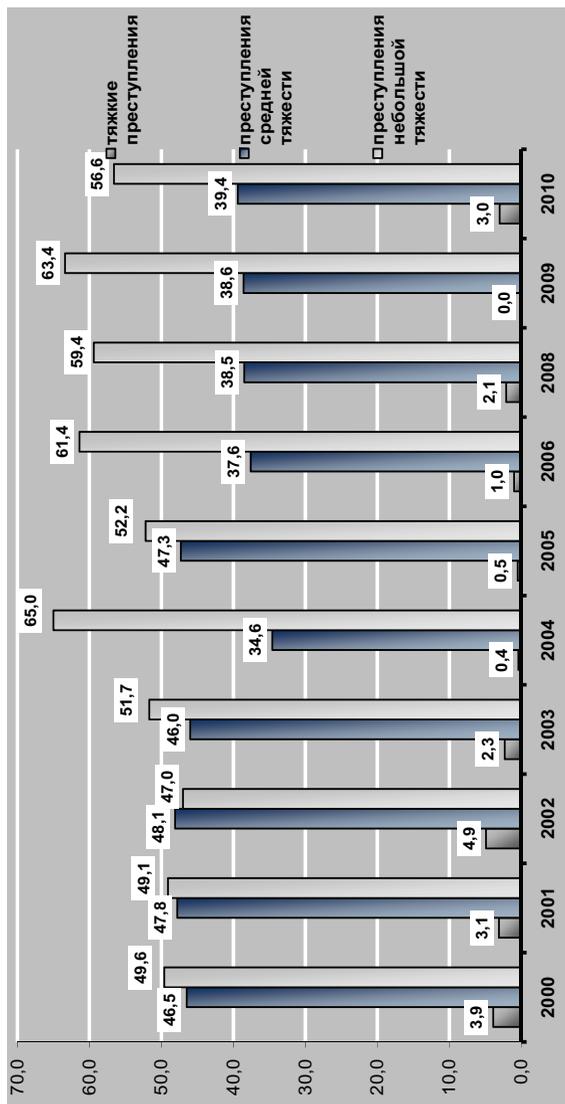
Процентное соотношение численности приговоренных к лишению свободы лиц, с разбивкой на категории тяжести с общим числом лиц, приговоренных к лишению свободы

Диаграмма 11.2. Численность лиц, приговоренных к штрафу с разбивкой на категории тяжести



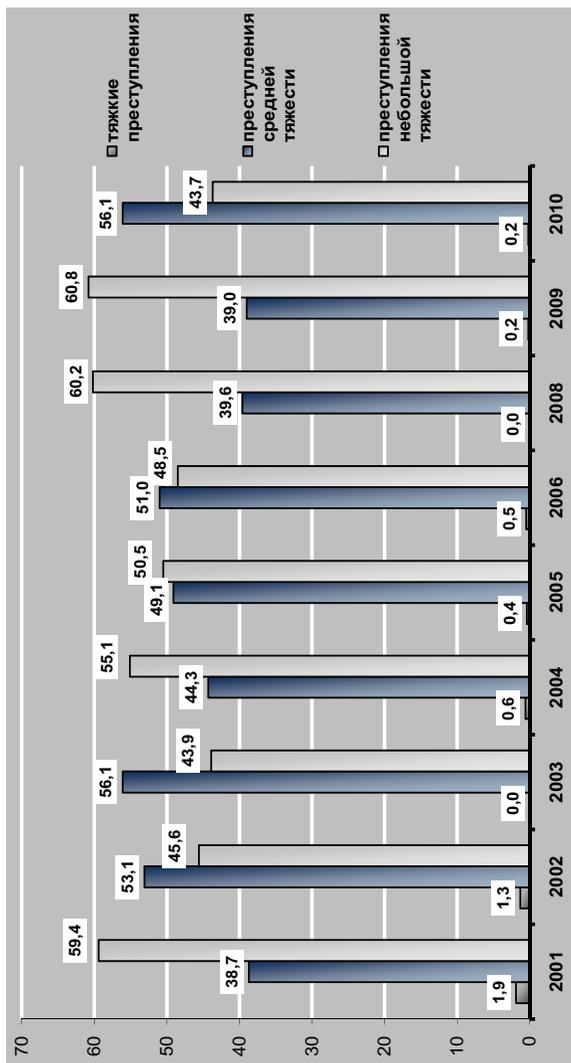
Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к штрафу с разбивкой на категории тяжести с общим числом осужденных лиц, приговоренных к штрафу

Диаграмма 11.3. Численность лиц, приговоренных к исправительным работам с разбивкой на категории тяжести



Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к исправительным работам с разбивкой на категории тяжести с общим числом осужденных приговоренных к исправительным работам

Диаграмма 11.4. Численность лиц, приговоренных к общественным работам с разбивкой на категории тяжести



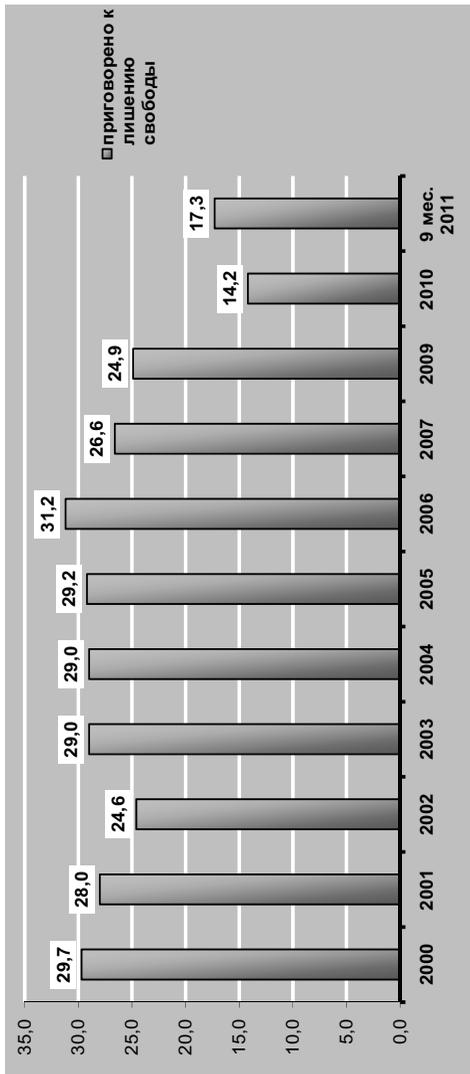
Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к общественным работам с разбивкой на категории тяжести с общим числом осужденных лиц приговоренных к общественным работам

Таблица 12. Сведения о численности несовершеннолетних осужденных с разбивкой по основным мерам наказания^{151*}

Год	лишение свободы	штраф	исправительные работы	общественные работы	ограничение свободы	арест
2000	1 668	19	7	-	-	-
2001	1 601	15	0	19	-	-
2002	1 460	15	6	36	-	-
2003	951	10	3	57	-	-
2004	860	6	3	62	-	-
2005	816	3	2	55	89	0
2006	751	1	0	33	38	4
2007	714	5	1	54	-	-
2009	660	3	1	25	57	0
2010	275	1	0	18	59	0
9 месяцев 2011	181	1	0	2	248	0

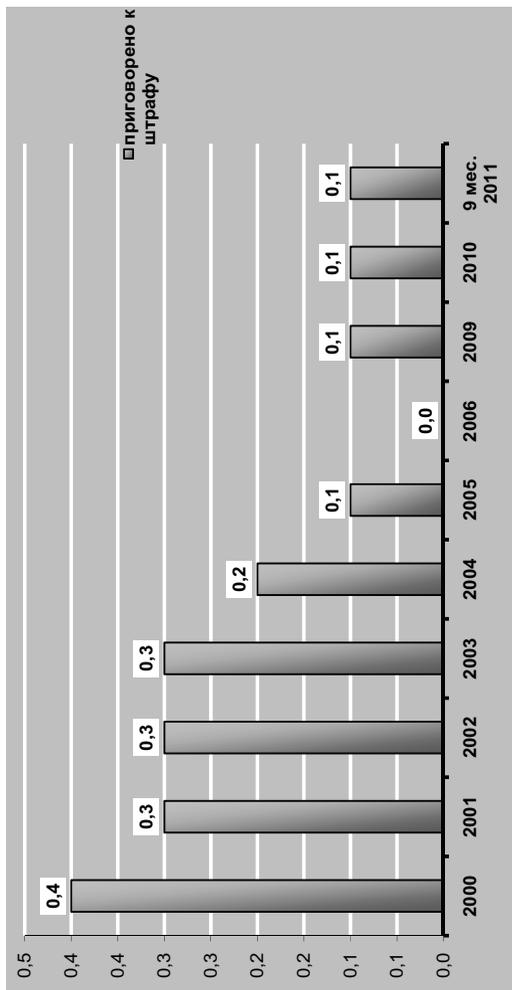
¹⁵¹ Сведения извлечены из статистического отчета формы №12 «Об осуждении несовершеннолетних» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 и 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 12.1. Численность несовершеннолетних лиц, приговоренных к лишению свободы



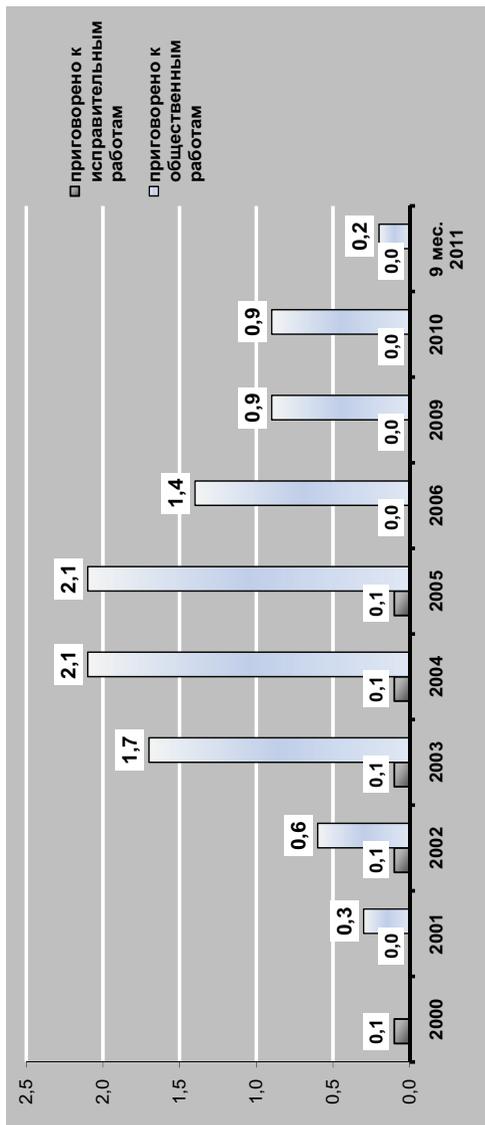
Процентное соотношение численности несовершеннолетних лиц, приговоренных к лишению свободы с общей численностью несовершеннолетних осужденных

Диаграмма 12.2. Численность несовершеннолетних лиц, приговоренных к штрафу



Процентное соотношение численности несовершеннолетних лиц, приговоренных к штрафу с общей численностью несовершеннолетних осужденных

Диаграмма 12.3. Численность несовершеннолетних лиц, приговоренных к исправительным и общественным работам



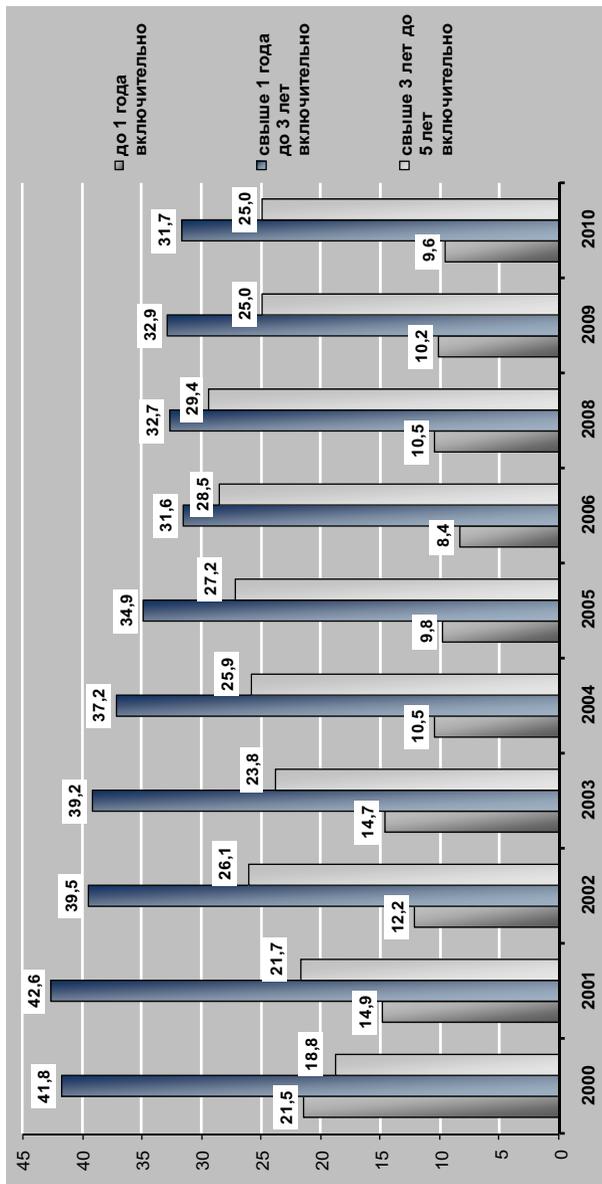
Процентное соотношение численности несовершеннолетних лиц, приговоренных к исправительным и общественным работам с общей численностью несовершеннолетних осужденных

Таблица 13. Численность лиц, осужденных к лишению свободы с разбивкой на сроки¹⁵²

Год	Лица, осужденные к лишению свободы с разбивкой на сроки										Смертная казнь	пожизненное лишение свободы
	до 1 года включительно	свыше 1 года до 3 лет включительно	свыше 3 лет до 5 лет включительно	свыше 5 лет до 8 лет включительно	свыше 8 лет до 10 лет включительно	свыше 10 лет до 12 лет включительно	свыше 12 лет до 15 лет включительно	свыше 15 лет до 20 лет включительно	свыше 20 лет до 25 лет включительно	свыше 25 лет до 30 лет включительно		
2000	8 619	16 734	7 535	4 554	1 211	607	375	286	66	15	19	-
2001	5 063	14 476	7 374	4 611	1 079	594	379	289	80	2	9	-
2002	3 317	10 690	7 055	3 957	985	414	312	255	66	1	17	-
2003	3 245	8 671	5 258	3 235	799	349	246	210	82	3	0	-
2004	2 016	7 132	4 961	3 202	836	413	296	240	57	5	0	-
2005	1 808	6 430	5 016	3 347	856	348	285	242	45	1	2	10
2006	1 351	5 071	4 576	3 316	833	427	221	200	49	2	3	5
2008	1 805	5 619	4 275	3 294	990	565	327	241	31	1	0	13
2009	1 924	6 177	4 694	3 589	1 108	626	341	282	41	0	0	6
2010	1 155	3 813	3 010	2 381	690	495	241	220	19	1	0	5
9 мес. 2011	425	2 068	2 216	1 792	594	373	249	235	31	0	0	10

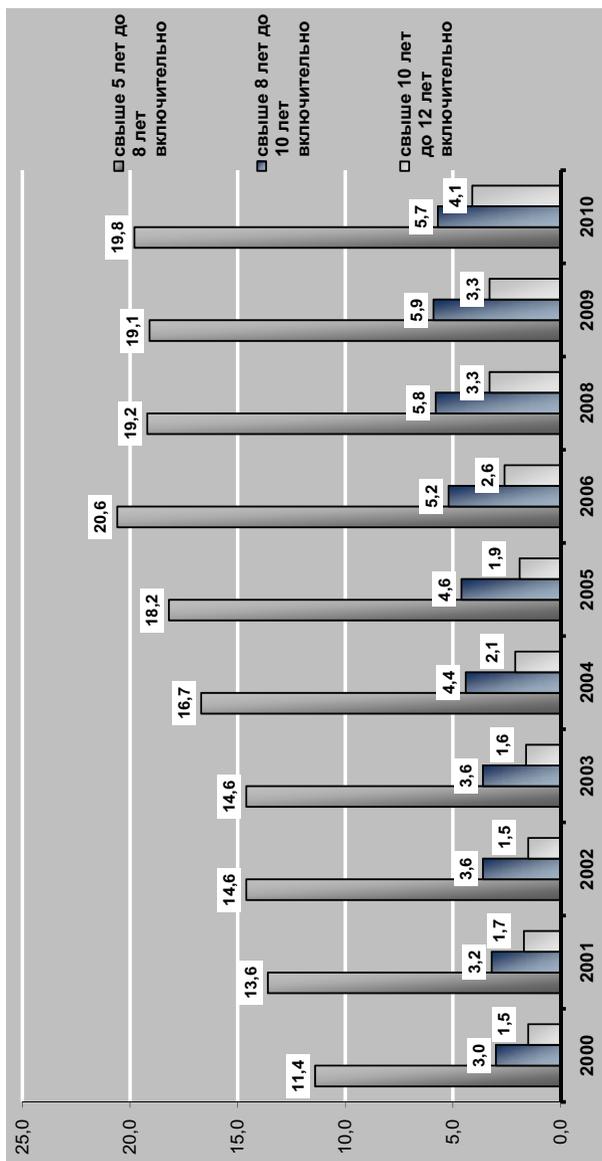
¹⁵² Сведения извлечены из статистического отчета формы №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 13.1. Численность лиц, приговоренных к лишению свободы на сроки до 1 года, от 1 до 3 лет, от 3 до 5 лет



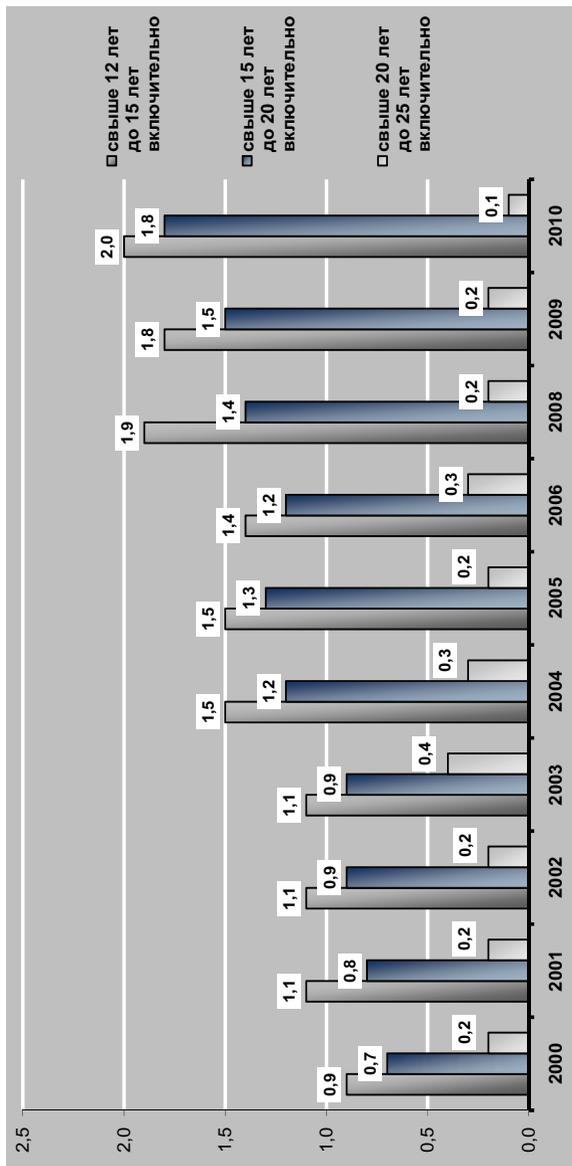
Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой по годам с общим числом лиц, приговоренных к лишению свободы

Диаграмма 13.2. Численность лиц, приговоренных к лишению свободы на сроки свыше 5 до 8 лет, свыше 8 до 10 лет, свыше 10 до 12 лет



Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой по годам с общим числом лиц, приговоренных к лишению свободы

Диаграмма 13.3. Численность лиц, приговоренных к лишению свободы на сроки свыше 12 до 15 лет, свыше 15 до 20 лет, свыше 20 до 25 лет



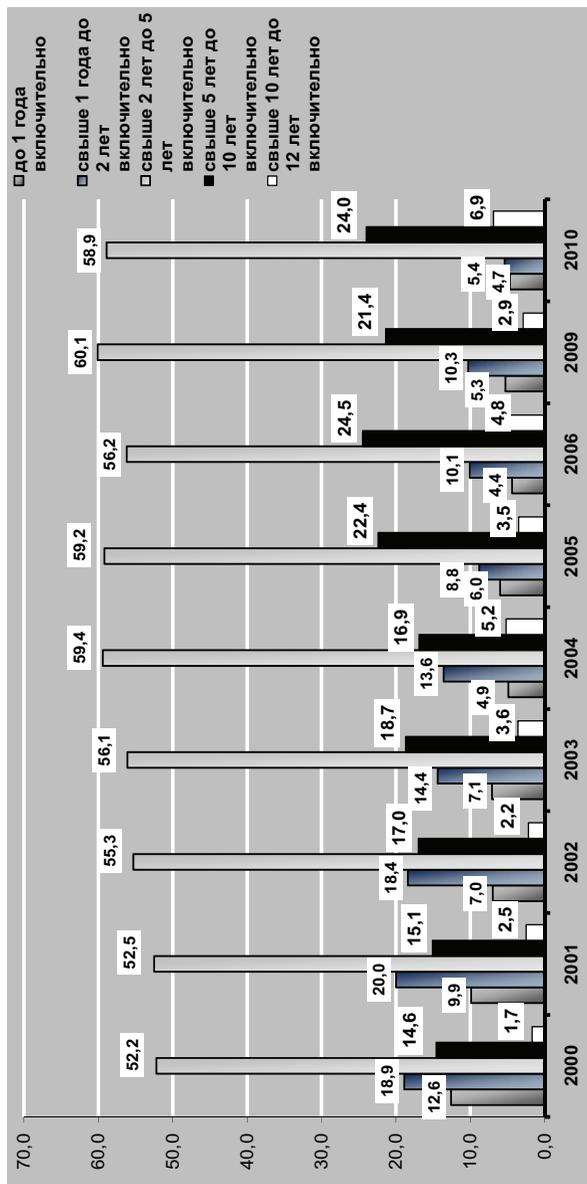
Процентное соотношение численности лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой по годам с общим числом лиц, приговоренных к лишению свободы

Таблица 14. Численность несовершеннолетних осужденных к лишению свободы с разбивкой на сроки¹⁵³

Год	до 1 года включительно	свыше 1 года до 2 лет включительно	свыше 2 лет до 5 лет включительно	свыше 5 лет до 10 лет включительно	свыше 10 лет до 12 лет включительно
2000	210	316	871	243	28
2001	158	321	840	242	40
2002	103	269	808	248	32
2003	68	137	534	178	34
2004	42	117	511	145	45
2005	49	72	483	183	29
2006	33	76	422	184	36
2009	35	68	397	141	19
2010	13	15	162	66	19
9 мес. 2011	9	11	85	60	16

¹⁵³ Сведения извлечены из статистического отчета формы №12 «Об осуждении несовершеннолетних» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 и 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 14.1. Численность несовершеннолетних лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой на сроки



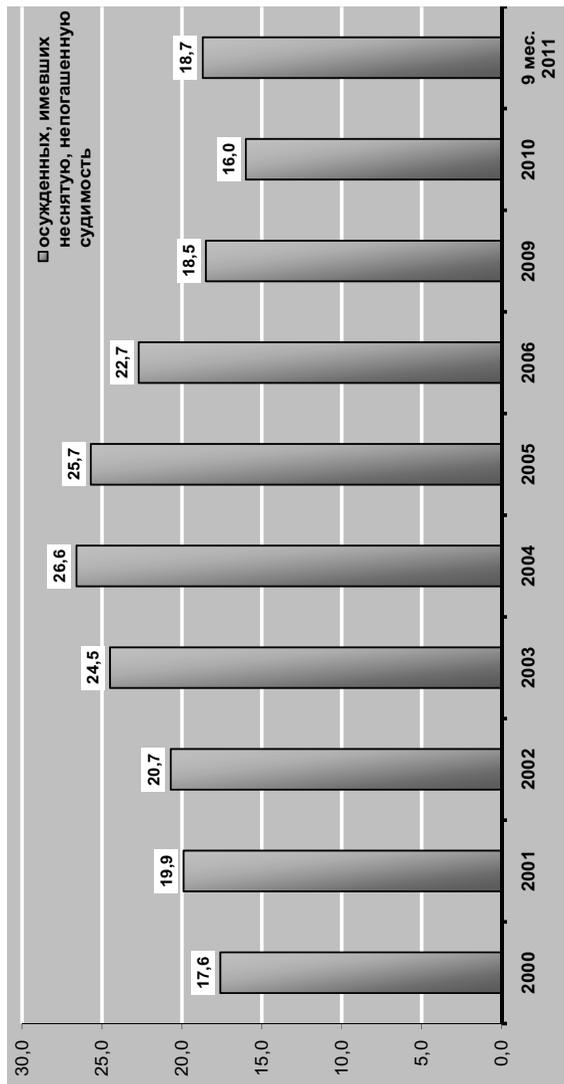
Процентное соотношение численности несовершеннолетних лиц, приговоренных к лишению свободы с разбивкой по годам с общим числом лиц, несовершеннолетних приговоренных к лишению свободы

Таблица 15. Численность осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость с разбивкой на категории тяжести¹⁵⁴

Год	по особо тяжким преступлениям	по тяжким преступлениям	по преступлениям средней тяжести	по преступлениям небольшой тяжести	всего
2000	633	6 457	5 886	782	13 758
2001	630	7 970	4 504	1 046	14 150
2002	605	8 121	3 358	1 371	13 455
2003	602	4 431	6 276	1 004	12 313
2004	642	4 564	5 154	738	11 098
2005	679	4 458	4 302	435	9 874
2006	550	3 759	2 828	249	7 386
2009	531	3 205	3 215	354	7 305
2010	288	1 756	2 841	226	5 111
9 мес. 2011	315	1 555	1 652	178	3 700

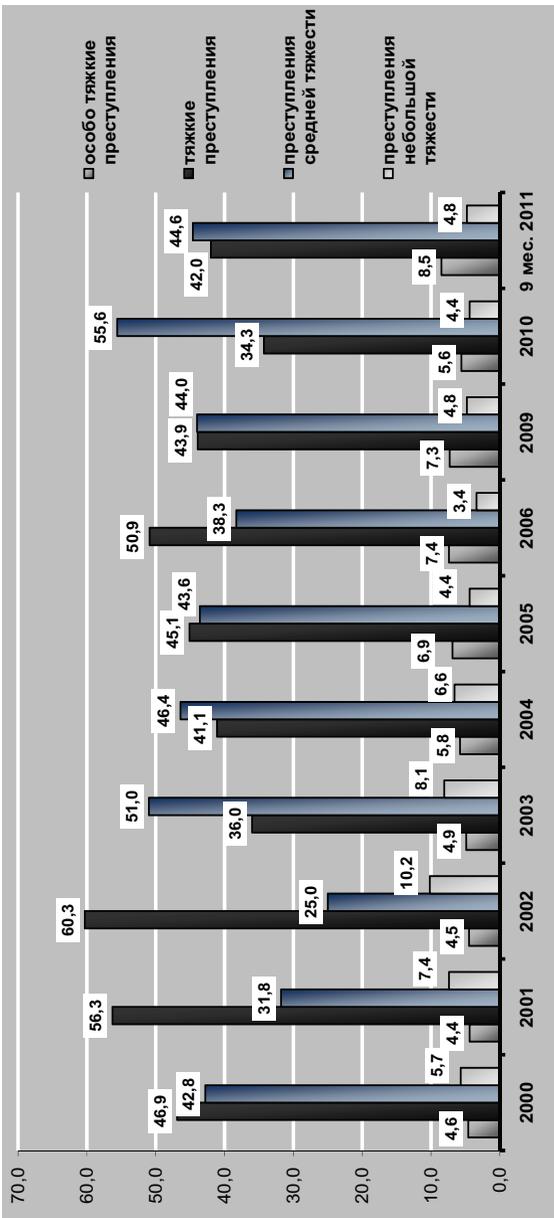
¹⁵⁴ Сведения извлечены из статистического отчета формы №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 и 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 15.1. Численность осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость



Процентное соотношение численности осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость с общим числом осужденных лиц

Диаграмма 15.2. Численность осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость с разбивкой на категории тяжести



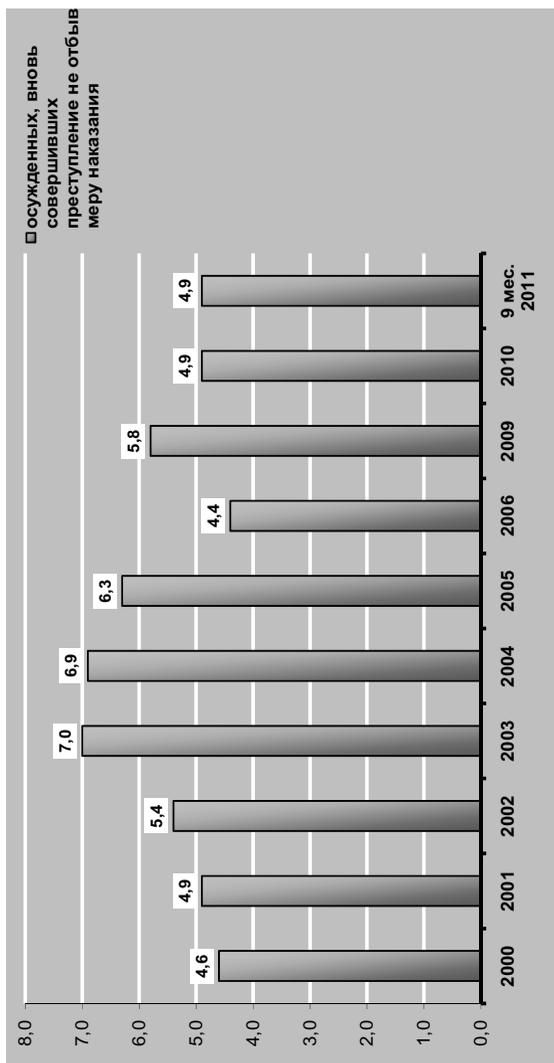
Процентное соотношение численности осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость, с разбивкой на категории тяжести с общим числом осужденных, имевших в прошлом неснятую и непогашенную судимость

Таблица 16. Численность лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на категории тяжести¹⁵⁵

Год	по особо тяжким преступлениям	по тяжким преступлениям	по преступлениям средней тяжести	по преступлениям небольшой тяжести	всего
2000	120	1 725	1 465	316	3 626
2001	124	1 987	995	388	3 494
2002	132	2 149	712	511	3 504
2003	143	1 054	1 893	433	3 523
2004	125	996	1 483	298	2 902
2005	120	880	1 238	192	2 430
2006	85	618	632	112	1 447
2009	122	818	1 098	241	2 279
2010	86	529	845	99	1 559
9 мес. 2011	72	388	435	81	976

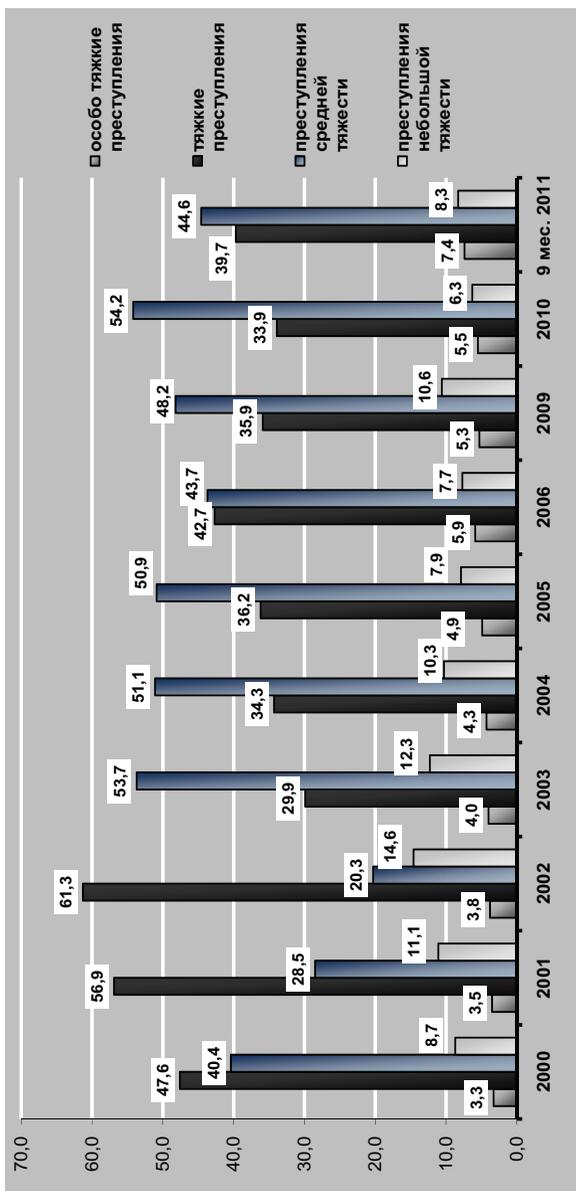
¹⁵⁵ Сведения извлечены из статистического отчета формы №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 и 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 16.1. Численность лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания



Прцентное соотношение численности лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с общим числом осужденных лиц

Диаграмма 16.2. Численность лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на категории тяжести



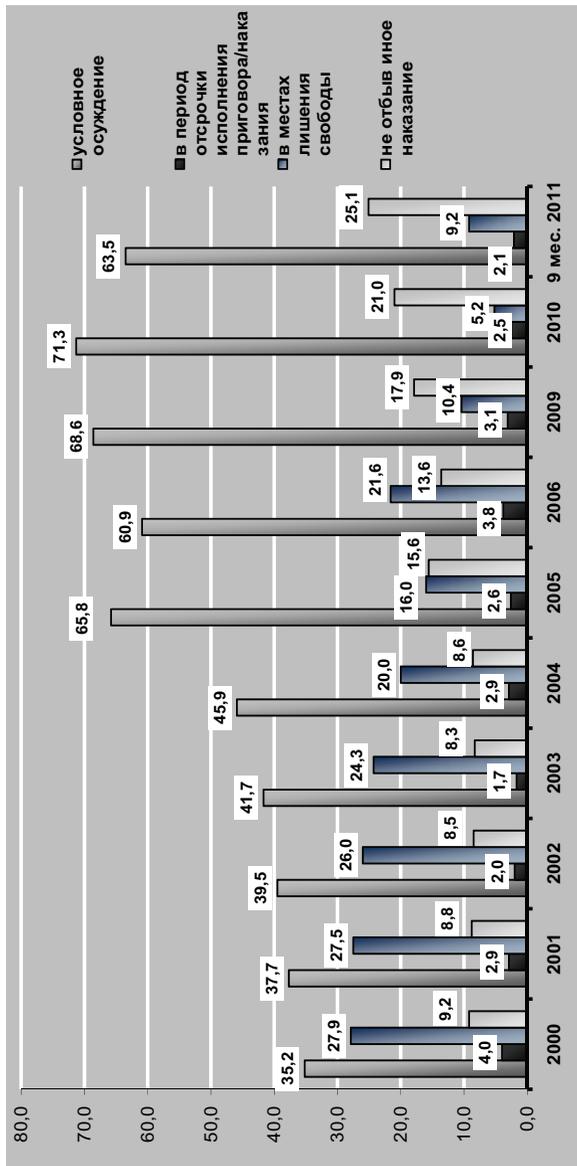
Процентное соотношение численности лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на категории тяжести с общим числом лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания

Таблица 17. Численность лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на виды наказания¹⁵⁶

Год	условное осуждение	в период отсрочки исполнения приговора/наказания	в период испытательного срока	в местах лишения свободы	не отбыв иное наказание
2000	1 278	147	855	1 011	335
2001	1 317	102	806	961	308
2002	1 386	72	835	912	299
2003	1 471	62	839	857	294
2004	1 333	85	652	581	251
2005	1 599	64	-	388	379
2006	882	55	-	313	197
2009	1 564	70	-	236	409
2010	1 111	39	-	82	327
9 мес. 2011	620	21	-	90	245

¹⁵⁶ Сведения извлечены из статистического отчета формы №11 «О составе осужденных, совершивших преступления» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 и 2008 г.г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 17.1. Численность лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на виды наказаний



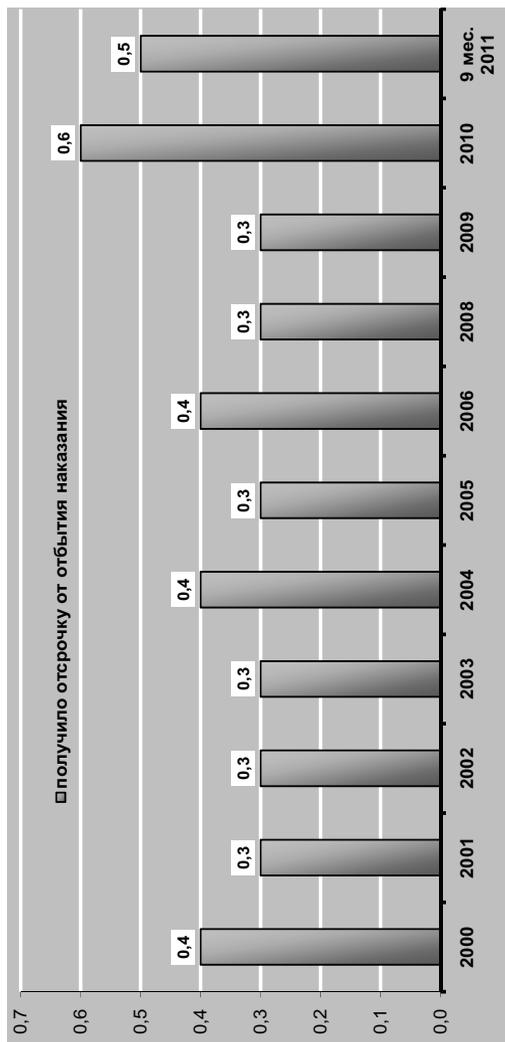
Процентное соотношение численности лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания с разбивкой на виды наказаний с общим числом лиц, вновь совершивших преступление, не отбыв меру наказания

Таблица 18. Численность лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания с разбивкой на категории тяжести¹⁵⁷

Год	по особо тяжким преступлениям	по тяжким преступлениям	по преступлениям средней тяжести	по преступлениям небольшой тяжести	всего
2000	6	149	127	20	302
2001	5	113	71	18	207
2002	11	119	37	9	176
2003	5	83	68	7	163
2004	15	84	54	5	158
2005	4	68	34	2	108
2006	10	97	22	3	132
2008	4	81	24	0	109
2009	2	85	28	3	118
2010	3	151	43	5	202
9 мес. 2011	2	88	16	2	108

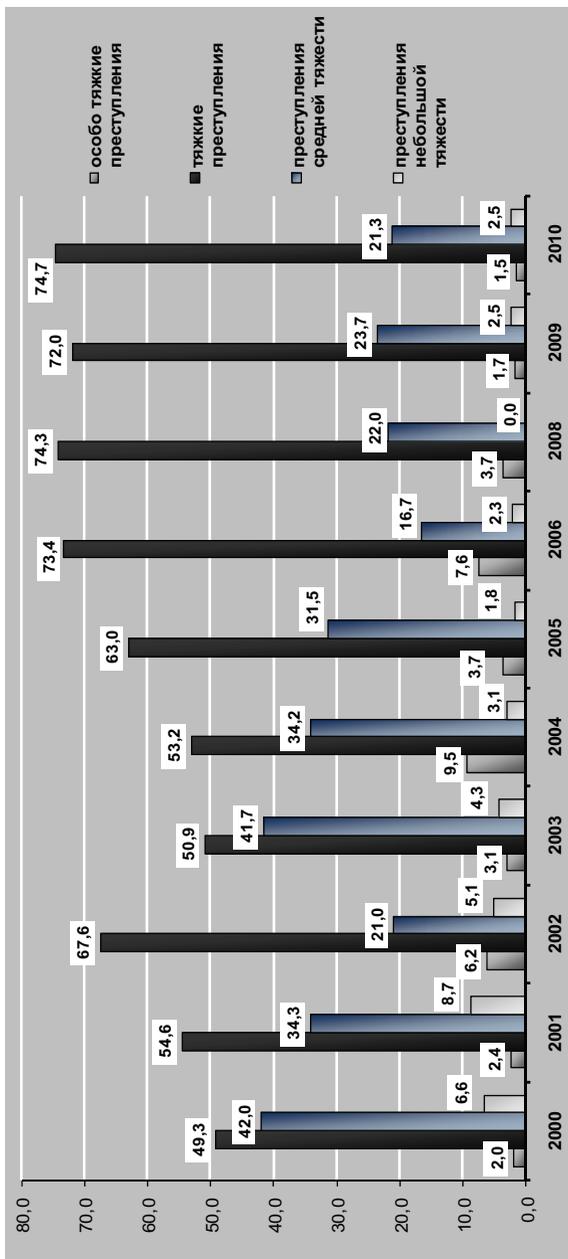
¹⁵⁷ Сведения извлечены из статистического отчета формы №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 18.1. Численность лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания



Процентное соотношение численности лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания с общим числом осужденных лиц

Диаграмма 18.2. Численность лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания с разбивкой на категории тяжести



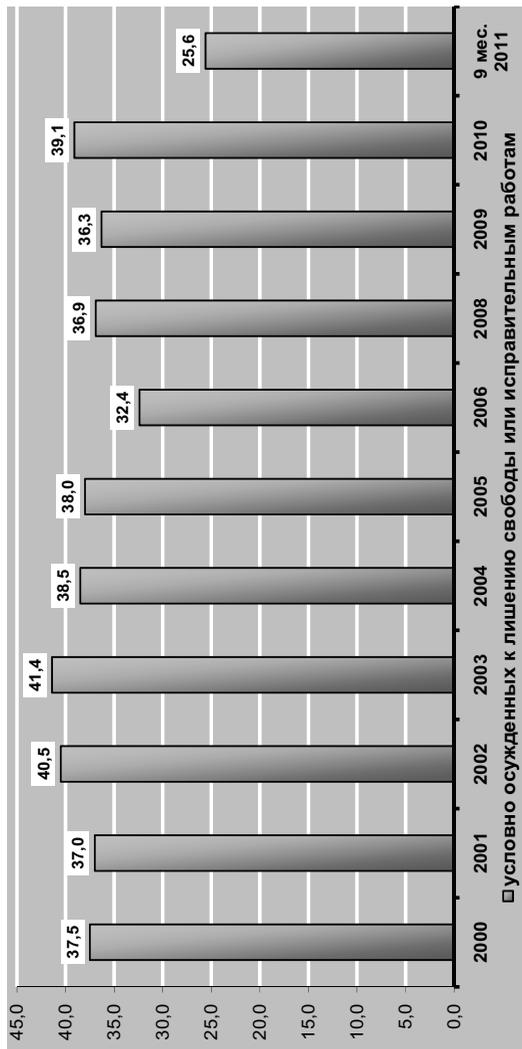
Процентное соотношение численности лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания с разбивкой на категории тяжести с общим числом лиц, получивших отсрочку от отбытия наказания

Таблица 19. Численность лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам с разбивкой на категории тяжести¹⁵⁸

Год	по особо тяжким преступлениям	по тяжким преступлениям	по преступлениям средней тяжести	по преступлениям небольшой тяжести	всего
2000	30	12 036	14 022	3 139	29 227
2001	12	13 082	10 864	2 270	26 228
2002	5	13 704	10 249	2 322	26 280
2003	21	4 285	14 445	2 059	20 810
2004	9	4 107	9 913	2 033	16 062
2005	9	4 008	8 883	1 713	14 613
2006	4	3 477	5 978	1 095	10 554
2008	10	4 400	7 503	1 511	13 424
2009	6	4 557	8 058	1 675	14 296
2010	3	4 455	6 770	1 285	12 513
9 мес. 2011	3	2 579	2 011	476	5 069

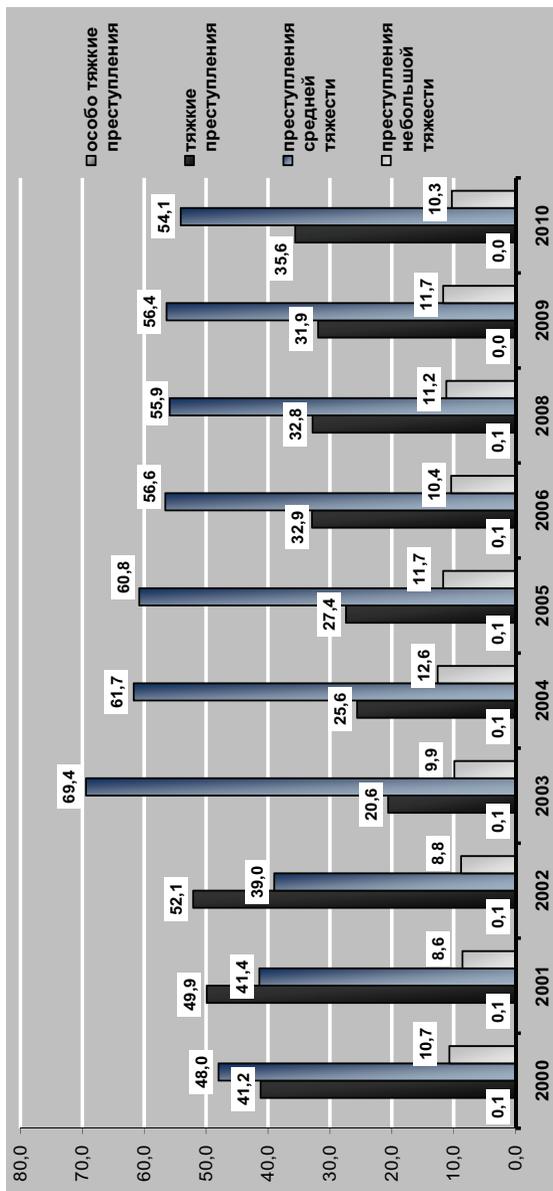
¹⁵⁸ Сведения извлечены из статистического отчета формы №10 «О числе привлеченных к уголовной ответственности и мерах уголовного наказания» КПСиСУ ГП РК. В Таблице отсутствуют данные за 2007 г. ввиду непредставления информации КПСиСУ ГП РК.

Диаграмма 19.1. Численность лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам



Процентное соотношение численности лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам с общим числом осужденных лиц

Диаграмма 19.2. Численность лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам с разбивкой на категории тяжести



Процентное соотношение численности лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам с разбивкой на категории тяжести с общим числом лиц, условно осужденных к лишению свободы и к исправительным работам

СКРЯБИН С.В.

к.ю.н., доцент

АКИМБЕКОВА С.А.,

к.ю.н., доцент

ЛЕР С.М.

Эксперт Центра исследования правовой политики

УЧАСТИЕ ПРОКУРОРА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ¹

- I. Введение (краткое описание предмета и метода исследования)
- II. Анализ законодательства и правоприменительной практики в Казахстане: основные проблемы и их последствия
- III. Международные стандарты и опыт других стран
- IV. Рекомендации по совершенствованию законодательства Республики Казахстан

I. Введение

Постановка проблем

1. В условиях формирования правового государства и реализации концепции разделения властей судебная власть является независимой и не может оставаться поднадзорной такому государственному органу, каким является прокуратура.

Концепцию развития прокуратуры на сегодняшний период необходимо осуществить из безусловного обеспечения независимости суда. Поэтому она должна базироваться не на надзоре прокурора за рассмотрением гражданских дел, а на профессиональном взаимодействии прокуратуры и судебных органов в целях обеспечения своевременного и правильного рассмотрения гражданских дел, вынесения законных и обоснованных судебных решений.

2. Действующее гражданско-процессуальное законодательство исходит из личной инициативы лица, чьи права нарушены. Этим обусловлено уменьшение активности суда и прокурора в гражданском процессе. В этом случае на первое место выдвигаются проблемы соотношения публично-правовых и частно-правовых методов регулирования гражданско-процессуальных отношений.

3. Согласно статье 44 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-І² прокурор включен в состав лиц, участвующих в деле. Однако в ГПК РК не раскрывается понятие «лица, участвующие в деле», а приводится лишь только их перечень. Доктринально критерием отнесения участника гражданского судопроизводства, к лицам участвующим в деле, является специфика его юридической заинтересованности в исходе дела. Юридический интерес подразделяется на личный

¹ Аналитическая записка подготовлена для Центра исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

² Далее – ГПК РК. Тексты нормативных правовых актов Республики Казахстан цитируются по ИС Параграф по состоянию на 15 октября 2011 года.

материально-правовой, государственный и общественный интерес³. Объективно прокурор не может относиться к субъектам спорного материального правоотношения. Занимаемое им в гражданском судопроизводстве процессуальное положение законодатель четко не охарактеризовал. Поэтому важно более точно определить правовое положение прокурора, исходя из юридической природы защищаемого им интереса в гражданском процессе.

4. К числу важных диспозитивных прав в гражданском процессе относится право заинтересованного лица инициировать обеспечение иска. В соответствии со статьей 158 ГПК РК по заявлению лиц, участвующих в деле, сторон третьей или арбитражного разбирательства, суд может принять меры к обеспечению иска. Таким образом, прокурор обладает правом инициировать обеспечение иска. Это важное процессуальное право прокурор может реализовать и без согласия истца (например, при предъявлении им иска в интересах истца). Полагаем данное положение законодательства не соответствующим принципу диспозитивности гражданского процесса, что требует особого рассмотрения и рекомендаций по совершенствованию действующего гражданско-процессуального законодательства.

5. Согласно части 3 статьи 55 ГПК РК прокурор вправе обратиться в суд с иском, заявлением о защите прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, общественных или государственных интересов. Иск о защите прав, свобод и законных интересов гражданина может быть предъявлен прокурором лишь по просьбе заинтересованного лица, если оно само по уважительным причинам не может обратиться в суд. Иск в защиту интересов недееспособного гражданина может быть заявлен прокурором, независимо от просьбы заинтересованного лица.

На наш взгляд, правила статьи 55 ГПК РК позволяют недобросовестным истцам (гражданин и юридическим лицам) в лице прокурора найти себе бесплатного «адвоката», к тому же освобожденного от уплаты государственной пошлины. Считаем, а) данное положение закона обладающим высокой степенью коррупционности при принятии соответствующих процессуальных решений и б) не соответствующим принципу диспозитивности современного гражданского процессуального законодательства Республики Казахстан в решении вопроса о возбуждении гражданского дела.

II. Анализ законодательства и правоприменительной практики в Казахстане: основные проблемы и их последствия

1. В соответствии со статьей 83 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. прокуратура представляет собой единую централизованную систему с подчинением нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному прокурору РК. В Конституции РК не содержатся полномочия прокуратуры, а указано, что полномочия, организация и порядок деятельности прокуратуры РК определяются законом. В статье 1 Закона Республики Казахстан от 21 декабря 1995 года № 2709 «О Прокуратуре» (далее – Закон О прокуратуре) прокуратура определяется как подотчетный Президенту Республики Казахстан государственный орган, осуществляющий высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики, за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, административного и исполнительного производства.

Статья 83 Конституции Республики Казахстан и положения статьи 1 Закона О прокуратуре закрепляют следующие полномочия прокурора:

- 1) выявление и принятие мер к устранению нарушений Конституции, законодательных актов и актов Президента республики;
- 2) осуществление надзора за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, административного и исполнительного производства;
- 3) представление интересов государства в суде;

³ Цепкова Т.М. Проблемы правового регулирования процессуального положения и деятельности лиц, участвующих в судебных семейных делах. Автореферат дисс... к. ю.н. Саратов.2000. с.11.

4) опротестование законов и других правовых актов, противоречащих Конституции и законам республики;

5) осуществление уголовного преследования в порядке и в пределах, установленных законом;

6) формирование государственной правовой статистики с целью обеспечения целостности, объективности и достаточности статистических показателей, ведение специальных учетов, осуществление надзора за применением законов в сфере правовой статистики и специальных учетов.

В сущности, все эти направления деятельности являются проявлениями главной функции прокуратуры – высшего надзора за точным и единообразным применением законов и указов Президента РК, иных нормативных правовых актов и осуществляются в целях обеспечения верховенства Конституции и законов, защиты прав и свобод человека и гражданина.

Здесь необходимо отметить определенное противоречие между положениями пункта 1 статьи 83 Конституции РК, пункта 1 статьи 1 Закона О прокуратуре, с одной стороны, и положением статьи 4 этого же закона – с другой. В первом случае говорится, что прокуратура «осуществляет высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента...» и т.д. Первый абзац статьи 4 Закона О прокуратуре гласит, что прокуратура, «осуществляя высший надзор за точным и единообразным применением Конституции, законов и указов Президента...».

Если придерживаться иерархии нормативных правовых актов, то норма закона должна быть приведена в соответствие с конституционной. Однако в этом случае возникает противоречие между основной и производными, вспомогательными, функциями прокуратуры, закрепленными как в самой Конституции, так и в Законе О прокуратуре.

В частности, как можно выявлять и принимать меры к устранению нарушений Конституции, если высший надзор осуществляется только за применением законов и т.д.? Понятие «закон» в широком смысле включает в себя и Конституцию, но в контексте названной нормы слово «конституция» все же употребляется как особый нормативный правовой акт, т.е. отдельно. Как можно отслеживать и опротестовывать противоречащие Конституции законы и другие правовые акты, если само единообразное применение Конституции не может быть объектом прокурорской проверки? Да и в Конституции предусмотрено, что прокуратура «принимает меры по выявлению и устранению **любых** нарушений законности».

Поэтому здесь скорее можно говорить о правовом пробеле или о противоречии в самой конституционной норме, хотя она и имеет приоритет перед нормой закона.

Еще один пробел, на наш взгляд, имеется в подпункте 1 статьи 4 Закона О прокуратуре, где устранение нарушений законности ограничено и касается только Конституции, законов и указов Президента. Получается, что нарушения иных нормативных правовых актов – постановлений правительства, актов центральных и местных государственных органов – прокуратура не должна выявлять и принимать соответствующие меры по их устранению. При этом нередко именно подзаконные акты правительства, центральных и местных органов содержат механизм реализации законов и указов Президента, в том числе по вопросам борьбы с коррупцией. К примеру, целый ряд норм Закона Республики Казахстан от 2 июля 1998 года № 267-І «О борьбе с коррупцией», касающихся представления деклараций о доходах, ограничений, налагаемых на государственных служащих и должностных лиц, конкретизируются и реализуются через ведомственные акты. Да и сама Конституция, законы и указы Президента содержат во многих случаях отсылочные нормы к положениям нормативных правовых актов различной юридической силы.

По результатам проведенных проверок прокуроры могут вносить следующие акты прокурорского надзора: протест, постановление, предписание, заявление, санкция, указание, представление, разъяснение закона. Порядок внесения и исполнения актов прокурорского надзора определен положениями статьи 18-26-1 Закона О прокуратуре.

Одним из таких актов является протест, принесение которого является важнейшим конституционным полномочием прокурора. Согласно правилам статьи 19 Закона О прокуратуре протест приносит прокурором на противоречащие Конституции, законам и

актам Президента нормативные и иные правовые акты, решения и действия государственных органов и должностных лиц в принявший его орган или вышестоящий орган. В таком же порядке опротестовываются незаконные решения и действия должностного лица. Протест подлежит рассмотрению соответствующим органом или должностным лицом в десятидневный срок. Орган или должностное лицо обязаны известить прокурора о дне рассмотрения протеста. Сроки рассмотрения протеста в суде определяются законодательством. В протесте прокурор требует отмены незаконного акта либо приведение его в соответствие с Конституцией и законами, а также прекращения незаконного действия должностного лица и восстановления нарушенного права. Прокурор вправе приостановить исполнение опротестованного акта либо действия до принятия решения по протесту. Опротестование законов не приостанавливает их действие. При этом акты прокурорского надзора, приостанавливающие действие нормативных правовых актов (постановления), подлежат опубликованию.

Указанное положение закона по существу наделяет прокурора правом осуществлять конституционный надзор, ибо он самостоятельно может определять конституционность издаваемых правовых актов, включая даже законы, действующими государственных органов и должностных лиц. В то же время реализация указанной процедуры вызывает ряд вопросов. Например, вправе ли прокурор опротестовывать законы, не вступившие в законную силу и находящиеся на подписании у Президента? Может ли прокурор опротестовать международные договоры Республики Казахстан, которые заключаются Президентом, правительством и другими органами (т.е. являющиеся результатом их волеизъявления – решения), в том числе ратифицированные международные договоры?

Далее, правила статьи 19 Закона О прокуратуре теоретически позволяет Генеральному прокурору опротестовывать указы Президента, в том числе нормативного характера. Тут уместен вопрос о том, насколько это право согласуется с теоретическими постулатами о прокуратуре как об инструменте реализации Президентом функции гаранта Конституции и вытекающими из этого постулата полномочиями главы государства по назначению Генерального прокурора и заслушиванию его отчетов?

Наконец, насколько состыкуется подобное положение с полномочиями Конституционного Совета по определению конституционности законов и иных нормативных правовых актов, тем более что между этим органом и прокуратурой нет никаких прямых контактов и взаимосвязи?

Здесь, как нам представляется, имеется очевидное противоречие полномочиям Конституционного Совета как органа, обеспечивающего верховенство Конституции. Именно этот государственный орган вправе определять конституционность законов по обращению субъектов, указанных в статье 72 Конституции. Ведь вполне допустима ситуация, когда опротестовываться будут законы, конституционность которых была уже подтверждена соответствующим постановлением Конституционного Совета. Неизбежно дублирование полномочий между этими двумя органами. Неслучайно Генеральный прокурор практически не использует этот право.

Кроме того, на Генерального прокурора и подчиненных ему нижестоящих прокуроров законом возложена обязанность по обеспечению единообразного применения Конституции. Однако органы прокуратуры не вправе обращаться в Конституционный Совет с представлением об официальном толковании ее норм.

В то же время ни законодательство, ни нормативные акты самой прокуратуры не содержат механизма реализации полномочия опротестования указов Президента. Между тем нормативные акты главы государства не подлежат проверке на конституционность Конституционным Советом в порядке предварительного контроля (т.е. по обращениям депутатов и председателей палат Парламента, Премьер-Министра и самого Президента). Да и в порядке последующего контроля, т.е. по обращениям судов, не зафиксировано ни одного случая обращений судов по этим вопросам.

Иными словами, нормативные и иные акты Президента не проверяются на соответствие Конституции и законам. Да и граждане, формально обладая правом обжалования в суде таких актов, естественно, никогда им не смогут воспользоваться, т.к. суды либо под разными предлогами откажут в приеме таких заявлений, либо примут

решение не в пользу гражданина. Поэтому указанные выше вопросы нуждаются в надлежащем правовом решении.

2. В соответствии со статьей 44 ГПК РК прокурор является лицом, участвующим в деле. Правовая природа участия прокурора в гражданском судопроизводстве обусловлена сущностью института прокуратуры, осуществляющей надзорную функцию, и характером государственно-правовых отношений, в которых состоит прокурор с государством. При этом, как мы полагаем, прокурор не является субъектом процессуальной деятельности.

Несомненно, вступая в гражданский процесс, прокурор становится его участником и подчиняется тем правилам, которые регулируют соответствующую деятельность всех его участников. Но этот факт является вторичным по отношению к тому, что прокурор, прежде всего, представитель государства, который призван осуществить определенные функции. Индивидуализация же правового статуса каждого участника гражданско-процессуального правоотношения основывается на принципе состязательности гражданского процесса. Суть принципа состязательности состоит в том, что в гражданском судопроизводстве рассматривается спор о праве сторон (истца и ответчика), которые противопоставлены друг другу в соответствии со своими интересами. Именно поэтому разбирательство дела в суде происходит в форме **спора между ними**.

Кроме того, лица, участвующие в деле обладают рядом признаков, которые отличают их от других участников процесса:

- 1) имеют материальную заинтересованность в исходе дела;
- 2) несут судебные расходы;
- 3) на них возлагаются правовые последствия судебного решения;
- 4) выступают **от своего имени и в защиту своих интересов**.

Бессспорно, что прокурор не подпадает ни под один из указанных выше признаков лиц участвующих в деле. Так же очевидно несоответствие правового статуса прокурора и лиц, участвующих в деле. На этом основании мы полагаем необходимым вывести прокурора из перечня лиц, участвующих в деле, определив его правовое положение в отдельной статье ГПК РК в качестве лица только содействующего отправлению правосудия.

Кроме того, в соответствии с положением статьи 158 ГПК по заявлению лиц, участвующих в деле, суд может принять меры к обеспечению иска. Тем самым законодатель допускает принятие мер по обеспечению иска по просьбе прокурора, т.к. он входит в состав лиц, участвующих в деле по статье 44 ГПК РК. Между тем обеспечение иска по инициативе прокурора прямо противоречит положению пункта 5 Нормативного постановления Верховного суда Республики Казахстан от 12.01.2009 № 2 «О принятии обеспечительных мер по гражданским делам» в котором указано, что обеспечительные меры принимаются судом только на основании заявления истца (заявителя) или его представителя. На основании изложенного, можно признать целесообразным изменение существующей редакции статьи 158 ГПК РК и закрепления правила о том, что обеспечение иска производится только по заявлению истца или с его согласия судом.

3. Конституцией предусмотрено разделение государственной власти на три ветви: законодательную, исполнительную и судебную.

Суд выступает носителем судебной власти. На судей возлагается осуществление весьма ответственных обязанностей. Это, прежде всего, принятие обязательных решений, так или иначе затрагивающих права и законные интересы граждан, государственных и иных организаций. От них могут зависеть судьбы людей и их благополучие, поддержание законности и правопорядка, которые необходимые любому демократическому государству. Судьи призваны выступать не только в качестве гарантов прав и законных интересов, законности и правопорядка, но и при определенных обстоятельствах в роли фактора, сдерживающего и балансирующего другие ветви государственной власти – законодательную и исполнительную.

Само государство, контролируемое судом, обязано поднимать на максимальную планку социальную значимость суда, гарантировать его независимость при осуществлении правосудия. Остальные государственные органы (прежде всего юстиции и прокуратуры), решая важные и сложные задачи, тем не менее, выполняют только обслуживающую правосудие функцию.

На этом основании мы полагаем, что участие прокурора в гражданском процессе в форме дачи заключения по делу в большинстве случаев свидетельствует об определенном вмешательстве представителя государства в деятельность суда, а также в сферу частноправовых отношений. Наличие прокурора в качестве «государственного эксперта» по правовым вопросам объективно свидетельствует о сомнении законодателя в возможности суда самостоятельно и правильно разрешить дело.

Действующее процессуальное законодательство позволяет различать обязательное и факультативное участие прокурора в гражданском судопроизводстве. Прокурор обязан принимать участие в рассмотрении гражданского дела в двух случаях:

1) в силу прямого указания в законе. В определенных случаях закон прямо указывает на обязательность участия прокурора в рассмотрении некоторых категорий дел (например, дела о признании гражданина безвестно отсутствующим и объявлении гражданина умершим, о признании гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным, об установлении усыновления (удочерении) ребенка, о лишении родительских прав и другие).

Указание в законе на участие прокурора в рассмотрении гражданских дел обязательно как для прокурора, так и для суда, рассматривающего дело. При неявке прокурора слушание должно быть отложено;

2) если необходимость участия прокурора признана судом. Несмотря на то, что закон не предписывает участия прокурора в рассмотрении определенной категории дел, суд может считать это обязательным при разбирательстве конкретного дела.

К факультативному относится участие прокурора в гражданском процессе по собственной инициативе, затрагивающим интересы государства, в спорах о восстановлении на работе, взыскании заработной платы, выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью.

Так, например, в 2010 году прокурором Жамбылской области в порядке гражданского судопроизводства были предъявлены иски и заявления:

- в защиту интересов государства – 23;
- в интересах лиц, имеющих психические и физические недостатки – 4;
- в интересах несовершеннолетних (за исключением дел о взыскании алиментов) – 8;
- об оспаривании решения и действий (бездействия) органов государственного управления и должностных лиц – 2.

Таким образом, и на практике чаще всего прокурор подает иски лишь в защиту интересов государства.

Кроме того, статистические данные свидетельствуют о следующем распределении дел с участием прокурора (часть 2 статьи 55 ГПК РК), но без подачи исков: 1) в судебных заседаниях было рассмотрено 1530 дел, по которым участие прокурора предусмотрено ГПК РК, 2) 1849 дел, затрагивающих интересы государства, 3) 538 дел, затрагивающие интересы несовершеннолетних, в том числе об усыновлении (удочерении) – 267, об усыновлении (удочерении) иностранными гражданами - 14.

Таким образом, анализ статистических данных свидетельствует, что сфера участия и предъявления прокурорами гражданских исков в защиту прав граждан и юридических лиц является незначительной (см. приложения к настоящему отчету).

Поэтому мы полагаем необходимым главный акцент в гражданско-процессуальной деятельности прокурора сместить на защиту государственных и публичных интересов. Прокурор не должен подменять в судебном процессе самих частных лиц – участников гражданского оборота. К тому же гражданское законодательство построено на недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (статья 2 Гражданского кодекса Республики Казахстан).

Более того, считаем, что участие прокурора, когда необходимость его участия в деле признана судом, нарушает принципы диспозитивности, состязательности и независимости судей. Судья обязан (часть 1 статьи 176 ГПК РК) полно, всесторонне и объективно выяснить все обстоятельства дела. Эту обязанность судья должен разрешить самостоятельно и участие прокурора в частноправовых делах по инициативе суда недопустимо.

Исходя из этого, полагаем возможным исключить из части 2 статьи 55 ГПК основания участия прокурора в гражданском процессе по инициативе самого суда.

4. Деятельность в гражданском процессе прокуроров, наряду с Конституцией, ГПК РК и Законом «О прокуратуре», более предметно регулируется Приказом Генерального Прокурора Республики Казахстан от 27 июня 2006 года № 37 «Об утверждении Инструкции об организации прокурорского надзора за законностью судебных актов по гражданским делам» (далее – Приказ).

Так, в 2006 году при издании действующего вышеуказанного Приказа была предпринята попытка определить категории гражданских дел, где участие прокурора является обязательным. Согласно пункту 4 Приказа прокуроры в обязательном порядке вступают в процесс и дают заключения по делам:

- когда это предусмотрено законом;
- признано необходимым судом или вышестоящим прокурором, по делам, возбуждаемым по их инициативе;
- по делам, затрагивающим интересы государства;
- по делам, затрагивающим права и интересы лиц, которые в силу своих физических и психических недостатков не могут осуществлять свое право на судебную защиту;
- по делам, затрагивающим несовершеннолетних (за исключением дел о взыскании алиментов);
- об оспаривании решений и действий (бездействия) органов государственного управления и должностных лиц;
- о выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения;
- о восстановлении на работе;
- о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина (статья 55 ГПК РК).

Прокурор вправе вступить в процесс по своей инициативе или по инициативе суда для дачи заключения по делу в целях осуществления возложенных на него обязанностей и для защиты прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, общественных или государственных интересов.

Очевидно, что статья 55 ГПК РК не подлежит четкому и точному толкованию, поскольку прокурор вступает в процесс а) по прямому указанию закона, б) по инициативе суда, и в) по собственной инициативе. Тем самым, фактически, прокурор может вступить в процесс по любому делу необязательной категории, согласно правилам ГПК РК и указанного выше Приказа, и данный спор, сразу же с момента вступления прокурора в процесс, переходит в категорию «обязательных» дел с его участием.

Изменения статьи 55 ГПК РК, внесенные в ее текст Законом Республики Казахстан от 29 декабря 2010 года № 374-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования деятельности органов прокуратуры», которыми как раз и были установлены правила об обязательном участии прокурора по делам о восстановлении на работе, взыскании заработной платы, выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения, возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, как мы полагаем, были инициированы самим ведомством.

Возникает вопрос насколько необходимо участие прокурора по данным категориям дел?

Полагаем, что по вышеназванным категориям дел граждане вправе самостоятельно подать исковые заявления и без особых проблем отстаивать свои права и законные интересы. Подобные дела суд может самостоятельно рассмотреть и без участия прокурора, с возможным привлечением специальных государственных органов (например, опеки и попечительства), специалистов и экспертов.

Не менее спорным нам представляется необходимость и значимость участия прокурора с профессиональной точки зрения в делах о признании гражданина ограниченно дееспособным и недееспособным.

В статье 306 ГПК РК сформулированы общие правила рассмотрения дел подобной категории.

Так, дело о признании гражданина ограниченно дееспособным суд рассматривает с участием самого гражданина, если это возможно по состоянию его здоровья, прокурора и представителя органа опеки и попечительства (пункт 1).

Дело о признании гражданина недееспособным суд рассматривает с обязательным участием представителя органа опеки и попечительства и прокурора. Гражданин, о признании которого недееспособным рассматривается дело, может быть вызван в судебное заседание, если это возможно по состоянию его здоровья (пункт 2).

Заявитель освобождается от уплаты судебных издержек, связанных с рассмотрением дела о признании гражданина недееспособным (пункт 3).

Суд, установив, что члены семьи, близкие родственники, подавшие заявление, действовали недобросовестно, в целях заведомо необоснованного признания гражданина недееспособным, взыскивает с них все судебные расходы (пункт 4).

Далее, суд самостоятельно при подготовке дела к судебному разбирательству назначает для определения его психического состояния судебно-психиатрическую экспертизу (часть 1 статьи 305 ГПК РК).

В соответствии со статьей 304 ГПК РК, судья назначает официального представителя-адвоката для представления и защиты им интересов гражданина в процессе по возбужденному делу.

Так в чем же заключается роль прокурора? На практике, лишь в том, что прокурор с учетом мнения представителя органа опеки и попечительства, со ссылкой на имеющееся заключение судебно-психиатрической экспертизы, фактически дублирует выступление представителя органа опеки и попечительства и представителя-адвоката.

Таким образом, считаем, что нет никакой необходимости участия прокурора в делах о признании гражданина ограниченно дееспособным и недееспособным.

5. Правовой статус прокурора при рассмотрении гражданских дел судами является составным элементом общего правового статуса прокуратуры Республики Казахстан, который взаимосвязан с ее местом в системе органов государственной власти.

В соответствии со статьей 55 ГПК РК прокурор вправе вступить в процесс для дачи заключения по делу.

Заключение прокурора это не процессуальная форма участия его в деле, а средство прокурорского реагирования, которое является одновременно правом прокурора и его обязанностью.

Заключение прокурора – это аргументированное, основанное на материалах судебного разбирательства и нормах права, суждение о разрешении гражданского дела по существу⁴.

В гражданском процессуальном законодательстве не регламентируется, как суд должен оценивать заключение прокурора, учитывать свое согласие или несогласие с положениями, которые в нем содержатся. Полагаем, что заключение представляет собой один из важных документов, составляемых прокурором в ходе его участия в гражданском судопроизводстве, в связи с чем необходимо законодательно закрепить его письменную форму. Мотивы несогласия суда с заключением прокурора должны быть изложены в судебном решении. Считаем, что законодательное закрепление письменной формы заключения прокурора повысит его ответственность за принятые процессуальные решения (позиции) по гражданским делам.

6. В соответствии с положением статьи 383-15 ГПК РК в заседании суда кассационной инстанции обязательно принимает участие прокурор, который дает заключение по делу.

Напрашивается вывод о том, что прокурор в суде кассационной инстанции обязательно должен принять участие. При этом, в соответствии с положениями статьи 383-16 ГПК РК, неявка в судебное заседание участвующих в деле лиц и представителей, надлежащим образом извещенных о времени и месте рассмотрения дела, не является препятствием к рассмотрению дела. Так как, прокурор в настоящее время отнесен к лицам, участвующим в деле, то получается, что его явка в суд является не обязательной.

Полагаем, что необходимо исключить противоречия по данным вопросам.

⁴ Маслова Т.М. Проблемы участия прокурора в гражданском судопроизводстве: дис... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002. С. 128.

На наш взгляд, если участие прокурора является обязательным в суде кассационной инстанции, то может возникнуть ситуация при которой в одном процессе могут участвовать два прокурора. Первый из них, который приносит протест на незаконный и необоснованный судебный акт, а второй прокурор обязан в соответствии с ГПК РК участвовать в суде кассационной инстанции с целью дачи заключения. Полагаем, что участие двух прокуроров, тем более возможно имеющих противоположные точки зрения по поводу законности и обоснованности судебных актов является чрезмерным. Предлагаем, исключить положение части 2 статьи 383-15 ГПК РК и изложить ее по аналогии с апелляционным производством.

Надзорное производство по гражданским делам, так же как и в уголовном судопроизводстве, является стадией исключительной. Исправление ошибок судов первой инстанции должно происходить в судах апелляционной и кассационной инстанциях. Между тем в надзорном порядке пересматривается незаконных и необоснованных решений больше, чем в апелляционном и кассационном порядке.

В соответствии с положением статьи 386 ГПК РК дела в порядке надзора рассматриваются в составе не менее пяти судей. Возникает вопрос, неужели пять судей не могут рассмотреть дело без обязательного участия прокурора, пусть даже вышестоящего?

Мы полагаем, что принцип независимости судей позволяет исключить случаи обязательного участия прокурора в пересмотре гражданских дел. Подобную возможность следует установить только для пересмотра судебных решений, затрагивающих интересы государства. Таким образом, во всех случаях рассмотрение частноправовых споров будет осуществляться судом без обязательного участия прокурора.

7. Наиболее актуальной проблемой юридической практики является неудовлетворительное состояние исполнения судебных решений. Многие решения не выполняются годами. Без надлежащего исполнения решений суда его деятельность лишена всякого смысла. Безусловно, это не способствует укреплению авторитета судебной власти. Нередки случаи, когда руководители государственных органов и предпринимательских структур откровенно игнорируют решения судебных органов.

Согласно положению подпункта 7 пункта 1 статьи 9 Закона Республики Казахстан от 02.04.2010 № 261-IV «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» постановление прокурора о принудительном исполнении его требований является исполнительным документом.

Постановление прокурора о принудительном исполнении его требований имеет большие преимущества для взыскателей, чем решение суда. Для получения постановления прокурора не нужно подавать исковое заявление, платить государственную пошлину, участвовать в судебных заседаниях, подавать апелляции, совершать иные процессуальные действия. Несомненно, что многие хотели бы решить вопрос защиты своих законных прав и интересов посредством органов прокуратуры. Однако на практике органы прокуратуры весьма неохотно реализуют свое право на вынесение вышеуказанных постановлений. Прокурорские работники, зная о практически бесконечной возможности оспаривать такие постановления, предпочитают все же обращаться в суд, для получения судебного исполнительного документа. Необходимо учитывать, такие моменты, что при вынесении постановлений касающихся значительных материальных вопросов органы прокуратуры легко обвинить в коррупции, а также то, что органы прокуратуры освобождены от уплаты государственной пошлины в суд. Все это приводит к тому, что такой исполнительный документ, как постановление прокурора о принудительном исполнении его требований крайне редко встречается на практике.

Правила статьи 26-1 Закона «О прокуратуре» предусматривают меры принудительного исполнения правовых актов прокурора в случае неисполнения их в добровольном порядке. Однако и здесь слишком широкими являются границы возможного принудительного исполнения актов прокурорского надзора, допускающие его распространение на все государственные органы и высшие должностные лица.

Подобные широкие формулировки в законе создают в лице прокуратуры централизованный орган, не подвластный никому и наделенный гипертрофированными полномочиями. Ряд полномочий прокуратуры в настоящее время противоречит общепризнанным нормам международного права и существующей международной

правоприменительной практике. Отсутствие четкого разграничения полномочий и взаимодействия прокуратуры и Конституционного Совета по обеспечению конституционной законности, должного механизма реализации отдельных норм Закона О прокуратуре обуславливают тот факт, что они реально на практике не применяются. Все это свидетельствует о необходимости дальнейшего совершенствования законодательства о прокуратуре и соответствующей правоприменительной практики.

III. Международные подходы к роли прокуратуры в гражданском судопроизводстве и опыт других стран

В отличие от уголовной юстиции, на сегодняшний день не существует международных стандартов по организации деятельности прокуратуры в не уголовной сфере. Наличие стандартов в уголовной сфере связано с тем, что в большинстве стран мира такие функции прокуратуры являются неоспоримыми. В тоже время, в ряде стран за ней признается ее роль в не уголовных вопросах, охватывающая самые разнообразные аспекты общественных правоотношений. Таким образом, выработка единого подхода в этом вопросе затруднена. При этом ее роль в гражданском процессе является скорее исключением, чем правилом. Это связано, прежде всего, с самим характером разрешаемых частноправовых споров, которые предполагают их разрешение на основе равенства сторон, состязательности и невмешательства государства.

Стандарты ООН

В Руководящих принципах ООН о роли лиц, осуществляющих уголовное преследование, принятых в 1990 г., достаточно широко сформулированы стандарты по формированию и деятельности прокуратуры, но исключительно в рамках уголовного судопроизводства. В целом документ указывает на необходимость обеспечивать институциональную независимость прокуратуры, высокую квалификацию и этические нормы прокуроров, их осведомленность о правах человека, а также закрепляет разделение функции уголовного преследования от судебных функций. Наряду с этим, документ требует прозрачности и четкости в осуществлении прокуроров своих дискреционных функций на уровне закона, где: «... должно [быть предоставлено] руководство для обеспечения справедливости и последовательности при принятии решений в процессе судебного преследования, включая возбуждение или отмену судебного преследования»⁵.

В дополнение к Руководящим принципам, в 2008 г. Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию были также разработаны и приняты Стандарты профессиональной ответственности и Декларация основных обязанностей и прав сотрудников прокуратуры. Они нацелены на определение общих принципов, которыми следует руководствоваться при устройстве прокуратуры и ее деятельности в рамках уголовного преследования. Эти документы не исключают деятельности прокуратуры вне сферы уголовного правосудия. Однако предусматривают, что когда прокуроры «... осуществляют надзорные полномочия по отношению к исполнению судебных решений или выполняют другие не связанные с обвинением функции, **они всегда действуют в публичных интересах**»⁶.

⁵ Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование. Приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 года. URL: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instreet/Ri4grp.html> (дата доступа 16 марта 2012 г.)

⁶ Выделено нами. Резолюция 17/2 “Укрепление верховенства права путем повышения честности и неподкупности и развития потенциала органов прокуратуры”. Комиссия по предупреждению преступности и уголовному правосудию. Доклад о работе 17 сессии (30 ноября 2007 г. и 14-18 апреля 2008 г.). ООН E/2008/30. – С. 27. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V08/532/99/PDF/V0853299.pdf?OpenElement> (дата доступа 16 марта 2012 г.)

Также следует обратить внимание на то, что международные стандарты по правам человека, в том числе обязательных для Казахстана, устанавливают ряд принципов, которыми следует руководствоваться при определении места прокуратуры в системе отправления правосудия, в том числе в не уголовной сфере.

Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – МПГПП) провозглашает, что «Все лица равны перед судами и трибуналами. Каждый имеет право... при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе, на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона»⁷. Комитет особо выделил, что понимается под «гражданским процессом» в контексте Пакта: «... в основе концепции «гражданского процесса» ... лежит, скорее, природа данного права, а не статус одной из сторон или конкретного форума, предоставляемого внутренними правовыми системами для определения конкретных прав»⁸. Таким образом, МПГПП прямо не устанавливает требования по кругу участников в гражданском процессе, определяя его исключительно в соответствии с природой возникающих правоотношений.

В тоже время, Комитет ООН по правам человека в своем Замечании общего порядка № 32 определяет важные принципы отправления правосудия, которые оказывают влияние, как на статус сторон, так и особенности форума, где происходит разрешения спора. Итак, в целях отправления правосудия гражданину гарантируется: 1) *право на равенство сторон в суде вне зависимости от характера процесса* и 2) *право на независимый и беспристрастный суд*.⁹ Согласно позиции Комитета ООН по правам человека, равенство сторон включает в себя «право равного доступа и равенства состязательных возможностей и обеспечивает, чтобы обращение со сторонами в таких разбирательствах было свободным от какой бы то ни было дискриминации»¹⁰. Применительно к гражданскому процессу Комитет обозначил, что принцип равенства сторон требует «... в частности, чтобы каждой стороне была предоставлена возможность оспорить все доводы и доказательства, представленные другой стороной»¹¹. Обеспечение такой задачи возлагается на суд¹².

Следует отметить, что в соответствии с казахстанским законодательством участие прокурора в гражданском деле для дачи заключения по делу подрывает вышеназванный принцип равного доступа и равенства состязательных возможностей, так как прокурором высказывается позиция, которая может повлиять на исход дела в пользу одной из сторон в частном споре. Более того, стороны процесса лишены возможности оспаривания или какого-либо ответа на данное заключение, так как прокурор дает заключение после судебных прений, затем суд удаляется для принятия решения по

⁷ Параграф 1 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 г. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 г. № 91-3 «О ратификации Международного пакта от гражданских и политических правах». URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml (дата доступа 11 марта 2012 г.)

⁸ Параграф 16 Замечания общего порядка № 32. Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство. Комитет ООН по правам человека. Женева, 9-27 июля 2007 г. URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/437/73/PDF/G0743773.pdf?OpenElement> (дата доступа 11 марта 2012 г.)

⁹ См. параграфы 2, 3. – Там же.

¹⁰ См. параграф 8. – Там же.

¹¹ См. параграф 13. – Там же.

¹² Параграф 7.4 Сообщения 779/1997 в деле Анни Эреля и других [представлены адвокатом] против Финляндии. ПОДБОРКА РЕШЕНИЙ КОМИТЕТА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА в соответствии с ФАКУЛЬТАТИВНЫМ ПРОТОКОЛОМ. Том 7. УПРАВЛЕНИЕ ВЕРХОВНОГО КОМИССАРА ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИИ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА. – Женева, – 2006. – С. 138. URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDDecisionsVol7ru.pdf> (дата доступа 16 марта 2012 г.)

делу¹³. Комитет ООН по правам человека по этому вопросу в отношении Казахстана пока не обозначил свою позицию. Однако ООН уже неоднократно выражала свое мнение по обеспечению *права на независимый и беспристрастный суд* в условиях, которые диктуются особым статусом прокуратуры в судебном процессе в Казахстане.

В 2005 г. Специальный докладчик ООН по вопросу независимости судей и адвокатов дал негативную оценку доминирующей роли прокуратуры в судебном процессе (как уголовном, так и гражданском): «прокурор... может в отличие от защитника обжаловать решение суда даже в случае, когда дело уже закрыто¹⁴; он даже имеет право на приостановление исполнения судебного решения¹⁵ или приговора суда на срок до двух месяцев¹⁶. Докладчик резюмировал, что прокуратура «... оказывает решающее влияние на исход судебного процесса», что противоречит требованиям статьи 14 МПГПП.

В 2011 г. Комитет ООН по правам человека выразил свою обеспокоенность касательно полномочий казахстанской прокуратуры по опротестованию судебных решений по оконченным делам, которые ставят под сомнение четко определенный и общепринятый принцип независимости судебной власти. В связи с чем Правительству Казахстана было рекомендовано пересмотреть функции прокуратуры с целью обеспечения независимости судебной власти.¹⁷ Данные полномочия касаются и гражданского судопроизводства.

Таким образом, можно сделать следующий вывод. Любые полномочия прокуратуры, в том числе в не уголовной сфере должны выражать публичный интерес и не подрывать принципы независимого отправления правосудия только судом. Полномочия в сфере опротестования окончательных решений судебных органов, а также возможность их приостановления на срок двух месяцев грубо нарушают обязательства Казахстана по МПГПП в части обеспечения независимости судебной власти. Полномочия прокурора по дачи заключения по гражданским делам также вызывают сомнения с точки зрения обеспечения равного доступа и равенства состязательных возможностей.

В целом на универсальном уровне не существуют отдельные стандарты, которые налагают прямое ограничение на роль прокуратуры в не уголовной сфере, однако такая роль в гражданском процессе вызывает сомнения с точки зрения обеспечения состязательного равенства даже в условиях независимости суда при отправлении правосудия.

Стандарты Совета Европы

¹³ См. Статьи 213-215, 356, 398 Гражданско-процессуального Кодекса Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 17.02.2012 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013921&sublink=3960000 (дата доступа 15 марта 2012 г.)

¹⁴ Скорее всего, в отчете имеются в виду полномочия Генерального Прокурора Республики Казахстан приносить протесты на постановления Верховного Суда РК, вынесенные в порядке надзора. Вместе с тем, следует отметить, что в рамках производства в порядке надзора за прокурором сохранено право принесения протеста на вступивший в законную силу судебный акт по собственной инициативе, а также право истребования дела. См. ст.ст. 384 - 387 ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (с изменениями и дополнениями по состоянию на 17.02.2012 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013921&sublink=3960000 (дата доступа 15 марта 2012 г.)

¹⁵ Несмотря на поправки, внесенные в ст. 396 ГПК РК в 2002 и 2005 г.г. Генеральный Прокурор Республики Казахстан сохранил за собой право «приостановить исполнение судебного акта для проверки в порядке надзора на срок не свыше трех месяцев». См. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (с изменениями и дополнениями по состоянию на 17.02.2012 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013921&sublink=3960000 (дата доступа 15 марта 2012 г.)

¹⁶ См. Параграфы 46, 47 Доклада Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леонардо Деспуи (Миссия в Казахстан). E/CN.4/2005/60/Add.2 от 7 января 2005 г. URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rjudgesreport_kazakhstan2005.html (дата доступа 12 марта 2012 г.)

¹⁷ Paragraph 21 of the Concluding observations of the Human Rights Committee to Kazakhstan. Consideration of reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant. CCPR/C/KAZ/CO/1. Human Rights Committee, 102nd session, Geneva, 11-29 July 2011, URL: <http://www.cccprcentre.org/en/home/24> (дата доступа 12 марта 2012 г.)

Наряду с универсальными документами ООН, касающихся статуса и роли прокуратуры в отправлении правосудия, не меньший интерес вызывают и стандарты стран-участниц Совета Европы.

Рекомендации № R (2000)19 Комитета Министров Совета Европы Государствам-членам «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» от 6 октября 2000 г. Данный документ касается функций прокуратуры в уголовном судопроизводстве.¹⁸ В нем дается определение, что прокуроры «это представители государственной власти, которые от имени общества и в государственных интересах участвуют в применении права, если правонарушение влечет уголовное наказание, принимая во внимание права человека и необходимость эффективного действия системы уголовного правосудия».¹⁹ Таким образом, хотя и рекомендация, судя по ее названию, не обязательно ограничивает роль прокуратуры уголовной сферой, определение фигуры прокурора как должностного лица, ответственного за обеспечение государственного интереса в вопросах применения уголовного права говорит, скорее всего, об обратном.

Немного более широкий подход характерен для Рекомендации Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 1604(2003) «О роли прокурора в демократическом обществе, основанном на верховенстве закона», которая в целом расценивает наделение прокуроров функциями вне сферы уголовного права как противоречащие основным принципам Совета Европы, но прямо его не запрещает, перечисляя возможные исключения из правил.

В частности, Ассамблея считает важным, что:

- 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;

- 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 нужно учреждать отдельные, надлежащим образом размещенные и эффективные органы»²⁰.

Данный подход не устроил национальные профессиональные сообщества прокуроров, которые посчитали, что рекомендации по существу направлены на исключение прокуроров из неуголовной сферы и не отражают реального состояния дел в ряде стран Европы. Действительно, во многих странах прокуратуре не предоставлены иные функции в сфере не уголовного права²¹. Однако есть и такие государства, где

¹⁸ Примечательно, что применительно к любой профессиональной деятельности прокуратуры Рекомендация закрепляет принцип открытости, в соответствии с которым прокуроры «... должны периодически отчитываться в своих действиях и в том, каким образом они осуществляли свои преимущественные права, как на региональных уровнях, так и на государственном уровне, публично и в доступной для граждан форме».¹⁸

¹⁹ См. Параграф 1 Рекомендации № R (2000)19 Комитета Министров Совета Европы Государствам-членам «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия» (принятой Комитетом Министров Совета Европы 6 октября 2000 г.). URL: http://www.echr-base.ru/rec2000_19.jsp (дата доступа 18 марта 2012 г.)

²⁰ Paragraph 7 Chapter V of the Recommendation 1604 (2003) on the Role of the public prosecutor's office in a democratic society governed by the rule of law *adopted by the Standing Committee*, acting on behalf of the Assembly, on 27 May 2003. URL: <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta03/EREC1604.htm> (дата доступа 17 марта 2012 г.)

²¹ Это, например, Эстония, Финляндия, Грузия, Исландия, Мальта, Норвегия, Швеция, Швейцария и Великобритания.

органам прокуратуры отведены функции по защите прав социально уязвимых слоев общества и публичного (государственного) интереса в не уголовной сфере.²²

В 2005 г. решением Комитета Министров Совета Европы был учрежден консультативный орган – Консультативный Совет европейских прокуроров (далее – Совет), деятельность которого должна была в основном сведена к продвижению Рекомендации № R (2000)19 Комитета Министров Совета Европы Государствам-членам «О роли прокуратуры в системе уголовного правосудия». Однако, в рамках пересмотренных функциональных полномочий, в 2008 г. Совет Европейских Прокуроров представил для стран-членов Совета Европы Заключение № 3(2008) «О роли прокуратуры за пределами сферы уголовного права». В ходе подготовки данного документа были проведены исследование и обсуждение на конференциях генеральных прокуроров стран Совета Европы (две из восьми конференций проходили в Российской Федерации, что неслучайно, так как именно в этой стране исторически полномочия прокуратуры в неуголовной сфере являются наиболее весомыми). Бюро Совета также провело опрос среди стран-участниц, чтобы определить какими полномочиями наделены прокуроры в гражданском праве, в коммерческих и социальных вопросах, а также по надзору за законностью законодательных актов и судебных решений²³.

В итоговом отчете отмечается, что, несмотря на то, что суверенное право государства на установление процедур по защите прав и свобод своих граждан и общественных интересов признается международным сообществом, реализация таковой функции государства должна проходить с учетом развития *всех возможных правозащитных процедур* (курсив наш. Подразумевается, что в некоторых случаях такую роль может играть прокуратура) а также принятых на себя международных обязательств²⁴. Также подчеркивается, что наряду с тенденцией наделения прокуратуры функциями вне уголовной сферы важно *одновременно* (ср. с текстом Резолюции Парламентской Ассамблеи по роли прокуратуры, который приводится выше и который требует создания отдельных эффективных органов для этих целей) развивать институты Омбудсмана, полномочия Конституционного Суда, усилить независимость адвокатуры, системы бесплатной юридической помощи, укреплять независимость судов.

Авторы отчета предлагают соблюдать десять принципов при расширении функций прокуратуры вне уголовного правосудия²⁵. Например:

- должны соблюдаться принцип разделения властей и роль суда в защите прав человека. Примеры участия прокурора в заседаниях Верховного Суда и неограниченное право прокурора возбуждать судебный процесс вызывают беспокойство и служат отрицательным опытом;
- деятельность прокуратуры должна выполняться от имени общества и в общественных интересах;
- компетенция прокуратуры должна быть закреплена на уровне закона и прописана как можно более четко;
- соблюдение принципа равенства сторон в судебных процессах;
- соблюдение принципа правовой определенности (*res judicata*) или обязательной силы судебных решений;

²² Это в основном страны Восточной Европы и бывшего СССР, где прокуратура исторически играла значительную роль в не уголовной сфере.

²³ CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN PROSECUTORS (CCPE). Opinion No 3(2008) of the Consultative Council of European Prosecutors on "THE ROLE OF PROSECUTION SERVICES OUTSIDE THE CRIMINAL LAW FIELD" adopted by the CCPE at its 3rd plenary meeting (Strasbourg, 15-17 October 2008). – P.4. URL: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Prosecutors/CCPE%20Opinion%203%20\(2008\)_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Prosecutors/CCPE%20Opinion%203%20(2008)_en.pdf) (дата доступа 16 марта 2012 г.)

²⁴ Paragraph 31-32 Opinion No 3(2008) of the Consultative Council of European Prosecutors on "THE ROLE OF PROSECUTION SERVICES OUTSIDE THE CRIMINAL LAW FIELD" adopted by the CCPE at its 3rd plenary meeting (Strasbourg, 15-17 October 2008). URL: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Prosecutors/CCPE%20Opinion%203%20\(2008\)_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Prosecutors/CCPE%20Opinion%203%20(2008)_en.pdf) (дата доступа 16 марта 2012 г.)

²⁵ Все 10 принципов перечислены в параграфе 34 Заключения № 3(2008) «О роли прокуратуры за пределами сферы уголовного права»

- обязанность прокуроров обосновывать свои действия должна быть закреплена в законе;

- право физических и юридических лиц на обжалование (подавать иски) действий или бездействия прокуроров и др.

По мнению Совета приведенные принципы будут способствовать обеспечению гарантий справедливого судебного разбирательства со стороны государства. Однако, пока данное заключение не привело к разработке соответствующих рекомендаций на уровне Кабинета министров Совета Европы или принятию каких-либо резолюций со стороны Парламентской Ассамблеи Совета Европы.

Позиция Венецианской Комиссии

В связи с тем, что в марте 2012 г. Республика Казахстан стала полноправным членом Европейской Комиссии за демократию через право (Венецианской Комиссии)²⁶, дополнительно, представляется необходимым обратить внимание и на рекомендации Венецианской Комиссии, изложенные в Заключении к Федеральному Закону «О Прокуратуре в Российской Федерации», принятом на 63-ей пленарной сессии в июне 2005 г. Эксперты Венецианской Комиссии выразили обеспокоенность по широким надзорным полномочиям прокуратуры, противоречащие принципу разделения властей, в том числе право вступления прокурора в гражданские процессы и опротестования судебных решений²⁷. Венецианская Комиссия рекомендовала правительству России исключить из полномочий прокуратуры надзорные функции и сосредоточить ее деятельность на уголовном преследовании и обвинительной функции в суде. С учетом того, что прокуратура Российской Федерации и прокуратура Республики Казахстан во многом обладают похожими полномочиями в сфере надзора, рекомендации Венецианской Комиссии по этому вопросу представляют интерес и для казахстанских юристов.

Позиция Европейского суда по правам человека

Решения Европейского Суда по правам человека также отражают практику, сложившуюся в странах-членах ЕС, и направляют правительства этих стран на приведение деятельности прокуратуры вне уголовного права в соответствии с требованиями статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека (далее – ЕКПЧ) о справедливом судебном разбирательстве.

Например, в деле *Брумареску (Brumarescu) против Румынии* (жалоба 28342/95), Европейский суд признал пересмотр судебных решений в порядке надзора нарушением статьи 6.1 ЕКПЧ о справедливом судебном разбирательстве и требований принципа верховенства права. «... Одним из основных аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который требует *inter alia*, чтобы при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения»²⁸.

²⁶ По информации МИД РК, 13 марта Президентом Республики Казахстан, Нурсултаном Назарбаевым, был подписан указ «О членстве Республики Казахстан в Европейской Комиссии «За демократию через право», подробнее см. URL: <http://www.zakon.kz/kazakhstan/4479856-kazakhstan-stal-chlenom-venecianskoj.html> (дата доступа 16 марта 2012 г.)

²⁷ Paras 52-63 Opinion on the Federal Law on the Prokuratura (Prosecutor's Office) of the Russian Federation. Adopted by the Commission at its 63rd plenary session. Venice, 10-11 June 2005. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD\(2005\)014-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-AD(2005)014-e.asp) (дата доступа 16 марта 2012 г.)

²⁸ В настоящем деле Суд отмечает, что в указанное время Генеральный прокурор Румынии - который не принимал участия в разбирательстве - имел право согласно статье 330 Гражданско-процессуального кодекса требовать отмены окончательного судебного решения... Суд указывает на то, что, удовлетворяя протест, поданный на основании этого правомочия, Верховный Суд полностью аннулировал судебный процесс, который окончился - используя выражение Верховного Суда - судебным решением, которое «не подлежало отмене» и *res judicata*, которое, более того, было исполнено. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=28342/95&sessionid=88826134&skin=hudoc-tr-en>

В деле *Рябых против Российской Федерации* (жалоба 52854/99) суд вновь указал, что «... правовая определенность предполагает уважение принципа *res judicata*, то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела. Принцип закрепляет, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления. Полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу... Отступления от этого принципа оправданы только когда являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера. Европейский Суд посчитал, что право стороны в процессе на судебное разбирательство также было бы иллюзорным, если бы в правовой системе Договаривающейся Стороны было бы закреплено, что окончательное, имеющее обязательное юридическую силу судебное постановление могло бы быть отменено вышестоящим судом по заявлению государственного должностного лица»²⁹.

Европейский суд повторил, что «... всего лишь присутствие, будь то «активное» или «пассивное», прокурора или сравнимого чиновника в судебных заседаниях считается нарушением § 1 статьи 6 ЕКПЧ».³⁰ Под активным присутствием понимаются случаи, когда прокурор участвует в обсуждении наравне с судьями, даже если и не голосует. Пассивное присутствие означает нахождение прокурора в совещательной комнате, даже как технического помощника (специалиста) в той или иной области права и общественных отношений. Но даже если прокурор не участвует в судебном совещании, в частности, как в Республике Казахстан, а присутствует для дачи заключения, которое представляется суду, то это, скорее всего, также могло, на наш взгляд, рассматриваться как нарушение требований Конвенции.

В деле *Менчинская против Российской Федерации* (жалоба 42454/02) Европейский суд признал, что поддержка одной из сторон, представляющих государство, в гражданском процессе прокурором может быть оправдана, только когда соответствующий государственный орган, предприятие или учреждение ненадлежащим образом защищают интересы государства. В деле Менчинской ответчиком выступал государственный орган (Центр занятости), который обжаловал решение суда первой инстанции. На стадии апелляционного обжалования в процесс вступил прокурор, повторивший в протесте основания для отмены решения, указанные в ходатайстве Центра занятости, при этом данное дело не представляло каких-либо особых обстоятельств, оправдывающих его вмешательство.³¹

В деле *Никитин против Российской Федерации* Европейский суд «... не признал, что надзорное производство является эффективным средством правовой защиты ни в гражданском, ни в уголовном судопроизводстве, а отмена судебного решения в порядке надзора может создать проблемы при соблюдении принципа правовой определенности в отношении первоначальных судебных решений»³².

Таким образом, с позиции Европейского суда при участии прокурора в гражданском процессе важны исключительные основания его вступления в процесс, а именно защиты

²⁹ См. Параграф 52 Решения по делу «РЯБЫХ ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ», Жалоба № 52854/99, Страсбург, 24 июля 2003 г. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=52854/99&sessionid=88826740&skin=hudoc-tr-en>

³⁰ *Martinie v. France* [GC], no. 58675/00, § 53. URL:

³¹ *CASE OF MENCHINSKAYA v. RUSSIA* (Application no. 42454/02), STRASBOURG 15 January 2009, URL:

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Menchinskaya%20%7C%20v%20%7C%20Russia&sessionid=88827977&skin=hudoc-en> Хотя следует отметить, что в данном случае имел место административный спор. Так как в России отсутствует отдельный институт административной юстиции, такие дела рассматриваются в рамках гражданского процесса.

³² См. Параграф 39 ДЕЛО «НИКИТИН (NIKITIN) ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ», (жалоба № 50178/99), Постановление Суда, Страсбург, 20 июля 2004 г. URL: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=50178/99&sessionid=88831730&skin=hudoc-en>

государственного или общественного интереса; неограниченное право прокурора присутствовать в судебных разбирательствах расценивается как компрометация его независимости при вынесении решений. Надзорные полномочия прокуратуры следует ограничивать, особенно, если в порядке надзора опротестовываются судебные решения по окончанным делам, тем более, уже вступившим в силу.

В некоторых европейских странах функции прокуратуры действительно не ограничиваются рамками уголовного преследования, но для их осуществления необходимо строгое соблюдение процессуальных гарантий справедливого судопроизводства, закрепленных в статье 6 ЕКПЧ. В настоящее время основные европейские стандарты, а также прецеденты Европейского суда по правам человека накладывают серьезные ограничения на деятельность прокуратуры за пределами уголовного юстиции, особенно там, где их полномочия представляют угрозу принципу разделения властей, подрывают независимость судебной власти, либо препятствуют развитию альтернативных институтов по защите прав человека. В целом международная практика показывает, что полномочия прокуратуры следует сводить к функции уголовного преследования и поддержанию государственного обвинения в суде, а исключения из этого правила, хотя и возможны в силу исторических и других особенностей, не приветствуются. При этом, что касается гражданского процесса, здесь оправдан еще более ограничительный подход, требующий исключить любые полномочия прокуратуры, которые могут ставить под сомнение обеспечение принципа состязательности сторон и независимости суда при принятии судебных решений.

При изучении опыта правового регулирования и практики работы органов прокуратуры зарубежных стран необходимо исходить из системы права, сложившейся в той или иной стране. Австрия, Дания, Италия, Франция, Германия представляют континентальную систему права, США и Великобритания – англосаксонскую систему права, а Болгария, Венгрия, Польша, Словения, Словакия, Чехия – восточноевропейскую систему права.

По занимаемому месту прокуратурой в системе государственных органов можно выделить четыре группы государств:

- 1) государства, где прокуратура находится в составе министерства юстиции;
- 2) государства, где прокуратура включена в состав судейского корпуса (магистратуры) и находится при судах;
- 3) государства, где прокуратура выделена в отдельную систему и подотчетна парламенту;
- 4) государства, где прокуратура как самостоятельный орган государства вообще отсутствует.

К первой группе стран относятся, в частности, США, Франция, Польша, Япония. Так, в США и Польше министр юстиции (в США – Генеральный атторней) – это одновременно и генеральный прокурор. Ему подчинены нижестоящие прокуроры (атторнеи), причем в США наряду с системой федеральной прокуратуры в каждом штате действует своя система прокуратуры, возглавляемая генеральным атторнеем штата и не подчиненная прокуратуре федеральной. Федеральные прокуроры назначаются Президентом по представлению генерального атторнея по совету и с согласия Сената. В штатах прокуроров аналогичным образом назначают губернаторы.

Во Франции, согласно Ордонансу № 58-1270, содержащему органический закон о статусе магистратуры 1958 г., прокуроры находятся под руководством и контролем вышестоящих руководителей и подчиняются министру юстиции; в судебном заседании их речь свободна. При кассационном суде и апелляциянных судах действуют генеральные прокуроры, при трибуналах большого процесса – прокуроры республики.

Примечательно, что в Японии, где прокуроры обладают широкими полномочиями в области уголовного преследования (могут, в частности, по своему усмотрению прекращать дела), наряду с судебным контролем за их действиями существует и общественный: в каждом округе из числа избирателей по жребию составляется специальная комиссия по надзору за прокурорами.

Ко второй группе стран относятся, в частности, Испания и Италия. Так, в Испании, согласно Закону 1981 г., которым регулируется органический статут Прокуратуры, прокуратура содействует юстиции в защите законности, прав граждан и охраняемого

законом поличного интереса в силу своей функции или по ходатайствам заинтересованных лиц, а также следит за соблюдением независимости трибуналов и добивается перед ними удовлетворения публичного интереса. Будучи включенной в систему судебной власти с функциональной автономией, прокуратура выполняет свою задачу в соответствии с принципами единства действия и иерархической зависимости и, во всяком случае, с принципами законности и беспристрастности (что означает и непринадлежность к политическим партиям).

Органы прокуратуры действуют при судах вплоть до провинциального уровня включительно. Возглавляет их Генеральный прокурор государства, назначаемый Королем по представлению Правительства после заслушивания мнения Генерального совета судебной власти. В иерархии судебной власти он считается следующим лицом после председателя Верховного трибунала.

Согласно ст. 112 Конституции Италии «Прокуратура обязана осуществлять уголовное преследование».

Помимо этого прокуратура осуществляет надзор за соблюдением законов, скорым и точным отправлением правосудия, защитой прав государства. Прокурор наделен непосредственными полномочиями по обеспечению соблюдения законов о публичном порядке. Прокурор возбуждает гражданские дела.

Функции прокурора при Верховном кассационном суде и при Апелляционных судах выполняются генеральными прокурорами Республики, а при трибуналах — прокурорами Республики.

Третью группу стран образуют «социалистические» и бывшие «социалистические» страны. В них на прокуратуру наряду с упомянутыми выше функциями чаще всего возлагался так называемый общий надзор за законностью, объектами которого были государственные органы (обычно начиная от министерств и ниже с исключением представительных органов), общественные объединения, хозяйственные организации, разного рода учреждения и физические лица.

Так, статья 129 Конституции Китайской Народной Республики определяет, что «народная прокуратура Китайской Народной Республики является государственным органом надзора за соблюдением законности».

Пример страны четвертой группы — Великобритания, где прокуратуры нет. Генеральный атторней возглавляет адвокатский корпус, представители которого в необходимых случаях выступают на судебных процессах в качестве обвинителей. Когда же слушаются особо важные уголовные дела, обвинение поддерживает специальное должностное лицо — директор публичных слушаний.

Указанными выше отличиями во многом обусловлено и различное место прокуратуры как в законодательстве, так и в системе органов государственной власти. Конституции государств, где действует вторая система, лишь упоминают о прокуратуре. Конституции государств с обособленной централизованной системой прокуратуры чаще всего посвящают ей особый раздел, наряду с разделом о судебной власти, что, очевидно, призвано подчеркнуть ее особое место в механизме государственной власти.

При изучении деятельности органов прокуратуры Республики Казахстан определенным интересом и значимостью представляет опыт прокуратур или иных сходных по назначению государственно-правовых структур в других зарубежных странах. Разумеется, при этом следует учитывать, что подобные государственные структуры, их место в механизме государства предопределяется также исторически сложившейся правовой системой, политическими, экономическими, социальными и культурными условиями и традициями каждой страны.

Нам представляется важным опыт правового регулирования и практики работы органов прокуратуры во Франции и ФРГ, принадлежащих к странам континентальной системе права, и США, входящую в англосаксонскую систему права.

Франция. В связи с высокой развитостью правовой системы, структуры государственно-правовых органов прокуратура во Франции выполняет свои функции в существенной мере как орган уголовного преследования и представителя исполнительной власти в суде по иным делам. И судьи, и прокуроры входят в магистратуру (судейский корпус) и составляют более 7000 человек. Судьи наделены полной независимостью, тогда как прокуроры работают в иерархической структуре.

Общее членство в магистратуре позволяет судьям и прокурорам поработать какое-то время на одной из должностей.

Прокуратура входит в состав Министерства юстиции. Ее деятельность регулируется различными общими законодательными актами (ордонансами) и отраслевым законодательством (глава II УПК Франции «О прокуратуре» и др.). Структура прокуратуры во Франции организационно совпадает со структурой судебной системы. Существует примерно 185 районных прокуратур, возглавляемых районным прокурором (*Procureur de la République*) и прикрепленных к районным судам, где задействованы 1 500 прокуроров и 5 500 судей, а также 35 Генеральных прокуроров и их заместителей в апелляционных судах и уголовных судах (*Cour d'Assises*) и один генеральный прокурор при кассационном суде (*Supreme Court*)³³.

Во Франции прокурор выступает в гражданском процессе или в качестве самостоятельной стороны, или как третья – ассоциированная – сторона, усилия которой направляются на способствование суду в выработке заключения по существу дела. При этом прокурор не выступает на чьей-либо стороне, а способствует поиску объективной истины как представитель государства в суде. В ряде случаев участие прокурора в гражданском судопроизводстве является обязательным, исходя из того, что прокурор рассматривается в качестве «законного представителя общества». Обязательное участие прокурора в соответствии с законом требуется при рассмотрении:

- всех споров по вопросам гражданства;
- для защиты интересов несовершеннолетних, если возникает угроза их здоровью, образованию или безопасности;
- для защиты интересов и прав инвалидов;
- для защиты интересов лиц с психическими патологиями;
- при решении некоторых вопросов в сфере коммерческих отношений (соблюдение закона при реализации имущества обанкротившейся фирмы и т.п.);
- когда при разрешении дела затрагиваются вопросы государственной важности.

Во Франции, законодательство о прокуратуре развивается в том направлении, чтобы обеспечить гарантии невмешательства законодательной и исполнительной ветвей власти в содержательную деятельность прокуратуры. Полномочия как законодательной, так и исполнительной власти определяются таким образом, чтобы они не имели правовых оснований вмешиваться в прокурорскую деятельность. Во всяком случае, для такого вмешательства определяются конкретные границы.

Прокурор во Франции может во всех судебных делах, будь то уголовные, гражданские или коммерческие, ходатайствовать об истребовании документов, давать объяснения по ходу процесса и оспаривать судебные решения различной юрисдикции. Более того, существуют области гражданского права, относящиеся, в частности, к состоянию и к правоспособности лиц, для которых прокурор Республики считается гарантом правильного применения закона. Это относится и к тем случаям, когда прокурор гарантирует защиту прав определенных лиц и удостоверение подлинности их личности.

Во Франции роль прокурора в гражданском процессе определяется важностью выполняемых им функций: это, прежде всего, представление и защита прав такой слабозащищенной категории граждан как инвалиды, несовершеннолетние, психически больные; надзор за законностью решений, принимаемых судьями. Так, прокуратура уполномочена принимать судебные меры по защите имущественных интересов без вести пропавших лиц, может участвовать в защите интересов совершеннолетних лиц, неспособных управлять своим имуществом и находящихся под опекой или попечительством по решению суда, обязана следить за тем, чтобы участники процесса не удерживались помимо их воли в психиатрических лечебницах, для чего прокурор может потребовать проведения медицинской экспертизы или немедленного освобождения пострадавшего.

В гражданском процессе Франции прокурор может выступать в качестве основной или привлеченной стороны³⁴. Выступая в качестве привлеченной стороны, прокурор дает

³³ PROMOTING PROSECUTORIAL ACCOUNTABILITY, INDEPENDENCE AND EFFECTIVENESS. Comparative Research. Open Society Institute Sofia, 2008. – PP. 178-180

³⁴ Nouveau Code de Procedure Civile Paris, 2006. «Litec».

свое заключение в отношении применения права в четко установленном количестве дел, о которых его должны уведомлять. Закон определяет круг дел, в которых прокурор участвует в качестве привлеченной стороны: дела, относящиеся к усыновлению, организации опеки над несовершеннолетними, установлению и изменению попечительства над совершеннолетними; дела, касающиеся временного отстранения от должности, банкротства, ликвидации имущества, материальной ответственности руководителей коммерческих фирм. По определенному кругу в законе дел прокурор участвует в процессе в качестве основной стороны. Например, по делам о признании брака недействительным (статья 184 ФГК); о применении воспитательных мер (статья 375 ФГК); о гражданстве (статья 129 и статья 1040 ФГК, предоставляющая возможность прокурору заявить декларативный иск о гражданстве).

Федеративная Республика Германия (ФРГ). Прокуратура в ФРГ создана в 1818 г. по французской модели как «орган осуществления правоохранительных функций». Правовой основой организации деятельности прокуратуры являются Закон о судостроительстве, Положение об организационной структуре прокуратуры и Правила внутреннего распорядка (в редакции 1975 г.). Прокуратура входит в состав министерства юстиции. Ее организационная структура совпадает со структурой судебной системы и подразделяется на федеральные и земельные органы прокуратуры. Соответствующие органы прокуратуры образованы при земельных судах, а «дела Федерации относятся к ведению прокуратуры при федеральном Верховном суде».

В Вводном законе к Закону о судостроительстве (параграф 4) предусмотрено, что земельным законодательством может быть расширена компетенция прокурора. К предмету ведения прокуратуры отнесены вопросы законности в сфере гражданско-правовых отношений. Согласно нормам Гражданско-процессуального кодекса ФРГ прокурор вправе заявить иске в суде:

- о признании лица недееспособным, о признании брака недействительным;
- осуществлять вызывное производство с целью установления факта смерти лица, считавшегося без вести пропавшим, выполнять иные действия.

Для осуществления возложенных функций прокуратура вправе истребовать от любого государственного органа необходимую информацию. Прокуратура в ФРГ выполняет и задачи координации деятельности правоохранительных органов.

В Германии нет никакой роли прокурора в гражданском процессе, то есть прокуроры не участвуют при рассмотрении гражданских дел³⁵.

Как указывается в различного рода методических пособиях, посвященных работе прокуратуры в настоящее время, профессиональной повседневною прокуратуры является именно уголовное преследование. В широком смысле сюда относятся осуществление процессуальных действий, руководство предварительным расследованием (§ 160 УПК), решение о направлении обвинения в суд (§ 170), поддержание обвинения в судебном заседании и, наконец, участие в исполнительном производстве. Однако прокуратура, помимо уголовного преследования, выполняет ряд важных задач. В частности, она представляет государственные интересы в производствах об административных правонарушениях, обязана принимать соответствующие решения при объявлении лица умершим, вправе предъявлять требования о признании брака ничтожным, представляет фискальные интересы Земель по целому ряду гражданско-правовых вопросов, наконец, как отмечает Михаэль Хегманс (Michael Hegmanns), обладает рядом полномочий в сфере помилования³⁶.

Однако некоторые немецкие ученые полагают, что право прокуратуры осуществлять контроль за гражданским процессом противоречит статье 6 Европейской конвенции по правам человека, в которой говорится, что гражданские претензии и обязательства

³⁵ Отчет о поездке в Федеративную Республику Германия в порядке обмена опытом // obsot.zhambyl.kz/userfiles/otch...

³⁶ См., например: Hegmanns M. Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts. - Munster: Aschendorff Verlag, 1993 (Хегманс М. Сфера деятельности прокуратуры. - Мюнстер: Ашendorff, 1993. Цитируется по: Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. - М.: Спарк, 2001. - 767 с. С. 244.

«должны рассматриваться независимым и непредвзятым, основанным на законе, судом в ходе открытого для общественности справедливого разбирательства и в течение соразмерного срока»³⁷.

Соединенные Штаты Америки. Правовая система США существенно отличается от иных стран, включая Западную Европу, хотя исторически становление и развитие ряда государственно-правовых институтов здесь сложилось под воздействием стран общего права, и прежде всего Англии. Институт прокуратуры, характерный для европейских стран, получил здесь специфические черты. Прокурорские функции в США выполняет атторнейская служба.

Генеральный атторней США назначается Президентом США «по совету и с согласия» Сената – Верховной палаты Конгресса США.

К функциям государственной атторнейской службы в США относятся:

- уголовное преследование лиц, совершивших преступления;
- юридическое консультирование правительства страны, отдельных штатов, других органов исполнительной власти;
- представление в суде интересов федерального правительства, администрации штатов по различным правоотношениям;
- обеспечение исполнения законов;
- участие в законодательном и судебном нормотворчестве;
- координация деятельности, органов уголовного преследования;
- участие в формировании судейского корпуса.

При выполнении функций юридического консультанта федерального правительства, губернатора или администрации органов исполнительной власти на местах, атторней консультирует их по широкому кругу вопросов правоприменительной деятельности, правовым аспектам политических решений. Оформленное в виде соответствующего официального документа, мнение (*opinion*) атторнея хотя и имеет по форме рекомендательный характер, тем не менее, как правило, исполняется соответствующими службами администрации.

Выполняя функцию представления интересов соответствующих органов исполнительной власти, Президента и Правительства, атторней подготавливает, заявляет и поддерживает в суде иски по широкому кругу гражданских правоотношений. Функция Генерального атторнея по представительству исполнительной власти в судах делегирована им генеральному солиситору США – третьему должностному лицу (после двух заместителей).

Генеральный солиситор вправе также вступать в производство в любом федеральном апелляционном суде, включая Верховный суд, в качестве «*amicus curiae*» – по собственной инициативе и по предписанию самого Верховного суда (буквально – в качестве «друга суда» – специалиста (консультанта) по правовым вопросам). Не являясь стороной, солиситор в качестве «*amicus curiae*» получает разрешение суда вступить в процесс и изложить свои суждения.

В США отсутствует единый законодательный акт, который определял бы функции, порядок и правовые средства их реализации атторнейской службой. Они во многом определяются общим правом, решениями судов. Для того, чтобы получить представление о сложной, многогранной и многофункциональной деятельности американских прокуроров, важно рассмотреть структуру органов и содержание этой деятельности. Структура департаментов атторнеев штатов сходна с соответствующей структурой министерства, но не единообразна. Она не является жесткой, и в значительной мере отражает существо деятельности атторнеев по обеспечению законности. Так, департамент атторнея штата Нью-Йорк имеет на территории штата двенадцать районных отделений.

Аппарат департамента прокуратуры (атторнейства) включает ряд структурных подразделений. В их числе бюро по гражданским правам. Оно занимается вопросами борьбы за равноправие мужчин и женщин в сфере труда, социальных гарантий и льгот, против расовой дискриминации.

³⁷ Книпер Р. Замечания к реформе государственного и арбитражного судопроизводства в Кыргызстане. *WiRO* 6 / 2002. С. 161-162.

Бюро по вопросам финансов и недвижимости защищает интересы, граждан и штата в названной сфере правоотношении, в том числе путем предъявления исков (встречных исков) к соответствующим структурам. Так, прокурором штата предъявлен иск к Федеральной трастовой корпорации, которая пыталась выселить квартиросъемщиков, нарушая при этом правила штата по взиманию ренты.

Бюро по защите окружающей среды с использованием правовых средств в сфере уголовного и гражданского судопроизводства действует в интересах граждан и общества по защите их экологических прав. При этом возбуждаются производства в отношении физических и юридических лиц, привлекаются виновные в экологических правонарушениях к уголовной ответственности, взысканию налагаемых за такие правонарушения штрафов.

Бюро защиты потребителей охраняет права граждан в различных сферах (например, принимает меры в отношении ипотечных компаний, которые принуждали держателей закладных бумаг выплачивать по ним значительные суммы; в отношении компаний, установивших высокие кредитные проценты, и заключает соглашения с этими компаниями об ограничении процентов и др.).

Бюро по законности в сфере благотворительности защищает законные права как жертвователей на благотворительные цели (освобождение от налогов, снижение размеров налогов и т.п.), так и тех, в чью пользу эти пожертвования принимаются; проводит работу по выявлению и устранению лжеблаготворительных организаций.

Бюро по законности в сфере трудовых отношений осуществляет меры уголовной и гражданско-правовой защиты трудовых прав граждан. Бюро возбуждает уголовные дела в отношении работодателей, преступно нарушивших права граждан, предъявляет иски в суде к работодателям, причинившим ущерб работникам нарушениями их прав, невыплатой, несвоевременной или неполной выплатой заработной платы и т.п. Бюро также предъявляет иски к неплательщикам налогов и иных финансовых сборов в доход штата.

Бюро по искам специализируется на предъявлении исков в федеральном суде, в том числе в интересах штата. Диапазон сфер правовых отношений, в которых действует данное бюро, достаточно широк. Отдел по апелляциям поддерживает апелляционные иски в судах штата, а также в федеральных судах.

Бюро по недвижимости занимается обеспечением законных прав отдельных граждан и общества (неопределенно значительного числа граждан) при совершении сделок с недвижимостью, например, по проектам о приобретении земель, необходимых для охраны окружающей среды и рекреационной деятельности в штате.

Бюро по возбуждению исков в суде подготавливает и поддерживает иски в защиту интересов штата и его граждан. При этом бюро выступает с исками к федеральным структурам, которыми приняты нормы, нарушающие сферу ведения штата. В существенной мере обеспечение деятельности названных подразделений осуществляется департаментом законодательства, принимающим участие и в подготовке проектов соответствующих законодательных и иных правовых актов.

Таким образом, деятельность прокуратуры в каждой стране напрямую зависит от традиций, культуры и истории страны. Однако очевидна общая тенденция смещение роли прокуратуры в сферу публичных правоотношений (осуществление функций уголовного преследования и др.). Примечательным является и то, что еще в 1996 году Международная ассоциация прокуроров, куда входят органы прокуратуры более 50 государств Европы, Азии, Америки, Африки и Австралии, с самого начала заявила, что будет способствовать упрочению в общественном сознании совершенно очевидной, но не всегда и везде признаваемой истине – прокуратура, при всей разности правовых систем, есть источник справедливости, она действует от имени общества и в интересах общества, национальное законодательство должно учитывать только общие принципы организации и деятельности прокуратуры. В дальнейшем Ассоциация не раз заявляла о намерении защищать и, где необходимо, улучшать условия и статус прокурорских систем, а также добиваться функциональной независимости прокурора.

Международный анализ института прокуратуры большинства развитых стран свидетельствует о том, что участие прокурора в гражданском процессе не является

обязательным в частноправовых спорах, его участие необходимо лишь в представлении интересов государства.

IV. Рекомендации по совершенствованию законодательства Республики Казахстан

Проведенный анализ законодательства о прокуратуре позволяет сформулировать следующие рекомендации и предложения.

1. Во избежание политической мотивации проведения прокурорских проверок целесообразно в пункте 2 статьи 5 Закона РК «О Прокуратуре» исключить подпункт 1) - проведение проверок по поручению Президента, а в подпункте 4) более точно оговорить основания для проведения проверок нижестоящими прокурорами по поручению вышестоящего: если имеются обоснованные жалобы на непринятие необходимых мер со стороны нижестоящего прокурора или других должностных лиц.

2. В соответствии со статьей 44 ГПК РК прокурор является лицом, участвующим в деле. Рекомендуем прокурора вывести из состава лиц, участвующих в деле и определить его правовое положение в отдельной статье ГПК РК и изложить ее в следующей редакции: Статья 44-1 «Статус прокурора, принимающего участие в деле»: «Прокурор РК, участвует в рассмотрении гражданских дел в пределах полномочий, установленных соответствующим законодательством РК».

3. Часть 1 статьи 55 ГПК РК мы полагаем не соответствующей Конституции Республики Казахстан, что обязательно требует существенного изменения правил о прокурорском надзоре в гражданском процессе.

В части 2 статьи 55 ГПК РК следует предусмотреть правило о том, что участие прокурора в гражданском судопроизводстве обязательно в случаях, когда это прямо предусмотрено законом, а также по делам, возбужденным по инициативе прокурора, затрагивающим интересы государства. Прокурор вправе вступить в процесс по своей инициативе лишь для дачи заключения по делу, в целях осуществления возложенных на него обязанностей для защиты интересов государства. Ими же должно быть обусловлено право прокурора на обращение в суд с иском или заявлением. Во всех остальных случаях возможность предъявления прокурорами исков в защиту интересов (особенно имущественных) других лиц должна быть исключена. При этом если истец не поддерживает требования, заявленного прокурором, то суд оставляет иск (заявление) без рассмотрения.

4. В соответствии со статьей 55 ГПК РК прокурор вправе вступить в процесс для дачи заключения по делу.

В гражданском процессуальном законодательстве не регламентируется, как суд должен оценивать заключение прокурора, учитывать свое согласие или несогласие с положениями, которые в нем содержатся. Анализ участия прокурора в гражданском судопроизводстве позволяет сделать вывод о необходимости письменной формы заключения прокурора, содержащего кроме правовой оценки доказательств, норм закона, которыми следует руководствоваться, а также рекомендации об удовлетворении или отказе в удовлетворении иска. В целях повышения ответственности прокурора и суда предлагаем в мотивировочной части решения обязать суд указывать доводы, по которым он принимает или отвергает аргументы, содержащиеся в заключение прокурора.

Полагаем, что сторона должна иметь право ответить/предоставить свои доводы на заключение прокурора и иметь возможность ознакомление с этим заключением заранее.

5. В целях реализации принципа диспозитивности необходимо изменить редакцию статьи 158 ГПК РК и закрепить правило о том, что обеспечение иска производится только по заявлению или с согласия истца. Прокурора необходимо исключить из лиц, обладающих таким правом.

6. Рекомендуем исключить участие прокурора в судах апелляционной, кассационной и надзорной инстанции, так как судебная система вполне может быть эффективной и без активного участия прокуратуры в гражданском процессе.

7. Исключить из перечня исполнительных документов, предусмотренных Законом «Об исполнительном производстве» постановление прокурора о принудительном исполнении его требований.

Июль 2011 г.

ОБЗОР СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ ПО ДЕЛАМ ОБ ОСПАРИВАНИИ РЕШЕНИЙ И ДЕЙСТВИЙ (БЕЗДЕЙСТВИЙ) ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ, МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ, ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ И ГОСУДАРСТВЕННЫХ СЛУЖАЩИХ ЗА ПЕРИОД С 2008 ПО 1-Е ПОЛУГОДИЕ 2011 ГОДА¹

Предисловие

Провозглашение Конституцией Республики Казахстан приоритета прав, свобод и интересов человека и гражданина обязывает по-новому взглянуть на проблемы механизма защиты вышеназванных ценностей. Многообразие и сложность взаимодействия граждан и организаций с органами государственной власти зачастую приводит к такому явлению как правовой спор. Следуя основополагающим принципам и началам демократического общества, право одной стороны использовать власть и принимать решения должно быть сбалансировано правом другой стороны обжаловать решения и требовать их отмены, если они нарушают ее права и свободы.

В Республике Казахстан споры между гражданами и организациями, с одной стороны, и государственными органами и должностными лицами, с другой, регулируются главой 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее по тексту - ГПК РК) – Производство по делам об оспаривании решений и действий (либо бездействий) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих.

Возможность судебного контроля в сфере государственного управления лишней раз подчеркивает неизбежность существования конфликтов и споров между гражданами, организациями и государственными органами. Такие конфликты и споры еще долгое время будут присутствовать и в управленческой, и в судебной деятельности.

Одной из особенностей правоотношений в сфере государственного управления является то, что они изначально построены на началах неравенства сторон, где одна из сторон обладает властными полномочиями по отношению к другой стороне, которая вынуждена подчиняться властным требованиям.

Решения и действия, принимаемые властными органами и их должностными лицами, как и любые другие процессы, где присутствует человеческий фактор, не всегда правильны и могут содержать различные недочеты, ошибки, дефекты. Причины возникновения последних различны. Это и некомпетентность лица, принимающего решение, и злоупотребление полномочиями, пристрастность, наличие дискреционных полномочий, коррупция и т.д.

Вместе с тем, во взаимоотношениях публичной власти с гражданами или их ассоциациями в условиях демократического общества требуется такая степень учета субъективных публичных прав и законных интересов физических лиц и организаций, при которой их значение если не уравнивается, то приближается к публичным интересам, выражаемым государством².

В последние годы в научных кругах, в государственных органах, международных донорских организациях неоднократно поднимался и обсуждался вопрос о

¹ Настоящий обзор подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в обзоре, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

² См. Лупарев Е.Б., Общая теория административно-правового спора. Издательство Воронежского государственного университета, 2003. С. 3.

необходимости развития института административной юстиции – системы судебных органов, которые рассматривали бы дела, возбуждаемые по искам граждан, считающих, что действиями и решениями органов управления и государственных служащих нарушены их права и свободы, соответствующие процедуры рассмотрения публично-правовых споров.

В настоящее время вопросы, так или иначе связанные с административной юстицией, решаются в рамках ГПК, что еще совсем недавно не вызывало серьезных возражений. В условиях, когда презюмировалась прерогатива государственных органов, когда считалось, что у граждан и государственных органов не может быть конфликтов, развитая система рассмотрения публично-правовых споров не была востребована.

В сегодняшних условиях очевидно, что глава 27 ГПК (которая больше других связана с вопросами административной юстиции) не отвечает современным требованиям. Многие ученые и практики вообще не согласны с тем, что споры, вытекающие из публично-правовых отношений, должны регулироваться ГПК РК. Это объясняется различными причинами, среди которых одной из основных является неравенство сторон. Гражданину противостоит государственный орган с огромными материальными, финансовыми, информационными возможностями. Таким образом, стороны изначально неравны в спорных правоотношениях, и распространять на них общие правила искового производства (производство по гл. 27 ГПК хоть и не является исковым, но ввиду отсутствия законодательно закрепленного особого порядка рассмотрения таких споров, осуществляется по общим правилам искового производства), положения о состязательности сторон неправильно. Такие споры, где тяжущиеся стороны изначально не равны в своих возможностях, должны рассматриваться отлично от споров процессуально равноправных сторон. К примеру, именно государственные органы и должностные лица должны самостоятельно доказывать законность обжалуемых действий и актов, т.е. бремя доказывания должно лежать на государстве в лице своих органов.

В связи с этим актуальность предлагаемого обзора очевидна. Не секрет, что нарушения прав граждан и законных интересов организаций не являются единичными с учетом многообразия отношений между государством и негосударственными субъектами, постоянных контактов с государственной администрацией. Институт обжалования действий государственных органов является важнейшим инструментом защиты таких прав и интересов. В силу этого он выполняет важнейшие политические и общественные функции.

Об этом свидетельствуют и программные государственные документы Казахстана. Так в соответствии с Указом Президента Республики Казахстан «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года», 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.

Представленное исследование посвящено анализу проблем обжалования решений и действий (бездействий) органов власти. Оно касается целого ряда проблем в рамках существующего гражданского процесса, связанных с процедурой признания недействительными и не порождающими никаких последствий актов и действий (бездействий) органов власти.

В обзоре рассмотрены и проанализированы судебные акты различных судебных инстанций по делам об обжаловании решений и действий (бездействия) государственных органов, должностных лиц, государственных служащих в различных сферах деятельности, в том числе обжалование действий и решений налоговых органов, таможенных органов, органов юстиции, уполномоченных органов в сфере земельных отношений, миграции населения и других.

Авторами исследования представлена статистика по вынесению судами решений в пользу государственных органов, граждан и организаций, рассмотрены отдельные случаи неправомочности вынесения судами решений в пользу государственных органов.

Более того, в работе изучен вопрос о возможности реформирования порядка обжалования решений и действий государственных органов и должностных лиц, а также

проведен анализ и обоснование необходимости создания кардинально нового правового акта для урегулирования споров, вытекающих из публично-правовых отношений.

При ознакомлении с обзором следует иметь в виду, что в силу огромного количества и разнообразия споров публично-правового характера, невозможно в рамках одного исследования охватить все проблемные вопросы административной юстиции. Выполненный обзор является своеобразным срезом судебной практики, который, тем не менее, позволяет увидеть имеющиеся проблемы и тенденции развития.

Основные проблемы рассмотрения дел по главе 27 ГПК РК

Современная практика взаимоотношений граждан и организаций с органами государственной власти в процессе рассмотрения споров связана с множеством проблем и препятствий для граждан и организаций при обжаловании действий и решений государственных органов в суде.

Это вызвано многими факторами, но основным является неэффективное регулирование таких отношений гражданским процессуальным законодательством. Положения главы 27 ГПК РК недостаточно четко и полно регулируют спорные отношения с государственной администрацией, что отмечается учеными, практиками, представителями государственных органов.

Возможность создания административной юстиции вполне реальна, и, более того, на данном этапе развития общества и государства уже необходима. Необходимость передачи рассмотрения таких споров в специальные суды или специальным судьям вызвана ростом количества споров с государственной администрацией, загруженностью судей, сложностью споров, противоречивостью законодательства, наличием международно-правовых обязательств и т.д.

Основными проблемами главы 27 ГПК, а также смежных вопросов обжалования решений и действий государственных органов в настоящее время являются:

1) В качестве решений и действий (бездействий), которые могут быть обжалованы, указаны решения и действия общественных объединений и организаций. Но между общественными объединениями, частными организациями и гражданами не складываются отношения, основанные на власти и подчинении. Налицо советский подход двадцатилетней давности, когда большинство организаций были государственными и даже их органы управления считались низовыми органами государственного управления.

2) Подсудность. В том случае, когда спорят между собой гражданин и государственный орган, дело рассматривается обычным судом. Когда по аналогичному вопросу судятся индивидуальный предприниматель, организация и государственный орган, дело рассматривается специализированным межрайонным экономическим судом, при этом публично-правовой спор приравнивается к обыкновенному хозяйственному спору, вытекающему из отношений, основанных на равенстве сторон.

3) Законодательство не прописывает процедуру или особенности рассмотрения публично-правовых споров. Предполагается, что оно осуществляется по правилам особого искового производства. Но такой процесс имеет свои особенности, выражающиеся, в частности, в процессуальной обязанности государственных органов доказать законность обжалуемых действий (бремя доказывания), более активной роли суда (принцип инквизиционного процесса), сокращенных сроках рассмотрения, учете мнения вышестоящего органа и др.

4) Срок для подачи заявления в суд составляет три месяца (со дня, когда стало известно о нарушении прав, свобод и охраняемых законом интересов). Однако за три месяца бывает невозможно пройти процедуру административного обжалования и реальной становится угроза пропуска срока для подачи заявления в суд.

5) В соответствии с действующим законодательством, предварительное обращение в вышестоящие органы и организации, к должностному лицу не является обязательным условием для предъявления иска в суд. Тем не менее, многие субъекты обращаются в вышестоящие органы. В итоге у гражданина или юридического лица оказывается несколько решений различных вышестоящих органов. Какое из них и в каком порядке оспаривается, законодательство Республики Казахстан не разъясняет,

сосредоточивая внимание только на возможности оспаривания первоначального решения.

б) Участие прокурора. С одной стороны участие органов прокуратуры в судебном производстве вызвано необходимостью соблюдения режима законности, охраны и защиты прав и свобод граждан и организаций при рассмотрении дел в суде.

С другой стороны, участие органов прокуратуры в разрешении таких споров, зачастую, является не механизмом соблюдения прав и интересов граждан и организаций, а наоборот, вызывает лишнее давление на заявителя, так как сотрудники прокуратуры стремятся по большей части защищать интересы государства, а не заявителя. Более того, в соответствии с Законом Республики Казахстан «О прокуратуре» от 21 декабря 1995 г., за исключением случаев, когда прокурор сам не инициирует обращение в суд за защитой интересов граждан или юридических лиц, он выступает в качестве представителя государства в суде.

В конце концов, заявитель оказывается в ситуации, когда против его доводов о незаконности решения или действия (бездействия) государственного органа или должностного лица, выступают две стороны – представитель государственного органа и прокурор. Таким образом, участие прокурора в данном виде судопроизводства практически никак не способствует соблюдению законности, а влечет лишь лишнюю нагрузку на работников органов прокуратуры, ненужные бюджетные и кадровые затраты, а также дополнительное давление на суд при вынесении решения.

Выше указаны только некоторые проблемы правопонимания и правоприменения по главе 27 ГПК.

Одна из самых серьезных задач в плане создания административной юстиции, отвечающей современным требованиям, связана с институциональным оформлением этого института. Следует отметить, что ценной является сама идея в специализированном подходе к организации судопроизводства, причем это касается не только административного судопроизводства, но и других видов, например налогового.

Время судей - широких специалистов во всех областях права прошло. Огромные потоки правовой информации, развитие науки и новых технологий, появление новых сфер правового регулирования обуславливает специализацию судей.

Судья, рассматривающий спор между гражданином и публичной властью, должен детально знать управленческое право, соответствующую управленческую практику, и законодательство в определенной сфере, так как на практике нередко встречаются очень сложные финансовые, налоговые, таможенные, антимонопольные и другие споры, решение которых требует специальных углубленных знаний.

Еще одна проблема, на которую следует обратить внимание, это позиция самого суда в процессе обжалования решений и действий государственного органа. Эта позиция должна быть активной, так как поиск актов, управленческих решений и выяснение обстоятельств совершения государственными органами и их служащими действий, нарушающих права и свободы граждан, дадут результаты только в том случае, если они будут осуществляться при активном содействии суда – независимого государственного органа, с соответствующими полномочиями. Гражданин не обязан доказывать неправомочность действий и решений органов управления, этим будет заниматься государственный орган, а способствовать этому должен административный суд.

Вне суда граждане как правило лишены возможности дискутировать с государственными органами по поводу того или иного решения. Административный суд стал бы помощником граждан в споре с «властвующей» стороной в административном процессе. Такое специализированное правосудие обеспечит признание и соблюдение прав и свобод граждан, повысит ответственность публичной власти за свои действия и решения.

Невнимание к указанным выше вопросам способствует ущемлению прав и интересов граждан и организаций, коррупционным проявлениям и, соответственно, неэффективности деятельности и государственной администрации, и судебной системы.

Одна из тенденций рассмотрения дел об оспаривании решений органов государственной власти выражается в том, что зачастую поданное гражданином или организацией заявление не доходит до стадии рассмотрения дела по существу, а возвращается, или производство по делу прекращается по ряду оснований. На основании

статистических данных можно увидеть, в каком количестве подаются заявления об оспаривании решений государственных органов и должностных лиц, сколько из них рассматривается по существу и сколько выносятся решений в пользу заявителя.

Ниже приведены статистические данные за период 2008 – 1 полугодие 2011 годов, позволяющие обрисовать наиболее полную картину о разрешении и рассмотрении споров с государственной администрацией в Казахстане.

Сведения³ по делам об оспаривании решений органов государственной власти, должностных лиц за 2008-2010 годы и 6 месяцев 2011 года

Наименование	По делам об оспаривании решений органов государственной власти, должностных лиц				
	2008 г.	2009 г.	2010 г.	6 м. 2011 г.	
Всего находящихся в производстве судов гражданских дел	11697	11329	12108	6644	
Рассмотрено с вынесением решения (определения)	6624	6185	6437	3246	
В том числе	с удовлетворением иска	4056	3359	3332	1602
	с отказом в иске	2344	1660	2913	1586
	Заочно	224	166	192	57
В сроки, свыше установленных ГПК	2	4	1	0	

Апелляционная инстанция

Наименование	По делам об оспаривании решений органов государственной власти, должностных лиц			
	2008 г.	2009 г.	2010 г.	6 мес. 2011 г.
Количество дел, опротестованных прокурорами	141	92	61	
Решения по гражданским делам, отмененные апелляционной инстанцией	247	196	160	113
Решения по гражданским делам, оставленные без изменений апелляционной инстанцией	2235	2210	2473	
Решения по гражданским делам, измененные апелляционной инстанцией	273	212	256	
Гражданские дела, рассмотренные апелляционной инстанцией в сроки, свыше установленных ГПК	3			

³ Сведения предоставлены Комитетом по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратуры Республики Казахстан на основе отчетов № 7 «О работе судов апелляционной инстанции по рассмотрению гражданских дел», № 9 «О работе судов по рассмотрению гражданских дел в порядке надзора»

Надзорная инстанция

Наименование	По делам об оспаривании решений органов государственной власти, должностных лиц			
	2008 г.	2009 г.	2010 г.	6 мес. 2011 г.
Количество дел, опротестованных прокурорами	19	31	8	
Решения по гражданским делам, отмененные надзорной инстанцией	63	85	22	8
Решения по гражданским делам, оставленные без изменений надзорной инстанцией	46	43	19	
Решения по гражданским делам, измененные надзорной инстанцией	36	28	8	
Гражданские дела, рассмотренные апелляционной инстанцией в сроки, свыше установленных ГПК	3			

Так, на основании статистических данных видно, что из всех находящихся в производстве дел по оспариванию решений органов государственной власти и должностных лиц рассмотрены с принятием решения всего около половины. То есть около половины заявителей, подающих заявления, не имеет шансов даже попытаться защитить в суде свои нарушенные права и интересы.

Из тех заявлений, что все-таки были рассмотрены по существу, 1/3 была вынесена не в пользу заявителя. За первое полугодие 2011 года решений с удовлетворением требований заявителя и с отказом в таком удовлетворении вынесено почти одинаковое количество. Впоследствии, при рассмотрении дела в вышестоящих инстанциях часть удовлетворенных заявлений либо отменена, либо изменена.

Таким образом, мы видим, что большая часть заявлений граждан и организаций или не доходит до стадии рассмотрения по существу, или по ним выносятся решения с отказом в удовлетворении иска. Из заявлений, которые были удовлетворены, часть отменяется в порядке производства по пересмотру судебных актов. В итоге получается, что из всех поступающих заявлений удовлетворяется только от 20 до 30 %.

Приведенная статистика наглядно показывает нарастающую беспомощность и несостоятельность существующего порядка оспаривания решений и действий (или бездействий) государственных органов и должностных лиц, а также необходимость в изменении застоявшегося уклада.

В Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 года указано, что необходимо поэтапное развитие судебно-правовой системы. Так в будущем на базе действующих административных судов необходимо создание системы административной юстиции, рассматривающей публично-правовые споры с передачей дел об административных правонарушениях в подведомственность судов общей юрисдикции⁴.

Сегодня, когда многие задачи становления судебной власти уже решены, следующим шагом может стать углубление и развитие потенциала, заложенного в избранной модели правосудия. Как уже выше было сказано, в современных условиях быть судьей-универсалом, хорошо знать все действующее законодательство, следить за его изменением, формированием новой судебной практики просто невозможно. Реалии нашей жизни таковы, что при современной законодательной базе судья-универсал не

⁴ Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // САПП Республики Казахстан 2009 г., № 35, ст.331.

может одинаково качественно рассматривать и уголовные, и гражданские, и административные дела, каждое из которых обладает своей спецификой. Таким образом, сложившаяся ситуация поставила государство перед необходимостью образовывать специализированные административные суды, отличные от существующих сегодня административных судов.

В настоящий момент административным судам определена подсудность главы 26 ГПК РК "Производство по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях".

Глава 27 ГПК РК "Производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих", хоть и взаимосвязана с главой 26, но находится в юрисдикции местных судов и специализированных экономических судов.

Существуют определенные препятствия для создания административной юстиции и расширения полномочий специализированных административных судов. Одна из них - значительные финансовые и материально-технические средства; вторая - острая нехватка опытных, высококвалифицированных, профессиональных и специально подготовленных судей; третья - отсутствие стабильной судебной практики.

Но, несмотря на все эти трудности, создание специализированной административной юстиции является закономерной необходимостью для становления правового государства. Затраты должны окупиться более качественным и быстрым рассмотрением дел, совершенствованием правосудия, достижением конституционного положения о том, что человек, его жизнь, права и свободы являются высшими ценностями нашего государства.

В целом специализированная административная юстиция имеет ряд положительных особенностей: 1) разгрузка судов общей юрисдикции, следовательно, качественное и своевременное рассмотрение дел, без какой-либо волокиты; 2) специализация судей, как уровень повышения качества и значения правосудия; 3) выступление судьи независимым арбитром между исполнительными органами власти и физическими (юридическими) лицами, с одной стороны, а с другой, - судебный контроль за законностью в сфере государственного управления.

По сравнению с системой административного рассмотрения споров в порядке ведомственной подчиненности административная юстиция имеет несомненное преимущество, потому что она выступает как независимый арбитр, не связанный никакими ведомственными интересами и «честью мундира»⁵.

Повышение внимания к проблеме совершенствования отношений частных лиц с публичной администрацией (органами государственного управления, органами местного самоуправления, их должностными лицами) и необходимость внедрения эффективных механизмов защиты прав таких лиц от возможных нарушений со стороны власти привело к разработке нового акта - Административно процессуального кодекса Республики Казахстан (АПК)⁶. Однако, содержание этого акта вызвало большое количество вопросов, в связи с чем законопроект был отозван. Но дискуссии среди ученых правоведов, политиков, государственных деятелей, представителей неправительственных организаций о необходимости принятия нового законодательного акта, который будет самостоятельно регулировать порядок рассмотрения дел об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, должностных лиц и государственных служащих продолжают.

Проблемы рассмотрения отдельных категорий дел

⁵ Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран: учебное пособие. - М.: Инфра-М; ИД "Форум", 2000. С. 336

⁶ Административный процессуальный кодекс Республики Казахстан (проект) // Информационная система «Параграф»

Любая сфера правоотношений, равно как и споры, вытекающие из различных правоотношений, имеет свою специфику и особенности. В данной главе будут рассмотрены особенности и проблемные вопросы рассмотрения дел по главе 27 ГПК РК, а также прослежена тенденция принятия решений по делам об обжаловании решений и действий государственной администрации в отдельных отраслях права.

В частности, авторами были проанализированы судебные акты в связи с налоговыми, таможенными, земельными, миграционными спорами, а также спорами в сфере разрешительной деятельности государства.

При изучении судебных актов авторы не пытались охватить всю судебную практику по вышеуказанным спорам, а отразили лишь некоторые проблемные вопросы, встречающиеся при рассмотрении споров с государственной администрацией. Для исследования по каждому разделу было взято по 30 судебных актов, находящихся в свободном доступе на сайте Верховного суда Республики Казахстан и в Информационной системе «Параграф». Акты, исследованные в процессе обзора, также предоставлялись неправительственными организациями.

Споры в сфере земельных правоотношений

Земельный спор представляет собой конфликт, возникающий между субъектами права на землю, а также между ними и государственными органами, органами местного самоуправления по вопросам собственности на землю, землевладения и землепользования. Предметом земельного спора может являться любая конфликтная ситуация, связанная с земельным участком, его границами, размерами и т.д.⁷

В земельных спорах часто присутствует государственная администрация, даже в тех случаях, когда они вроде бы вытекают из гражданско-правовых отношений. Право на собственность, землепользование и многие другие вопросы в сфере земельных отношений подтверждаются и опосредуются актами органов государственной администрации. Существующая практика обнаруживает многочисленные примеры нарушения прав граждан и организаций в рассматриваемой сфере, что приводит к возникновению споров.

В статье 167 Земельного кодекса Республики Казахстан закреплено, что споры, вытекающие из земельных правоотношений, рассматриваются в судебном порядке⁸. В пункте 2 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства» перечисляется, какие именно требования относятся к искам (заявлениям), вытекающим из земельных отношений. Так к искам (заявлениям), вытекающим из земельных правоотношений, относятся, в частности, требования: **об оспаривании законности актов государственных органов по предоставлению земельных участков и по их изъятию** (главы 2, 3, 4, 5, 9 Земельного кодекса); о возмещении убытков в связи с изъятием земельных участков (главы 2 и 20 Земельного кодекса); об оспаривании права собственности и землепользования (главы 3 и 4 Земельного кодекса); **об обжаловании порядка предоставления акциями земельных участков** (статья 43-47 Земельного кодекса); об обжаловании договора залога (глава 8 Земельного кодекса); об изъятии земельных участков в соответствии со статьями 92, 93, 94 Земельного кодекса; об установлении или прекращении сервитута (глава 7 Земельного кодекса); **об отказе в регистрации и выдаче государственных актов, удостоверяющих право собственности или право землепользования на земельный участок** и другие⁹.

⁷ Нецветаев А.Г. Земельное право: Учебно-методический комплекс. –М.: Изд. центр ЕАОИ, 2008. С. 297

⁸ ст.167 Земельного кодекса Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-II // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 13, ст. 99

⁹ п.2 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства» // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан № 8, 2007

Наиболее часто в суды обращаются с заявлениями на решения и действия акимов районного и областного уровней, аппаратов акимов районного и областного уровней, отделов земельных отношений, республиканских государственных предприятий (к примеру, Научно производственный центр земельных ресурсов и землеустройства» (НПЦзем). Такие споры по правилам гражданско-процессуального законодательства рассматриваются в порядке главы 27 ГПК РК.

Земельные споры между государственными органами, с одной стороны и физическими и юридическими лицами, с другой, имеют свою историю и особенности.

Во-первых, на протяжении долгого времени в период существования Советского Союза право собственности на землю принадлежало исключительно государству. Впоследствии, в период образования, становления и укрепления независимости Казахстана и формирования самостоятельного казахстанского законодательства, правительство постепенно начало разгосударствление земельного сектора путем проведения приватизации и заключения сделок гражданско-правового характера. Ввиду несовершенства и постоянной трансформации законодательной базы, необходимости изменения административно-территориального устройства страны, а также недостаточной разработанности процедур передачи земель в частную собственность, порой до сих пор разрешаются споры на земельные участки, права на которые возникали еще в начале 90-х годов XX века.

Во-вторых, в Конституции Республики Казахстан закреплено, что земля и ее недра, воды, растительный и животный мир, другие природные ресурсы находятся в государственной собственности. Земля может находиться также в частной собственности на основаниях, условиях и в пределах, установленных законом¹⁰. Учитывая официальное толкование Конституционного Совета Республики Казахстан, из этой нормы следует, что при регулировании земельных отношений именно государство определяет правовые режимы собственности и оборота земли, вплоть до установления режима исключительной собственности на землю. Основания, условия и пределы, в которых земля может находиться в собственности, а также круг ее субъектов и объектов устанавливаются законодателем. В пункте 2 статьи 6 Конституции установлено, что "субъекты и объекты собственности, объем и пределы осуществления собственниками своих прав, гарантии их защиты определяются законом"¹¹. Соответственно сегодня, даже при наличии огромного количества земель, находящихся в частной собственности, государство в лице своих органов не прекращает предоставлять физическим и юридическим лицам земли во временное или постоянное землепользование, а также в частную собственность. В процессе предоставления земельных участков государственные органы зачастую не соблюдают законодательно установленный для этого соответствующий порядок или принимают решения, нарушающие права и интересы граждан и организаций.

В-третьих, права на недвижимое имущество в соответствии с Законом Республики Казахстан от 26 июля 2007 года № 310-III «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество» возникают с момента их государственной регистрации. Государственная регистрация прав на недвижимое имущество, как и любая другая государственная услуга, оказывается государственными органами в определенном порядке. Нарушение такого порядка может привести к ущемлению прав обратившихся за такой государственной услугой лиц и, впоследствии, быть оспорено в суде.

В данном разделе обзора было проанализировано 30 судебных актов. На основе этого анализа можно сделать вывод, что наиболее часто в рамках главы 27 ГПК РК оспариваются дела о порядке предоставления государством права на земельный участок. Обжалуются те решения или действия (бездействия) представителей власти, которые нарушают установленную законом процедуру предоставления земельного участка в собственность или землепользование; незаконно отказывают в предоставлении

¹⁰ п.3 ст.6 Конституции Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., № 4, ст. 217

¹¹ п.2 Постановления Конституционного Совета Республики Казахстан от 23 апреля 2003 г. N 4 Об официальном толковании пункта 2 статьи 2 и пункта 3 статьи 6 Конституции Республики Казахстан // "Казахстанская правда" от 15 мая 2003 г. N 140 (24080)

земельных участков; ущемляют права третьих лиц, претендующих на спорные участки и т.д.

Из имеющегося количества судебных актов в половине из них требования заявителей были удовлетворены, а в остальной части, соответственно, нет. Каждое дело уникально, имеет свои особенности и факторы, влияющие на принимаемые судебные акты. В качестве примера можно привести некоторые наиболее интересные и яркие судебные акты.

Частую судебными инстанциями при принятии решения не применяются нормы земельного законодательства, регулирующие порядок предоставления права на земельные участки, находящиеся под объектами недвижимости, а также предназначенные для их эксплуатации и обслуживания.

Так, например, Б. приобрел у А. здание и земельный участок, предназначенный для обслуживания этого здания. Отдел земельных отношений предоставил в аренду А. другой земельный участок, окружающий вышеуказанное здание.

Б. в судебном порядке оспаривал акты органов исполнительной власти, на основании которых спорный земельный участок был предоставлен А. Но суды не приняли во внимание, что приобретенное Б. здание находится в центре спорного земельного участка, к нему проложены асфальтированные дороги и тротуары, расположены навесы, подземные инженерные сети (тепло-, водоснабжения, канализации, линия электроснабжения, трансформаторная и др.), обеспечивающие жизнедеятельность здания, а сама территория огорожена забором. Также на территории спорного земельного участка расположены навесы, которые находятся в собственности А. Поэтому утверждения суда о том, что при передаче спорного земельного участка другому лицу права и интересы Б. не нарушаются, являются необоснованными.

Судебными инстанциями при принятии решения не были применены нормы земельного законодательства, регулирующие порядок предоставления права на земельные участки, находящиеся под объектами недвижимости, а также предназначенные для их эксплуатации и обслуживания.

Таким образом, судами поддержана позиция и неправомерные действия органов исполнительной власти, предоставивших спорный земельный участок в пользование А., выразившиеся в неполном исследовании фактических обстоятельств, имеющих значение для дела.

В соответствии с Законом Республики Казахстан от 8 декабря 1993 г. № 2572-ХII «Об административно-территориальном устройстве Республики Казахстан» Президентом Республики Казахстан с учетом мнения местных представительных и исполнительных органов образуются и упраздняются области и районы, устанавливаются и переносятся их административные центры; устанавливаются и изменяются границы областей и городов республиканского значения. Из-за таких мероприятий иногда возникают споры о принадлежности земельного участка к той или иной административно-территориальной единице.

Так, по материалам гражданского дела акимом района И. г-ном М. в постоянное пользование были предоставлены земельные участки, которые находились на землях бывшего района К., ныне района Ж. Акты органов государственной власти, предоставивших М. данные земельные участки, были оспорены А. в суде. Доводы А. основывались на том, что предоставление спорных земельных участков не входит в компетенцию акима Илийского района.

Судом при рассмотрении дела не была дана оценка доказательствам М., подтверждающим правомерность владения земельным участком; не были проверены показания представителя органа власти, предоставившего М. земельные участки; не допрошены в качестве свидетелей представители органов исполнительной власти всех районов для выяснения обстоятельств дела по спорным вопросам; не учтено, что А. не были соблюдены сроки, предусмотренные статьёй 280 ГПК РК; не принята во внимание давность приобретения земельных участков М.; не соблюдены правила подсудности.

Таким образом, споры между гражданами и организациями и государственными органами по вопросам регулирования земельных отношений имеют общие, для таких же споров в других сферах права, черты. И хотя в данном случае ситуация не такая

удручающая, как скажем в налоговых и таможенных спорах, она также требует своего разрешения.

Рассмотрение споров в сфере земельных отношений будет осуществляться более эффективно и законно, если этот порядок будет регулироваться специальным нормативным правовым актом, направленным на регламентацию спорных отношений между неравными субъектами права.

Споры в сфере миграции населения

В период существования СССР территория современного Казахстана стала как добровольным, так и вынужденным приютом для людей разных национальностей, вероисповедания, политических и социальных убеждений. Наиболее крупное количество миграционных процессов по различным причинам пришлось на период Великой Отечественной Войны. После распада СССР, на территории всех независимых стран, входящих в состав советского государства, еще больше увеличились миграционные процессы. Причины тому были различны: многие хотели вернуться на историческую Родину, другие мигрировали для воссоединения с семьей и близкими, а некоторые люди уезжали просто для поиска лучшей жизни в других странах.

В настоящий момент в РК передвижение физических лиц (граждан РК, иностранцев и апатридов) из одного государства в другое, в т.ч. внутри Казахстана регулируется Законом Республики Казахстан «О миграции населения», который был принят 22 июля 2011 года¹². Одни из проблемных споров в сфере миграционных процессов, рассматриваемых в порядке главы 27 ГПК РК, связаны с предоставлением статуса беженцев иностранным гражданам. Правовое положение лиц, ищущих убежище, и беженцев на территории Республики Казахстан определяется Законом Республики Казахстан «О беженцах»¹³. Тщательная, доскональная проверка иностранцев и лиц без гражданства на стадии подачи ходатайства о предоставлении статуса беженцев, права въезда и пребывания иммигрантов в Республике Казахстан, а также их выезда из Республики Казахстан, а также выдачи виз на въезд и выезд с территории Республики Казахстан, направлена на предотвращение возможных неправомерных действий со стороны мигрантов. Неправомерные действия могут варьироваться от простого нарушения порядка пребывания иностранцев на территории Казахстана до совершения преступлений и террористических актов, посягающих на суверенитет Казахстана.

В данном разделе обзора было проанализировано 30 судебных актов по спорам, вытекающим из отношений в сфере миграции населения. Из рассмотренных актов только в 3 из них были удовлетворены требования заявителей, в остальных - суд полностью отказывал в удовлетворении требований граждан.

В рамках главы 27 ГПК РК рассматриваются такие споры, как оспаривание решений государственных органов об отказе в предоставлении разрешения выезда за границу или отказе в продлении статуса беженца; признание документов, удостоверяющих личность недействительными и т.д.

К примеру, гражданка РК обратилась в суд с заявлением к Департаменту внутренних дел Республики Казахстан о понуждении к даче разрешения на выезд. Суд отказал в удовлетворении требований, мотивировав тем, что в соответствии с порядком осуществления процедуры выдачи разрешения на выезд с территории РК необходимо, помимо целого ряда документов, предоставить разрешение отца заявительницы.

В рассматриваемом деле суд указал, что отсутствие общения с двухлетнего возраста не могут служить основанием не выполнения правил, обязывающего выезжающего за пределы РК гражданина представить согласие лица, обязанного по

¹² В настоящем разделе рассматривались споры, в период которых действовал Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года №204-І «О миграции населения»

¹³ ст.4 Закона Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 204-І «О миграции населения» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 24, ст. 341.

отношению к нему на совершение этих действий, либо выезжающий должен доказать, что данное лицо на территории Казахстана не проживает.

На практике сложилась своеобразная тенденция, когда совершеннолетние граждане, имеющие право на свободный выезд с территории Казахстана, не могут технически такое право реализовать, так как у них либо нет никакой информации о родителях, которые оставили их еще в раннем детстве, либо родители, с которыми они не могут поддерживать связь, сменили местожительство и разыскать их не представляется возможным. Однако в суде доказать такие обстоятельства для физических лиц весьма затруднительно, т.к. они, в отличие от государственных органов, не обладают достаточными материальными, техническими и методическими средствами и способами поиска необходимых людей.

Основная же часть дел - это споры о порядке обжалования иностранными гражданами действий управления миграционной полицией об отказе в предоставлении статуса беженцев им и их семьям.

К примеру, гражданин иностранного государства У. обратился в суд в порядке главы 27 ГПК РК с заявлением к Управлению миграционной полиции об обязывании присвоения ему и членам его семьи статуса беженцев в Республике Казахстан. Во время проведенного интервьюирования, У. указал причиной выезда из страны проживания чтение намаза, и свою религиозную деятельность. Опасения в преследовании его на Родине обосновывает общей обстановкой в стране, терактами, когда лиц, посещавших мечеть и читавших намаз, арестовывали сотрудники МВД и органов национальной безопасности и осуждали на различные сроки. Поэтому, побоявшись за свою жизнь и свободу, он покинул страну.

Суд в ходе исследования материалов дела установил, что данный случай не соответствует критериям определения статуса беженца. Данных о том, что У. подвергался преследованиям по политическим убеждениям, по принадлежности к определенной социальной группе, вероисповеданию не имеется и не представлено.

По мнению суда, заявитель в обоснование своих возражений не представил суду достаточные и относимые доказательства, в связи с чем его требования подлежали отклонению.

Все проанализированные акты по аналогичным спорам имеют идентичные обстоятельства и основания отказа в удовлетворении заявленных требований. Во всех случаях суд, равно, как и уполномоченные органы по миграции, отказывают в присвоении иностранцам статуса беженцев.

Во многом отказы судов и миграционной полиции имеют некий политический окрас. Казахстанские должностные лица не хотят брать на себя ответственность за судьбу иностранного гражданина и создавать негативные отношения с дружественными странами, потому как такие вопросы легче оставить на усмотрение уполномоченного государственного органа родной страны иностранца, который сам примет решение о его дальнейшей судьбе и реализует принцип верховенства своего законодательства на своей территории.

Также хотелось бы обратить внимание на некоторые особенности данной категории дел.

1. Учитывая публичный характер отношений, заявителю затруднительно доказывать обстоятельства по правилам гражданского процессуального законодательства и предоставлять их в качестве доказательств в суд ввиду его статуса и ограниченности в возможностях их сбора по сравнению с властными органами, рассматривающими ходатайства о предоставлении статуса беженца и имеющими большой потенциал для сбора необходимых доказательств как самостоятельно, так и с помощью иных государственных органов.

2. В рассмотренных актах суды зачастую отклоняют ходатайства стороны заявителя об обеспечении доставки самого заявителя из отдаленных или труднодоступных мест (учреждения уголовно-исполнительной системы) и его личном участии, поскольку, по мнению суда, такие меры не предусмотрены требованиями норм гражданского процессуального законодательства и в суде от имени заявителя участвует его представитель.

Действия и решения государственных органов и их должностных лиц обязательно порождают юридические факты, с которыми связано возникновение, изменение или прекращение правоотношений. Решения миграционных органов об отказе в предоставлении статуса беженца непосредственно влияют на судьбы иностранных граждан и апатридов и могут негативно отразиться на их правах, свободах и интересах, так как основной причиной обращения за статусом беженцев является предполагаемые преследования в стране своей гражданской принадлежности. Поэтому необходимо, чтобы заявители полноценно реализовывали свое право на судебную защиту.

Граждане вправе вести свои дела в суде лично или через представителей¹⁴. В зависимости от основания участия в суде представителя, а также от причин, побудивших лицо, участвующее в деле, обратиться к помощи представителя, он может либо полностью заменить в процессе представляемого, либо участвовать совместно с ним в ведении дела¹⁵. Участие в судебном процессе стороны по делу не обязательно, если в процессе участвует его представитель. Природа договорного представительства изначально складывается из того, что представитель необходим тогда, когда лицо, участвующее в деле, по определенным причинам (болезнь, занятость, пребывание в другой местности и т.д.) не может или не хочет лично присутствовать при разбирательстве дела.

В рассматриваемой ситуации суд, отказывая в удовлетворении ходатайства об обеспечении доставки заявителя, из-за особенностей гражданско-процессуального судопроизводства, невольно ограничил заявителя в праве на судебную защиту.

Вышеназванные обстоятельства еще раз показывают, что споры, вытекающие из публично-правовых правоотношений, не должны рассматриваться по общим правилам искового производства.

Споры, вытекающие из нарушения порядка регистрации юридических фактов

Слово «регистрация» в разных словарях определяется по-разному. К примеру, в толковом словаре Ефремовой под регистрацией понимается запись лиц, фактов или явлений с целью учета, систематизации или придания им законности¹⁶, в энциклопедическом словаре экономики и права регистрация – это 1) запись, фиксация фактов или явлений с целью учета и придания им статуса официально признанных актов (регистрация рождения, брака); 2) внесение в список, в книгу учета¹⁷. В словаре бизнес-терминов под регистрацией понимается официальное внесение в реестр, список, перечень, опись¹⁸.

В любом случае под регистрацией понимается отражение информации, действий, событий на определенном носителе (книга учета, журнал заявлений, реестр, электронная база данных, список и т.д.) для придания последним официального статуса и подтверждения их существования.

Государственные органы исполнительной власти оказывают огромное количество услуг по регистрации практически во всех сферах общественных отношений, начиная от регистрации брака и заканчивая регистрацией нормативных правовых актов. Основания и порядок регистрации и формы оказания услуг по регистрации можно обозначить словосочетанием «регистрационное производство». Несмотря на обширное многообразие отношений, связанных с регистрационным производством, им присущи некоторые общие признаки.

1. В сфере регистрационного производства одной стороной правоотношений всегда является исполнительный орган государственной власти.

¹⁴ п.1 ст.58 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-І // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644.

¹⁵ Гражданский процесс России. Учебник. М.: Юрист, 2005. С. 63

¹⁶ Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. – М.: Русский язык, 2000 // www.efremova.info/ (дата обращения – 15 сентября 2011 года)

¹⁷ Экономика и право (энциклопедический словарь) // Информационная система «Параграф»

¹⁸ www.vedomosti.ru/glossary/business (дата обращения - 15 сентября 2011 года)

2. Регистрационное производство во всех случаях представляет собой определенную процедуру, заканчивающуюся принятием юридического акта.

3. Порядок осуществления государственной регистрации регламентируется нормами права, т.е. устанавливается нормативными правовыми актами.

Основные причины обжалования действий и решений государственных органов в данной сфере в основном связаны с отказами органов юстиции либо иных государственных органов в регистрации или нарушении порядка ее оказания. Указанные споры возникают в различных сферах общественных отношений: при регистрации брака, недвижимого и движимого имущества, юридических лиц, филиалов и представительств, наследовании, заключении договоров банковского займа, залога и многих других.

Специфика данной сферы государственных услуг заключается в разнообразии государственных органов и должностных лиц, имеющих полномочия на проведение регистрационных процедур. Это и органы юстиции, и налоговые органы, и Национальный банк, и органы внутренних дел и другие. Регулируются такие правоотношения также широким кругом законодательных актов в самых различных областях права. В данном разделе будут рассмотрены некоторые проблемные вопросы, с которыми сталкиваются граждане и организации при обжаловании решений и действий государственных органов при осуществлении ими регистрационных процедур.

По спорам в сфере регистрационного и разрешительного производств было проанализировано 30 судебных актов, из которых половина решений вынесены в пользу заявителя, а остальные в пользу органов юстиции. На основании этого можно увидеть, что проблема регулирования данного вопроса существует, однако является не настолько критичной, как в остальных сферах. Но, несмотря на это, анализируя тексты решений судебных органов, можно констатировать наличие нарушений судами норм материального и процессуального права и, как следствие, наличие неправомерных отказов в удовлетворении требований заявителей.

Одной из актуальных проблем является оспаривание факта регистрации или отказа в регистрации прав на недвижимое имущество. Ниже приводятся некоторые примеры ущемления прав заявителя в судебных органах при оспаривании решений и действий регистрирующих органов.

ИП К. обратилась в суд с иском к Управлению юстиции о признании незаконным отказа в государственной регистрации права на объект недвижимости и обяzywании Управления юстиции произвести государственную регистрацию за ней части помещений вокзала.

В 2008 году по результатам тендера между Управлением финансов и ИП К. был заключен договор купли-продажи, предметом которого является часть помещений железнодорожного вокзала. В 2010 году ИП К. обратилась в Управление юстиции с заявлением о регистрации за ней недвижимого имущества, приобретенного по договору у Управления финансов. Управлением юстиции в государственной регистрации отказано в связи с тем, что в правовом кадастре право собственности на объект недвижимости зарегистрирован за АО А. Выясненное в судебном заседании обстоятельство, о том, что собственником объекта недвижимости является АО А., послужило основанием для отказа в удовлетворении требований заявителя.

Таким образом, мы видим, что, несмотря на выигранный на законных основаниях тендер и заключенный между Управлением финансов и ИП К. договор купли-продажи, предметом которого является часть помещений железнодорожного вокзала, заявителю в регистрации права собственности на данный объект отказано по независящим от заявителя причинам, хотя формально заявитель выполнил все требования законодательства и правомерно хотел реализовать свои права, возникшие на основании выигранного тендера.

Еще один пример вынесения судебного акта, отказывающего в удовлетворении требований заявителя:

Суд признал действия регистрирующего органа правомерными и отказал заявителю в удовлетворении требований по обяzywанию Департамента юстиции в регистрации квартиры, которая заявителем перешла по наследству. В регистрации права

собственности было отказано из-за того, что заявителями не был предоставлен документ на земельный участок.

Однако регистрирующим органом и судом не принято во внимание, что приобретенная заявителями квартира входит в состав condominiuma, в котором права собственников квартир имеют свои особенности, а для государственной регистрации прав на вторичные объекты, в данном случае отдельную квартиру заявителей, правоустанавливающий и идентификационный документы на земельный участок не требуются.

Таким образом, мы видим, что судом не были подробно изучены нормы законодательства, регулирующие данные правоотношения, что повлекло вынесение неправомерного решения, ущемляющего права заявителей.

В судебной практике достаточно часто встречаются споры в сфере регистрации договоров банковского займа и залога. Ниже приведен пример, когда переходящие от одного государственного органа к другому полномочия по регистрации договоров залога негативно сказываются на интересах заявителя.

АО Б. обратилось с иском к Департаменту юстиции о восстановлении регистрации договора о залоге недвижимого имущества. АО Б. был заключен с ИП И. договор банковского займа под залог жилого дома. Договор был сдан в ЦОН и получен со штампом и печатью о регистрации. При попытке заявителя произвести внесудебную реализацию дома, выяснилось, что ни в реестре, ни в базе данных не имеется сведений относительно регистрации данного договора залога.

В судебном заседании выяснилось, что на обратной стороне документов, представленных истцом, стоят печать и штамп Центра недвижимости, а не Департамента юстиции, и при этом Центр не является подразделением департамента.

Заявителю в удовлетворении требований судом отказано, так как печать и штамп о регистрации проставлены не тем органом, в компетенцию которого на тот момент входила регистрация договоров залога и займа.

В связи с этим заявитель лишается права провести реализацию залогового имущества в соответствии с договором залога. Ситуация складывается таким образом, что Центр по недвижимости, не уведомив АО Б. о том, что полномочия по регистрации договоров залога переданы в Департамент юстиции, ставит свою печать и штамп на договоре залога. Заявитель правомерно считает данное действие законным, так как регистрацию произвел государственный орган. Суд же считает, что здесь вина заявителя, хотя налицо вина Центра по недвижимости, который неправомерно проставил печать и штамп на договор залога, когда таких полномочий на тот момент у него уже не было.

Объяснения представителя Центра недвижимости о том, что он не знает, каким образом на договоре стоят их печать и штамп, говорит лишь о том, что в таких государственных органах не контролируют правомерность проставления печатей и штампов их организации, либо о возможном проявлении коррупционного правонарушения.

Так суд встал на сторону государственного органа, не учитывая тот факт, что вины заявителя в неправомерной постановке штампов и печатей о регистрации нет. Однако, не имея в рамках гражданского судопроизводства полномочий разобраться во всех обстоятельствах данного дела, судом выносится решение об отказе в удовлетворении требований заявителя. Хотя в данном случае налицо нарушение закона, так как абсолютно непонятно каким образом орган, не обладающий на тот момент соответствующими полномочиями по регистрации, мог поставить свои штамп и печать на договор банковского займа.

Исходя из вышеизложенного видно, насколько несостоятельна глава 27 ГПК при регулировании подобных правоотношений. Несостоятельность проявляется в не исследовании судом должным образом всех обстоятельств дела, в неправомерном применении норм законодательных актов, принятии судом не обоснованных решений из-за путаницы в структуре организации деятельности отдельных органов власти.

Таможенные споры

Таможенные споры являются одними из самых проблемных, наряду с налоговыми, поскольку в данном случае серьезно затрагиваются финансовые интересы государства.

После образования Таможенного союза был принят и введен в действие Кодекс от 30 июня 2010 года «О таможенном деле в Республике Казахстан» (далее по тексту – Таможенный кодекс Республики Казахстан), который определяет правовые, экономические и организационные основы таможенного дела в Республике Казахстан¹⁹.

Непрерывное и стабильное развитие внешнеэкономической деятельности и товарооборота между странами и участниками внешнеэкономической деятельности приводит к тесному взаимодействию организаций и граждан с таможенными органами. При таком взаимодействии очень часто возникают спорные ситуации по вопросам правомерности оплаты и размера таможенных платежей и налогов, порядка декларирования, перемещения, хранения, выпуска товаров, таможенного оформления и т.д. При этом деятельность таможенных органов Республики Казахстан и их должностных лиц все чаще осуществляется с ущемлением интересов юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и граждан. Обжалуя решения и действия таможенных органов в суде, организации и граждане также часто сталкиваются с произволом и некомпетентностью при разрешении таких ситуаций.

С момента начала функционирования нового Таможенного кодекса Республики Казахстан уже возникло множество проблем и вопросов в связи с применением норм нового кодекса, как у граждан и организаций, так и у самих сотрудников таможенных служб. Также причиной наличия таких проблем можно считать пробелы в таможенном законодательстве; некомпетентность сотрудников таможенных органов; недостаточную регламентацию пределов компетенции фискальных органов, позволяющую им применять по собственному усмотрению те или иные нормы в области таможенного регулирования и т.д. Все это, так или иначе, порождает большое количество таможенных споров. Таможенные споры являются одной из самых тяжелых и запутанных категорий судебных дел.

Рассмотрение и анализ проблем регулирования таможенных отношений, а также дальнейшего реформирования сферы таможенных и судебных органов очень актуально для складывающейся в настоящее время ситуации в Казахстане. Новый Таможенный кодекс потребует еще более высокого уровня компетентности и профессионализма судей для разрешения спорных ситуаций, а где-то и толкования норм таможенного законодательства.

Основными вопросами, обжалуемыми организациями, индивидуальными предпринимателями и гражданами в суде, являются оспаривание уведомлений о доначислении платежей, налогов и пени; действий таможенных органов по отказу в выпуске таможенной декларации; по назначению и проведению таможенной проверки; о несвоевременности выставления уведомления об оплате таможенных пошлин; по отказу в корректировке таможенной стоимости по Грузовой таможенной декларации (далее – ГТД) и другие.

Так из 30 проанализированных судебных решений, только 10 вынесено с удовлетворением требований заявителей. Получается, что больше половины решений отказывают заявителю в удовлетворении его требований. Причем большая часть таких решений действительно нарушает права заявителя, оспаривавшего незаконные решения и действия таможенных органов и их должностных лиц.

Наиболее часто встречающимися являются споры о признании незаконными и отмене уведомлений и актов таможенного контроля.

Так, суд неправомерно отказал заявителю в удовлетворении требований, не исследовав все обстоятельства дела. ТОО Т. обжаловался акт и уведомление проверки внешнеэкономической деятельности в части включения в таможенную стоимость импортируемых товаров расходов по их транспортировке и НДС.

¹⁹ Преамбула Кодекса Республики Казахстан от 30 июня 2010 года № 296-IV «О таможенном деле в Республике Казахстан» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2010 год, июнь, № 14 (2567), ст. 70.

Судом не исследованы и не учтены те обстоятельства, что транспортные расходы по доставке товара только до места ввоза товара на таможенную территорию РК подтверждены документально соответственно требованиям Таможенного Кодекса РК, Инструкцией о порядке определения таможенной стоимости товаров, ввозимых на территорию РК, а именно имеются счета за транспортировку и справки о транспортных расходах с разбивками до и после границы. Законодательно утвержденной методики произведения разбивки затрат по транспортным расходам до и после границы не существует, законодательством не предусмотрена обязанность истца по проверке наличия первичных документов у своих поставщиков по договорам транспортной экспедиции. Из акта проверки усматривается то, что перевозка и экспедирование грузов осуществлялось ОАО К. В связи с тем, что истец имел договорные отношения по перевозке товаров с экспедиторами, счета за транспортировку выставляли ему именно экспедиторы, а не фактические перевозчики. В соответствии с п. 5-2 ст. 24 Налогового Кодекса РК, экспедитор вправе самостоятельно выставлять счета в подтверждение перевозки грузов, осуществляемой в рамках договора транспортной экспедиции. Из этого следует то, что счета-фактуры и иные подтверждающие документы перевозчиков и других поставщиков услуг являются руководящими только для экспедиторов, которые остаются у самого экспедитора. Ответчик неправоммерно поставил под сомнение легитимность счетов экспедиторов; указав на то, что именно истец должен руководствоваться счетами фактических перевозчиков.

Таким образом, судом первой инстанции не были исследованы вопросы о цене сделки, не истребованы первичные материалы для проверки достоверности расходов. Ввиду этого суд первой инстанции неправильно применил нормы материального права и пришел к необоснованным выводам об отказе в иске в полном объеме.

Как уже говорилось выше, наиболее часто в судебной практике встречаются споры из-за несогласия с уведомлениями и актами, в рамках которых начисляются таможенные платежи, налоги и пеня. Обжалование уведомлений о погашении задолженности по таможенным платежам, налогам и пеням осуществляется в порядке, установленном Таможенным законодательством Республики Казахстан. Правом на обжалование уведомлений о погашении задолженности обладает декларант, в отношении которого выставлено уведомление о погашении задолженности, либо его представитель, также лицо, осуществляющее деятельность в сфере таможенного дела, в отношении которого выставлено уведомление о погашении задолженности, либо его представитель. В данной сфере наиболее часто встречаются случаи произвола со стороны таможенных органов. Происходит это по причине того, что возникающие споры касаются материальных средств, а именно сборов, налогов и платежей, которые в случае отказа заявителю в удовлетворении его заявления, поступят в бюджет таможенного департамента соответствующего района. Это негласное основание порой является веской причиной у таможенных органов и судов для отказа в удовлетворении жалоб и заявлений граждан и организаций, ведь возникающий недочет в бюджете государственные органы стремятся возместить всеми возможными путями, которые зачастую расходятся с понятием законности и правомерности.

Ниже приведен пример нарушения судом первой инстанции порядка полного и всестороннего исследования материалов дела, что привело к явному нарушению прав заявителя, обжалующего уведомление о погашении начисленной суммы задолженности.

Таможенные органы по результатам проведения внеплановой проверки вынесли в отношении ТОО Ф. уведомление о погашении задолженности и пени. Основанием для доначисления послужил факт неуплаты таможенной пошлины по импортируемым товарам, которые рассматривались в разные периоды и таможенными органами, и ТОО Ф. как инвестиции.

Вместе с тем, ТОО Ф. пользовалось льготами, которые были предоставлены им как инвесторам в 90-х годах прошлого века и которые сохранялись на период проведения проверки. Более того ТОО Ф. было защищено от претензий таможенных органов положениями международного договора.

Суды при принятии решения не проанализировали положения казахстанского законодательства со всеми изменениями и дополнениями и международных договоров, а руководствовались только фактом формального превышения количества импортируемых

товаров над ранее объявленным объемом в рамках инвестиций, прийдя к выводу о нераспространении режима инвестиций и соответствующих льгот на ТОО Ф.

Суды не приняли во внимание того факта, что ТОО Ф. уже ранее проверялось и принуждалось, в том числе судебными актами, к уплате таможенной пошлины за тот же проверяемый период, но в отношении других видов товаров. В ходе предыдущей проверки к товарам, по отношению к импорту которых возник новый спор, никаких претензий не предъявлялось.

В процессе разбирательства суды также не обратили никакого внимания на то, что таможенными органами постоянно допускались ошибки в оформлении одного и того же уведомления, что привело к истечению сроков исковой давности по определенным платежам.

Таким образом, суды поддержали неправомерные действия и процессуальные упущения государственных органов.

Очевидно, что ряд упущений при разрешении таких споров связан с не достаточно полным и всесторонним изучением судами всех материалов дел и не всегда правомерным применением соответствующих норм таможенного законодательства. Зачастую суд, принимая сторону таможенного органа, не учитывает то положение, что государственные органы склонны трактовать неточные нормы законодательства в свою пользу, что впоследствии ведет к незаконному доначислению таможенных платежей и налогов либо иному ущемлению прав граждан и организаций. Судьи же в силу разных обстоятельств: большой нагрузки либо нежелания разбираться в сложных и многочисленных положениях часто меняющегося таможенного законодательства, предпочитают в решениях сослаться на положения, применяемые государственным органом, не исследовав при этом доводы заявителя.

По итогам изучения судебной практики по таможенным спорам можно сделать вывод о том, что мало какая отрасль законодательства может сравниться с таможенным правом по степени сложности и запутанности. Казахстанская судебная практика только нарабатывает опыт в таможенных спорах, касающихся классификации товаров, определения таможенной стоимости товара, оспаривания уведомлений и актов, результатов таможенных проверок. Спорных моментов возникает немало, а для компетентного их разрешения нужны грамотные специалисты, которые владеют знаниями в соответствующей области законодательства. Здесь как нигде необходима специализация в процессе разрешения споров, которая бы учитывала специфику и сложность норм таможенного права.

Налоговые споры

Невозможно представить себе государство, существующее и стабильно функционирующее без необходимых на то средств. Налоги для любого государства являются важнейшим финансовым инструментом распределения доходов, необходимых для реализации своих функций и содержания государственного аппарата управления.

Налоги — одна из древнейших экономических и правовых категорий, определяющих взаимоотношение государства и налогоплательщиков. Являясь обязательными платежами в государственную казну, они представляют собой динамичную систему, развивающуюся во взаимодействии и взаимосвязи с экономическими и политическими процессами, происходящими в обществе на той или иной стадии его исторического развития²⁰.

Налогообложение — это определенная совокупность экономических (финансовых) и организационно-правовых отношений, складывающихся на базе объективного процесса перераспределения преимущественно денежной формы стоимости, и выражающая собой одностороннее, безэквивалентное, принудительно-властное изъятие части доходов корпоративных и индивидуальных собственников в общегосударственное пользование. Данное определение раскрывает первопричину существования налоговых отношений —

²⁰ Землин А. И. Налоговое право: Учебник. — М.: ФОРУМ: ИНФРА-М, 2005. С.5

необходимость перераспределить часть доходов для удовлетворения общенациональных потребностей²¹.

В Казахстане уплата законно установленных налогов, сборов и иных обязательных платежей является долгом и обязанностью каждого²², а взысканием этих налогов и других обязательных платежей в бюджет занимаются органы налоговой службы в лице ее должностных лиц. Из-за огромного количества субъектов налоговых отношений, которые включают в себя практически всех и каждого, вполне свободно можно сказать, что вопросы правового регулирования налогообложения в Казахстане относятся к числу наиболее экономически и социально значимых. И как следствие этого, количество споров в сфере налогообложения тоже огромное.

Налоговые споры являются одними из самых сложных и запутанных в юридической практике. Проблемы, связанные с исчислением и уплатой налогов, оформлением документов и отчетов, выполнением различных требований Налогового Кодекса, возникают у любой компании, предпринимателя или гражданина. Для разрешения возникающих проблем граждане, организации и предприниматели зачастую обращаются за защитой нарушенных прав и интересов к судебным органам, в надежде на компетентность и справедливость судей.

При этом возникающие в налоговой сфере споры характеризуются такой степенью сложности, что подчас даже специалисту непросто в них разобраться, выявить ошибку в понимании и применении той или иной нормы налогового права и найти единственно правильное решение. Для судов же, разрешающих налоговые споры, эта задача осложнена еще и бюджетным элементом, поскольку на карту всегда поставлены немалые имущественные интересы, с одной стороны, государства, а с другой - налогоплательщиков и иных обязанных лиц²³. В судах такие споры рассматриваются в рамках главы 27 ГПК РК.

Практика по рассмотрению дел в сфере оспаривания решений и действий налоговых органов складывается таким образом, что доказать в суде факт нарушения налоговыми органами прав и интересов налогоплательщика очень не просто, особенно когда спорные вопросы не совсем точно или вообще не урегулированы налоговым законодательством. В связи с этим зачастую действует негласное правило о том, что все сомнения и неточности законодательной базы толкуются не в пользу заявителя. Таким образом, во многих случаях заявителю отказывается в удовлетворении его законных требований из-за несовершенства налогового законодательства или узкой и однобокой трактовки судами норм законодательства.

Как показывает практика, преимущественное большинство налоговых дел, рассматриваемых судами в порядке особого искового производства, – это споры о признании незаконными и отмене актов налоговой проверки и уведомлений о результатах налоговой проверки, которые выносятся органами налоговой службы по завершению налоговой проверки «...в случае выявления нарушений, приводящих к начислению сумм налогов и других обязательных платежей в бюджет, обязательств по исчислению, удержанию, перечислению обязательных пенсионных взносов, исчислению и уплате социальных отчислений и пеней, уменьшению убытков, неподтверждению к возврату сумм превышения налога на добавленную стоимость и (или) корпоративного (индивидуального) подоходного налога, удержанного у источника выплаты с доходов нерезидентов...»²⁴.

Одной из проблем в налоговых спорах в суде уже на стадии подачи заявления в суд для налогоплательщиков, особенно для субъектов малого предпринимательства,

²¹ Юткина Т. Ф. Налоги и налогообложение: Учебник. М., 1998. С. 34.

²² ст.35 Конституции Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., № 4, ст. 217

²³ Порохов Е.В. Проблемы применения некоторых норм налогового законодательства Республики Казахстан и перспективы его развития // Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ». №7. июль 2011г.

²⁴ п.1 ст.638 Кодекса Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» // «Казахстанская правда» от 13 декабря 2008 г. № 275-277 (25722-25724); от 19 декабря 2008 г. № 280-283 (25727-25730)

является трудный, а подчас и непреодолимый барьер в виде уплаты государственной пошлины. Подпунктом 4) пункта 1 статьи 535 Кодекса Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года «О налогах и других обязательных платежах в бюджет» (далее по тексту – «Налоговый кодекс») установлена ставка государственной пошлины с подаваемых в суд заявлений особого искового производства об оспаривании уведомлений по актам налоговых проверок для индивидуальных предпринимателей и крестьянских или фермерских хозяйств - 0,1 процента от оспариваемой суммы налогов и других обязательных платежей в бюджет (включая пени), указанных в уведомлении; для юридических лиц - 1 процент от оспариваемой суммы налогов и других обязательных платежей в бюджет (включая пени), указанных в уведомлении. Такие ставки, когда суммы пошлины могут превышать несколько сот тысяч или даже миллионы тенге, ограничивают право многих налогоплательщиков обращаться за защитой нарушенных прав в суд, т.к. последних отталкивает сложившаяся практика рассмотрения налоговых споров, которая показывает, что большая часть заявлений судом не удовлетворяется. Это создает условия, при которых налогоплательщики, не видя гарантий честного рассмотрения спора с государственным органом, попросту отказываются от уплаты больших пошлин, траты времени, сил и направляют средства на решение проблемы иным путем, в т.ч. незаконным путем совершения коррупционных преступлений.

Еще одной проблемой является нормативно-правовая основа реализации полномочий должностными лицами налоговых служб. Деятельность налоговых органов строго регламентирована Налоговым кодексом и другими нормативными правовыми актами. Однако слабая юридическая техника при подготовке этих актов привела к тому, что некоторые нормы самостоятельно трактуются налоговыми органами в свою пользу. Естественно предположить, что ввиду противоположности интересов налогоплательщика с налоговым органом, те же самые нормы налогоплательщиком будут трактоваться в ином ключе. Этим также объясняется множество налоговых споров.

Вышесказанное является еще одним аргументом в пользу создания специализированного правосудия. Будь судья высококвалифицированным специалистом в области налогообложения, опыт и знания помогли бы с меньшими трудностями разбираться в запутанных делах, учитывая специфику спора и правильно толкуя нормы Налогового кодекса.

В рамках проведения исследования по теме данного раздела настоящей главы было проанализировано 30 судебных актов. Из них только в 3 случаях были удовлетворены требования заявителей, 7 заявлений суд удовлетворил частично (в основном суд уменьшал сумму взыскиваемых налогов и пеней только на небольшую сумму), а в 20 остальных делах судом в удовлетворении требований отказано. Результаты анализа такого небольшого количества актов показывают сложившуюся тенденцию результатов дел, описанную выше.

Ниже приведены примеры, когда Налоговым органом и судом первой инстанции неверно истолкованы нормы налогового законодательства, и, следовательно, сделаны неправомерные выводы, повлекшие нарушение прав и интересов заявителя.

Налоговым органом по результатам документальной налоговой проверки вынесено в отношении ТОО М. уведомление о погашении задолженности и пени в результате того, что, по мнению налогового органа, ТОО М. не имело право относить на вычеты суммы амортизационных отчислений по фиксированным активам (в данном случае – здание), т.к. право собственности на недвижимое имущество возникло не в 2006 г., а с 23.01.2007 г. Таким образом, спор заключается в установлении налогового периода, на момент окончания которого определяются амортизационные отчисления, относимые на вычеты.

Судом первой инстанции исчисление налогового периода произведено с даты регистрации права собственности на недвижимое имущество. Однако, данные доводы являются неверными, т.к. нормы налогового кодекса не связывают бухгалтерский учет приобретенных активов, начало и конец налогового периода с датой регистрации права собственности именно по данному виду налоговых обязательств. Статьями Налогового кодекса, регулирующими вычеты по фиксированным активам, не предусмотрена возможность производить отнесение на вычеты амортизационных отчислений с даты регистрации права собственности.

Исходя из вышеизложенного, следует сделать вывод о том, что в действиях ТОО М. по отнесению на вычеты фиксированных активов нарушений налогового законодательства не имеется.

В аналогичной ситуации по вопросу амортизационных отчислений оказалось ТОО Ф. Налоговые органы по результатам налоговой проверки вынесли в отношении ТОО Ф. уведомление о погашении задолженности и пени. Налоговые органы посчитали, что ТОО Ф. не имело право вычитать расходы по амортизации и ремонту при исчислении корпоративного подоходного налога (КПН), поскольку обладало льготами по уплате КПН.

При этом суды не приняли во внимание, что льготы по КПН касались ставок подоходного налога, предоставлялись всем иностранным инвесторам и не обуславливались лишением прав инвесторов по отнесению расходов по амортизации и ремонту на вычеты.

В ходе судебного разбирательства ТОО Ф. было признано как действующее в рамках инвестиционного проекта, хотя деятельность ТОО Ф. ни по каким критериям не отвечала характеристикам такого проекта. Признание ТОО Ф. участником инвестиционного проекта означало, что товарищество может воспользоваться правом на льготную амортизацию, действительно предусмотренную законодательством. Однако, судебными решениями ТОО Ф. было лишено права и на льготный порядок, тем самым лишившись права на любую амортизацию.

Без внимания судов остались положения казахстанского законодательства о стабильности этого законодательства, международные договоры.

Таким образом, суды своими решениями не защитили интересы налогоплательщиков, а поддержали очень спорную позицию налоговых органов.

Нередки случаи, когда судьи районных судов из-за чрезмерной загруженности, либо из-за недостаточной квалификации в сфере определенных правоотношений не могут подробно разобраться в обстоятельствах дела и выяснить требования и позиции сторон, в связи с чем принимают необоснованные решения, которые впоследствии отменяются вышестоящими судами.

Ниже приведен пример, когда судом первой инстанции не выяснены позиции сторон, неправильно определен круг обстоятельств, имеющих значение для дела.

По итогам проведения проверки по вопросам применения трансфертных цен в отношении ТОО Н. были уменьшены убытки и вынесено уведомление о доначислении КПН и пени. Налоговым органом установлен факт отклонения цены сделки от рыночной более чем на 10% по 28 поставкам и произведена корректировка налогооблагаемого дохода отдельно по каждой поставке. Доводы налогового органа были поддержаны судом.

Однако для осуществления корректировки налогооблагаемого дохода следовало с учетом дифференциалов и условий, влияющих на величину отклонения цены, установить размер отклонения цены в целом по сделке и только при установлении такого факта более чем на 10% осуществлять корректировку налогооблагаемого дохода.

Помимо этого суд допускает дополнительные нарушения, выразившиеся в следующем:

- суд указывает о сложившейся практике торговли в сфере деятельности ТОО Н., но кем и как эта практика заведена и на чем она основывается, из решения не видно;

- суд, исследуя фактические обстоятельства дела, требует анализа всей партии товара, но не указывает, какими нормами он при этом руководствуется;

- судом не исследован вопрос о наличии и причинах отсутствия не представленных справок-сертификатов;

- в решении указывается, что отчеты международных независимых инспекционных компаний сделаны не по запросу заявителя, а для сторонней компании, не состоящей в правоотношениях с ТОО Н. При этом судом не конкретизируется, в чем порочность этих данных как доказательств, тогда как при определении условных затрат суд руководствовался данными схожих обстоятельств.

Судом ввиду сложности и запутанности рассматриваемого дела, большого количества фактических данных не исследован полный круг обстоятельств, имеющих значение для дела, в результате чего вынесено незаконное решение. Дело направлено на новое рассмотрение. Судом вышестоящей инстанции оговорено, что при новом

рассмотрении суду следует уточнить позиции сторон, правильно определить и выяснить круг обстоятельств, имеющих значение для дела, устранить недостатки и в зависимости от установленного вынести по делу законное и обоснованное решение.

Как и в любом судебном процессе по гражданским делам главным аргументом своей правоты для любой из сторон является доказанность тех обстоятельств дела, на которые эта сторона ссылается. Опираясь на основополагающие принципы отправления правосудия, только суд может установить наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования сторон. Другими словами, суд взвешивает и оценивает все имеющиеся доказательства по делу и на основании этого выносит свое решение.

В соответствии с одним из принципов осуществления правосудия в Республике Казахстан, судья оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на беспристрастном, всестороннем и полном рассмотрении имеющихся в деле доказательств в их совокупности, руководствуясь при этом законом и совестью.²⁵ Неправильная или недостаточно полная оценка доказательств по делу приводит к вынесению незаконных судебных актов. Ниже приведен пример такого дела.

Налоговым органом на основании предписания проведена комплексная налоговая проверка ТОО А. По результатам проверки выставлено уведомление о начислении налогов, а также произведено уменьшение убытков.

В ходе судебного разбирательства судом, как и налоговым органом, неправомерно не применены положения международной Конвенции об избежании двойного налогообложения по вопросам наличия документов (сертификатов), подтверждающих резидентство контрагентов ТОО А.

Представленные заявителем иные письменные документы не были приняты судом в качестве доказательств, бесспорно подтверждающих в налоговых целях постоянное местонахождение организации в иностранном государстве.

Тем более, что в соответствии с пунктом 11 нормативного постановления Верховного Суда от 23 июня 2006 года № 5 «О судебной практике применения налогового законодательства» суд обязан принять и оценить доказательства, представленные налогоплательщиком в обоснование своих возражений по уведомлению, независимо от того, представлялись ли эти доказательства налогоплательщиком налоговому органу в ходе проверки либо обжалования ее результатов вышестоящему налоговому органу.

Таким образом, на основании всех приведенных доводов, рассмотренных примеров и имеющейся статистики, мы видим, что в данной сфере законодательства особенно необходимо реформирование процедуры обжалования актов и решений государственной администрации, чтобы прекратить ущемление прав налогоплательщиков и произвол органов налоговой службы.

Многие из налогоплательщиков являются крупными международными компаниями, которые уплачивают в бюджет значительные суммы, чем в свою очередь порой обеспечивают бюджеты целых регионов. У налоговых органов по отношению к крупным налогоплательщиком складывается чисто потребительское отношение, рассчитанное на то, что большим корпорациям не составит труда выплатить дополнительные суммы налогов, зачастую неправомерно доначисленных налоговыми органами. При этом, сталкиваясь с описанными выше проблемами и преградами, даже крупным компаниям часто не удается отстоять свои права в суде, потратив при этом дополнительные суммы денежных средств на уплату государственной пошлины в судах, а также на услуги представителей и юристов. Это может повлечь крайне негативные для нашей страны последствия в виде формирования отрицательного отношения иностранных предпринимателей к государственной системе Казахстана, и, следовательно, сокращения количества поступающих инвестиций.

Во многих странах соблюдению прав и свобод граждан и организаций придается большое значение, и если у крупных иностранных инвесторов сложится мнение о нашей стране как о государстве, где механизм защиты нарушенных прав работает крайне неэффективно, это в значительной степени ослабит позиции Республики Казахстан на мировой арене.

²⁵ п.1 ст.16 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-1 // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644.

Подведение итогов исследования

Подводя итоги проведенного исследования, изучив статистические данные и ряд судебных актов, рассмотренных в порядке главы 27 ГПК РК, можно сделать выводы о несовершенстве указанной главы.

Анализируя судебные решения и постановления по спорам об обжаловании решений и действий государственной администрации, этот вывод становится очевидным. Очень часто суды отказывают в удовлетворении требований негосударственных субъектов спора с вынесением решений, нарушающих их права и законные интересы. Такие примеры особенно характерны при разрешении споров, где присутствуют финансовые или имущественные интересы государства. В качестве примеров можно привести таможенные и налоговые споры, где оспаривается необходимость уплаты денежных средств в государственный бюджет; земельные споры о предоставлении земельных участков в собственность или землепользование. Из представленной статистики видно, что даже та небольшая часть судебных решений, которые были отменены вышестоящими судами, в основном (но не всегда) направлялись на новое рассмотрение, а не удовлетворялись в пользу заявителя. Таким образом, даже усмотрев нарушения материальных и процессуальных норм, суд вышестоящей инстанции не спешит признать законными требования заявителя. К примеру, в налоговых спорах при нарушении норм законодательства налоговым органом либо наличии произвола со стороны налогового органа и (или) его должностных лиц, восстановить нарушенные права для налогоплательщика становится практически невозможным. Здесь много причин, начиная от имущественного интереса, так как речь идет зачастую об огромных суммах, которые могут поступить в бюджет государства, заканчивая некомпетентностью и неспособностью многих судей разобраться в сложных и порой очень запутанных налоговых спорах. Однако и по спорам в других сферах правоотношений эти проблемы стоят также остро.

Из проанализированного материала мы видим, что помимо ошибок и неточностей, допускаемых судьями, заявители сталкиваются с тем, что почти половина подаваемых ими заявлений так и не доходит до стадии рассмотрения по существу, а возвращается по различным причинам. А так как заявление в суд подается, как правило, после долгого пути обжалования в вышестоящих государственных органах, зачастую получается, что после возврата заявления судьей, при повторной подаче трехмесячный срок, предусмотренный статьей 280 ГПК РК, на подачу такого заявления уже истекает. Государственные органы зачастую превышают месячный срок рассмотрения жалоб, чем также ставят заявителя в положение, когда он находится на грани пропуска трехмесячного срока на подачу заявления в суд.

Согласно ГПК, пропуск срока не является основанием для отказа в принятии заявления. Причины пропуска выясняются в процессе рассмотрения дела. Однако, как чаще всего и происходит, государственный орган заявляет о пропуске заявителем срока обращения в судебные органы и тогда это может являться основанием для отказа в удовлетворении заявления. Хотя по сути нарушенный на несколько дней срок подачи заявления, не изменяет того факта, что государственный орган грубо нарушил нормы законодательства, а также права и законные интересы заявителя. Но даже при наличии нарушений со стороны государственного органа, пропущенный заявителем срок подачи заявления в суд может являться основанием, по которому государственный орган останется безнаказанным.

Итак, получается, что физическому, юридическому лицу либо индивидуальному предпринимателю, чтобы получить только возможность на защиту своих интересов в суде, неправомерно нарушенных действиями (бездействием) или решением государственного органа либо должностного лица, необходимо соблюсти такое количество норм и формальностей, что зачастую гораздо легче подчиниться незаконным требованиям государственного органа или даже совершить коррупционное преступление. Многие из заявителей, правомерно полагая, что оспаривание получится более затратным по времени и материальным средствам, чем само нарушенное право,

предпочитают не проходить долгую и непростую процедуру доказывания своей правоты. В этой связи наиболее целесообразным будет продление сроков на обжалование решений и действий государственной администрации с трех месяцев до трех лет, как это принято в общем исковом производстве.

Не менее проблемными и болезненными для заявителей вопросами являются имеющиеся в нашей стране в обилии административные барьеры и бюрократия. Проявляются они по большей части в затягивании процедурных действий государственными органами и судами, что в свою очередь лишь лишний раз подтверждает несовершенство системы правосудия и системы работы исполнительных органов власти в Республике Казахстан. Происходит такой произвол, по большей части, из-за самовольной трактовки правовых норм должностными лицами и отсутствия законодательного закрепления обязанностей государственных органов и судов по передаче материалов гражданских и административных дел в определенный срок, по порядку рассмотрения жалоб граждан и организаций, по порядку обжалования действий государственных органов при несоблюдении порядка и сроков рассмотрения жалоб и заявлений и других норм. Без устранения указанных пробелов законодательства, бюрократия и административные барьеры будут только расти с каждым годом, что в свою очередь будет способствовать все большему росту коррупции в стране.

Все это еще раз подтверждает мнение многих ученых и практиков о необходимости кардинального изменения структуры судебных органов и создания отдельного акта, регулирующего порядок обжалования решений и действия государственной администрации.

Работа в этом направлении уже ведется значительное количество времени. Как упоминалось выше, в свое время в Парламенте Республики Казахстан рассматривался проект Административно-процессуального кодекса 2009 года, в содержание которого разработчиками включалось рассмотрение споров по главе 27 ГПК РК. Данный проект АПК был отозван в августе 2010 года. Затем, в соответствии с Планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2011 год, утвержденным Постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2010 года № 1467, в апреле 2011 года Министерством юстиции Республики Казахстан был разработан проект новой редакции АПК от 2011 года, проект новой редакции КоАП и проект Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам административного процессуального законодательства». В этих проектах государство решило не включать в сферу регулирования этих актов споры по обжалованию действий (бездействий) и решений государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц, а ограничилось лишь порядком рассмотрения дел об административных правонарушениях. Однако и эти проекты в августе 2011 года были исключены из плана законопроектных работ²⁶. Неоднократные попытки принятия уже давно назревших АПК и новой редакции КоАП и разгорающаяся полемика ученых, юристов-практиков, представителей государственных органов вокруг них говорят о необходимости тщательной и продуманной проработки этих актов и достижения консенсуса в определении предмета регулирования административного процессуального законодательства.

В случае же возможного принятия АПК и включения в него норм главы 27 ГПК, при подготовке проекта нужно особое внимание обратить, на то, что данная глава не предусматривает подробной процедуры обжалования решений и действий государственных органов. И в новом нормативном правовом акте такая процедура должна быть прописана досконально, учитывая регулируемые правоотношения и то, что одной стороной в таких правоотношениях всегда является властный субъект.

²⁶ Проекты упомянутых актов были исключены из плана законопроектных работ Постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2011 года № 985 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2010 года № 1467 «О Плане законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2011 год» // Информационная система «Параграф»

В общем, чем более полным и детальным будет АПК, тем скорее и успешнее пройдет процесс внедрения этого новшества в нашу судебную систему.

В любом случае, даже если внедрение в скором будущем системы административной юстиции не представляется возможным, глава 27 ГПК нуждается в срочной корректировке и доработке. Это касается как сроков подачи заявления в суд, так и самого порядка обжалования. Отметим, что данная глава не предусматривает подробного порядка рассмотрения заявлений об обжаловании решений и действий государственной администрации. В случае отсутствия нормы для урегулирования отдельных отношений в данной сфере, принято руководствоваться статьями, регламентирующими рассмотрение дел в порядке искового производства. Однако как уже не раз говорилось, обжалование решений и действий (бездействий) государственных органов имеет свои особенности, характерную специфику и нуждается в подробной регламентации в отдельной главе, либо, что еще лучше, в отдельном акте. Невозможно регулировать правоотношения, основанные на власти и подчинении, актом, предусматривающим разрешение споров между равными субъектами права.

Также при разрешении споров с государственными органами должна создаваться такая практика, при которой все сомнения толкуются в пользу заявителя, а не государственного органа. Лицу, оспаривающему действия и решения государственной администрации, приходится доказывать, что в его действиях нет нарушения закона, тогда как при рассмотрении таких дел специализированными административными судами уже будет возможно возложить бремя доказывания вины заявителя на государственный орган.

Таким образом, в нашей стране пока складывается не очень хорошая ситуация в области административной юстиции. Невозможность в полной мере защитить права и свободы, закрепленные в Конституции, говорит о несовершенстве законодательной базы и судебной системы в Казахстане.

В этой связи разрешение данного вопроса необходимо запланировать на ближайшее время, так как сам процесс его разрешения, а именно создание полноценного и подробного проекта АПК, формирование и организация работы специализированных административных судов, подготовка кадров и другие действия, займет достаточно большое количество времени и материальных затрат.

Предложения, обозначенные в настоящем обзоре, равно как и другие позитивные изменения станут, может быть, не первым, но большим шагом на пути утверждения нашей страны в качестве правового государства, где высшими ценностями является человек, его права и свободы.

Ноябрь, 2011 г.

Список использованных источников

Нормативные правовые акты:

1. Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1996 г., № 4, ст. 217
2. Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 23 апреля 2003 г. N 4 Об официальном толковании пункта 2 статьи 2 и пункта 3 статьи 6 Конституции Республики Казахстан/"Казахстанская правда" от 15 мая 2003 г. N 140 (24080)
3. Кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет»//«Казахстанская правда» от 13 декабря 2008 г. № 275-277 (25722-25724); от 19 декабря 2008 г. № 280-283 (25727-25730)
4. Кодекс Республики Казахстан от 30 июня 2010 года № 296-IV «О таможенном деле в Республике Казахстан»//Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2010 год, июнь, № 14 (2567), ст. 70
5. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 411-//Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1999 г., № 18, ст. 644.
6. Земельный кодекс Республики Казахстан от 20 июня 2003 года № 442-III//Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2003 г., № 13, ст. 99
7. Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 204-I «О миграции населения» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 1997 г., № 24, ст. 341.
8. Закон Республики Казахстан от 8 декабря 1993 г. № 2572-XII «Об административно-территориальном устройстве Республики Казахстан»
9. Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года»//САПП Республики Казахстан 2009 г., № 35, ст.331
10. Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 16 июля 2007 года № 6 «О некоторых вопросах применения судами земельного законодательства» // Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан № 8, 2007
11. Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2010 года № 1467 «О Планах законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2011 год»//САПП Республики Казахстан, 2011 г., № 9, ст. 120
12. Постановление Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2011 года № 985 «О внесении изменений в постановление Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2010 года № 1467 «О Планах законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2011 год»//Информационная система «Параграф»

Научная литература и интернет ресурсы:

1. Нецветаев А.Г. Земельное право: Учебно-методический комплекс. – М.: Изд. центр ЕАОИ, 2008. – 386 с.
2. Гражданский процесс России. Учебник/Под ред. Видука М.А. М.: Юристъ, 2005. – 480 с.
3. Землин А. И. Налоговое право: Учебник. — М.: ФОРУМ: ИНФРА-М, 2005. – 304 с.
4. Юткина Т. Ф. Налоги и налогообложение: Учебник. М., 1998.
5. Порохов Е.В. Проблемы применения некоторых норм налогового законодательства Республики Казахстан и перспективы его развития//Специализированный ежемесячный журнал «ЮРИСТ». №7. июль 2011г.
6. Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. – М.: Русский язык, 2000 // www.efremova.info/ (дата обращения – 15 сентября 2011 года)

7. Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран: учебное пособие. - М.: Инфра-М; ИД "Форум", 2000. - 488 с.
8. Экономика и право (энциклопедический словарь)//Информационная система «Параграф»
9. Административный процессуальный кодекс Республики Казахстан (проект) // Информационная система «Параграф»
10. www.vedomosti.ru/glossary/business (дата обращения - 15 сентября 2011 года)

ПРИЛОЖЕНИЯ

Таблица № 1. О работе прокурора по надзору за законностью судебных постановлений 2006 г.

Наименование	Количество дел, рассмотренных судом с вынесением решения	в том числе с участием прокурора	Количество дел, по которым требования удовлетворены	взыскано на сумму (в тенге)		Существенные расхождения в позиции прокурора с судом, по делам, рассмотренным с участием прокурора
				материального характера	моральный вред	
А	1	2	3	4	5	6
Всего по искам и заявлениям прокурора	41	41	38	1016545		3
в защиту интересов государства	9	9	6	600488		3
в интересах лиц, имеющих физические и психические недостатки	7	7	7	408917		
в интересах несовершеннолетних (за исключением дел о взыскании алиментов)	18	18	18			
в интересах об оспаривании решений и действий (бездействий) органов государственного управления и должностных лиц	7	7	7	7140		

о выселении гражданина из жилища без представления другого жилого помещения										
о восстановлении на работе										
о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина										
По делам, по которым участие прокурора предусмотрено ст. 55 ГПК РФ	1743	1743	1577	479356673	7177000				61	
По делам, вытекающим из уголовных дел	2	2	2	677427	150000					
В защиту интересов государства	625	625	588	55915652	31215				5	
В интересах лиц, имеющих физ. и псих.недостатки	110	110	109							
В интересах несовершеннолетних (за исключением дел о взыскании алиментов)	417	417	400						5	
В том числе об усыновлении (удочерении)	267	267	266	4						
иностранцами гражданами (из строки 14)	23	23	23							
Производство по делам об оспаривании решений и действий (бездействий) органов государственного управления и должностных лиц	229	229	192						6	

без искон прокура

	о выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения	75	75	61			2
	о восстановлении на работе	77	77	54	2813926	205000	2
	о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина	20	20	16	114525172	350000	
	Всего с участием прокурора	3342		3038	654305395	7963215	85

Таблица № 2. О работе прокурора по надзору за законностью судебных постановлений. 2007г.

Форма № 2 (кв) гражд-адм. О работе прокурора по надзору за законностью судебных постановлений и исполнительного производства за 12 мес. 2007 г.

Раздел № 3. Надзор за законностью судебных актов по гражданским делам

Таблица А. Производство в суде первой инстанции

Наименование	Б	Количество дел, рассмотренных судом с вынесением решения	В том числе с участием прокурора	Количество дел, по которым требования удовлетворены	взыскано на сумму (в тенге)		Существенные расхождения позиции прокурора с судом, по делам, рассмотренным с участием прокурора
					4	5	
А	Б	1	2	3	4	5	6
Всего по искам и заявлениям прокурора	1	54	54	52	964853		1
в защиту интересов государства	2	20	20	18	584072		
в интересах лиц, имеющих физические и психические недостатки	3	1	1	1			
в интересах несовершеннолетних (<i>за исключением дел о взыскании алиментов</i>)	4	17	17	17	380781		1
об оспаривании решений и действий (бездействий) органов государственного управления и должностных лиц	5	14	14	14			
о выселении гражданина из жилища без предоставления другого жилого помещения	6						

В ТОМ ЧИСЛЕ:

О возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в т.ч. причиненного органами прокуратуры	21	7	7	4	10000	1040000	
Иски и заявления прокурора, рассмотренные в рамках уголовных дел	22						
в т.ч. в защиту интересов государства (из строки 23)	23						
	24						

ОТЧЕТ ПО ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКОМУ ПРОЕКТУ «ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УСЛУГ В ЦЕНТРАХ ОБСЛУЖИВАНИЯ НАСЕЛЕНИЯ В ОТДЕЛЬНЫХ РЕГИОНАХ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»¹

Введение

Вхождение в нашу жизнь государственных услуг является следствием перехода от «системноцентристского» к «персоноцентристскому» типу отношений между человеком и государством². Именно в контексте концепции служения государства гражданам следует оценивать положения Концепции правовой политики³ о необходимости «отходить от сложившихся традиционных подходов в отношениях между государством, гражданами и негосударственными организациями, основанных на односторонне-властных принципах. От принципов «власти и подчинения» в полном объеме отказаться невозможно, однако следует расширять сферу применения партнерско-содействующих, функционально-клиентских, сугубо охранительных принципов»⁴.

Данные основополагающие положения правового и социального государства выступают ценностными ориентирами проведенного исследования. Несмотря на кажущуюся теоретичность и «оторванность» от практики, указанный ценностный подход имеет важное практическое значение. Так, на вопрос: включаются ли в круг получателей государственных услуг сами государственные органы? Законодатель, несмотря на то, что информационное обеспечение органов государственного управления является социально значимым, отвечает отрицательно (п.2-2 ст.1 Закона РК «Об административных процедурах»⁵). В данном случае критерием выступает тот факт, что государственные услуги направлены на претворение в жизнь парадигмы служения государства частным лицам, а не совершенствование государственного аппарата как таковое.

В указанном контексте, оказание государством доступных и качественных услуг населению особо актуально для Казахстана на современном этапе его развития, где система предоставления государственных услуг не в полной мере соответствует требованиям качества, скорости и прозрачности. Так, в Послании Президента Республики Казахстан на 2012 год «Социально-экономическая модернизация — главный вектор развития Казахстана»⁶ одним из самостоятельных направлений деятельности закрепляется повышение качества государственных услуг населению в аспекте противодействия коррупции и повышения доверия граждан к деятельности государственных органов.

¹ Отчет подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в настоящей аналитической записке, могут не отражать точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

² В персоноцентристском типе отношений человек является высшей ценностью. Деятельность государства рассматривается через призму человеческой личности, ее свободы. В системноцентристском типе отношений человек воспринимается как средство для достижения каких-либо надиндивидуальных, общегосударственных целей.

³ Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» // САПП Республики Казахстан, 2009 г., №35, ст.331 (далее — Концепция правовой политики).

⁴ См. Концепцию правовой политики.

⁵ Закон Республики Казахстан от 27 ноября 2000 года №107 «Об административных процедурах» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2000 г., №20, ст.379 (далее — Закон «Об административных процедурах»).

⁶ Послание Президента Республики Казахстан на 2012 год «Социально-экономическая модернизация — главный вектор развития Казахстана» // URL: http://www.akorda.kz/ru/speeches/addresses_of_the_president_of_kazakhstan/Poslanieprezidenta_respubliki_kazakhstan_na_nazarbaev (дата обращения — 1 марта 2012 года).

Исторически «услуга» является цивилистической категорией и рассматривается в качестве объекта гражданских прав (ч.2 ст.115 Общей части Гражданского кодекса РК⁷).

Впервые в официальных источниках об услугах государства было заявлено в Послании Президента Республики Казахстан народу Казахстана «Казахстан на пути ускоренной экономической, социальной и политической модернизации» (2005)⁸. В данном программном документе говорилось о необходимости совершенствования **административных услуг** государства. Упоминание об административных, а не государственных услугах свидетельствует о неопределенности в соотношении таких категорий, как «публичные услуги», «государственные услуги», «административные услуги», «социальные услуги». В последующих официальных документах получила использование формулировка «государственные услуги».

Во исполнение указанного Послания Президента 24 мая 2005 года было принято Постановление Правительства⁹, в котором содержалось поручение организовать оказание государственных услуг по принципу «одного окна» в 8 центрах обслуживания населения (2 — в Астане и 6 — в Алматы). Данную дату можно считать «днем рождения» центров обслуживания населения (далее — ЦОН) в Казахстане.

В 2007 году было создано уже 30 ЦОНов и утвержден Перечень видов государственных услуг по принципу «одного окна» по приему заявлений и выдаче оформленных документов. Подавляющее большинство услуг относилось к ведению органов юстиции¹⁰.

Заложение законодательной, а не подзаконной основы оказания государственных услуг было впервые предпринято Законом Республики Казахстан «О внесении изменения и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования административных процедур»¹¹, которым были внесены дополнения в Закон Республики Казахстан «О нормативных правовых актах»¹², Закон Республики Казахстан «Об административных процедурах» в части закрепления понятий: «государственная услуга», «стандарт государственной услуги», «регламент государственной услуги», «реестр государственной услуги».

В 2011 г. Центр исследования правовой политики (LPRC) при поддержке Центра ОБСЕ в Астане реализовал проект, где наряду с правовым мониторингом законодательства в данной области, в ходе проекта были проанализированы статистические данные Комитета по контролю автоматизации государственных услуг и координации деятельности центров обслуживания населения Министерства транспорта и коммуникаций Республики Казахстан. В рамках проекта также был проведен мониторинг предоставления государственных услуг в центрах обслуживания населения в отдельных регионах Республики Казахстан. Наблюдателями проекта было проведено анкетирование 471 респондента на предмет оценки качества предоставляемых государственных услуг в пяти городах Республики — Актобе, Алматы, Петропавловск, Семей и Шымкент. Выбор данных населенных пунктов определялся необходимостью сбалансировать региональное представительство в проекте. Был проведен прямой опрос сотрудников ЦОНов, а также непосредственный сбор наблюдателями информации о работе ЦОНов.

⁷ Гражданский кодекс Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года // Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., №№23—24.

⁸ Послание Президента Республики Казахстан народу Казахстана «Казахстан на пути ускоренной экономической, социальной и политической модернизации» (г.Астана, 18 февраля 2005 года) // URL: http://www.akorda.kz/ru/speeches/addresses_of_the_president_of_kazakhstan/february_2005.

⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 мая 2005 года №501 «Об оказании государственных услуг населению по принципу «одного окна» // САПП Республики Казахстан, 2005 г., №21, ст.263.

¹⁰ Постановление Правительства Республики Казахстан от 5 января 2007 года №1 «О создании государственных учреждений — центров обслуживания населения Министерства юстиции Республики Казахстан» // САПП Республики Казахстан, 2007 г., №1, ст.6.

¹¹ Закон Республики Казахстан от 18 июня 2007 года №262 «О внесении изменения и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования административных процедур» // Ведомости Парламента РК 2007 год, №12, ст.86.

¹² Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года №213-1 «О нормативно-правовых актах» // Справочно-правовая система «Закон» — по сост. на 1 марта 2012 г.

Следует отметить, что деятельность по оказанию государственных услуг в целом и ЦОНов в частности является предметом постоянного мониторинга государственных органов¹³. Различные неправительственные организации также периодически осуществляют исследования по оценке функционирования ЦОНов, отличающиеся широтой охвата, методикой проведения исследований, что, соответственно, сказывается на их итоговых выводах¹⁴.

Таким образом, на основе изученной специальной литературы и имеющегося зарубежного опыта в рамках данного проекта была проведена аналитическая обработка собранных данных и выявлены недостатки и преимуществ действующего механизма оказания государственных услуг ЦОНами как на уровне правоприменительной практики, так и на уровне законодательства, что позволило сформулировать отдельные предложения по совершенствованию оказания государственных услуг в ЦОНах.

Центр исследования правовой политики выражает благодарность Комитету по контролю автоматизации государственных услуг и координации деятельности центров обслуживания населения, ЦОНам Республики Казахстан, где проводился опрос, а также всем экспертам и интервьюерам, участвовавшим в Проекте, за поддержку и содействие в его реализации.

Современное состояние предоставления государственных услуг в Центрах обслуживания населения: правоприменительный и законодательный аспект

Попытки оценки государственных услуг, как и любого иного общественного явления, в рамках только установленной нормативной модели страдает фрагментарностью и неадекватностью реальной ситуации существующих общественных отношений. Инвариантность поведения субъектов порой существенно уводит в сторону от законодательно установленных целей, принципов, сроков и т.д. Нарушение законности, ошибки, бездействие, коррупция искажают установленный уровень правового регулирования. Поэтому изучение современного состояния предоставления государственных услуг в ЦОНах осуществлено с учетом корреляции и взаимосвязи правоприменения и законодательства, что позволит выявить наиболее объективную картину, а также предложить конкретные рекомендации по улучшению взаимоотношений граждан и государства в сфере государственных услуг.

Раздел 1. Анализ правоприменительной практики предоставления государственных услуг в центрах обслуживания населения

Статистические данные Комитета по контролю автоматизации государственных услуг и координации деятельности Центров обслуживания населения Министерства транспорта и коммуникаций Республики Казахстан свидетельствует, что на сегодняшний день функционирует 381 ЦОН со штатной численностью 8 560 человек, за период с 1 мая по 1 июня 2011 года всего оказано 512 816 государственных услуг, из которых просрочено 5 940, т.е. 1,15% от общего количества¹⁵. Можно предположить, что в течение года в

¹³ См.: Совместный приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по делам государственной службы от 13 января 2012 года №02-01-02/6 и Министра связи и информации Республики Казахстан от 13 января 2012 года №21 «Об утверждении Методики оценки качества оказания государственных услуг» // Справочно-правовая система «Параграф» — по сост. на 1 марта 2012 г.

¹⁴ См. напр.: исследование «Мониторинг порядка работы центров обслуживания населения», проведенное «Гражданским альянсом Казахстана» // URL: http://mtc.gov.kz/images/stories/contents/monitoring_poryadka_tcona.pdf (дата обращения — 1 марта 2012 года).

¹⁵ Незначительные, но имеющиеся в правоприменительной практике случаи просрочки оказания государственных услуг актуализирует внедрение в разрешительное законодательство принципа «молчаливого согласия», заключающегося в том, что отсутствие результата государственной услуги по истечению установленного срока свидетельствует о наличии данного разрешения, согласования и т.д.

Казахстане оказывается более 6 миллионов государственных услуг. При этом из 70 видов услуг, которые могут оказываться через ЦОН, фактически предоставляются услуги по 25—30 категориям, которые являются наиболее востребованными¹⁶.

Определение правоприменительной практики предоставления государственных услуг в ЦОНах в рамках проекта ЦИПП было осуществлено путем анкетного опроса потребителей государственных услуг и сотрудников ЦОНов, как непосредственно оказывающих услуги, так и их руководителей, а также заполнением карты индивидуального наблюдения.

Анкета для потребителей государственных услуг, оказываемых ЦОНами, состояла из следующих блоков вопросов:

- общие данные о респонденте (пол, возраст, род занятий);
- источник получения информации о ЦОНе;
- степень удовлетворенности оказанной услугой (качество, срок, стоимость, квалификация персонала);
- обратная связь (обжалование решений, действий или бездействия).

В качестве отдельного блока анкеты предусматривала вопросы относительно услуг миграционной полиции.

Анкета сотрудников ЦОНов состояла из следующих блоков вопросов:

- общие сведения (наименование ЦОНа, данные опрашиваемого лица);
- формы организации оказания государственных услуг (применяемые способы консультаций, процент электронных государственных услуг, наличие веб-сайта);
- внутренняя организация работы ЦОНа (количество работников, повышение квалификации, конфиденциальность информации, взаимодействие с иными государственными органами в рамках оказания государственных услуг);
- обратная связь (способы обжалования, частота обжалований, наличие специального органа по рассмотрению обращений);
- имеющиеся предложения по совершенствованию оказания государственных услуг в ЦОНах.

Карта индивидуального наблюдения заполнялась единожды на каждый ЦОН и предусматривала описание как внутренней (обустройство мест ожидания, наличие функциональной мебели), так и внешней (расположение ЦОНа, удобство подъезда, наличие парковки) инфраструктуры ЦОНов.

Не только внешняя оценка потребителей, но и внутренняя оценка сотрудниками ЦОНов, как руководителей, так и непосредственно работников, оказывающих прием и выдачу документов, а также результаты индивидуального наблюдения, осуществляемого наблюдателями проекта, имеет определяющее значение в оценке правоприменительной практики. Эта работа позволила провести сравнительный анализ оценочных суждений относительно исследуемого объекта с противоположных сторон. При этом мнение самих сотрудников ЦОНов, несмотря на так называемое отсутствие «объективности» в силу своего должностного статуса, имеет не меньшую ценность, обусловленную практическим опытом работы в данной области, знанием «внутренней кухни».

Данные карт индивидуальных опросов работников ЦОНов и индивидуальных наблюдений не представлены в качестве самостоятельных результатов, так как не предусматривали однозначных ответов на предлагаемые вопросы, а были использованы при анализе результатов анкетирования потребителей.

Анкетный опрос респондентов показал следующий половозрастной «разброс» — мужчины составляют 44,3% при среднем возрасте 33,9 лет, женщины — 55,6% при среднем возрасте 42,2 года¹⁷. По роду занятий опрошенные лица расположились по следующим группам:

Таблица №1

16 Информация о деятельности центров обслуживания населения в период с 1 мая по 1 июня 2011 года // URL: mtc.gov.kz/index.php?option=com_content&view=article&id=628%3A-----01---01---2011&catid=84%3A2012-02-09-07-45-48&Itemid=43&lang=ru (дата обращения — 1 марта 2012 года).

¹⁷ В данной аналитической записке излагаемые в процентах от общего числа респондентов данные округлены до десятых.

Род занятий	Процент от опрошенных респондентов
Государственный служащий	11,4%
Работник бюджетной сферы (государственного предприятия и (или) учреждения)	9,5%
Работник частной коммерческой организации	21,6%
Представитель юридического лица (обратившийся за услугой в интересах юридического лица)	5,7%
Предприниматель	9,1%
Пенсионер	12,7%
Временно безработный	8,2%
Прочее (студенты, инвалиды, домохозяйки и др.)	21,6%

Половозрастной и профессиональный характер типичных посетителей ЦОНов представляется закономерным, определяемый «активным» периодом жизни, а также по причине рода своей деятельности (часто сталкивающиеся с государственными органами).

Результаты анкетирования показали следующие источники получения информации о работе ЦОНа.

Таблица №2

Источник получения информации	Процент от опрошенных респондентов
Лично при посещении ЦОНа	62,6%
По телефону (справочная ЦОНа)	8,3%
Из рекламы, буклета	0,2%
Из СМИ	2,1%
Из Интернета, с сайта ЦОНа	2,3%
От знакомых, родственников, друзей	22,6%
Прочее	1,7%

Данные, указанные в таблице №2, свидетельствуют о том, что информацию об оказании государственных услуг в ЦОНах потребитель получает при непосредственном обращении в ЦОН (62,6%) и от знакомых, родственников, друзей (22,6%). Иные каналы информации задействованы незначительно. Вместе с тем, реализация миссии ЦОНов в качестве наиболее удобной для потребителя организационной структуры по оказанию государственных услуг во многом зависит от своевременного и полного уведомления потенциальных потребителей о деятельности ЦОНа в соответствующей административно-территориальной единице с подробным информированием о перечне оказываемых государственных услуг («по жизненной ситуации»); порядке работы ЦОНа; контактных данных; схемы проезда на общественном транспорте. При этом в данной информации должны получить отражение принципиальные преимущества получения государственных услуг через ЦОН перед «традиционными» государственными органами.

Рекомендация:

Необходимо повысить результативность дистанционных способов информирования населения о деятельности ЦОНов, применение новых методов разъяснительной работы среди потенциальных потребителей услуг (рассылка информационных материалов на электронные адреса, «смс-сообщения»). В специальной литературе отмечается приоритетность сотрудничества с такими разновидностями СМИ, как периодические печатные издания (пресса), а также теле- и радиоканалы. Учитывая постоянный рост аудитории, относительную легкость и скорость распространения информации через Интернет, все больше возрастает и значение электронных СМИ. К тому же, подавляющее большинство печатных СМИ имеют электронные версии и соответствующие веб-страницы. Для освещения деятельности ЦОНа информационные службы и другие ответственные лица могут использовать следующие формы подготовки и обнародования информации:

- выпуск и распространение информационных бюллетеней и сборников, а также различного рода информационных сообщений — пресс-релизов, обзоров, экспресс-информации и т.д.;
- проведение для представителей СМИ пресс-конференций, брифингов, организация интервью с руководителями и другими работниками ЦОНа;
- подготовка и проведение теле- и радиопередач, обеспечение публикаций и выступлений в СМИ руководителей и других работников ЦОНа¹⁸.

На вопрос: удалось ли вам решить свой вопрос с первого обращения после получения консультации, инструкции? — получены следующие данные:

Таблица №3

Вид ответа	Процент от опрошенных респондентов
Да, вопрос полностью решен	65,3%
Вопрос еще не решен, но находится в процессе решения	25%
Нет, вопрос не решен	9,5%

При этом причины не решения вопросов в рамках обращения в ЦОН следующие:

Таблица №4

По какой причине?	Процент от опрошенных респондентов	По чьей вине?	Процент от опрошенных респондентов
Не хватает необходимых документов	54%	По собственной оплошности (например, забыл, не предоставил необходимые документы)	69,6%
За данные вопросы отвечает другой орган (подразделение)	22,2%		
Попал/попала в неприёмный день или время	3,7%		
Было сказано, что нет законных оснований для	8,1%	По вине сотрудника,	30,3%

¹⁸ Центри надання адміністративних послуг: створення та організація діяльності // URL:http://www.pravo.org.ua/images/documents/CfAS_2ed.pdf (дата обращения — 1 марта 2012 года).

решения моего вопроса		консультанта (к	
Не могу понять, почему вопрос не решается	8,8%	примеру, неправильно информировала,	
Прочее: длительность процедуры (фотографировать будут через 3 дня, время обеда, не работала программа)	2,9%	раскрыла не весь перечень необходимых документов)	

На вопрос: сколько раз вы обращались для получения услуги? — были получены следующие ответы:

- вопрос был решен за один раз — 43,2%,
- за два раза — 36%,
- за три раза — 12,5%,
- свыше трех раз — 8,1% респондентов.

Таким образом, получение государственной услуги посредством обращения в ЦОН несколько, а не один раз составляет значительный удельный вес, что свидетельствует не о частных случаях, а о системных проблемах в организации деятельности ЦОНов. Данные результаты подтверждаются и картами индивидуального наблюдения, в которых указывается, что в большинстве случаев потребитель при первом посещении узнает о полном перечне документов, необходимых для сдачи, в результате вопрос разрешается за два, реже — три посещения.

Рекомендация:

Наряду с выполнением рекомендаций к Таблице №2, следует особо акцентировать внимание руководства ЦОНов на своевременность и профессионализм деятельности консультантов, как работающих непосредственно в ЦОНе (справочном бюро), так и оказывающих информирование через call-center. Первый контакт граждан и государства в области оказания государственных услуг происходит именно на данном этапе, и от грамотного и исчерпывающего консультирования во многом зависит скорость и эффективность механизма предоставления государственных услуг в целом.

На вопрос: приходилось ли Вам получать отказ в предоставлении услуг? Были получены следующие ответы:

- да, обоснованный — 15,8%,
- да, необоснованный — 8,4%,
- нет, не приходилось получать отказ — 75,6%.

Лица, которым, по их мнению, было необоснованно отказано в предоставлении услуги, только в трети случаев (32,5%) пытались обжаловать отказ у руководства ЦОНов.

Таким образом, можно предположить, что жалобы на отказы в предоставлении государственной услуги подают 2—3% от общего количества обратившихся в ЦОНЫ. Жалобы на решения, которые выдаются через ЦОНЫ, а также на действия и бездействие их сотрудников требуют четкой регламентации и однозначного правоприменения. Карты индивидуального опроса директора (уполномоченного лица) ЦОНа свидетельствуют о следующих способах фиксации жалоб:

- посредством внесения записи в книгу жалоб и предложений;
- путем направления жалоб в ящик жалоб и предложений;
- путем регистрации жалобы в канцелярии ЦОНа;
- путем обращения на интернет-блог вышестоящих должностных лиц.

При этом основными используемыми способами административного обжалования выступают два первых, которые, в свою очередь, на наш взгляд, являются наиболее ущербными в части правовой определенности факта фиксации жалобы, участия граждан в рассмотрении жалобы и информирования заявителя о результатах рассмотрения дела, обоснованности принятых решений по результатам рассмотрения жалоб как с фактической, так и с правовой точки зрения.

Сотрудники ЦОНов в ходе опроса отвечали отрицательно на вопрос: существует ли специальный орган (подразделение) для рассмотрения жалоб на решения ЦОНов? Жалобы рассматриваются непосредственно руководством ЦОНа или вышестоящими руководящими должностными лицами.

Вместе с тем, в контексте обеспечения максимальной объективности рассмотрения жалоб следует поставить вопрос о создании отдельной структуры по рассмотрению данной категории дел с привлечением в ее состав представителей общественности, что повысит доверие общества к данным организациям. Создание такой структуры, по крайней мере, целесообразно при крупных ЦОНах.

Рекомендация:

Полагаем необходимым пересмотреть действующий порядок рассмотрения жалоб путем обязательного фиксирования жалобы, обеспечения участия заявителя в рассмотрении жалобы и информирования его об итоговом решении, а также создание, в порядке эксперимента, отдельной структуры с участием общественности по рассмотрению жалоб на действия или бездействие сотрудников ЦОНов.

Стоимость государственных услуг респондентами была оценена следующим образом.

Таблица №5

Оценка стоимости услуги	Процент от опрошенных респондентов
Высокая стоимость	20,2%
Приемлемая (нормальная) стоимость	60%
Стоимость предоставления услуги занижена	2,5%
Затрудняюсь ответить	12,3%
Иное (все государственные услуги должны быть бесплатны, процент банка не устраивает)	4,7%

Размер платы за государственные услуги должен определяться в объеме фактических затрат на их оказание. В рамках концепции служения государства гражданам следует рассматривать плату за государственные услуги в контексте обеспечения качества предоставления услуг, а не их доходности для государственного бюджета. Так, приказом и.о. Министра экономического развития и торговли Республики Казахстан утверждены Правила по расчету себестоимости государственной услуги¹⁹.

Следует отметить, что при опросе как потребителей услуг, так и сотрудников ЦОНов высказывалось мнение о необходимости обеспечения бесплатности всех государственных услуг, так как государственный аппарат содержится за счет налогоплательщиков.

Вместе с тем, мы придерживаемся иной точки зрения. Отдельные виды экономической деятельности осуществляет не все население, поэтому за получение соответствующих государственных услуг в этой сфере должны платить конкретные потребители услуг, по крайней мере, в частичном объеме, а не все общество в целом. С другой стороны, даже незначительная платность услуг дисциплинирует заявителей в части бережного отношения к полученным результатам государственных услуг.

В качестве отдельного аспекта респондентами высказывались жалобы на дороговизну услуг по ксерокопированию, банковскому обслуживанию. В частности, цена

¹⁹ Приказ и.о. Министра экономического развития и торговли Республики Казахстан от 8 ноября 2011 года №353 «Об утверждении Правил по расчету себестоимости государственной услуги» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

ксерокопирования в отдельных ЦОНах превышала общегородскую стоимость данных услуг в два раза.

Рекомендация:

При заключении договоров с субъектами частного предпринимательства по аренде помещения для предоставления услуг по ксерокопированию и иным сопутствующим услугам следует определять ценовую политику с целью недопущения завышения их стоимости. В качестве радикального разрешения проблемы стоимости сопутствующих услуг следует рассмотреть возможность законодательного установления обязанности сотрудников ЦОНа в случае представления оригиналов документов самостоятельно их ксерокопировать на бесплатной основе.

Ожидание в очереди при получении услуги (консультации) по оценкам респондентов представляется в следующем виде:

Таблица №6

Срок ожидания	Процент от опрошенных респондентов
Ожидать не пришлось	15,4%
От 10 до 20 минут	28,6%
От 20 до 30 минут	28,6%
От 40 до 50 минут	14,5%
Свыше часа	12,6%

Несмотря на предпринимаемые государством меры по исключению очередей в ЦОНах, ожидание при сдаче документов свыше 40 минут, а тем более свыше часа, негативно характеризует процесс оказания государственных услуг в части их доступности.

Скорость обслуживания посетителей зависит от количества созданных в ЦОНе рабочих мест и времени, необходимого для приема документов. При этом карты индивидуального наблюдения свидетельствует о том, что в отдельных ЦОНах имеет место живая очередь (филиал №1 ЦОНа Северо-Казахстанской области), в других ЦОНах отдельные окна не работали, что способствовало возникновению очереди.

Рекомендация:

Разрешение проблем очередей возможно путем внедрения «плавающего» графика работы ЦОНов, при котором количество работников превышает количество рабочих мест путем заключения трудовых договоров на неполный рабочий день. Данный подход позволяет руководителю ЦОНа регулировать количество работников, а именно — в пиковые часы увеличивать количество персонала на приеме документов. И, соответственно, в случае небольшого количества посетителей, снижать количество работающих сотрудников в зале или прикреплять свободных работников к выполнению иных служебных функций.

Время/срок предоставления необходимой услуги оценивалось населением следующим образом:

Таблица №7

Время/срок предоставления необходимой услуги	Процент от опрошенных респондентов
Недопустимо длительный срок	12,9%
Нормальная продолжительность времени	35,7%
Было бы лучше, если бы услуги предоставлялись в более короткие сроки	47,6%
Иное	3,6%

Сроки предоставления государственных услуг напрямую не зависят от работы ЦОНов, так как продолжительность регистрационных, разрешительных и иных процедур установлена законодательством и входит в компетенцию уполномоченных государственных органов (органы юстиции, внутренних дел и др.). Как свидетельствует практика, ответственные уполномоченные органы редко принимают решения оперативно, как правило, в последние дни истекаемого срока.

Рекомендация:

Следует провести мониторинг действующего разрешительного законодательства в части максимального сокращения сроков оказания государственных услуг. Кроме того, следует активнее развивать электронные государственные услуги, которые существенно сокращают сроки предоставления государственных услуг, а отдельные оказываются моментально.

Неудовлетворенность персоналом ЦОНов была высказана 30,9% опрошенных лиц. При этом оценочные категории были распределены в следующем виде:

Таблица №8

Оценочные категории неудовлетворенности персоналом	Процент от опрошенных респондентов
Скорость обслуживания	33,4%
Предоставление исчерпывающей информации по интересующему вопросу	25,7%
Компетентность	21%
Приветливость, вежливость	11,8%
Изъяснение на грамотном казахском/русском языках	7,9%

Во многом качество государственных услуг зависит от компетентности руководящих и рядовых работников ЦОНов. Неудовлетворительная оценка 30,9% опрошенных персонала ЦОНов свидетельствует о необходимости комплексного подхода к повышению как профессиональных знаний, так и этики поведения. 10 ноября 2011 года принят Приказ Министра связи и информации Республики Казахстан²⁰, которым утверждены Правила проведения и условия аттестации гражданских служащих центров обслуживания населения областей, городов Алматы и Астана, предусматривающие сдачу

²⁰ Приказ Министра связи и информации Республики Казахстан от 10 ноября 2011 года №341 «Об утверждении Правил проведения и условий аттестации гражданских служащих центров обслуживания населения областей, городов Алматы и Астаны» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

компьютерного теста и собеседование. Введение процедуры аттестации сотрудников является одним из механизмов по выявлению некомпетентных и недобросовестных сотрудников.

Кроме того, полагаем необходимым рассмотреть вопрос о наличии сотрудников для консультирования физических лиц, не владеющих русским или казахским языками, а также лиц испытывающих трудности со слухом и зрением.

Рекомендация:

В качестве возможных критериев для аттестации сотрудников ЦОНов можно отметить следующие:

- знание основных нормативных правовых актов, касающихся оказания государственных услуг;
- понимание основной миссии ЦОНов по оказанию государственных услуг, так как отсутствие указанного осознания существенно усложняет добросовестное исполнение возложенных должностных обязанностей;
- сдержанный характер и иные личностные характеристики, обеспечивающие бесконфликтное взаимоотношения с потребителями, желание им помочь;
- умение ясно и лаконично разъяснять организационные и иные вопросы, касающиеся оказания государственных услуг;
- хорошее владение компьютером и стандартным программным обеспечением.

При этом представляем обоснованным проведение аттестации руководителей ЦОНов на предмет наличия повышенных (по сравнению с рядовыми сотрудниками) навыков и квалификации. Так, руководитель должен правильно ориентироваться в специфике внутриведомственного документооборота в государственных органах, обладать навыками медиации и психологии, так как именно на данное должностное лицо ложится решение конфликтных ситуаций.

На вопрос: предлагали ли сотрудники ЦОНа оказать вам «неформальные» платные услуги по заполнению, сдаче, подготовке документов, ускорению или платные консультации? — ответы расположились в следующем виде:

Таблица №9

Ответ	Процент от опрошенных респондентов
Нет	86,1%
Да, но я отказался	6,7%
Да, и я согласился, чтобы быстро разрешить вопрос	5%
Нет, это были не сотрудники ЦОНа, а неизвестные мне посредники	1,9%

Содержащиеся в Таблице №9 данные свидетельствуют о наличии фактов «неформальных» отношений при оказании государственных услуг. При этом данные карт индивидуального наблюдения свидетельствуют, что в большинстве случаев при наличии номеров телефонов, по которым можно обратиться в случаях коррупционных правонарушений со стороны сотрудников ЦОНов, отсутствует в доступном месте телефонный аппарат для его свободного использования.

В качестве мер по противодействию совершения сотрудниками ЦОНов правонарушений в помещениях ведется видеоконтроль. Однако в большинстве случаев надпись: «Внимание, ведется видеоконтроль» — в местах, доступных для общего обозрения, отсутствует.

Вместе с тем, разрешение проблемы совершения правонарушений, в том числе коррупционных, в сфере оказания государственных услуг должно осуществляться не

только и даже не столько мерами по их выявлению и наказанию, а путем исключения условий для их совершения. В качестве данных условий можно выделить следующие:

- сложность, забюрократизированность процедуры, а именно необходимость предоставления большого количества документов, в том числе согласований с иными государственными органами и инстанциями;
- длительность срока оказания государственной услуги, очереди при сдаче документов, что побуждает граждан ускорять получение желаемого результата путем вступления в «неформальные» отношения с соответствующими должностными лицами.

Рекомендация:

В контексте исключения совершения правонарушений среди сотрудников ЦОНов следует упрощать порядок (перечень документов, сроки) предоставления государственных услуг, создавать удобные для граждан условия получения услуг.

Не довольны условиями для посетителей в помещениях ЦОНов 33,3% опрошенных респондентов. При этом ответы опрошенных расположились в следующем виде:

Таблица №10

Оцениваемые категории недовольства граждан условиями для посетителей в помещениях ЦОНов	Процент от опрошенных респондентов
Удобства для инвалидов	14,8%
Наличие информационных карточек о процедуре и условиях получения государственной услуги, их качество	11,4%
Удобство оплаты услуг (если услуга платная)	9,3%
Наличие бесплатной справочной службы, ее качество	8,4%
Наличие стендов с информацией, образцами заявлений, их качество	8,2%
Наличие электронного табло (очереди)	8%
Доступность формуляров, бланков	7,7%
Обустройство мест ожидания, заполнения документов	7,4%
Информативность вывесок при входе в помещение, а также наличие других указателей	7,2%
Наличие дополнительной услуги копирования документов, фотосалон, нотариус	6,8%
Общее состояние помещения (освещение, просторность, чистота, наличие туалета, кондиционера и т.д.)	5,7%
График приёма, доступность работы ЦОНа	4,6%

Анкетирование потребителей выявило, что особенно неприемлемой является ситуация с обустройством помещений ЦОНов под нужды людей с ограниченными возможностями. В частности, при фактическом наличии пандусов воспользоваться ими без посторонней помощи инвалиды зачастую не могут, вследствие неудобства их расположения (крутость подъема, наличие порогов при входных дверях и т.д.).

Отдельной проблемой является информативность и удобство стендов. Здесь важно место их размещения, а именно — в доступном для просмотра месте и в непосредственной близости от столов для заполнения документов. Перенасыщение стендов действующими нормативными правовыми актами не приветствуется, так как дезориентирует потребителя. Более обоснованным полагаем использование техники выделения заголовков и изложение информации в схематичной форме, способствующей

быстрой ориентации и уяснению основной и наиболее часто запрашиваемой информации.

Доступность формуляров, бланков является также «традиционной» проблемой оказания государственных услуг. В данном случае не только их отсутствие, но и сложность заполнения бланков является негативным фактором, влияющим на оценки потребителей. В этом контексте следует рассмотреть вопрос о введении обязанности по заполнению формуляров, бланков и иных форм работниками ЦОНов со слов заявителей, что существенно упрощает оказание государственных услуг, так как освобождает граждан от необходимости уяснения технических и юридических аспектов услуги.

Рекомендация:

Проведенный анкетный опрос выявил наиболее «слабые» места условий для посетителей в помещениях ЦОНов, что позволило сформулировать вышеотмеченные предложения по их устранению. Внедрение их в правоприменительную практику положительно скажется на комфортности оказания государственных услуг.

На вопрос о качестве государственных услуг, оказываемых ЦОНами, респонденты ответили следующим образом:

Таблица №11

Оценка качества	Процент от опрошенных респондентов
Хорошее	43,9%
Удовлетворительное, имеется потенциал для повышения качества их предоставления	32,4%
Отличное	16,3%
Неудовлетворительное, следует принять меры для кардинального повышения качества их предоставления	7%
Иное	0.2%

Оценка качества оказываемых ЦОНами услуг выступает своего рода обобщающей характеристикой деятельности ЦОНов, так как качество является, с одной стороны, конечной целью деятельности ЦОНов, а с другой — следствием всех вышеотмеченных анкетных данных. В данном случае практическое значение имеет анализ основных проблем, препятствующих надлежащему и качественному предоставлению государственных услуг ЦОНами. В данном контексте респондентами отмечено в порядке убывания следующее.

- столпотворение, неразумное использование помещения;
- бюрократизация процедуры, наличие других административных барьеров;
- нехватка сотрудников-консультантов;
- «отфутболивание» к другим окнам, к другим государственным органам из-за отсутствия необходимых документов;
- небрежность и некомпетентность сотрудников, несоблюдение этики делового общения;
- отсутствие или ненадлежащее качество интересующей информации;
- непредоставление государственной услуги в электронном формате;
- прочие.

В качестве мер необходимых для повышения качества оказываемых ЦОНами государственных услуг респонденты отметили в порядке убывания:

- упростить порядок, уменьшить или расширить перечень нужных (ненужных) документов;
- уменьшить сроки предоставления услуги;

- повысить квалификацию сотрудников, их компетентность;
- удобство месторасположения ЦОНа;
- увеличить количество мест на парковке;
- прочие.

Отдельно оценивалось предоставление услуг, оказываемых миграционной полицией. Так, на вопрос: устраивает ли вас культура обслуживания сотрудниками миграционной полиции при оказании услуг по оформлению паспортов и удостоверений личности, а также регистрации населения? — ответили:

- положительно — 43,4%,
- отрицательно — 15,1%,
- скорее да, чем нет — 27,5%,
- скорее нет, чем да — 13,7% респондентов.

На вопрос: улучшилось ли качество и сократилось ли время обслуживания сотрудниками миграционной полиции при предоставлении услуг по оформлению паспортов и удостоверений личности, а также регистрации населения? — ответили:

- положительно — 35,8%,
- отрицательно — 11,9% респондентов,
- скорее да, чем нет — 20,1%,
- скорее нет, чем да — 7,4%,
- затруднились ответить — 24,6% респондентов.

При этом 72,6% опрошенных полностью поддерживают предоставление государственных услуг по оформлению паспортов и удостоверений личности, а также регистрации населения через ЦОН, отрицательно к данному отношению относится только 2,1%. 23,7% респондентов ответили — скорее да, чем нет, и 1,4% — скорее нет, чем да.

Здесь следует отметить, что карты индивидуальных опросов директоров (сотрудников) ЦОНов также свидетельствуют о возобладании мнения о необходимости передачи функций органов внутренних дел ЦОНам не только в части документирования и выдачи документов, удостоверяющих личность, но и регистрации автомобильного транспорта. Целесообразность данных мнений подтверждается Посланием Президента РК на 2012 год, в котором отмечена необходимость передачи в ведение ЦОНов вопросов регистрации автотранспорта и выдачи водительских удостоверений.

Проведенный анализ правоприменительной практики оказания государственных услуг подтвердил заявленный тезис о взаимосвязи реальной ситуации в сфере оказания государственных услуг и законодательства в данной сфере. Отдельные негативные оценки деятельности ЦОНов часто выходят за рамки их непосредственной ответственности и являются следствием несовершенства действующих законов и подзаконных актов. Указанное обстоятельство определило необходимость исследования современного состояния законодательства о государственных услугах, его основных проблемах и путях их преодоления.

Раздел 2. Казахское законодательство о государственных услугах

Основополагающим законодательным актом в сфере государственных услуг является Закон «Об административных процедурах», содержащий основные положения об организации предоставления государственных услуг. Само понятие «государственная услуга» впервые было закреплено Законом Республики Казахстан «О внесении изменения и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования административных процедур»²¹. В последующем данная категория излагалась в новой редакции дважды (Законом Республики Казахстан от 4

²¹ Закон Республики Казахстан от 18 июня 2007 года №262 «О внесении изменения и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования административных процедур» // Ведомости Парламента РК 2007 год, №12, ст. 86.

декабря 2008 года №97²², Законом Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года №263²³). Частые поправки в данной части свидетельствуют о неоднозначности определения государственной услуги, ее признаков. Здесь следует пояснить, что в теории административного права используются формулировки «публичные услуги», «государственные услуги», «социальные услуги»²⁴. Анализ юридического понятия «государственная услуга» в действующем национальном законодательстве позволяет выделить его следующие характерные признаки:

1) осуществляется государственными органами, их подведомственными организациями и иными физическими и юридическими лицами;

2) является формой реализации отдельных функций государственных органов, предусмотренных законодательством Республики Казахстан. В данном случае акцентируется внимание на понимании государственной услуги не в качестве особого направления деятельности государства, а в качестве формы реализации функций государства, что, в свою очередь, свидетельствует о наличии публичного интереса в реализации данной деятельности;

3) направлена на удовлетворение потребностей физических и юридических лиц (за исключением государственных органов), т.е. предоставление государственной услуги связано с обеспечением реализации субъективных прав конкретного лица;

4) носит индивидуальный характер и осуществляется по обращению физических и (или) юридических лиц (за исключением государственных органов). Поэтому так называемая контрольная (инспекционная) деятельность, связанная с возможностью применения мер государственного принуждения, не является государственной услугой.

Первый из приведенных признаков государственных услуг возлагает указанную деятельность не только на государственные органы, их подведомственные организации, но и на иные физические и юридические лица. Имеются в виду индивидуальные предприниматели, частные и общественные организации, выполняющие государственный заказ по оказанию услуг на конкурсной основе.

В настоящее время фактически государственные услуги оказываются только государственными органами и государственными организациями. Реестр государственных услуг предусматривает лишь одну государственную услугу — выдачу свидетельств о смерти, прием заявлений и выдачу оформленных документов, которых возможно, медицинскими организациями (как государственными, так и частными). В данном случае следует отметить, что, несмотря на требования п.2 Постановления Правительства Республики Казахстан от 20 июля 2010 года²⁵ о необходимости центральным государственным органам в двухмесячный срок разработать стандарты государственных услуг, включенных в данный реестр, и внести в установленном законодательством порядке на утверждение в Правительство Республики Казахстан, стандарт данной услуги на сегодняшний день не утвержден, что свидетельствует о неоказании данной услуги на практике.

Кроме того, в соответствии со ст. 177 Кодекса РК «О браке (супружестве) и семье»²⁶, смерть подлежит обязательной государственной регистрации в регистрирующих органах в сроки, установленные настоящим Кодексом. Запрещается и не признается государственная регистрация актов гражданского состояния другими

²² Закон Республики Казахстан от 4 декабря 2008 года №97 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования бюджетного процесса» // Ведомости Парламента РК, 2008 г., №21, ст. 97.

²³ Закон Республики Казахстан от 2 апреля 2010 года №263 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования бюджетного процесса» // Ведомости Парламента РК, 2010 г., №7, ст. 29.

²⁴ См. подр.: Публичные услуги и право: науч.-практ. пособие / под ред. Ю.А.Тихомирова. — М.: Норма, 2007. — 416 с.

²⁵ Постановление Правительства Республики Казахстан от 20 июля 2010 года №745 «Об утверждении реестра государственных услуг, оказываемых физическим и юридическим лицам» // САПП Республики Казахстан, 2010 г., №44, ст. 401.

²⁶ Кодекс Республики Казахстан от 26 декабря 2011 года «О браке (супружестве) и семье» // «Казахстанская правда» от 7 января 2012 г., №№6—7.

государственными и негосударственными организациями. В данном случае регистрирующим органом выступают органы юстиции. Свидетельство о смерти выдается органом ЗАГС по месту регистрации смерти (п.201 Правил о порядке регистрации актов гражданского состояния в Республике Казахстан²⁷). Вместе с тем, в соответствии с пунктом 90 Реестра государственных услуг, государственным органом, обеспечивающим оказание данной услуги, является Министерство здравоохранения. При этом, согласно пункту 3 Реестра государственных услуг, регистрация актов гражданского состояния, в том числе и смерти, осуществляют районные (города областного значения) управления юстиции, ЦОНы, что свидетельствует о коллизииности в правовом регулировании данных правоотношений, наличии двух альтернативных органов (медицинские организации и органы юстиции), имеющих полномочия по оказанию данного вида услуг.

Сомнения в возможности оказания государственных услуг частными лицами высказывалась и Конституционным Советом Республики Казахстан. Так, в нормативном постановлении Конституционного Совета Республики Казахстан от 15 октября 2008 года²⁸ отмечается: «Нельзя приравнивать функцию государственного органа, вытекающую из государственного устройства и формы правления, системы государственных органов и их компетенции к собственности государственной услуге, оказываемой в рамках бюджетных программ государственным органом, подведомственными ему организациями или иными субъектами, определяемыми в качестве услугодателей».

Вместе с тем, на наш взгляд, рассмотрение государственных услуг только в качестве услуг, оказываемых государственными органами или государственными юридическими лицами, полагаем неверным. Понятие государственного органа в данном случае следует понимать не в организационном значении, а в функциональном. Соответственно, отдельные государственные услуги могут оказываться частными субъектами. Определяющее значение здесь имеет законодательное определение критериев услуг, которые могут делегироваться для оказания в частный сектор, порядок данной передачи и т.д. В этом случае данные услуги следует рассматривать в качестве публичных услуг.

В качестве дополнительных признаков государственных услуг можно выделить следующие:

- имеют неограниченный круг субъектов, пользующихся услугой;
- результатом государственной услуги является правовой акт индивидуального применения, которым удовлетворяются требования частного лица или отказывается с указанием причин, который должен соответствовать требованиям, предусмотренными статьями 4, 5, 8 Закона «Об административных процедурах».

Рассмотрение результата государственной услуги именно в качестве правового акта индивидуального применения позволяет четко разграничить государственные услуги от иных услуг, оказываемых государственными органами, подведомственными организациями, так называемых «сопутствующих» — ксерокопирование и т.д., — или не связанных с принятием властных решений (дошкольное образование и т.д.).

Раскрытие дефиниции государственной услуги, ее характерных признаков позволяет перейти к рассмотрению действующего перечня государственных услуг, оказываемых в республике.

Реестр государственных услуг является нормативным правовым актом, содержащим регулярно обновляемый перечень государственных услуг, оказываемых на республиканском и местном уровнях, с указанием получателей государственных услуг,

²⁷ Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 мая 1999 года №620 «Об утверждении Положения о порядке изменения, восстановления и аннулирования записей актов гражданского состояния, формы книг регистрации актов гражданского состояния и формы свидетельств, выдаваемых на основании записей в этих книгах, и Правил о порядке регистрации актов гражданского состояния в Республике Казахстан»//САПП РК, 1999 г., №№20—21, ст. 214.

²⁸ Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 15 октября 2008 года №8 «Об официальном толковании статьи 54, подпунктов 1) и 3) пункта 3 статьи 61, а также ряда других норм Конституции Республики Казахстан по вопросам организации государственного управления» // «Казахстанская правда» от 30 октября 2008 года, №237.

государственных органов и организаций, обеспечивающих их оказание, и других характеристик (п.2—5 ст. 1 Закона «Об административных процедурах»).

В 2007 году была принята новая редакция Реестра государственных услуг (Постановление Правительства РК от 20 июля 2010 года №745²⁹). Вместе с тем, рассматриваемый правовой акт также характеризуется коллизией. В частности, в п.24 Реестра государственных услуг закреплена следующая государственная услуга — постановка на учет и очередность граждан, нуждающихся в жилище из государственного жилищного фонда или жилище, арендованном местным исполнительным органом в частном жилищном фонде.

Однако стандарт данной услуги несколько иной: «Постановка на учет граждан, нуждающихся в жилище из государственного жилищного фонда или жилище, арендованном местным исполнительным органом в частном жилищном фонде в местном исполнительном органе района (города областного значения), города республиканского значения, столицы»³⁰.

Отдельные положения Реестра противоречат законам Республики. Так, п.32 Реестра предусматривает, что государственную услугу «Проведение регистрации и перерегистрации лиц, осуществляющих миссионерскую деятельность» осуществляют управления внутренней политики областей (города республиканского значения, столицы), отделы внутренней политики районов (городов областного значения), что не соответствует п.2 ст.8 Закона «О религиозной деятельности и религиозных объединениях»³¹, в котором закреплено: «Регистрация лиц, осуществляющих миссионерскую деятельность, производится территориальными подразделениями уполномоченного органа...», т.е. территориальными департаментами Агентства по делам религий, а не управлениями (отделами) внутренней политики.

В контексте нашего исследования важное значение имеет перечень государственных услуг, которые оказываются ЦОНами. В настоящее время из 211 государственных услуг 69 могут быть оказаны через ЦОН, из них 16 — на безальтернативной основе. В соответствии с п.3-1 ст.15-1 Закона «Об административных процедурах», принято Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 декабря 2011 года «Об утверждении Правил отбора государственных услуг, подлежащих оказанию через центры обслуживания населения»³². В соответствии с п. 4 данных Правил, отбор государственных услуг, подлежащих оказанию через ЦОН, осуществляется на основании одного и (или) нескольких следующих критериев:

- 1) социально значимые услуги;
- 2) услуги, носящие информационный характер (выдача справок и иных информационных документов);
- 3) услуги, связанные с выдачей дубликата документа;
- 4) услуги, связанные с выдачей лицензии и иных разрешительных документов.

²⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 20 июля 2010 года №745 «Об утверждении реестра государственных услуг, оказываемых физическим и юридическим лицам // САПП Республики Казахстан, 2010 г., №44, ст. 401.

³⁰ Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 февраля 2010 года №76 «Об утверждении стандарта оказания государственной услуги «Постановка на учет граждан, нуждающихся в жилище из государственного жилищного фонда или жилище, арендованном местным исполнительным органом в частном жилищном фонде в местном исполнительном органе района (города областного значения), города республиканского значения, столицы» // САПП Республики Казахстан, 2010 г., №№11—12, ст.120.

³¹ Закон Республики Казахстан от 11 октября 2011 года №483 «О религиозной деятельности и религиозных объединениях» // «Казахстанская правда» от 15 октября 2011 г., №№330—331.

³² Постановление Правительства Республики Казахстан от 8 декабря 2011 года № 1503 «Об утверждении Правил отбора государственных услуг, подлежащих оказанию через центры обслуживания населения»//Справ.прав. база «Закон» (дата обращения – 1 марта 2012года).

Государственная услуга признается социально значимой, согласно Постановлению Правительства Республики Казахстан от 14 ноября 2011³³, в случае ее соответствия качественному и количественному критериям.

Качественным критерием социально значимых услуг является оказание государственной услуги в одной из следующих сфер:

- 1) социальное обеспечение, обслуживание и защита населения Республики Казахстан;
- 2) трудоустройство, занятость населения Республики Казахстан;
- 3) здравоохранение;
- 4) образование;
- 5) жилищные отношения;
- 6) предпринимательская деятельность.

Количественным критерием социально значимых услуг является количество обращений за получением государственной услуги за отчетный период:

- 1) для физических лиц — 350 тыс. обращений и более;
- 2) для юридических лиц — 10 тыс. обращений и более.

В данном случае следует отметить отличия в создании аналогичных ЦОНам организаций в зарубежных странах. Одни из них пытаются в таких организациях предоставить максимальное количество услуг. В других акцент делается только на «быстрых» и часто запрашиваемых услугах, коротком времени ожидания. В частности, «офисы для граждан» ФРГ предоставляют наиболее востребованные со стороны граждан услуги (регистрация местожительства, регистрация транспортных средств, выдача удостоверений личности и паспортов и т.д.), и при этом такие дела не требуют длительного проработки и не являются сложными.

Заслуживает внимания также зарубежный опыт по группировке перечня государственных услуг по так называемой «жизненной ситуации» (переезд в другой город, бракосочетания, рождение ребенка, выход на пенсию и т.д.)³⁴. Данный пример может быть интересен не в качестве нормативно-правового закрепления, сколько в обеспечении наиболее широкого охвата соответствующих групп населения (т.е. брошюры, иные раздаточные материалы для населения с целью информирования целевых групп — пенсионеров, оралманов, безработных и т.д.). Проведенное исследование показало, что подавляющее большинство респондентов получили информацию о государственных услугах при непосредственном посещении ЦОНа (см. Таблицу №2), что обуславливает необходимость неоднократного обращения в ЦОН для получения государственной услуги.

В послании Президента РК на 2012 год отмечено, что до конца 2012 года 60 процентов социально значимых государственных услуг, в том числе все виды лицензий, должны предоставляться только в электронной форме, а начиная с 2013 года все разрешительные документы от государства казахстанцы, должны получать также в электронной форме или через центры обслуживания населения.

Вместе с тем, на наш взгляд, нецелесообразно передавать в ведение ЦОНов услуги, которые предоставляются редко и требуют сложной процедуры. В частности, получение лицензии на предоставление услуг связи, разрешения на использование радиочастотного спектра, так как данные разрешительные документы предоставляются посредством проведения конкурса, квалификационные требования имеют сложный специально-технический характер, имеет место внесение разовой платы в государственный бюджет (Закон РК от 5 июля 2004 года «О связи»³⁵).

³³ Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года №1334 «Об утверждении критериев социально значимых услуг» // «Казахстанская правда» от 27 декабря 2011 г., №419.

³⁴ Центри надання адміністративних послуг: створення та організація діяльності // URL:http://www.pravo.org.ua/images/documents/CfAS_2ed.pdf (дата обращения — 1 марта 2012 года).

³⁵ Закон Республики Казахстан от 5 июля 2004 года №567 «О связи» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2004 г., №14, ст.81.

В настоящее время, как выше нами было отмечено, из всех видов государственных услуг, отнесенных к ведению ЦОНов, фактически предоставляются услуги по 25—30 категориям, которые являются наиболее востребованными. В данных условиях перевод в компетенцию ЦОНов выдачи всех видов разрешительных документов полагаем необоснованным.

С другой стороны, как показало анкетирование потребителей государственных услуг и работников ЦОНов, имеется настоятельная необходимость в передаче ЦОНам услуг органов внутренних дел, налогового комитета, Государственного центра по выплате пенсий и других, имеющих массовый характер.

Одним из важных направлений по оптимизации процедурно-процессуальной формы оказания услуг является оказание государственных услуг в электронной форме. Закон Республики Казахстан «Об информатизации»³⁶ регулирует порядок оказания электронных услуг государственными органами самостоятельно или через веб-портал «электронного правительства», права физических и юридических лиц на доступ к электронным информационным ресурсам и порядок их предоставления.

В Казахстане Постановлением Правительства РК от 29 сентября 2010 утверждена Программа по развитию информационных и коммуникационных технологий в Республике Казахстан на 2010—2014 годы, ставшая новым этапом в развитии «электронного правительства» в стране³⁷. В части развития электронных услуг и электронного правительства предусмотрено формирование и развитие информационных систем государственных органов и акиматов, расширение перечня оказываемых электронных государственных услуг с учетом требований информационной безопасности в части защиты информационных ресурсов и систем.

Также были приняты Постановление Правительства РК от 19 октября 2010 года «О сроках обеспечения государственными органами оказания входящих в их компетенцию электронных государственных услуг»³⁸, Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года «Об утверждении Правил информационного обмена информационной системы центров обслуживания населения с государственными информационными системами»³⁹.

В качестве последних новелл следует отметить Закон Республики Казахстан от 21 июля 2011 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам центров обслуживания населения»⁴⁰, которым путем внесения поправок в Закон «Об административных процедурах» впервые дано понятие Центра обслуживания населения в качестве республиканского государственного предприятия, осуществляющего организацию предоставления государственных услуг физическим и (или) юридическим лицам по приему заявлений и выдаче документов по принципу «одного окна». В реализацию данной законодательной нормы и в целях повышения эффективности деятельности ЦОНов принято Постановление Правительства Республики Казахстан «О некоторых мерах по оптимизации деятельности центров

³⁶ Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 г. «Об информатизации» // Ведомости Парламента Республики Казахстан, 2007 г., №2, ст.13.

³⁷ Постановление Правительства РК от 29 сентября 2010 г. №983 «Об утверждении Программы по развитию информационных и коммуникационных технологий в Республике Казахстан на 2010—2014 годы» // «Казахстанская правда» от 2 октября 2010 г., №№260—261.

³⁸ Постановление Правительства Республики Казахстан от 19 октября 2010 года №1080 «О сроках обеспечения государственными органами оказания входящих в их компетенцию электронных государственных услуг» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

³⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года №1336 «Об утверждении Правил информационного обмена информационной системы центров обслуживания населения с государственными информационными системами» // «Казахстанская правда» от 27 декабря 2011 г., №419.

⁴⁰ Закон Республики Казахстан от 21 июля 2011 года №468 «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам центров обслуживания населения» // Ведомости Парламента РК, 2011 г., №15, ст.118.

обслуживания населения»⁴¹, которым было создано Республиканское государственное предприятие на праве хозяйственного ведения «Центр обслуживания населения» и реорганизованы республиканские государственные учреждения путем присоединения к данному предприятию. Штатная численность сотрудников ЦОНов определена в количестве 8 671 человек. Анализируемые меры по изменению правового статуса ЦОНов направлены, в том числе, на увеличение заработной платы сотрудников, ожидание которого отмечено у большинства респондентов — сотрудников ЦОНов.

Принцип «одного окна» — форма предоставления государственных услуг, предусматривающая минимизацию участия заявителей (физических и (или) юридических лиц) в сборе и подготовке документов и ограничение их непосредственного контакта с субъектами оказания государственных услуг (п.2–9 статьи 1 Закона «Об административных процедурах»).

Вместе с тем, сам факт законодательного закрепления данного принципа не обеспечивает его претворение в практику, так как многие стандарты государственных услуг требуют документы, подтверждающие данные, которые имеются у иных государственных органов. Например, при предоставлении заявителем удостоверения личности номер РНН может быть получен работником ЦОНа самостоятельно, путем обращения в соответствующие базы данных. Идеальным вариантом по «простым» услугам является подход, при котором лицо подает заявление и предоставляет удостоверение личности для снятия копии, а иные сведения собираются ЦОНами самостоятельно. При этом лицо должно дать письменное согласие на получение его персональных данных в рамках оказания данной государственной услуги.

Указом Президента Республики Казахстан от 19 марта 2010 года утверждена Система ежегодной оценки эффективности деятельности центральных государственных и местных исполнительных органов областей, города республиканского значения, столицы⁴². Одним из направлений данной оценки выступает оказание государственных услуг, что вполне оправданно. Методика оценки качества оказания государственных услуг⁴³ в качестве одного из критериев устанавливает «долю утвержденных регламентов оказания государственных услуг».

В результате, в целях получения более высокой оценки по данному критерию, правоприменительная практика пошла по пути дублирования регламентов государственных услуг, оказываемых местными исполнительными органами. Например, регламент государственной услуги «Обеспечение бесплатного подвоза обучающихся и воспитанников к общеобразовательной организации образования и обратно домой» принимается акиматом области, аналогичный регламент принимается всеми акимами районов и городов данной области, а также всеми акимами сельских округов. В результате, мы имеем только по одной услуге в одной области около 100 самостоятельных регламентов с одинаковым содержанием, так как они должны соответствовать Стандарту, утвержденному Постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 марта 2011 года⁴⁴. При этом можно было бы ограничиться принятием одного регламента на уровне области или в каждом районе, так как они обязательны для исполнения на всей территории области или района, соответственно. Указанная нормативно-правовая инфляция загромождает систему законодательства дублирующими

⁴¹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 11 ноября 2011 года №1325 «О некоторых мерах по оптимизации деятельности центров обслуживания населения» // Справ.прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

⁴² Указ Президента Республики Казахстан от 19 марта 2010 года №954 «О Системе ежегодной оценки эффективности деятельности центральных государственных и местных исполнительных органов областей, города республиканского значения, столицы» // САПП Республики Казахстан, 2010 г., №24, ст.173.

⁴³ Совместный приказ Председателя Агентства Республики Казахстан по делам государственной службы от 13 января 2012 года №02-01-02/6 и Министра связи и информации Республики Казахстан от 13 января 2012 года №21.

⁴⁴ Постановление Правительства Республики Казахстан от 31 марта 2011 года №336 «Об утверждении стандартов государственных услуг и внесении изменений и дополнения в некоторые решения Правительства Республики Казахстан» // САПП Республики Казахстан, 2011 г., №28, ст.350.

друг друга нормативными правовыми актами. В целях исключения данной правотворческой практики следует внести поправки в Закон «Об административных процедурах» и Закон «О нормативных правовых актах» в части ограничения уровня государственных органов, принимающих регламенты.

Стандартизация государственных услуг направлена на повышение качества оказания государственных услуг, снижение коррупционных рисков. В соответствии с п.2-3 статьи 1 Закона «Об административных процедурах», стандарт государственной услуги — это нормативный правовой акт, устанавливающий требования к оказываемым государственным услугам, включающие характеристики процесса, формы, содержания и результата оказания государственных услуг.

Согласно п.2-6 ст. 1 Закона «Об административных процедурах», регламент государственной услуги — это нормативный правовой акт, устанавливающий требования к обеспечению соблюдения стандарта государственной услуги и определяющий порядок деятельности государственных органов, их подведомственных организаций, должностных лиц, а также физических и юридических лиц по оказанию государственной услуги.

Регламент государственной услуги устанавливает также описание действий (взаимодействия) государственных органов, их подведомственных организаций, и иных физических и юридических лиц, участвующих в процессе оказания государственной услуги.

Вместе с тем, анализ действующих регламентов государственных услуг свидетельствует, что большинство норм, содержащихся в них, дублируют положения соответствующего Стандарта. В этом плане, следует на законодательном уровне четко разграничить предметы данных нормативных правовых актов.

В качестве отдельной проблемы следует отметить противоречия между Стандартами государственных услуг и соответствующими Правилами, регламентирующими порядок выдачи разрешительных документов. Так, например, согласно п.11 Стандарта государственной услуги «Аттестация производителей оригинальных, элитных семян, семян первой, второй и третьей репродукций и реализаторов семян»⁴⁵, потребитель представляет нотариально заверенную копию свидетельства о государственной регистрации (перерегистрации) юридического лица и копию идентификационного документа на земельный участок, а также нотариально засвидетельствованную копию устава.

Вместе с тем, согласно Правилам аттестации производителей оригинальных и элитных семян, семян первой, второй и третьей репродукций и реализаторов семян, утвержденные постановлением Правительства Республики Казахстан от 30 ноября 2011 года⁴⁶ (далее — Правила аттестации производителей семян) (п.12) копий указанного свидетельства и идентификационного документа не требуется заверять у нотариуса, а также не предусмотрено представление копии устава.

В соответствии с пп.2 п.16 рассматриваемого Стандарта, потребителю отказывается в предоставлении государственной услуги в случае несоответствия квалификационным требованиям, которые закреплены в приложении 4⁴⁷. Вместе с тем, Правила аттестации производителей семян подобные требования к указанным субъектам не предусматривают.

Согласно пп.1 п.7 Стандарта, срок оказания государственной услуги не должен превышать 30 календарных дней с момента сдачи потребителем документов. Вместе с тем, Правилами аттестации производителей семян (п.17) установлено, что общий срок

⁴⁵ Постановление Правительства Республики Казахстан от 5 мая 2011 года №485 «Об утверждении стандартов государственных услуг в области фитосанитарной безопасности и семеноводства и внесении изменений и дополнения в постановление Правительства Республики Казахстан от 20 июля 2010 года №745» // САПП Республики Казахстан, 2011 г., №37, ст.451.

⁴⁶ Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 ноября 2011 года №1393 «Об утверждении Правил аттестации некоторых субъектов в области семеноводства» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

⁴⁷ В частности: «Наличие паров в структуре пашни за последние три года...», «наличие заключений органов в области санитарно-эпидемиологического благополучия населения и охраны окружающей среды — о соответствии производственной базы требованиям санитарно-эпидемиологической и экологической безопасности».

рассмотрения заявления физического или юридического лица о присвоении статуса производителя оригинальных семян, элитно-семеноводческого хозяйства, семеноводческого хозяйства, реализатора семян не должен превышать двадцати рабочих дней.

При наличии противоречий в нормах нормативных правовых актов одного уровня действуют нормы акта, позднее введенные в действие⁴⁸. Таким образом, в рассматриваемом случае требование документов и соблюдение сроков, предусмотренных Стандартом государственной услуги, является незаконным. Коллизии, описанные выше, характерны и для многих иных государственных услуг.

Во многих случаях совершение коррупционных правонарушений осуществляется в результате пробела в правовом регулировании государственных услуг. Так, Стандарт государственной услуги «Назначение жилищной помощи», оказываемой, в том числе, ЦОНами, предусматривает, что основания для приостановления оказания государственной услуги определяются решениями местных представительных органов (маслихатов) (п.11 Стандарта государственной услуги «Назначение жилищной помощи»⁴⁹). Однако многие решения маслихатов не определяют данные основания. Например, решение Балхашского городского маслихата Карагандинской области «Об утверждении Правил предоставления жилищной помощи населению города Балхаш»⁵⁰.

Таким образом, анализ действующего законодательства о государственных услугах свидетельствует, о том, что, несмотря на его развитие и более полное отражение смысла государственной услуги, оно характеризруется неразрешенностью отдельных вопросов, пробелами, противоречиями, которые существенно снижают эффективность правового воздействия, негативно отражаются на правоприменительной практике.

Во-первых, не уточняется формой реализации каких конкретно функций государственных органов являются государственные услуги. Все ли публичные полномочия следует «втискивать в прокрустово ложе» государственных услуг? В соответствии с действующим законодательством, фактически любая деятельность, осуществляемая по обращениям физических и юридических лиц, направленная на удовлетворение их интересов, может быть отнесена к государственным услугам.

Во-вторых, закон допуская возможность оказания государственных услуг не только государственными органами и их подведомственными организациями (государственными организациями), но и иными физическими и юридическими лицами не регламентирует перечень услуг, которые могут передаваться для предоставления частным лицам, соответствующий порядок и правовую форму.

Ключевой проблемой разрешительного законодательства является распространенность «избыточных» государственных услуг, так называемых административных барьеров.

Изложенные выше противоречия, пробелы свидетельствует о том, что законодательство о государственных услугах в настоящем виде не может быть признано целостным и стабильным, отвечающим современным требованиям, так как в рассматриваемой сфере действует большое количество как законодательных, так и подзаконных нормативных правовых актов, принятых в разное время и, к тому же, слабо взаимосвязанных между собой.

Итоги проведенного исследования

Подводя итоги проведенного исследования, изучив анкетные данные и проанализировав действующее законодательство, можно сделать вывод о

⁴⁸ П.3 ст.6 Закона РК «О нормативных правовых актах».

⁴⁹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 7 апреля 2011 года №394 «Об утверждении стандартов государственных услуг в сфере социальной защиты, оказываемых местными исполнительными органами» // САПП Республики Казахстан, 2011 г., №32, ст.391.

⁵⁰ Решение Балхашского городского маслихата Карагандинской области от 22 декабря 2011 года №55/415 «Об утверждении Правил предоставления жилищной помощи населению города Балхаш» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

несовершенстве предоставления государственных услуг в центрах обслуживания населения.

Уровень негативных оценок по каждому из параметров составил в среднем около 30%, в том числе по срокам ожидания в очереди и срокам получения услуги, компетентности персонала и удобства помещений.

Проблемы, определяющие существующее состояние оказания государственных услуг, имеют как правоприменительный, так и законодательный характер, которые, в свою очередь, взаимосвязаны между собой. Информацию о деятельности ЦОНа более 60% потребителей получают непосредственно при обращении в ЦОН, а не путем использования дистанционных каналов связи. В результате для получения необходимой услуги требуется посещение ЦОНа несколько раз, что уже на первоначальном этапе создает негативное отношение к процессу получения государственной услуги. Недостаточный уровень квалификации сотрудников консультантов влечет в качестве основной причины затягивания процесса получения услуги отсутствие полного пакета документов. Нехватка достаточного количества персонала и отсутствие «плавающего» режима их работы создает очереди, что способствует возникновению «неформальных» платежей и т.д.

При подведении итогов следует отметить проблемы концептуального характера, разрешение которых позволит подойти к преодолению частных вопросов, а именно:

- неопределенность государственной политики в рассматриваемой сфере;
- отсутствие системных теоретико-правовых исследований в области государственных услуг, которые являются новым явлением для казахстанской юридической науки;
- низкий уровень правовой культуры большинства участников правоотношений в сфере государственных услуг (как граждан, так и работников ЦОНов).

8 мая 2007 года было принято Распоряжение Премьер-Министра Республики Казахстан⁵¹, которым была создана рабочая группа по разработке Концепции развития центров обслуживания населения по принципу «одного окна». В соответствии с п.2 данного правового акта, проект Концепции развития центров обслуживания населения по принципу «одного окна» должен был быть внесен в Правительство РК в срок до 1 августа 2007 года. Однако до настоящего времени данная Концепция не принята.

На наш взгляд, наличие пробелов и противоречий в законодательстве, негативные явления в правоприменительной практике являются следствием отсутствия указанной Концепции развития ЦОНов, в которой следовало бы отразить основные направления государственной политики в сфере государственных услуг на долгосрочный период, в том числе мероприятия нормативно-правового, институционально-организационного, процедурного и финансово-экономического характера. Как показывает практика, отсутствие четкого понимания концептуальных положений и плана мероприятий в данной сфере влечет бессистемность предпринимаемых государством мер.⁵²

В контексте отмеченного в Плате законопроектных работ Правительства на 2012 год предусмотрена разработка Закона Республики Казахстан «О государственных услугах»⁵³. Принятие самостоятельного Закона «О государственных услугах» позволит:

- повысить уровень правового регулирования данных общественных отношений;
- обеспечить единообразный подход в закреплении и предоставлении государственных услуг, исключить условия для возникновения коллизий на подзаконном уровне;
- позволит избежать внесения необоснованных оперативных изменений в подзаконные нормативные правовые акты со стороны Правительства, отдельных министерств, агентств и ведомств;

⁵¹ Распоряжение Премьер-Министра Республики Казахстан от 8 мая 2007 года №115 «О создании рабочей группы по разработке Концепции развития центров обслуживания населения по принципу «одного окна» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

⁵² Так, само понятие «государственная услуга» излагалось в разной редакции три раза.

⁵³ Постановление Правительства Республики Казахстан от 30 декабря 2011 года №1680 «О Плате законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2012 год» // Справ. прав. база «Закон» (дата обращения — 1 марта 2012 года).

- восполнит имеющиеся правовые пробелы в указанной сфере, что, в свою очередь, будет способствовать единообразию в правоприменительной практике.

Таким образом, создание благоприятных условий для получения государственных услуг является важной задачей государственных органов, поскольку именно по уровню доступности и качества данных услуг частные лица оценивают государство.

В настоящее время процесс оказания государственных услуг не в полной мере отвечает запросам общества. Предложения и рекомендации, обозначенные в настоящем отчете, на наш взгляд, могут быть использованы в рамках работы по совершенствованию деятельности ЦОНов, в том числе при разработке соответствующей Концепции и законопроекта в контексте правовой государственности, высшими ценностями которой выступает человек, его права и свободы. В этом случае чиновник станет не только «слугой государства», но и «помощником гражданина», а гражданин перестанет быть простым объектом государственной деятельности и сможет участвовать в административной практике в полной мере.

Ноябрь, 2011 г.

ГОЛОВКО Л. В.,
*профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
МГУ им. М. В. Ломоносова,
д.ю.н.*

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ НЕЗАВИСИМОСТИ СУДЕЙ В ПОСТСОВЕТСКИХ СТРАНАХ¹

Построение подлинно независимой судебной власти продолжает оставаться одной из актуальных и неотложных задач, стоящих фактически перед всеми постсоветскими государствами. Надо признать, что пока еще эта задача не решена, хотя все институциональные, культурные и исторические условия для этого есть. В этом смысле нередко звучащие на постсоветском пространстве ссылки на якобы особый национальный менталитет, отражающий местную специфику и делающий невозможным обеспечение того уровня независимости судей, который имеет место, допустим, на Западе, представляются не только не соответствующими реальному положению дел, но и не заслуживающими серьезного внимания. Парадоксально, что «национальный менталитет» отнюдь не препятствует достаточно высокому уровню юридического образования и юридической науки, на который столь же часто и не без определенной гордости любят ссылаться представители тех же постсоветских стран, видимо, не отдающие себе отчет в противоречивости подобной аргументации. Здесь просто надо решить, какой из тезисов верен: либо постсоветское юридическое образование и постсоветская юридическая наука действительно находятся на очень приличном уровне, и тогда национальное правовое сознание и национальный менталитет не только не препятствуют, но напротив – настоятельно требуют независимой судебной власти, либо «менталитет» для независимой судебной власти на самом деле еще не созрел, но о каком «высоком уровне» юридического образования и науки можно тогда вести речь? Я лично абсолютно убежден в верности первого из этих тезисов и категорически отвергаю рассуждения о «менталитете» как неадекватные. Кроме того, для всех должно быть абсолютно ясно, что без независимой судебной власти невозможно создать надлежащие современные правовые институты, а следовательно – невозможно создать и эффективное современное государство с высоким уровнем устойчивости и развитой экономической инфраструктурой.

Если перейти к более технической плоскости, то в постсоветских государствах существует очень много проблем, требующих решения и препятствующих судебной власти приобрести необходимый уровень независимости. Я остановлюсь здесь только на двух из них, имея в виду: а) необходимость обеспечения индивидуальной независимости каждого судьи; б) необходимость обеспечения инстанционной процессуальной логики, позволяющей обеспечить исправление судебных ошибок и добиться оптимизации судебной практики без перманентного внепроцессуального давления на судей.

I. Необходимость обеспечения индивидуальной независимости каждого судьи

¹ Доклад подготовлен для Центра исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в докладе, могут не совпадать с официальной позицией Институтом Открытого Общества.

Этот вопрос сам по себе является достаточно глобальным и связан со множеством разнообразных аспектов. Не имея возможности проанализировать каждый из них, обращаю внимание на очень важный рекомендательный документ, получивший на постсоветском пространстве наименование Киевских рекомендаций², где детально проанализировано значительное число юридико-политических инструментов, в том числе сугубо технических, необходимых для обеспечения индивидуальной независимости судей в устойчивой правовой системе. Но на некоторых аспектах следует остановиться специально, поскольку они представляются крайне важными и не всегда правильно понимаемыми на постсоветском пространстве:

А) Роль высшей политической власти в процедуре отбора и назначения судей

В последнее время процедуре отбора и назначения судей уделяется в постсоветских государствах немалое внимание. Здесь достигнут значительный прогресс, связанный с появлением разнообразных вполне прозрачных и отвечающих современным стандартам процедур отбора наилучших кандидатов на должность судьи, а также специальных независимых органов, призванных данный отбор осуществлять. Создаются также специальные Школы подготовки судей, *mutatis mutandis* воспроизводящие опыт легендарной французской Высшей школы магистратуры в Бордо, пример чему мы видим, в частности, в Казахстане. Данная работа еще далека от завершения, но сам факт ее наличия отраден.

В то же время существует один «камень преткновения», который продолжает оставаться «зоной непонимания» между постсоветскими властями и представителями международных организаций, дающими этим властям рекомендации по вопросам обеспечения независимости судебной власти. Речь идет о роли высшей политической власти в процессе назначения судей на должность, поскольку в России, Казахстане и других странах судьи, как известно, назначаются Президентом страны или по представлению последнего верхней палатой Парламента. Сам по себе факт назначения судей высшей политической властью вполне вписывается в международные стандарты. Более того, именно такой механизм назначения судей является в наши дни наиболее универсальным и отказываться от него нет ни малейшего резона. Вопрос в другом: что он означает в юридическом смысле? Только одно - назначение судей Президентом (по его представлению) *не должно означать подбор* судей Президентом или его администрацией, то есть надо четко отделять друг от друга назначение судей и их подбор, причем одно вовсе не подразумевает другое. По сути, под «назначением» здесь понимается легитимация статуса судьи высшим органом государственной власти (своего рода церемониальная функция) и не более того. В противном случае под угрозой ставится принцип независимости судей. Именно это имеют в виду упомянутые Киевские рекомендации: «В случаях, когда непосредственное назначение судьи находится в полномочиях президента государства, пределы его усмотрения должны быть сведены к кандидатурам, предложенным соответствующим органом (советом судей, квалификационной или экспертной комиссией). Отказ назначить такого кандидата по процедурным основаниям должен быть мотивирован» (п. 23). Иначе говоря, реальное вмешательство главы государства в вопрос о подборе персоналий в судьи, когда он отказывается назначить рекомендованного судью, может иметь место только в *исключительных* случаях, причем по понятным и доведенным до сведения общества мотивам, связанным с соображениями общегосударственного порядка. Впрочем, здесь Киевские рекомендации отнюдь не оригинальны. Аналогичные по форме или по духу положения мы обнаружим в Рекомендации № R (94) 12 от 13 октября 1994 г. «О независимости, эффективности и роли судей», принятой Комитетом министров Совета Европы, Европейской хартии о статусе судей (1998), соответствующих документах ООН и др. Более того, в таком плане следует понимать и те пожелания, которые сделаны

² См.: Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, БДИПЧ ОБСЕ и Исследовательская группа «Минерва» по вопросам независимости судей Института Макса Планка, 23 – 25 июня 2010 г.

экспертами Венецианской комиссии по проектам казахстанских законов о судебной реформе.

Значит ли это ослабление контроля за кандидатами на должность судьи, которое может привести к непредвиденным последствиям, чего, видимо, и опасаются постсоветские власти? В том-то и дело, что нет. Но контроль должен осуществляться на **входе** в систему отбора кандидатов, когда происходит их профессиональная и репутационная оценка в рамках прозрачных процедур прохождения конкурса, сдачи экзамена, зачисления на конкурсной основе в специальные Школы подготовки судей и т. д. Это мешает «отсекать» на данном этапе всех недостойных кандидатов, в том числе путем сбора законными средствами сведений о личности, о происхождении доходов кандидатов, их расходов и т. д., и т. п. В такой ситуации на **выходе** из системы глава государства в лице своей администрации уже не должен заниматься «отбором» кандидатов и оценкой их «благонадежности» - ему остаются сугубо церемониальные функции легитимации предложенного кандидата путем его назначения на должность или представления соответствующей палате Парламента.

Но пока на постсоветском пространстве дело, увы, обстоит иначе. После прохождения всех конкурсных процедур и сдачи экзаменов рекомендованная к назначению на должность судьи кандидатура попадает «за кулисы» администрации Президента, где нередко и начинается работа по реальному «отбору», никакими законами не предусмотренная и не имеющая никакого отношения к «прозрачности». Такой подход не только не соответствует международным стандартам – он еще и свидетельствует о крайне неэффективной системе организации государственной власти, когда соответствующие механизмы не институционализированы должным образом, а существуют исключительно на уровне «президентского вмешательства», для чего требуется наращивать функции президентской администрации.

Б) Роль председателей судов

Еще одной проблемой, приводящей к недопустимой бюрократизации судейского корпуса и крайне негативно влияющей на независимость судей, является гипертрофированная роль в постсоветских судебных системах председателей судов. Существующее судоустройственное законодательство и особенно практика его применения рассматривают председателей судов не столько в духе классического принципа *primus inter pares* (первый среди равных), когда председатель наделяется некоторыми *специальными* полномочиями, в большинстве своем сугубо технического или даже церемониального характера, никоим образом *не ущемляющими* полномочия и статус остальных судей, сколько в качестве «начальника» (по отношению к судьям «своего» суда) и одновременно «подчиненного» (по отношению к вышестоящим судьям), встроенного в бюрократическую иерархическую систему. Иными словами, именно функции председателя суда в значительной мере превращают постсоветские судебные системы из систем процессуальных в системы бюрократические.

Однако иерархическая система построения власти, абсолютно необходимая, допустим, для органов управления, полиции и т. д., то есть для власти исполнительной, для судебной власти совершенно губительна. Судейский корпус должен быть построен на совершенно иных началах, не допускающих взаимоотношений по линии «начальник – подчиненный». В этом плане он значительно ближе к другим профессиональным корпусам, где также не может быть никаких «начальников» и «вертикали власти», скажем, к профессорскому корпусу или адвокатскому корпусу. Во всех этих случаях речь идет о тех профессиях, где требуется высокий уровень индивидуальной интеллектуальной независимости, без которой соответствующая деятельность просто-напросто теряет смысл. Без понимания данной проблемы любые ожидания качественных судебных решений и постсоветских «прорывов» в судебной практике в духе американских правил Миранды или до сих пор определяющего критерии разграничения частного и публичного права французского решения XIX века по делу Бланко абсолютно тщетны и наивны.

Что касается технических вопросов, связанных с ролью председателей судов и их взаимоотношениями с остальными судьями, то основные вопросы исчерпывающе

изложены все в тех же Киевских рекомендациях (пп. 11 – 16), в связи с чем мы избавлены здесь от необходимости здесь на них специально останавливаться.

В) Институциональные и внеинституциональные формы давления на судей

Для постсоветских стран характерны также разные формы давления на судей, которые осуществляются иногда под самыми благовидными предлогами, но в конечном итоге негативно сказываются на индивидуальной независимости каждого отдельно взятого судьи и судейского корпуса в целом. Так, например, борьба с коррупцией является, вне всяких сомнений, важнейшей и крайне актуальной задачей для большинства постсоветских стран. Ясно также, что если властям становятся известны подкрепленные надлежащими доказательствами, собранными в установленном законом порядке, факты коррупции в рядах судейского корпуса, то такие факты должны стать основанием для уголовного преследования, постановки вопроса перед соответствующим органом о даче разрешения на привлечение судьи к уголовной ответственности и проведении в отношении судьи справедливого судебного разбирательства. Но в реальной ситуации «борьба с коррупцией» в судейском корпусе нередко приводит на постсоветском пространстве к достаточно странным результатам: судьи «изгоняются» из судейского корпуса именно по коррупционным мотивам, однако полноценного уголовного преследования в их отношении не проводится. Об этом можно судить по имеющему место несовпадению между числом судей, отстраненных от должности из-за их едва ли не официально объявленной коррупционности, и количеством судей, в отношении которых на этом основании возбуждено уголовное дело. Чем объясняется такое несовпадение? Внешнему наблюдателю об этом судить сложно, но в теоретической плоскости есть только два варианта: либо виновные в совершении преступлений судьи незаконно (по крайней мере, по непонятным причинам) и негласно освобождаются от уголовной ответственности, либо совершение ими коррупционных преступлений является лишь предположением, не подкрепленным надлежащими доказательствами, достаточными для уголовного преследования. В последнем случае не совсем ясно, на каком основании судья тогда освобождается от должности?

На постсоветском пространстве встречаются также случаи создания или попыток создания разнообразных квазиинституциональных органов, призванных оценивать профессиональную деятельность судей или отдельные вынесенные ими решения вне установленных процессуальных рамок. Допустим, в России известны предложения сконструировать нечто вроде «общественной экспертизы» вынесенных судьями приговоров по так называемым «резонансным делам», которое звучало на уровне одного из консультативных советов при Президенте РФ, призванного укреплять в стране институты гражданского общества и права человека, хотя посягательство на независимость судей вряд ли совместимо с «гражданским обществом» и «правами человека». В Казахстане уже правящая политическая партия высказывала пожелания официально заняться профессиональной оценкой судей, что представляет собой очевидное намерение оказывать на них политическое давление и что также несовместимо с принципом независимости судебной власти. Все эти попытки пока еще, к счастью, не реализованы, но сам факт их наличия тревожен. Он показывает, что постсоветские элиты, нередко придерживающиеся прогрессивных взглядов по остальным вопросам развития своих стран, пока еще не воспринимают независимость судей в качестве абсолютной ценности, без которой не могут развиваться ни дифференцированная современная экономика, ни устойчивый политический плюрализм, ни конструктивно настроенный «средний класс» общества.

Не в меньшей степени беспокоит другая проблема, также весьма типичная для постсоветских государств, когда позиция судьи по конкретному делу становится предметом дисциплинарных оценок. Это чаще всего характерно в тех ситуациях, когда судьи берут на себя мужество вынести оправдательный приговор или отказать в ходатайстве следствия (прокурора) в заключении под стражу. Конкретных примеров здесь немало. Приведу лишь один из них, когда в Казахстане судья, отказавшийся по конкретному делу заключать под стражу человека в связи с состоянием его здоровья и отсутствием опасности для общества, был на основании своего процессуального мнения

по данному делу в конечном итоге лишен полномочий судья в связи с его якобы имевшей место «толерантностью» к опасным преступлениям, с которыми государство должно бороться на современном этапе. Впрочем, подобные случаи характерны отнюдь не только для Казахстана, но и для других постсоветских государств, в том числе для России. Не случайно, что составители Киевских рекомендаций вынуждены были особо подчеркнуть – «Ни при каких обстоятельствах не следует оценивать судей по содержанию их решений или вердиктов (как напрямую, так и через статистику по отмене их решений вышестоящей инстанцией)» (п. 28).

Здесь надо четко понять достаточно элементарную схему, характерную для любого мало-мальски развитого правопорядка:

а) если есть убедительные доказательства, что судья в ходе рассмотрения дела совершил преступление (допустим, взял взятку), то действия судьи должны стать основанием для уголовного преследования в установленном уголовно-процессуальным законом порядке;

б) если есть сведения, что судья при рассмотрении дела нарушил Кодекс судейской этики (или иным образом систематизированные этические правила деятельности судей), то его действия должны (могут) стать предметом дисциплинарного производства с целью рассмотрения вопроса о гипотетическом применении дисциплинарных санкций;

в) если кому-то не нравится правовая позиция судьи, высказанная в решении по конкретному делу, если она кажется непрофессиональной, ошибочной или даже курьезной, то любые претензии к судье такого рода могут обсуждаться лишь в процессуальном порядке, то есть в ходе рассмотрения вышестоящими судами решения судьи в рамках инстанционного движения дела. Любые иные способы преодоления судебных ошибок и гипотетического судейского непрофессионализма категорически недопустимы.

В такой ситуации адекватная процессуальная система, подчиненная строгой инстанционной логике, также становится важнейшим средством обеспечения независимости судей, поскольку позволяет исправлять судебные ошибки юридически корректными методами, не ставящими под сомнение индивидуальную независимость судьи. Иначе говоря, судебное решение, будучи плодом творческих индивидуальных усилий независимого судьи, не испытывающего «страха» при его вынесении, может стать объектом столь же творческого процессуального контроля со стороны вышестоящих инстанций, что и обеспечивает, с одной стороны, независимость судьи, а с другой стороны – процессуальную подконтрольность его решений.

И здесь необходимо констатировать, что инстанционная логика большинства постсоветских процессуальных систем далеко не идеальна, поскольку подверглась существенным историческим деформациям.

II. Необходимость обеспечения инстанционной процессуальной логики

Здесь следует вспомнить о классической инстанционной логике западноевропейского типа, уходящей корнями в наполеоновскую французскую кодификацию начала XIX века и непреложной для континентальной процессуальной системы до сих пор, которая существовала в Российской империи после Судебной реформы 1864 г., но была утрачена в советский период. Если не вдаваться в детали, то кардинальная деформация инстанционной системы началась с принятием Декретов СНК «О суде» от 24 ноября 1917 и ВЦИК «О суде» № 2 от 7 марта 1918, согласно которым «обжалование в апелляционном порядке отменяется и допускается только кассация решений».³

Это в свою очередь привело через несколько лет к неизбежному видоизменению кассации, превратившейся в квази-апелляцию, где обсуждаются не только правовые дефекты судебных решений, но и адекватность установления фактических обстоятельств дела (так называемая «обоснованность решений»), причем без необходимого в таких

³ См.: ст. 4 Декрета о суде № 2 (Судебная власть в России. История. Документы. Том V. Советское государство / отв. ред. тома Р. С. Мулукаев, А. Я. Малыгин. М. Мысль. 2003. С. 56).

случаях судебно-следственного инструментария – исключительно по письменным материалам дела. Советская теория за долгие годы утратила к тому же понимание принципиальной разницы между двумя фундаментальными процессуальными понятиями: *окончательным судебным решением и вступившим в законную силу судебным решением*, что сказывается до сих пор в ходе постсоветских судебных реформ. Прочитав где-то в дореволюционных или иностранных источниках, что после апелляции решение становится «окончательным», постсоветские правоведа нередко отождествляют данную конструкцию с вступлением решения в законную силу.

Поэтому надо, видимо, напомнить несколько хрестоматийных тезисов, которые и позволяют говорить об искомой «классической» европейской модели. Стороны, в том числе в уголовном процессе, имеют право на «две инстанции» рассмотрения дела или, что одно и то же, на повторное рассмотрение их спора вышестоящим судом, то есть имеют *право на апелляцию*.

Сегодня это право гарантировано на международно-правовом уровне (достаточно упомянуть Протокол № 7 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод), хотя на национальном уровне оно гарантировалось еще в XIX столетии, в том числе в пореформенной России, усвоившей классические континентальные институты. После рассмотрения дела в двух инстанциях (первой и апелляционной), одной из которых является суд достаточно высокого (апелляционного) уровня, приговор⁴ становится **окончательным** с точки зрения установления фактических обстоятельств дела.

Двух инстанций достаточно, чтобы более не спорить «наносил удар или не наносил», «проникал в помещение или не проникал», «имел намерение или не имел намерения» и т. Д. Более споры по фактическим обстоятельствам не допускаются. Именно поэтому судебное следствие и существует только в первой и апелляционной инстанциях. Но после того, как приговор стал окончательным с точки зрения установления фактических обстоятельств дела, он еще **не вступает в законную силу**, поскольку у сторон, есть право обратиться в высший судебный орган страны с претензиями на неправильное применение судами первой и апелляционной инстанции материально-правовых или процессуальных норм, превышение ими компетенции, незаконный состав вынесшего решение суда, то есть у них возникает *право на кассацию*. На реализацию данного права также отводится несколько суток (как правило, десять), после истечения которых либо приговор вступает наконец в законную силу, либо в высший судебный орган страны поступает кассационная жалоба, на которую необходимо дать мотивированный ответ.

Если «правовая проблема» мнимая, то жалоба отклоняется, как правило, без специального рассмотрения, но с развернутой мотивировкой. Если же поставленная в жалобе проблема серьезна, то высший судебный орган рассматривает ее по существу, не проводя никакого судебного следствия. В такой ситуации кассационное рассмотрение и представляет собой хорошо нам знакомый обмен правовыми аргументами, то есть краткую концентрированную дискуссию по важной проблеме толкования права. По итогам рассмотрения высший суд либо отклоняет жалобу, либо удовлетворяет ее. В последнем случае, не обладая знаниями о фактических обстоятельствах дела (он же не апелляционная инстанция), кассационный (высший) суд может лишь отменить решение, то есть «сломать» его (отсюда и термин «кассация» от французского глагола *casser*, то есть «разбивать», «ломать»), и направить дело на новое рассмотрение в суд первой или апелляционной инстанции, обладающий уже судебно-следственным инструментарием, необходимым для установления фактических обстоятельств дела.

С помощью данной классической системы решаются несколько серьезных проблем, которые на постсоветском пространстве исторически являются процессуальным «камнем преткновения». Укажем, как минимум, на две проблемы. *Во-первых*, в силу принципа *единства кассационной инстанции* кассационными полномочиями может быть наделен лишь один судебный орган, находящийся на вершине судебной пирамиды. Иными словами, кассационными полномочиями обладает лишь высший судебный орган страны.

⁴ Мы здесь для краткости будем говорить только о приговоре по уголовным делам, хотя все сказанное касается и итоговых (или подлежащих инстанционному обжалованию) решений в других видах судопроизводства.

Во Франции он так и называется – Кассационный суд, хотя дело не в названии – российский Правительствующий Сенат был в свое время также единой кассационной инстанцией для всей Империи. Важно другое: с помощью института кассации высший суд не только исправляет судебные ошибки, но и обеспечивает *единство судебной практики*. Именно поэтому в Европе нет никаких «Постановлений Пленума». К слову, сама идея «постановлений пленума» имеет в той же Франции совсем иной смысл. Если коллеги (допустим, гражданская и уголовная) Кассационного суда начинают расходиться в толковании тех или иных норм, так рискует привести к противоречивым позициям единого Кассационного суда, то им необходимо собраться на совместное (пленарное) заседание и сообща рассмотреть соответствующую конкретную кассационную жалобу, чтобы выработать единую позицию, которая затем станет их общей позицией и ориентиром для судебной практики как по гражданским, так и по уголовным делам.

Во-вторых, при классической инстанционной системе значительно уменьшается роль почти легендарного для постсоветских государств протокола судебного заседания в первой инстанции, вокруг которого «сломяком столько копий». При нормальной инстанционной системе апелляционному суду вовсе не нужен протокол, так как он вправе самостоятельно заслушать любого необходимого ему свидетеля или иного участника процесса. Отсюда право на апелляцию никак не обусловлено сроками изготовления протокола. Зачем? Пишите жалобу о необоснованности приговора, вызывайте свидетеля в апелляционный суд, задавайте ему вопросы непосредственно в апелляционном заседании и т. д. Что касается кассационной инстанции, то, как уже отмечалось, ее вовсе не интересуют фактические обстоятельства дела. Ей-то протокол зачем? Вполне достаточно мотивированного судебного решения. Единственная ситуация, когда высший судебный орган страны может заинтересоваться протоколом судебного заседания – это ссылка в кассационной жалобе на существенные нарушения процессуального закона, допущенные в первой или апелляционной инстанциях. Но это достаточно частный случай. Даже если он иногда возникает, то при любых обстоятельствах при правильном построении апелляции и кассации роль пресловутого «протокола» уменьшается в разы.

Ясно также, что при классической трехинстанционной системе (первая инстанция – апелляция – кассация) не остается места легендарному советскому-постсоветскому надзору, который появился в свое время после исчезновения апелляции, «сползания» кассации на уровень второй инстанции и образования «бреши» на месте старой дореволюционной кассации западноевропейского типа.

В этом смысле тревожит, что нынешние постсоветские реформаторы никак не могут уяснить инстанционную логику и пытаются соединить несоединимое, сконструировав четырехзвенную систему, где поверх первой инстанции «нагромождаются» и апелляция, и кассация, и надзор. Более того, они по-прежнему смешивают «окончательное решения» и его вступление в законную силу, в результате чего приговор при его инстанционном обжаловании вступает в законную силу не на уровне высшего суда страны, а на апелляционном уровне. Такую ошибку уже допустили российские реформаторы, приняв Закон о реформе судебных инстанций, который по гражданским делам вступает в силу с 1 января 2012 года, а по уголовным – с 1 января 2013 года. Теперь ее собираются повторить в Казахстане, судя по первым вариантам Концепции нового УПК РК.

Вопрос, конечно, не в наименовании. Если нет желания отказываться по историческим причинам от понятия «надзор», то в этом нет ничего страшного. Вершина инстанционной пирамиды может называться не «кассацией» (как во Франции или дореволюционной России), а «надзором». В Германии, например, также нет термина «кассация», вместо которого существует национальный терминологический вариант – «ревизия» - являющийся по сути той же кассацией.

Важно другое: инстанционная схема должна быть трехинстанционной (первая инстанция – апелляция – кассация или первая инстанция – апелляция – надзор) и создавать условия, при которых в случае обжалования по правовым основаниям высший суд страны получает возможность отменять решения, содержащие серьезные правовые ошибки, до их вступления в законную силу. Именно в этом, а не в абстрактных «инструкциях» для нижестоящих судов, проявляется фундаментальная роль высшего суда для национальной правовой системы, позволяющая ему сохранять единство

судебной практики и следить за качеством судебных решений с помощью процессуальных методов, а не через внепроцессуальное давление на рядовых судей.

При этом кассационная (надзорная) инстанция должна быть *едина* для всей страны и сосредоточена на уровне Верховного суда, а приговор должен вступать в законную силу не после его рассмотрения в апелляционном порядке (в этот момент он становится окончательным лишь с точки зрения установления фактических обстоятельств дела), а после рассмотрения кассационной (надзорной) жалобы Верховным судом по существу или мотивированного отказа Верховного суда (в лице одного или нескольких судей) в ее рассмотрении в виду незначительности допущенной правовой ошибки для правовой системы страны.

Нормализация инстанционной логики и возвращение ее в классическое русло, где особую процессуальную роль выполняет Верховный суд, «кассирующий» процессуальным способом судебные решения, содержащие серьезные правовые ошибки, то есть «разбивающий» (уничтожающий) их, видятся важнейшим условием не только преодоления советских процессуальных деформаций, но и обеспечения индивидуальной независимости судей. Никаких других профессиональных оценок судебных решений быть не должно – для этого достаточно нормальной инстанционной процессуальной системы во главе с единой «кассационной» инстанцией – Верховным судом.

Ноябрь, 2011 г.

ГОЛОВКО Л. В.,
*профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
МГУ им. М. В. Ломоносова,
д.ю.н.*

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ АПЕЛЛЯЦИОННОГО, КАССАЦИОННОГО И НАДЗОРНОГО ПРОИЗВОДСТВА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН С УЧЕТОМ ПОВЫШЕНИЯ УРОВНЯ ДОСТУПНОСТИ ПРАВОСУДИЯ И ДОВЕРИЯ К НЕМУ¹

Вопросы, поставленные в связи с разработкой в Республике Казахстан проекта Концепции Уголовно-процессуального кодекса РК, а также проекта Закона РК о внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного порядка рассмотрения дел, повышения уровня доверия и обеспечения доступности к правосудию, позволяют сделать вывод о необходимости системного анализа путей оптимизации казахстанской судебной-инстанционной системы, до сих пор испытывающей негативное влияние советско-постсоветских институциональных деформаций. Ответить на эти вопросы изолированно вряд ли представляется возможным, особенно на те вопросы, где идет речь о системе судебных инстанций, обязательной инстанционности прохождения дел, компетенции (подсудности) Верховного суда РК, процессуальной нагрузке на него, сроке кассационного обжалования апелляционных решений, начале исчисления данного срока и даже упрощении процесса и обеспечении доступности к правосудию, по крайней мере, при пересмотре судебных решений в вышестоящих инстанциях. Поэтому здесь мы будем рассматривать их в комплексе. Несколько особняком стоит только вопрос об обязательном опубликовании судебных актов на интернет-ресурсах судов РК, который не имеет процессуального характера и который надо обсуждать отдельно - вне связи с построением судебной-инстанционной системы.

Оптимизация судебной-инстанционной системы и классическая судебной-инстанционная модель

Обязательное прохождение дел во всех судебных инстанциях не только не нарушает и не может нарушать права физических и юридических лиц, но напротив – призвано обеспечивать их право на справедливый суд и на доступность правосудия. Каждая судебная инстанция создается не в абстрактных или бюрократических целях, а для решения соответствующих функциональных задач, что, с одной стороны, позволяет тяжущимся реализовать свое процессуальное право на исправление судебных ошибок (фактических и юридических), а с другой стороны – обеспечивает контроль за правильным и единообразным применением судами правовых норм, в чем заинтересованы уже не только конкретные участники процесса, но общество в целом. Иначе говоря, каждая судебная инстанция должна иметь свою собственную автономную функциональную логику, которой обладает только она и не обладают другие судебные инстанции. В противном случае наличие той или иной судебной инстанции просто-напросто теряет смысл и (или) представляет собой ненужное нагромождение

¹ Настоящая аналитическая записка подготовлена для Центра исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в ней, могут не отражать официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

бюрократических судебных механизмов, что собственно и произошло в советский и постсоветский периоды.

Восстановление функциональной логики судебно-инстанционной системы на постсоветском пространстве требует четкого уяснения классической континентальной схемы судебных инстанций, которая была сконструирована, главным образом, во Франции в начале XIX века и до сих пор продолжает оставаться «европейским стандартом», *mutatis mutandis* присущим всем развитым европейским континентальным право порядкам. Ничего более совершенного на «уровне схемы» мировая процессуальная мысль предложить пока не смогла, что, конечно, отнюдь не исключает перманентную оптимизацию данной схемы на «уровне деталей».

Итак, напомним, саму схему. Стороны имеют право на «две инстанции» рассмотрения дела или, что одно и то же, на повторное рассмотрение их спора вышестоящим судом, подразумевающее повторное проведение судебного следствия, то есть имеют *право на апелляцию*. Для осужденных по уголовным делам это право является сегодня *фундаментальным*, будучи гарантировано ч. 5 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах². Для участников уголовного процесса со стороны обвинения и участников гражданского процесса данное «право на вторую инстанцию» фундаментальным не является, но, как правило, гарантировано на национальном законодательном уровне, обеспечивая защиту их процессуальных интересов. После рассмотрения дела в двух инстанциях (первой и апелляционной), одной из которых является суд достаточно высокого (апелляционного) уровня, приговор или иное соответствующее судебное решение становится *окончательным* с точки зрения установления фактических обстоятельств дела.³ Двух инстанций достаточно, чтобы более не спорить «бил или не бил», «проникал или не проникал», «имел намерение или не имел намерения» и т. д. Более споры по фактическим обстоятельствам (на постсоветском пространстве сейчас бесконечные) не допускаются. Именно поэтому судебное следствие и существует только в первой и апелляционной инстанциях. Но после того, как приговор стал окончательным с точки зрения установления фактических обстоятельств дела, он еще *не вступает в законную силу*, поскольку у сторон, есть право обратиться в высший судебный орган страны с претензиями на неправильное применение судами первой и апелляционной инстанции материально-правовых или процессуальных норм, превышение ими компетенции, незаконный состав вынесшего решение суда, то есть у них возникает *право на кассацию*. На реализацию данного права также отводится несколько суток⁴, после истечения которых либо приговор вступает, наконец в законную силу, либо в высший судебный орган страны поступает кассационная жалоба, на которую необходимо дать мотивированный ответ. Если «правовая проблема» мнимая или жалоба не соответствует требованиям закона, то последняя отклоняется как «недопустимая»⁵, как правило, без специального рассмотрения, но с развернутой мотивировкой. Если же поставленная в жалобе проблема серьезна, то высший судебный орган рассматривает ее по существу, не проводя никакого судебного следствия. В такой ситуации кассационное рассмотрение и представляет собой хорошо знакомый всем советско-постсоветским юристам обмен правовыми аргументами, то есть краткую концентрированную дискуссию по важной проблеме толкования права. По итогам рассмотрения высший суд либо отклоняет жалобу, либо удовлетворяет ее. В последнем случае, не обладая знаниями о фактических обстоятельствах дела (он же не апелляционная инстанция), кассационный (высший) суд может лишь отменить решение, то есть «сломать» его (отсюда и термин «кассация» от французского глагола *casser*, то есть «разбивать», «ломать»), и направить дело на новое рассмотрение в суд первой или

² См. также ст. 2 Протокола № 7 к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В тексте Конвенции, размещенном на сайте Европейского суда по правам человека, данная статья так и озаглавлена: «*Право на апелляцию по уголовным делам*» (<http://www.echr.ru/documents/doc/2440805/2440805.htm>).

³ См., например: *Pradel J. Procédure pénale*. 15 éd. Paris. Cujas. 2010. P. 793.

⁴ См., например, ст. 568 УПК Франции: по общему правилу, срок для подачи кассационной жалобы составляет здесь 5 суток, хотя при некоторых обстоятельствах он может достигать 10 суток.

⁵ См., например, ст. 605 УПК Франции.

апелляционной инстанции, обладающий уже судебно-следственным инструментарием, необходимым для установления фактических обстоятельств дела.

С помощью данной классической системы решаются несколько серьезных проблем, которые на постсоветском пространстве исторически являются процессуальным «камнем преткновения». *Во-первых*, в силу принципа *единства кассационной инстанции* кассационными полномочиями может быть наделен лишь один судебный орган, находящийся на вершине судебной пирамиды. Иными словами, кассационными полномочиями обладает лишь высший судебный орган страны. Во Франции, Бельгии или Италии он так и называется – Кассационный суд, хотя дело не в названии – российский Правительствующий Сенат был в свое время также единой кассационной инстанцией для всей Империи, как впрочем и нынешний германский федеральный Верховный суд⁶. Важно другое: с помощью института кассации высший суд не только исправляет судебные ошибки, но и обеспечивает *единство судебной практики*. Именно поэтому в Европе нет никаких «Постановлений Пленума». Зачем нужны некие абстрактные инструкции, нередко, скажем откровенно, «высосанные из пальца», если высший суд страны способен реагировать на серьезные правовые проблемы через свое монопольное право на рассмотрение кассационных жалоб? Какой смысл судам первой или апелляционной инстанции не реагировать на кассационные решения высшего суда, если их решения при «непослушании» будут все равно им «разбиты» и «сломаны» в кассационном порядке? К слову, сама идея «постановлений пленума» имеет в той же Франции совсем иной смысл. Если коллеги (допустим, гражданская и уголовная) Кассационного суда начинают расходиться в толковании тех или иных норм, что рискует привести к противоречивым позициям единого Кассационного суда, то им необходимо собраться на совместное (пленарное) заседание и сообща рассмотреть соответствующую конкретную кассационную жалобу, чтобы выработать единую позицию, которая затем станет их общей позицией и ориентиром для судебной практики как по гражданским, так и по уголовным делам.

Во-вторых, при классической инстанционной системе значительно уменьшается роль почти легендарного на постсоветском пространстве протокола судебного заседания в первой инстанции, вокруг которого «сломано столько копий». Все предложения по оптимизации изготовления протокола, которыми нередко изобилуют казахстанские или российские статьи, диссертации и монографии, лишь отражают постсоветские деформации советского происхождения, когда вышестоящий суд оценивает «обоснованность приговора» по письменным материалам дела. При нормальной инстанционной системе апелляционному суду вовсе не нужен протокол, так как он вправе самостоятельно заслушать любого необходимого ему свидетеля или иного участника процесса. Отсюда право на апелляцию никак не обусловлено сроками изготовления протокола. Зачем? Пишите жалобу о необоснованности приговора, вызывайте свидетеля в апелляционный суд, задавайте ему вопросы непосредственно в апелляционном заседании и т. д. Что касается кассационной инстанции, то, как уже отмечалось, ее вовсе не интересуют фактические обстоятельства дела. Ей-то протокол зачем? Вполне достаточно мотивированного судебного решения. Единственная ситуация, когда высший судебный орган страны может заинтересоваться протоколом судебного заседания – это ссылка в кассационной жалобе на существенные нарушения процессуального закона, допущенные в первой или апелляционной инстанции. Но это достаточно частный случай. Даже если он иногда возникает, то при любых обстоятельствах при правильном построении апелляции и кассации роль пресловутого «протокола» уменьшается в несколько раз. Стоит ли говорить о том, что в ответ на постсоветскую процессуальную озабоченность «проблемой протокола» западные коллеги лишь с недоумением пожмут плечами?

В-третьих, принцип единства кассационной инстанции и наличие права на кассационную жалобу до вступления приговора в законную силу приводят к тому, что в «нормальных» процессуальных системах нельзя обратиться в международные наднациональные судебные или квазисудебные органы, допустим, в Комитет по правам человека ООН, минуя высший судебный орган страны. В то же время в постсоветских

⁶ В Германии кассация исторически именуется «ревизией», что не меняет сути дела.

правовых системах это происходит достаточно часто, что связано с очевидными пороками институционального строительства и не имеет никакого отношения к «злой воле» международных инстанций. Если та или иная процессуальная система провозглашает, что судебные решения вступают в законную силу сразу после апелляции и отвергает тем самым «обязательную инстанционность прохождения дел» через всю судебную пирамиду, то любые способы пересмотра дела высшими инстанциями страны перестают рассматривать на международно-правовом уровне в качестве *эффективных*. В такой ситуации в международно-правовые судебные органы можно обращаться сразу после прохождения дела, допустим, в областном звене, в силу чего Верховный суд перестает быть естественным «фильтром», отделяющим национальный уровень от международного. Еще раз повторим: в классических системах после апелляции лицу до вступления приговора в законную силу дается право на кассацию, то есть право обратиться в единую кассационную инстанцию – высший национальный судебный орган. Если последний отказывается исправить судебную ошибку, то тогда только и открывается дорога из Парижа, Брюсселя или Карлсруэ (высший национальный уровень) в Женеву или Страсбург (международный уровень). Иначе говоря, при таком подходе международные инстанции принимают дело к производству только после того, как лицо использовало свое право на обращение в высший национальный судебный орган соответствующей страны. Но на постсоветском пространстве эту классическую процессуальную логику категорически не хотят понимать, чем волей-неволей маргинализируют собственные Верховные суды.

Советские и постсоветские деформации классической судебно-инстанционной модели

В период с 1864 по 1917 гг. Российская империя в результате Судебной реформы Александра II смогла, как известно, создать на своей территории или по крайней мере на большей ее части классическую судебно-инстанционную модель с первой инстанцией (окружные суды), апелляционной инстанцией (судебные палаты) и единственной на всю страну кассационной инстанцией (Правительствующий Сенат в Санкт-Петербурге). Данная модель не только оказалась вполне эффективной, но и предопределила появление и сохранение на будущем советско-постсоветском пространстве таких понятий как «апелляция» и «кассация». В этом смысле при современной нормализации судебно-инстанционной системы любые ссылки на «менталитет», «исторический опыт» или «территорию» как на некие объективные препятствия на пути к построению в постсоветских странах классической инстанционной модели не только контрпродуктивны, но и просто-напросто некорректны, поскольку исторический опыт доказывает как раз обратное – принципиальную возможность существования здесь данной модели и ее благотворное влияние на правовое развитие.

Слом классической судебно-инстанционной системы на территории бывшей Российской империи произошел в первые дни советской власти в результате чрезвычайных событий, от последствий которых большинство постсоветских стран не может избавиться до сих пор. Речь идет о принятии Декретов СНК «О суде» от 24 ноября 1917 г. и ВЦИК «О суде» № 2 от 7 марта 1918 г. Эти акты провозгласили, что «обжалование в апелляционном порядке отменяется и допускается только кассация решений».⁷ В результате был утрачен не только институт апелляции, но и воплощенная в нем идея «права на две полноценных инстанции рассмотрения дела» с двумя судебными следствиями, повторным доказыванием в апелляционной инстанции и т. д. При этом сами большевики прекрасно отдавали себе отчет в том, что кассация не является второй инстанцией, в силу чего возможность «просьбы о кассации» не дезавуирует фундаментального постулата, согласно которому «приговоры и решения местных судов

⁷ См.: ст. 4 Декрета о суде № 2 (Судебная власть в России. История. Документы. Том V. Советское государство / отв. ред. тома Р. С. Мулукаев, А. Я. Малыгин. М. Мысль. 2003. С. 56).

окончательны и обжалованию не подлежат (курсив наш – Л. Г.)».⁸ Иначе говоря, речь шла по сути об одноинстанционной процессуальной логике, которую можно было объяснить разве что особыми историческими условиями периода Гражданской войны и военного коммунизма.

Впрочем, само советское право не могло долго терпеть большевистской жесткости, в силу чего, как известно, до неузнаваемости видоизменило кассацию, превратив ее в квази-апелляцию (вторую инстанцию), где обсуждаются не только правовые дефекты судебных решений, но и адекватность установления фактических обстоятельств дела (так называемая «обоснованность решений»). В результате, возникла так называемая «советская кассация», прекрасно знакомая всем постсоветским юристам в качестве хрестоматийной «второй инстанции». Само по себе превращение кассации в апелляцию драмой не является, вызывая возражения лишь с точки зрения терминологической чистоты, что в общем-то второстепенно. Странники советской модели, как правило, и исходят из того, что такой тип кассации не только привычен, но и вполне обеспечивает двухинстанционное развитие процесса. Но так ли это? Проблема в том, что «советская кассация», оторвавшись от классической кассации, так и не превратилась в классическую апелляцию, «зависнув» где-то на пол-пути между ними. С одной стороны, советская кассация допускала обжалование судебных решений не только по правовым, но и по любым другим, в том числе фактическим, основаниям, не говоря уже о том, что ни о каком принципе «единства кассационной инстанции» речь более не шла (кассационными инстанциями стали все суды областного звена, Верховные суды и т. д.). С другой стороны, от классической кассации в советской кассации осталось отсутствие судебного следствия, доказывания и т. д., то есть процедура рассмотрения дела отнюдь не являлась его *повторным* рассмотрением по правилам первой инстанции. Здесь-то и кроется основное противоречие. Как можно оценивать фактические обстоятельства дела, не имея в руках судебно-следственного инструментария? Полный процессуальный *non sens*. В результате, советская система получила, по сути, письменный судебный процесс во главе с его величеством «протоколом судебного заседания», пародируя на вторую инстанцию, где в течение отведенного подчас кассационная инстанция оценивает обоснованность судебного решения, нередко принятого по итогам многомесячного судебного следствия, и прочие хорошо знакомые практикам «прелести» советско-постсоветской модели.

Но со «сползанием» кассации вниз – на уровень второй инстанции, освободившийся после исчезновения классической апелляции, институциональная пустота образовалась уже наверху судебно-инстанционной системы. Эту пустоту также следовало заполнить, что и было сделано путем создания специфически советского механизма пересмотра судебных решений – так называемого «надзора». При этом специфика проявилась в том, что надзор не стал советским вариантом классической кассации, поскольку создавался исходя не из процессуальной, а из сугубо бюрократической логики, когда каждый вышестоящий суд должен был осуществлять «надзор» за деятельностью нижестоящих судов, причем нередко – помимо воли сторон.

Здесь возникла еще одна, пока так и не преодоленная, *проблема*: наделение вышестоящего суда правом оценивать обоснованность судебных решений при отсутствии права на проведение повторного судебного следствия (советская кассация) и обязанность каждого вышестоящего суда «надзирать» за деятельностью нижестоящих судов во всем ее объеме (советский надзор) полностью разорвали процессуальную логику, сообразно с которой судебно-следственный инструментарий есть неотъемлимый атрибут любой судебной оценки фактических обстоятельств дела, и деформировало теорию дифференциации оснований обжалования судебных решений. Каждая очередная судебная инстанция оказалась вправе оценивать «законность, обоснованность и справедливость» приговора, независимо от того, идет ли речь об апелляции, кассации или надзоре. В результате вопросы фактических обстоятельств дела стали обсуждаться не в «двух судебных инстанциях», а в едва ли не бесконечном количестве кассационных и надзорных инстанций, не обладающих к тому же никакими полномочиями по

⁸ П. 2 Декрета о суде № 1 (Сборник материалов по истории социалистического уголовного законодательства (1917 – 1937). М. НКЮ СССР. 1938. С. 26).

непосредственному исследованию доказательств. В итоге, советская модель, унаследованная постсоветскими государствами, снова привела всех нас к трясине «дореформенного российского уголовного процесса» образца первой половины XIX века с его бесконечным количеством судебных инстанций и звеньев, растеряв в этом смысле почти все инстанционные достижения Судебной реформы 1864 г.

Что изменилось в постсоветскую эпоху? Предприняли ли постсоветские государства попытку оптимизировать свои судебно-инстанционные системы и хотя бы отчасти приблизиться к ранее утраченному классическим образцам? Да, определенные усилия в этом направлении нельзя не заметить, но эти усилия, во-первых, сопровождаются очень большим числом институциональных теоретических ошибок, связанных с исчезновением почти за столетие так называемой «институциональной памяти», а во-вторых – характеризуются стремлением к неоправданному компромиссам⁹, приводящим к элементарной процессуальной эклектике, если не сказать – хаосу.

Основные усилия по судебно-инстанционной нормализации до настоящего времени направлены в постсоветских государствах на воссоздание классической «второй инстанции» в виде апелляции (включая реставрацию утерянного в советский период термина). Но при этом появление в России, Казахстане, Украине и др. апелляции, которую *mutatis mutandis* можно считать классической, не сопровождалось общей нормализацией судебно-инстанционной системы – новую апелляцию как будто попытались «втиснуть» в старые советские институциональные рамки, отчего система стала еще более громоздкой, эклектичной и неуклюжей. Так, в России новый УПК РФ, вступивший силу с 1 июля 2002 г., предусмотрел классическую апелляцию только по делам, подсудным мировым судьям, сохранив фактически в неизменном виде советскую кассацию и лишь немного модифицировав советский надзор¹⁰. В результате, по самым несложным делам, рассматриваемым мировыми судьями, сложилась четырехзвенная модель (первая инстанция, апелляция, кассация и надзор), а по остальным делам функции второй инстанции по-прежнему выполняет советская кассация, не знающая полноценного судебного следствия, после которой следует советский надзор, имеющий мало общего с классической кассацией континентального типа. В Казахстане апелляция оказалась восстановлена по большей части уголовных дел, но предстала в виде странного смешения советской кассации (институт «дополнительных материалов») с классической апелляцией (возможность проведения повторного судебного следствия)¹¹, то есть ее все-таки сложно назвать полноценной реализацией *права* сторон на повторное рассмотрение их дел по второй инстанции. Кроме того, появление апелляции здесь также не привело к должной трансформации кассации и окончательному решению судьбы легендарного «надзора», как того, казалось бы, требовала процессуальная логика. Они продолжали дублировать друг друга в виде странного четырехзвенного наслоения элементов классической апелляции и советских конструкций, создававшихся именно по причине отказа от апелляции, хотя совершенно очевидно, что восстановление апелляции не оставляет им больше места в процессуальной системе, по крайней мере, того места, которое они занимали ранее. Даже в Украине, где законодатель, вняв требованиям европейских рекомендаций, восстановил подобие классической апелляции по всем делам и одновременно отказался от советского «надзора» инстанционная система каким-то немислимым образом осталась... четырехзвенной – в виде первой инстанции, апелляции и **двух** (sic) кассаций, одна из которых имеет место на уровне так называемых высших специализированных судов, стоящих над апелляционными судами,

⁹ Впрочем, мы не можем исключать, что «оправдание» этим компромиссам лежит во вполне рациональной плоскости – стремлении сохранить бюрократический судебный надзор советского типа и нежелании обеспечить подлинную независимость судей, которая возможна лишь при наличии «процессуальной составляющей», то есть адекватной процессуальной системы, обладающей безупречной функциональной логикой.

¹⁰ Отказ от института «протеста в порядке надзора», приносимого высшими должностными лицами суда и прокуратуры, и процессуализация так называемых «надзорных жалоб» сторон, является, конечно, важным шагом. Но в остальной советская система осталась в неизменном виде с ее множественностью надзорных инстанций, возможностью пересмотра уголовных дел в надзорном порядке по *любым* (в том числе фактическим) основаниям и т. д.

¹¹ См., например, ст. 409 УПК Казахстана.

а другая – на уровне Верховного суда Украины. Проблема не только разграничения компетенции между двумя кассационными инстанциями, но самого смысла их существования так, видимо, и осталась загадкой для украинских специалистов, которые почти сразу после проведения реформы вновь заговорили о возвращении Верховному суду... надзорной функции¹², казалось бы, навеки отвергнутой в качестве «советского наследия». Но на фоне двух кассаций сохранение «надзора», действительно, является верхом процессуальной логики. В целом, решение в постсоветских странах важнейшей задачи построения современной судебно-инстанционной системы оказалось сопряжено с массой грубых институциональных ошибок, в конечном итоге не позволивших эту задачу решить.

Но еще более тревожит то, что вместо преодоления институциональных ошибок постсоветский законодатель только усугубляет их, реализуя или предполагая реализовать очередные неадекватные шаги. Речь по себе это, конечно, правильное решение российской судебно-инстанционной системы, связанной с принятием Закона о внесении изменений в ГПК РФ и УПК РФ, которая в части гражданского судопроизводства вступила в силу с 1 января 2012 г., а в части уголовного судопроизводства вступит в силу с 1 января 2013 г., а также о соответствующих положениях проекта Концепции нового УПК Казахстана.

Навеянная российская реформа, с одной стороны, направлена на восстановление классической апелляции по всем без исключения уголовным делам, а не только делам, подсудным мировым судьям (как сейчас). Само по себе это, конечно, правильное решение, которое должно наконец-таки обеспечить реализацию «принципа двух инстанций», то есть права сторон на повторный пересмотр дела с проведением повторного судебного следствия по второй инстанции. Но при более пристальном анализе нового российского закона выясняется, что законодатель опирался отнюдь не на классическую апелляцию, предполагающую обязательное появление специального (апелляционного) звена судебной системы, а взял за основу все ту же советскую кассацию, переименовал ее, снабдил элементами судебного следствия и... счел судебно-инстанционную модернизацию завершённой. С кассацией и надзором он поступил еще проще: две из нынешних надзорных инстанции (президиумы судов уровня областного звена и судебные коллегии Верховного суда РФ) переименовал в кассационные инстанции, а одну из надзорных инстанций (Президиум Верховного суда РФ) трогать не стал, сохранив тем самым привычный ему «надзор» не только *de facto*, но и *de jure*. В результате инстанционная система, которой по уголовным делам предстоит начать действовать в России с 1 января 2013 года, не только не улучшилась, но скорее... ухудшилась, о чем говорят многие российские специалисты.

С одной стороны, она сохранила почти все свои нынешние пороки, от которых нельзя избавиться простым переименованием, «перекрасив» кассационную инстанцию в апелляционную, а две надзорные – в кассационную. С другой стороны, возникли новые проблемы, которые не были известны даже советскому праву. Как Верховный суд РФ, чья кассационная коллегия становится теперь апелляционной, будет действовать в качестве апелляционной инстанции? Как он будет проводить судебное следствие, собирая участников процесса, включая свидетелей, со всей огромной по территории страны? Зачем нужен институт «дополнительных материалов», если у нас теперь имеет место полноценное доказывание во второй инстанции? Почему апелляционная инстанция сохранила право отменять приговор и направлять дело на рассмотрение в первую инстанцию, если она сама обладает должным судебно-следственным инструментарием? На эти вопросы ответить невозможно, по крайней мере, если исходить из теории классической апелляции и не предполагать, что законодатель прекрасно понимает нереальность проведения полноценного апелляционного рассмотрения дел в том же Верховном суде РФ и оставляет последнему процессуальные возможности для легального уклонения от проведения полноценного повторного судебного следствия.

Но наиболее грубая ошибка российской реформы заключается в переводе кассации в разряд способа пересмотра судебных решений, *вступивших в законную силу*.

¹² См., например: *всеев О. П., Бруслик О. Ю.* Новый закон про судоустрій: проблеми теорії й позитивної практики // Проблеми законності. Вип. 112. Харків. 2010. С. 37 и далее.

Законодатель вновь не понял разницы между **окончательными** судебными решениями с точки зрения установления фактических обстоятельств дела и **вступившими в законную силу** судебными решениями, не только не приблизив российскую судебно-инстанционную систему к классическим образцам, но напротив – еще больше отдалив её от них. Оценить практические последствия такого решения пока еще сложно, учитывая сроки введения нового Закона в действие, однако уже сейчас ясно, что если законодатель не успеет скорректировать данный подход, то в России исчезнут не только последние «обломки» классической кассации, но и надежды на быструю нормализацию судебно-инстанционной системы.¹³

Печально, что, судя по всему, казахстанский законодатель намеревается повторить российские институциональные ошибки. Так, согласно проекту Концепции нового УПК Казахстана предполагается выделение двух судебных инстанций: а) апелляционной - по пересмотру решений и приговоров, не вступивших в законную силу; б) кассационной - по пересмотру вступивших в законную силу судебных актов. При этом «состоявшиеся решения районных (городских) судов и апелляционные постановления могут быть обжалованы в кассационную инстанцию областного суда в течение шести месяцев со дня их вступления в законную силу», то есть со дня их оглашения. Сохранится и знаменитый «надзор» - на уровне Верховного суда РК. Все это крайне неудачные нововведения, которые отнюдь не приблизят казахстанскую судебно-инстанционную систему к лучшим мировым образцам. Ни четырехзвенная инстанционная система (первая инстанция, апелляция, кассация и надзор), ни вступление решения в законную силу немедленно после слушания дела в апелляционной инстанции, ни отнесение кассации к способам пересмотра вступивших в законную силу судебных решений **не соответствуют** теоретическим стандартам современных судебно-инстанционных систем советского типа. Поэтому прежде чем обсуждать разного рода детали и нюансы необходимо наконец-то прийти к иному *концептуальному* видению будущей казахстанской системы судебных инстанций, если, конечно, исходить из желания двигаться вперед, а не топтаться на месте.

Концептуальный эскиз судебно-инстанционной системы

Судебная система должна являться трехзвенной, что предполагает наличие 3 судоустройственных звеньев: а) судов первой инстанции (районных и др. судов); б) судов второй инстанции (областных и др. судов); в) Верховного суда РК.

Каждое звено судебной системы должно выступать в качестве только одной судебно-процессуальной инстанции – соединение в одном звене нескольких судебных инстанций не должно допускаться ни при каких условиях (даже в виде исключения).

Рассмотрение гражданских и уголовных дел по первой инстанции (включая рассмотрение дел с участием присяжных заседателей) должно быть сосредоточено в районных и др. судах.

Областные и др. суды становятся второй (апелляционной) инстанцией. Их задача сводится к реализации права на повторный пересмотр дела вышестоящим судом, в том числе с точки зрения ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. Речь идет о классическом институте апелляции, который предполагает право обращаться в вышестоящий суд по любым (правовым и фактическим) основаниям и требовать повторного слушания дела, что автоматически означает отмену приговора суда первой инстанции и новое рассмотрение дела апелляционным судом с проведением повторного судебного следствия. Данное право (право на апелляцию) может быть ограничено только в отдельных случаях по мелким гражданским спорам, например, когда сумма иска не превышает определенной незначительной денежной суммы (тогда достаточно одной инстанции), но ограничение в любом случае не может касаться уголовных дел, то есть дел о любых преступлениях, предусмотренных УК РК. Повторное следствие не

¹³ См. подробнее: *Головкин Л. В.* Новеллы УПК РФ: прогресс или институциональный хаос? // *Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / под общей ред. Н. А. Колоколова.* М. 2011. С. 42 – 57.

обязательно требует повторного исследования всех доказательств (здесь нет жесткого принципа непосредственности исследования доказательств), а лишь тех, на которые укажут стороны, или тех, в приобщении которых им отказал суд первой инстанции.¹⁴ В этом плане адекватное процессуальное регулирование института апелляции, сопряженное с тем, что соответствующее звено судебной системы осуществляет исключительно апелляционные полномочия, не будучи загружено никакими иными судебными функциями, не только позволяет обеспечить фундаментальное процессуальное право сторон на «вторую инстанцию», но и отнюдь не приводит к коллапсу судебной системы, чрезмерной перегруженности апелляционных судов и т. д.

После рассмотрения дела в апелляционном порядке (по второй инстанции) решение суда становится окончательным (с точки зрения установления фактических обстоятельств), но не вступает в законную силу. У сторон возникает право обратиться в определенный срок (5 дней, 10 дней, 14 дней и т. д.)¹⁵ в Верховный суд РК в порядке классической кассации¹⁶, то есть исключительно по правовым основаниям, круг которых установлен законом (неправильное применение материального права, существенное нарушение процессуального закона, превышение судом компетенции, незаконный состав суда и т. д.). После рассмотрения кассационной жалобы Верховным судом, если последний не отменяет решение по правовым основаниям и не направляет его на новое рассмотрение в первую или апелляционную инстанцию, оно становится не только окончательным, но и вступившим в законную силу, то есть приобретает свойства *res judicata*.

Терминологически классическая кассация может именоваться в Казахстане «кассацией» или по-прежнему «надзором», что не имеет существенного значения.¹⁷

¹⁴ Скажем, во Франции – стране классической континентальной апелляции - вопрос о круге свидетелей, подлежащих непосредственному допросу в суде апелляционной инстанции, решается посредством двух процессуальных аксиом: а) суд апелляционной инстанции всегда вправе заслушать новых свидетелей, если считает это необходимым, хотя если стороны не заявляли ходатайство об их вызове в первой инстанции, то обязанность заслушивать данных свидетелей у апелляционного суда нет, кроме одного случая – если речь идет о свидетелях обвинения, которые ни на одной предыдущей процессуальной стадии (независимо от причин) непосредственно не представляли перед защитой; б) апелляционный суд вправе отказать в вызове и допросе любого свидетеля, уже допрошенного судом первой инстанции, будучи при этом обязан объяснить соответствующей стороне, заявившей ходатайство о его вызове, мотивы такого отказа, то есть будучи обязан вынести мотивированное решение (см., например: *Guinchard S., Buisson J. Procédure pénale. Paris. Litec. 2000. P. 795*).

¹⁵ Момент, с которого исчисляется срок на кассационное обжалование, требует отдельного обсуждения. Если не вдаваться в детали, то, допустим, во Франции пятисуточный срок начинает исчисляться с момента *оглашения* апелляционного решения, если лицо участвовало в судебном заседании апелляционного суда (в противном случае – с момента вручения копии решения). Однако, надо учитывать, что в течение 5 суток заинтересованное лицо обязано лишь сделать заявление в секретариат апелляционного суда или начальнику места своего содержания под стражей о намерении подать кассационную жалобу. Что касается собственно мотивов обжалования, предполагающих обязательное указание на нарушенные правовые нормы, то они излагаются позже, так как требуют ознакомления с текстом соответствующих судебных решений и т. д. Это может произойти уже даже после поступления дела в Кассационный суд (см. ст. 590 УПК Франции и др.).

¹⁶ Ясно, что в силу принципа «одно звено – одна процессуальная инстанция» Верховный суд РК не должен обладать никакими иными судебными полномочиями. Он должен быть единственной в стране кассационной инстанцией, обеспечивающей путем рассмотрения кассационных жалоб единство судебной практики и процессуальный контроль за правильным применением судами первой и апелляционной инстанции правовых норм. Добавим также, что сама по себе обязанность Верховного суда рассматривать по первой инстанции наиболее резонансные уголовные и гражданские дела является исключительно советским наследием и в значительной мере отражает в судебной системе черты чрезвычайной юстиции. Предоставить себе Кассационный суд Франции или, допустим, Верховный суд США в качестве первой или ординарной апелляционной инстанции совершенно невозможно.

¹⁷ Мы уже отмечали, что, например, в Германии классическая кассация именуется «ревизией». Важно не наименование, которое может отдавать дань национальной терминологической традиции, а суть института и его процессуальная логика.

Важно, что она не предусматривает установление фактических обстоятельств дела (они уже установлены в двух судебных инстанциях – первой и апелляционной), то есть проведение какого-либо судебного следствия и исследование доказательств. В порядке кассации (или «надзора») Верховный суд РК лишь обсуждает с участием сторон (их представителей) правовые проблемы применения соответствующих норм права как с точки зрения интересов участников процесса, так и с точки зрения функционирования правовой системы в целом (правильное понимание правовых норм и т. д.). Если Верховный суд РК приходит к выводу, что имеют место правовые ошибки, то, будучи лишен возможности оценить фактические обстоятельства, он лишь «кассирует» приговор (от франц. *casser* – «разбить» или «сломать» решение) и направляет его на новое рассмотрение в суд первой или апелляционной инстанции.

Самостоятельно вносить в приговор изменения Верховный суд не вправе, за исключением случаев, когда изменения имеют сугубо технический характер (допустим, арифметический пересчет размера наказания) и не требуют знания материалов дела. При этом рассмотрение Верховным судом уголовного или гражданского дела и соответственно «кассация» решений должны иметь место только в двух случаях: а) если правовая ошибка существенно повлияла на судьбу или интересы сторон; б) если она существенно влияет на правоприменение в целом. Это позволяет Верховному суду сосредоточиться на действительно важных правовых проблемах, отказываясь «тратить время» на «крючкотворческие мелочи», разного рода псевдонарушения (совершенно несущественные) и т. д.

В такой ситуации гипотетические опасения того, что высший суд страны окажется перегружен кассационными жалобами, не сможет выполнять свои функции и т. д., представляются необоснованными. Понятно, что в современных правовых системах любое судебное звено сталкивается со всевозрастающей нагрузкой. Это аксиома, с ней приходится считаться, но она никак не связана с нормализацией судебно-инстанционной системы в классическом духе или с отказом от такой нормализации. Более того, если сравнить, допустим, европейскую кассацию, предполагающую рассмотрение единой кассационной инстанцией в лице высшего судебного органа страны жалоб на не вступившие в законную силу решения, с современным казахстанским пересмотром судебных решений в порядке надзора, то приходится признать, что французская кассация значительно рациональнее и процессуально экономнее. Она процедурно сравнима с рассмотрением казахстанскими судьями ходатайств о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов (ст. 463 УПК РК) с той лишь разницей, что французская кассационная инстанция в некоторых случаях состоит не из трех, а из пяти судей (что принципиально).

Передача дела на пленарное заседание Кассационного суда является во Франции много менее частым явлением, чем проведение в Казахстане судебного заседания надзорной инстанции. Если ныне казахстанский Верховный суд вполне справляется не только с предварительным рассмотрением надзорных ходатайств, но и с надзорным рассмотрением дел в случае возбуждения надзорного производства, то почему он перестанет вдруг справляться с классическими кассационными жалобами, если два нынешних надзорных этапа соединить воедино, что и имеет место в классической кассации?

При этом не следует забывать и то, что в классической кассации речь идет о пересмотре дел только по правовым основаниям, круг которых формализован менее подробно, нежели в ст. 459 УПК РК, но по сути оказывается значительно более узким, так как, допустим, «необоснованное вынесение оправдательного приговора» может быть в классических системах основанием лишь апелляционного, но не кассационного обжалования и т. д. Есть и иные техники, позволяющие тому же французскому Кассационному суду заниматься исключительно серьезными вопросами, например, техника «обоснованного наказания»: Кассационный суд Франции вправе отклонить кассационную жалобу и не направлять дело на новое рассмотрение в первой или апелляционной инстанции даже при обнаружении неправильного применения закона, если считает, что наказание в любом случае обоснованно и справедливо, то есть при

исправлении судебной ошибки (скажем, в случае ненадлежащей уголовно-правовой квалификации) мы в любом случае придем к аналогичной мере наказания.¹⁸

В целом, ясно, что классическая трехзвенная судебно-инстанционная система является более простой, компактной и функционально логичной, требуя от высшего суда страны только одного – независимого судебного творчества, направленного на оптимизацию судебной практики, правильное применение правовых норм и выработку мотивированных и юридически корректных правовых позиций в ходе рассмотрения кассационных жалоб. Ясно также, что для становления подлинной судебной власти необходимо, чтобы каждое решение Верховного суда, вынесенное в кассационно-надзорном порядке, обсуждалось в юридической науке, студенческих аудиториях, попадало в учебники по юридическим дисциплинам и т. д., не говоря уже о средствах массовой информации. Только при таких условиях высший судебный орган получает подлинный небюрократический судебный авторитет, позволяющий ему не утонуть в «рутине», как это часто происходит на постсоветском пространстве.

Обязательное опубликование судебных актов на интернет-ресурсах судов

Данная мера является, как известно, одной из традиционных рекомендаций, которые даются многими международными организациями в рамках программы мероприятий, направленных на оптимизацию деятельности судов и судебной власти в целом. В России она была реализована Законом «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г., вступившим в силу с 1 июля 2010 года. Логика здесь понятна, и связана она со своеобразной «перезагрузкой» традиционного принципа гласности судебного разбирательства, который в современном информационном обществе более не сводится только к физическому доступу в зал суда для широкой публики или журналистов, но продолжается и на уровне виртуального интернет-пространства.

В такой ситуации обсуждать позитивные и негативные моменты введения нормы об обязательном опубликовании в интернете всех судебных решений достаточно контрпродуктивно. С тем же успехом можно обсуждать позитивные и негативные моменты принципа гласности судебного разбирательства как такового, который с одной стороны создает для судов некоторые трудности технического порядка, но с другой стороны – совершенно необходим с точки зрения современных стандартов.

Вопрос скорее в другом – правильном понимании функционального значения меры по опубликованию всех судебных актов в интернете и избавлении от некоторых неоправданных иллюзий, которые были в частности характерны для российского общества в ожидании 1 июля 2010 г., когда соответствующий Закон вступал в силу. Речь идет о двух иллюзиях: 1) надежде, что теперь качество любого судебного решения будет поставлено под контроль гражданского общества; 2) мнению, что опубликование судебных решений в интернете даст толчок развитию доктрины судебного прецедента. Понятно, что ни того, ни другого не произошло и произойти не могло. Во-первых, гражданское общество при всем желании не способно не только «переварить», но даже бегло прочитать миллионы выносимых в стране судебных решений, поскольку маломажорский глубокий анализ всех или хотя бы значительной части таких решений в виртуальном пространстве физически ничуть не более реалистичен, чем посещение всех или хотя бы значительной части открытых судебных заседаний в пространстве реальном. Во-вторых, по тем же самым причинам размещение судебных актов в интернете никак не могло повлиять на развитие доктрины судебного прецедента – если с решениями физически невозможно даже ознакомиться, то как их можно обработать на предмет выделения в них правовых позиций, *stare desicis*, *obiter dictum* и прочих атрибутов судебного прецедента, являющихся результатом сложнейшей интеллектуальной деятельности?

В такой ситуации многие российские «адепты» опубликования судебных актов в интернете испытали немалое разочарование, не увидев за истекшие с момента введения

¹⁸ Pradel J. Procédure pénale. 15 éd. Paris. Cujas. 2010. P. 799.

Закона в действие полтора года ни зрелого судебного прецедента, ни эффективного гражданского контроля, ни иных признаков какого бы то ни было качественного улучшения российской судебной системы. Возникло даже мнение, что реформа провалилась и опубликование судебных решений в интернете не является сколько-нибудь эффективной мерой. Однако, это не так. Здесь надо просто понимать локальный характер реформы как таковой и не испытывать по ее поводу никаких иллюзий.

Опубликование судебных актов в интернете, не будучи «чудодейственным» средством создания независимой и вызывающей доверие в обществе судебной власти, тем не менее является прекрасным подспорьем для практикующих юристов. По отзывам многих российских коллег, прежде всего адвокатов и юрисконсультов, теперь они имеют возможность, затратив определенное количество времени при подготовке к конкретному процессу и введя в поисковые системы фамилию судьи, которому предстоит рассматривать их дело, узнать, например, рассматривал ли он аналогичные дела, какие решения ранее выносил и т. д. Это не помогает «выиграть» процесс, но помогает подготовиться к нему более тщательно. В некоторых случаях можно постараться узнать, ведет ли ваш процессуальный оппонент другие аналогичные дела и т. п. Иначе говоря, речь идет о появлении дополнительной информации для профессионала, которая при желании может стать предметом аналитической обработки и служить средством оптимизации оказываемой юридической помощи. Другое дело, что любая собираемая информация может иногда применяться и в неблагоприятных целях, но такого рода гипотетический «побочный эффект» вряд ли сам по себе может служить основанием для «закрытия» информации. В противном случае можно прийти и до отказа от принципа гласности судебного разбирательства, в том числе в аспекте обязательного гласного провозглашения, например, приговоров по уголовным делам (ч. 3 ст. 29 УПК РК). Во всяком случае в России, насколько нам известно, за истекшие полтора года никаких сведений о злоупотреблениях судебной информацией, содержащейся в опубликованных в интернете судебных актах, выявлено не было.

Таким образом, если исходить из российского опыта, связанного с применением Закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» от 22 декабря 2008 г., то при обсуждении данного нововведения в Казахстане не следует преувеличивать на концептуальном уровне ни его значение для оптимизации судебной системы, ни его мнимую опасность с точки зрения защиты прав граждан. Отдавая себе отчет в достаточно локальном, если не сказать – второстепенном, характере мероприятий по опубликованию в интернете всех судебных актов, представляющих интерес главным образом для профессиональных участников конкретных процессов, обсуждать при их реализации следует не столько юридические, сколько технические аспекты, связанные с информационными технологиями.

Декабрь, 2011 г.

ПАШИН С.А.,
*профессор НИУ «Высшая школа экономики», к. ю. н.,
заслуженный юрист Российской Федерации,
федеральный судья в отставке,
член Независимого экспертно-правового совета*

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СУДОУСТРОЙСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН¹

1. ВВЕДЕНИЕ

1) Объект, предмет и метод оценки

Объектами экспертной оценки выступают:

Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. № 132-П «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»;

проект Конституционного закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

При этом экспертная оценка осуществляется с учетом норм:

Закона Республики Казахстан от 17 ноября 2008 г. «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»;

Положения о Судебном жюри, утв. Указом Президента Республики Казахстан от 26 июня 2001 года № 643.

Предмет экспертной оценки: соответствие действующего Конституционного закона Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. № 132-П «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» и предлагаемых поправок к нему международным стандартам независимости суда.

Методы экспертной оценки:

собственно-юридический («догматический»), то есть изучение, анализ и сопоставление правовых норм;

сравнительного правоведения, то есть учет стандартов независимости суда и конкретных институтов судостройства и статуса судей в других государствах, а также учет опыта судебной реформы и правоприменения на постсоветском пространстве.

2) Международно-правовые документы

Международное сообщество рассматривает независимость судов как непереносимое и важнейшее условие существования демократического правового государства. Среди многочисленных международно-правовых актов, провозглашающих требование независимости суда, необходимо упомянуть следующие.

Всеобщая декларация прав человека, принятая резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 217 А (III) от 10 декабря 1948 г., в статье 10 объявляет рассмотрение дел «независимым и беспристрастным судом» неотъемлемым правом каждого человека.

В статье 14 **Международного пакта о гражданских и политических правах** сформулировано право каждого «на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона» (аналогично – ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод). Право быть судимым независимым и беспристрастным судом имеет такую важность, что Комитет

¹ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в экспертном заключении, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

ООН по правам человека заявил, что оно является «абсолютным правом и не подлежит исключениям» (см. дело *Гонсалес дель Рио против Перу*, 28 октября 1992 г.).

Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека признает право человека на независимый и беспристрастный суд (ст. 6).

Основные принципы независимости судебных органов, одобренные резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г., требует от государств закрепления принципа независимости судов «в конституции или законах страны» и обязывает все учреждения «уважать и соблюдать независимость судебных органов». Основные принципы затрагивают вопросы: свободы слова и ассоциаций для судей; квалификации, подбора и подготовки судей; условий службы и срока полномочий судей; профессиональной тайны и иммунитетов; наказания, отстранения от должности и увольнения судей.

В **Бангалорских принципах поведения судей** сказано, что «Независимость судебных органов является предпосылкой обеспечения правопорядка и основной гарантией справедливого разрешения дела в суде». Принцип независимости судей рассматривается в данном документе «в его индивидуальном и институциональном аспектах». Бангалорские принципы могут послужить основой для создания национальных кодексов судейского поведения (этики), которые стали бы использоваться в дисциплинарной практике как ориентиры.

Весьма детальны **Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии – Судебное управление, отбор и подотчетность судей** от 23 – 25 июня 2010 г. Значение этого документа исключительно велико, поскольку его авторы ориентируются на страны, унаследовавшие от социалистических государств суды и правоохранительные органы, а следовательно - многие теоретические, образовательные, организационные, финансовые и ментальными проблемы судейского корпуса и вообще юристов. В Рекомендациях Киевской конференции обсуждаются вопросы: бюджета судебной системы; отбора судей; пределов власти председателей судов; распределения дел; судейских льгот и привилегий; мер дисциплинарного воздействия; состава и полномочий органов судейского сообщества; независимой оценки судов и прозрачности их деятельности.

Подробное описание ряда относящихся к рассматриваемой проблеме международных документов содержится в подпункте «4.1. Международные и внутренние нормы независимости судей» Совместного заключения Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека и Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии) по поводу Конституционного закона о судебной системе и статусе судей Республики Казахстан.

Определенным ориентиром для законодателя Республики Казахстан могут послужить:

рекомендация № R (94) 12 Комитета министров государствам-членам Совета Европы от 13 октября 1994 года О независимости, эффективности и роли судей;

Европейская хартия о статусе судей, принятая в Совете Европы 8 – 10 июля 1998 года.

Независимость судей в Республике Казахстан провозглашается и ограждается частями 1 и 2 статьи 77, частью 1 статьи 79, ст. 80 и другими положениями Конституции Республики Казахстан, а также вышеупомянутыми законами страны. Весьма значим провозглашенный частью 3 ст. 1 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» запрет на издание законов и других нормативных актов «умаляющих статус и независимость судей», а также гарантии независимости судей, упомянутые в ст. 25 и 26 данного Конституционного закона.

3) Аспекты независимости суда

Критерием независимости суда выступает гарантированная способность судей принимать решения по находящимся в их производстве делам на основе собственного внутреннего убеждения, в соответствии с приобретенным правосознанием и по совести.

Правовые предпосылки независимости суда в наибольшей степени проявляются в регулировании следующих институтов судоустройства, которые и будут выделены в анализируемых законодательных актах Республики Казахстан:

- финансирование судебной системы;
- порядок отбора судей;
- определение профессиональной пригодности судьи;
- неприкосновенность судей, их льготы;
- дисциплинарная ответственность судей;
- функции председателей судов;
- состав и роль органов судейского сообщества.

2. ОСНОВНАЯ ЧАСТЬ

Имеющееся в мире многообразие форм судоустройства и правового регулирования статуса судей позволяет при проведении национальных судебных реформ на постсоветском пространстве заимствовать и конструировать самостоятельно наиболее адекватные для обеспечения судейской независимости нормы. Вместе с тем, опыт преобразований, накопленный после прекращения Союза ССР, позволяет выделить некоторые типичные болевые точки, проблемы, а также способы их преодоления, уместные в законодательстве и практике судебного строительства в странах – участниках СНГ. О соответствующих аспектах законодательства о судоустройстве и статусе судей пойдет речь далее.

Финансирование судебной системы

Каждое государство «обязано предоставлять соответствующие средства, позволяющие судебным органам надлежащим образом выполнять свои функции» (п. 7 Основных принципов независимости судебной власти).

В статье 80 Конституции Республики Казахстан сказано: «Финансирование судов, обеспечение судей жильем производится за счет средств республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия». Это положение воспроизведено и усилено в ч. 4 ст. 25 рассматриваемого Конституционного закона. Однако посвященная финансированию судов ст. 57 Конституционного закона весьма кратка. Ее существенными недостатками, как представляется, выступают:

отсутствие указания на то, что суммы ассигнований на судебную систему не могут быть уменьшены в очередном году;

умолчание о роли Председателя Верховного Суда и органов судейского сообщества в бюджетном процессе.

В связи с порядком финансирования судебной системы на постсоветском пространстве Киевская конференция отметила: «Вне зависимости от имеющихся обязательств правительства в отношении предложений по бюджету судебной системы и полномочиям парламента по принятию бюджета, рекомендуется, чтобы орган, представляющий интересы судебной власти..., представлял правительству информацию о бюджетных требованиях системы правосудия, что способствовало бы принятию информированного решения. Этот орган также должен иметь возможность выступать перед парламентом в ходе обсуждения бюджета» (п. 6). Данная рекомендация должна быть принята во внимание при подготовке поправок к рассматриваемому Конституционному закону.

Порядок отбора судей

С точки зрения международного сообщества, критериями подбора, выдвижения и увольнения судейских кадров должны выступать отраженные в законе объективные

факторы: моральные качества, способности, подготовка, квалификация судей и претендентов на судейские должности (пункты 10, 11, 13, 18 Основных принципов независимости судебных органов, одобренных резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г.).

В Казахстане устанавливается конкурсный порядок отбора кандидатов на судейские должности, и такое решение соответствует представлениям о доступности службы в области правосудия.

В силу Закона Республики Казахстан от 17 ноября 2008 г. важнейшими полномочиями по формированию судов, обеспечению гарантий независимости судей и их неприкосновенности наделяется Высший Судебный Совет Республики Казахстан (ст. 2 Закона). Высший Судебный Совет Республики Казахстан причастен самым непосредственным образом к отбору кандидатов на судейские должности; именно в Законе от 17 ноября 2008 г. описана деятельность Комиссии по приему экзаменов у представивших необходимые документы претендентов.

Прежде всего, нуждаются в совершенствовании нормы, касающиеся персонального состава Комиссии по приему квалификационных экзаменов у претендентов на должности судей. Согласно ч. 2 ст. 10 Закона от 17 ноября 2008 г., состав комиссии формируется в соотношении 2:1 из ставленников президентской власти (ибо Высший Судебный Совет, назначающий шестерых членов Комиссии, сам формируется Президентом Республики Казахстан) и делегатов от Судебного жюри. В этой структуре не представлена законодательная власть, что кажется серьезным упущением с точки зрения принципа разделения властей.

Согласно ч. 4 ст. 12 Закона от 17 ноября 2008 г. «Не допускаются к сдаче квалификационных экзаменов лица, которые были уволены с должности судьи, из правоохранительных органов или с иной государственной службы за порочащие проступки и нарушения законодательства Республики Казахстан при исполнении служебных обязанностей». Данная норма означает фактическое пожизненное поражение в правах с запретом на доступ к судейской профессии для лиц, которые совершили проступки (даже не преступления); тяжесть проступка в расчет не принимается. Надо отметить, что нарушение законности при рассмотрении судебных дел служит основанием для увольнения судьи за профессиональной непригодностью (п. 15 Положения о судебном жюри). Некомпетентный некогда судья, следовательно, лишается возможности повысить уровень своих познаний и навыков и вновь претендовать на соответствующую должность. Столь жесткие правила неприемлемы не только с точки зрения принципа гуманизма и социальной справедливости, но и в силу запрета дискриминации по мотиву должностного положения (ч. 2 ст. 14 Конституции), и ввиду неприкосновенности человеческого достоинства (ч. 1 ст. 17 Конституции), и по причине провозглашения права «на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии» (ч. 1 ст. 24 Конституции), и вследствие принадлежащего гражданину равного права «на доступ к государственной службе» (ч. 4 ст. 33 Конституции).

Согласно ч. 1 ст. 15 Закона от 17 ноября 2008 г. «Для участия в конкурсе на должность судьи местного и другого суда необходимо подать в аппарат Совета заявление и другие документы, перечень которых установлен регламентом Совета». Поскольку вопрос о документах, которые необходимо представить, затрагивает права человека и соответствующие требования к бумагам претендентов должны быть прозрачными, стабильными и устанавливаемыми не произвольно, данная проблема нуждается в урегулировании законом. В противном случае доступ граждан к конкурсу на судейские должности может быть при открытии вакансий искусственно затруднен.

Как видно из статьи 3 Закона от 17 ноября 2008 г., «Кандидатуры на вакантные должности судей областного суда рассматриваются Советом при наличии положительного заключения пленарного заседания соответствующего областного суда». Конституционный закон от 25 декабря 2000 г. содержит аналогичное положение (п. 7 ч. 1 ст. 16 Конституционного закона). Председатели судов, таким образом, приобретают большое влияние на отбор судей. Председатель Верховного Суда уполномочен вносить «на рассмотрение соответствующих пленарных заседаний судов на альтернативной основе кандидатуры на вакантные должности председателей и председателей судебных коллегий местных и других судов, председателей судебных коллегий и судей Верховного

Суда» (п. 2 ч. 2 ст. 20 Конституционного закона). Он же вносит в Высший Судебный Совет кандидатуры на должности председателей судов (ч. 3 ст. 30 Конституционного закона). Между тем, согласно Рекомендациям Киевской конференции, «Председатели судов... не должны участвовать в процедурах отбора судей» (пункт 11).

Определение профессиональной пригодности судьи

Определение профессиональной пригодности судей возложено на Судебное жюри, состоящее из 7 судей (ст. 38 Конституционного закона, Положение о Судебном жюри). Целесообразно, раз уж ставится вопрос о профессионализме, включать в состав Судебного жюри профессоров права, адвокатов. Судья, думается, должен быть не столько послушным, сколько грамотным и думающим, не боящимся разойтись в правовой позиции с общепринятым либо навязываемым сверху мнением. Самостоятельность судей при принятии решений – это еще и гарантия обратной связи, которую время от времени нужно принимать во внимание самым высокопоставленным лицам и судам.

Представляется неоправданным определение профессиональной пригодности и увольнение за ошибки в работе судей, назначенных на пожизненный (точнее, до достижения определенного возраста) срок полномочий. Тем более недопустимо, чтобы судью лишали полномочий как «имеющего низкие показатели по отправлению правосудия или допустившего систематические нарушения законности при рассмотрении судебных дел» (п. 15 Положения о Судебном жюри). В силу п. 28 Рекомендаций Киевской конференции, «Оценка работы судей может быть использована для того, чтобы помочь судьям выявить те аспекты их работы, которые они могут улучшить, и для дальнейшего продвижения по службе». Показатели целесообразно использовать для обобщенного анализа состояния судебной деятельности, но не как мотив для преследования судей.

Институт определения профессиональной пригодности судей в Казахстане сконструирован таким образом, что дает вышестоящим судам одновременно процессуальную и дисциплинарную власть, возможность не только отменять и изменять необоснованные и незаконные, по их мнению, решения нижестоящих судей, но и преследовать их и способствовать их увольнению. Так, «Основанием для рассмотрения на Судебном жюри материалов об определении профессиональной пригодности судьи является решение пленарного заседания областного или Верховного Суда Республики Казахстан о передаче в Судебное жюри материалов в отношении судьи» (п. 15 Положения о Судебном жюри). Само же Судебное жюри формируется пленарным заседанием Верховного Суда Республики Казахстан из судей (п. 5 Положения). Разумеется, Судебное жюри не может не находиться под решающим влиянием позиции этого Верховного Суда.

Процедура рассмотрения вопроса о профессиональной пригодности судьи урегулирована неудовлетворительно, в самом общем виде (п. 24 Положения). Ничего не говорится о праве судьи иметь представителя, о его праве задавать вопросы показывающим против него лицам, о возможности фиксировать ход заседания средствами аудиотехники, об ознакомлении с протоколом заседания.

Довольно странно, что «при равенстве голосов решающим является голос председательствующего на заседании Судебного жюри» (п. 28 Положения). Казалось бы, равенство голосов свидетельствует о том, что профессиональная непригодность судьи явно не обнаружена и сомнение должно быть истолковано в его пользу. Вообще, для решения вопроса о профессиональной непригодности судьи стоило бы собрать квалифицированное большинство голосов (скажем, 5 из 7), а то и вовсе остановиться на правиле единодушия.

Установленный п. 29 Положения запрет на обжалование заключения Судебного жюри противоречит требованиям ч. 2 ст. 13 Конституции Республики Казахстан.

Неприкосновенность судей, их льготы

Правовая основа неприкосновенности казахских судей определяется частью 2 ст. 79 Конституции Республики Казахстан: «Судья не может быть арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, основанного на заключении Высшего Судебного Совета Республики»; в некоторых случаях требуется согласие Сената (аналогично – ч. 1 ст. 27 Конституционного закона).

Представляется спорной позиция законодателя, ставящего неприкосновенность судьи в зависимость от усмотрения Президента Республики Казахстан (Сената). Было бы правильнее доверить решение соответствующих вопросов органу самого судейского сообщества.

Вызывает удивление содержащаяся и в ч. 2 ст. 79 Конституции, и в ч. 1 ст. 27 Конституционного закона оговорка, согласно которой гарантии неприкосновенности судьи касаются лишь случаев его уголовного преследования за нетяжкие преступления. Напротив, чем опаснее возможные последствия привлечения судьи к ответственности, тем весомее должны быть гарантии. Кроме того, соответствующие нормы сформулированы вразрез с принципом презумпции невиновности: складывается впечатление, будто уже при задержании судьи считается установленным совершение им тяжкого преступления.

Специальную проблему представляют случаи уголовного преследования судьи за вынесение заведомо неправосудного решения, не отмененного вышестоящей инстанцией. Трудности могут возникнуть в связи с тем, что возможно отмены судебного решения в порядке надзора, например, могут быть утрачены ввиду несовпадения кратких сроков обжалования судебного акта, с одной стороны, и продолжительных сроков давности привлечения к уголовной ответственности, с другой стороны. Данная проблема нуждается в законодательном урегулировании.

Как видно из содержания главы 3 Конституционного закона, в стране сохраняются и закреплены на высшем уровне правового регулирования социалистические (номенклатурные) формы распределения благ, вплоть до медицинского обслуживания. Существование подобных систем распределения на постсоветском пространстве служит важнейшим фактором, превращающим судей в чиновников, не способных выступать в защиту интересов права. Как справедливо отмечается в Рекомендациях Киевской конференции, «В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень ответственности их профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам» (п. 13).

«Лишение судьи гарантий по материальному и социальному обеспечению» в соответствии со статьей 55 Конституционного закона выступает дополнительной формой наказания судьи за расхождение его правовых позиций с требованиями «руководства». Нельзя поддержать лишение судьи, признанного некомпетентным за «низкие показатели», гарантий личной неприкосновенности (п. 1 ст. 55 Конституционного закона). В конце концов, эти гарантии могут быть ему необходимы, чтобы защититься от преследований (мест) за вынесенные им судебные приговоры и другие решения.

Следует сохранять за отставным судьей гарантии личной неприкосновенности независимо от стажа его работы (ч. 1 ст. 35 Конституционного закона).

Дисциплинарная ответственность судей, их увольнение

Международное сообщество твердо стоит на позиции, согласно которой судьи должны иметь «гарантированный срок полномочий» (пункт 12 Основных принципов независимости судебных органов) и все процедуры их наказания и увольнения «должны определяться в соответствии с установленными правилами судебного поведения» (пункт 19 Основных принципов).

Международные органы, осуществляющие защиту прав человека, уделяют пристальное внимание законодательству и практике выдвижения и увольнения судей в странах СНГ. Например, 19 ноября 1997 года Комитет по правам человека выразил обеспокоенность по поводу того, что судьи Конституционного и Верховного судов Беларуси могут быть смещены президентом Республики без каких бы то ни было гарантий. Он отметил, что существует предположение, что президент сместил двух судей за то, что они не наложили штраф и не взыскали сумму штрафа, наложенного исполнительными органами. Комитет высказал мнение, что в Беларуси процедуры, имеющие отношение к посту судьи, его наказанию и смещению, не соответствуют принципу независимости и беспристрастности судебной власти (Заключительные выводы КПЧ: Беларусь, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 86, 19 ноября 1997, пар. 13).

Для решения вопросов дисциплинарной ответственности судей в Казахстане имеется двухуровневая система дисциплинарно-квалификационных коллегий судей (ст. 38, 43 Конституционного закона), состоящая из Республиканской и областных дисциплинарно-квалификационных коллегий. Эту систему ныне предлагается заменить Судебным жюри, не имеющим местных (областных) структур. Определенное беспокойство вызывает то обстоятельство, что вопросы работы этих властных органов урегулированы не законом, но лишь Положениями, утверждаемыми Президентом Республики Казахстан.

В числе оснований для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности упомянуты «грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции» (ч. 3 ст. 39 Конституционного закона). Данная норма (как и п. 15 Положения о Судебном жюри) создает предпосылки преследования судей за правовую позицию, расходящуюся с мнением вышестоящих коллег. Понимая опасность такого положения, участники Киевской конференции сошлись на следующей рекомендации: «Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок... Ни при каких обстоятельствах не следует оценивать судей по содержанию их решений или вердиктов... То, как судья решает дело, никогда не должно быть поводом для наказания» (п. 25 и 28).

Предоставление дисциплинарно-квалификационным коллегиям судей полномочий по возбуждению дисциплинарного преследования и рассмотрения соответствующих материалов (ст. 41, 43 Конституционного закона) находится в явном противоречии с п. 26 Рекомендаций Киевской конференции: «Те органы, которые рассматривают дисциплинарные дела, не должны иметь полномочий по их возбуждению...».

Определенно не соответствует представлениям о независимости судей и роли судебной системы содержащийся в ч. 2 ст. 46 Конституционного закона запрет обжалования решений Республиканской дисциплинарно-квалификационной коллегии. Фактически казахстанский судья, подвергнутый дисциплинарному взысканию, лишается доступа к правосудию, что грубо противоречит части 2 ст. 13 Конституции Республики Казахстан.

В Казахстане существенную роль в решении вопроса о прекращении полномочий судей играет Высший Судебный Совет Республики Казахстан (ст. 2, 19 - 21 Закона от 17 ноября 2008 г.). По замыслу, Высший судебный Совет создан «в целях обеспечения конституционных полномочий Президента Республики Казахстан по формированию судов, гарантий независимости судей и их неприкосновенности» (ч. 1 ст. 1 Закона). Поэтому, на первый взгляд, представляется логичным, что Совет состоит из лиц, «назначаемых и освобождаемых Президентом Республики Казахстан» (ч. 4 ст. 82 Конституции Республики Казахстан, ч. 1 ст. 36 Конституционного закона, ст. 3 Закона от 17 ноября 2008 г.). Данное обстоятельство делает Совет органом не вполне независимым и, с точки зрения идеи разделения властей, несколько «однобоким». Было бы целесообразным включить в состав Совета представителей законодательной власти (депутатов или професоров права, делегированных парламентом).

В нынешнем же составе Высший Судебный Совет не отвечает Рекомендациям Киевской конференции: «Органы, занимающиеся вопросами судейской дисциплины, не должны контролироваться исполнительной властью и на их работу не должно оказываться никакого политического воздействия» (п. 9).

Анализ положений Закона Республики Казахстан от 17 ноября 2008 г. позволяет сделать вывод, что при даче рекомендации об освобождении от должности судьи преобладает канцелярский подход и письменное производство, по сути, предрешающее исход разбирательства (ст. 19, 20 Закона). Само рассмотрение вопроса об освобождении судьи от должности урегулировано суммарно, права судьи сводятся к даче объяснений и заявлении ходатайств о приглашении «других лиц» (ст. 21 Закона). Остается неясным, заседает ли Высший судебный Совет открыто (ст. 8, ст. 21 Закона). Между тем, согласно п. 17 Основных принципов независимости судебных органов, рассмотрение жалобы на судью должно проводиться конфиденциально лишь 2на начальном этапе». В соответствии с пунктом 26 Рекомендаций Киевской конференции «Вся дисциплинарная процедура должна быть полностью прозрачной. Слушания по дисциплинарным вопросам должны быть открытыми...».

Функции председателей судов

Полномочия председателей судов урегулированы Конституционным законом от 25 декабря 2000 г. широко и не совсем определено. Так, в числе полномочий председателя суда – издание распоряжений (п. 6 ч. 1 ст. 9, п. 8 ч. 1 ст. 14, п. 11 ч. 1 ст. 20 Конституционного закона). Однако издание распоряжений – это не самостоятельное право, но средство реализации других полномочий. При этом складывается впечатление, что «распоряжения» могут относиться не только к сотрудникам аппарата суда, но и к судьям; круг вопросов, которые могут затрагиваться распоряжениями председателей суда, прямо не ограничен. К тому же, на председателей судов возлагается обязанность по «организации рассмотрения судебных дел судьями суда» (п. 1 ч. 1 ст. 9, п. 1 ч. 1 ст. 14 Конституционного закона); в Верховном Суде эту функцию выполняет председатель судебной коллегии (п. 1¹ ч. 1 ст. 21 Конституционного закона). Такое правовое регулирование полномочий «руководителей» в судебной системе совершенно недопустимо, если речь идет, например, о распределении дел между судьями, установлении сроков рассмотрения ими дел и т.п. полномочиях, ущемляющих судебскую независимость.

Председатель Верховного Суда имеет широкие дисциплинарные полномочия, в том числе – вносить представления об освобождении судей от должности (п. 5 ч. 2 ст. 20 Конституционного закона, ч. 1 ст. 19 Закона от 17 ноября 2008 г.). Пленарные заседания вышестоящих судов, решения которых во многом зависят от позиции председателя областного (Верховного) суда, вправе обращаться в Судебное жюри с материалами в отношении судьи, имеющего низкие показатели по отправлению правосудия или допустившего систематические нарушения законности при рассмотрении судебных дел (п. 9¹ ч. 1 ст. 16 Конституционного закона, п. 15 Положения о Судебном жюри).

Между тем, по мнению, отраженному в Рекомендациях Киевской конференции:

«Административные решения, которые могут иметь влияние на содержательную сторону судопроизводства, не должны находиться в исключительной компетенции председателя суда. Одним из таких примеров является распределение дел, которое должно проходить либо по жребию, либо по заранее определенным правилам с понятными и объективными критериями, установленными на заседании с участием самих судей» (п. 12);

«...У председателей судов не должно быть полномочий по возбуждению дисциплинарного производства или принятия дисциплинарных мер воздействия» (п. 14).

Такая позиция абсолютно оправданна, поскольку позволяет председателям судов оставаться, как это и подобает членам судейского сообщества, «первыми среди равных» и не становиться чиновниками от правосудия. Судебная система не должна управляться как ведомство, относящееся к органам исполнительной власти.

Состав и роль органов судейского сообщества

В соответствии со ст. 37 Конституционного закона судьи вправе создавать общественные объединения. Фактически органы судейского сообщества сколько-нибудь заметной роли не играют, реальным весом и властными полномочиями не располагают. Эти органы не наделяются возможностью участвовать в решении вопросов бюджета, взаимодействовать (контролировать работу) с «уполномоченным органом», осуществляющим организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судов.

Данное обстоятельство, как показывает опыт, существенно умаляет независимость судов и судей.

3. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Таким образом, Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 г. № 132-П «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», как и другие нормативные акты Республики Казахстан, посвященные вопросам судоустройства и статуса судей, в значительной мере направлены на обеспечение независимости судов. Сказанное, однако, не означает, что казахстанский законодатель достиг в правовом регулировании соответствующих общественных отношений предела совершенства; законодательство о судоустройстве нуждается, если смотреть на него с точки зрения обеспечения судейской независимости, в ряде изменений и дополнений. Проектирование властными структурами поправок в проанализированный выше Конституционный закон служит удачным поводом для внесения дополнительных предложений такого рода.

Проект Конституционного закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» в отдельных его частях, несомненно, послужит совершенствованию норм, посвященных судоустройству и статусу судей.

Авторы законопроекта стремятся:

- придать дополнительный вес Высшему Судебному Совету;
- увеличить власть Председателя Верховного Суда, в частности, за счет перераспределения полномочий в среде «руководства» судебной системы (см., например, поправки к ст. 10, 20 Конституционного закона);

- детализировать структуры судов путем специализации коллегий (см. поправки к ст. 11 Конституционного закона);

- обеспечить формирование кадрового резерва судейского «руководства» (см. поправки к ст. 17 Конституционного закона)

- уменьшить срок полномочий председателей районных судов (см. поправки к ст. 31 Конституционного закона)

- вести новый порядок определения предельных сроков пребывания судей в должности; предельные сроки различны для мужчин и женщин, усиливается роль Председателя Верховного Суда при решении персональных судеб (ст. 34 Конституционного закона);

- вести для судей дополнительные ежегодные отпуска по аналогии со льготами, предоставленными другим категориям работников (см. поправки к ст. 49 Конституционного закона).

Однако уточнение редакции ряда норм Конституционного закона, имея важное техническое значение, не сопровождается кардинальными изменениями, способными обеспечить прорыв в деле становления независимой судебной власти.

Пожалуй, самым радикальным мероприятием, предусмотренным поправками, является упразднение дисциплинарно-квалификационных коллегий судей и передача полномочий по дисциплинарному преследованию судей Судебному жюри. Этот орган, учрежденный не законом, но Указом Президента Республики Казахстан, не является судом, но сосредотачивает в своих руках необъятную власть в отношении судей. Он не имеет местных подразделений, а следовательно, не сможет уделять рассмотрению каждого конкретного дела достаточно времени; доступ граждан к такому присутствию, находящемуся в столице, будет затруднен. Решения Судебного жюри, сформированного Верховным Судом, не поддаются эффективному судебному обжалованию (а сейчас

обжалование заключения и вовсе не предусмотрено – п. 29 Положения о Судебном жюри). Такое законодательное регулирование весьма спорно и небезопасно для независимости судей.

Нельзя поддержать также изменения, проектируемые:

в пункте 1 ч. 1 ст. 9, п. 1 ч. 1 ст. 14, п. 1 ч. 1 ст. 21 Конституционного закона – так как предоставление председателю суда права решать «вопросы организации судопроизводства в суде» допускает из-за расплывчатости формулировки его вмешательство в деятельность судей по отправлению правосудия; впрочем, как говорилось выше, и нынешняя редакция этой нормы оставляет желать лучшего;

в пункте 9 ч. 1 ст. 16, п. 7 ч. 1 ст. 22 Конституционного закона – поскольку новая формулировка («низкое качество отправления правосудия») более расплывчата, чем предшествующая («низкие показатели по отправлению правосудия»). Данная поправка, как и прежняя редакция нормы, угрожает судейской независимости и прямо противоречит Рекомендациям Киевской конференции: «Критерии профессиональной оценки должны быть четко сформулированы, прозрачны и унифицированы. Основные критерии должны быть указаны в законе» (п. 29);

в ч. 1 ст. 23 Конституционного закона – ибо незачем подчеркивать, что «судья является должностным лицом государства»; суд выступает в демократических государствах средством самоограничения последнего и, по мнению ряда исследователей, ближе стоит к гражданскому обществу и праву, нежели к властным структурам и их приказам;

в ч. 2 ст. 24 Конституционного закона – ввиду умаления статуса судей, и, следовательно, противоречия этой нормы положениям части 3 ст. 1 Конституционного закона.

По результатам проведенного исследования можно сформулировать следующие **рекомендации**:

1. Необходимо возвышение уровня правового регулирования целого ряда вопросов, которые ныне разрешаются подзаконными актами.

Целесообразно принять, по крайней мере, следующие законы:

о Судебном жюри;

о дисциплинарно-квалификационных коллегиях судей (разумеется, в случае их упразднения и передачи их полномочий Судебному жюри такой закон будет излишен);

об уполномоченном органе, осуществляющем организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судов;

об органах судейского сообщества.

Перечень документов, представляемых на конкурс претендентами на должности судей, должен определяться законом, а не регламентом какого бы то ни было органа.

2. Целесообразно прямо записать в Конституционном законе, что ассигнования на судебную систему не могут быть уменьшены.

Следует определить также формы и условия участия в бюджетном процессе представителей судебной системы, их право не только внести свои предложения по финансированию судов в Правительство, но и отстаивать их в Парламенте. Правительство, отвергая предложения представителей судебной системы, обязывалось бы приложить эти предложения к проекту бюджета со своими комментариями.

3. Доступ к судейской профессии должны иметь претенденты, ранее признававшиеся профессионально непригодными к судейской работе, если они устранили пробелы в своих познаниях, а также лица, считающиеся не судимыми и не подвергавшимися административной и дисциплинарной ответственности. Пожизненное поражение в правах таких граждан противоречит принципам гуманизма и смыслу многих конституционных норм.

4. Органы, обеспечивающие независимость судей, правильно было бы формировать с учетом принципа разделения властей, то есть с участием представителей законодательной власти и правовой общественности. В первую очередь, это соображение касается Высшего Судебного Совета, но также и Комиссии по приему экзаменов у претендентов на должности судьи, и дисциплинарно-квалификационных

коллегий судей. Судебное жюри, не будучи судебным органом, не может состоять исключительно из судей, назначаемых Верховным Судом Республики Казахстан.

5. Органы, рассматривающие любого вида персональные дела судей, желательно преобразовать в специализированные дисциплинарные суды, рассматривающие соответствующие материалы по всем правилам надлежащей правовой процедуры, как подобает при отправлении правосудия.

Поводом для разбирательства персонального дела судьи может послужить заявление юридического или физического лица, о чем надо прямо сказать в законе.

В любом случае, Высший Судебный Совет, дисциплинарно-квалификационные коллегии, Судебное жюри должны работать при соблюдении общих условий гласности, устности, принципов состязательности и презумпции невиновности.

За судьей, дело которого слушается, необходимо признать, по меньшей мере, права:

- на пользование квалифицированной юридической помощью адвоката (другого представителя);

- на перекрестный допрос;

- на фиксацию хода заседания, в том числе, с помощью стенографирования и аудиотехники;

- на ознакомление с протоколом заседания и принесение на него замечаний;

- на обжалование в суд состоявшихся решений (заключений).

К сожалению, казахстанский законодатель практически отказался от предоставления заинтересованным лицам возможности судебного обжалования. Между тем, в Рекомендациях Киевской конференции прямо сказано: «Должна существовать возможность обжалования дисциплинарных решений в соответствующем суде» (п. 5).

6. Было бы правильно отказаться от определения профессиональной пригодности назначенных судей и преследования их за несовпадение правовых позиций с мнением вышестоящих коллег, ввиду отмены (изменения) вынесенных ими приговоров и других решений.

7. Неприкосновенность судьи должна распространяться на все случаи уголовного преследования, а не только на ситуации, когда его подозревают в совершении нетяжких преступлений. Чем тяжелее подозрение (обвинение), тем более изошренными и крепкими должны быть гарантии личной неприкосновенности судьи.

Следует сохранять за отставным судьей гарантии личной неприкосновенности независимо от стажа его работы. Такую же гарантию нужно оставить за судьей, которого нашли профессионально непригодным (если, конечно, законодатель не решится отказаться от преследования судей за действительные или предполагаемые ошибки в работе).

8. В законе необходимо указать, что привлечение судьи к уголовной ответственности за вынесение заведомо неправосудного приговора либо другого решения недопустимо без предварительной отмены компетентным судом данного незаконного либо необоснованного судебного акта. В случае, если сроки пересмотра данного акта исчерпаны, он может быть пересмотрен вышестоящим судом «в интересах закона» по требованию прокурора; отмена судебного акта в этом случае не влечет изменения правового положения сторон по делу, но создает предпосылки для уголовного преследования судьи.

9. В законе необходимо четко указать, что председатели судов не имеют дисциплинарных полномочий в отношении судей. Нынешние права председателей судов по дисциплинарному преследованию судей (в частности, право внесения представлений о прекращении их полномочий) стоит упразднить.

10. Следует отказаться от распределения дел между судьями властью председателей судов. В законе нужно записать, что распределение дел осуществляется либо по жребию, либо по заранее определенным правилам с понятными и объективными критериями (например, по территориальному признаку или в зависимости от специализации судей), установленными на общем собрании (пленарном заседании) судей данного суда. При этом в процессуальном законодательстве необходимо установить санкции за несоблюдение порядка распределения дел.

11. Имеется острая потребность в образовании в Казахстане полноценных органов судейского сообщества. Эта мера позволит освободить Верховный Суд от ряда функций по судебному управлению либо облегчить его деятельность.

Органам судейского сообщества можно было бы передать:

установление правил судейского поведения, норм профессиональной судейской этики;

решение вопросов неприкосновенности судей, дачи согласия на их уголовное преследование;

контроль за деятельностью уполномоченного органа, осуществляющего организационное и материально-техническое обеспечение деятельности судов; участие в назначении руководителя такого уполномоченного органа;

участие в бюджетном процессе в качестве одного из представителей органов судебной власти.

Независимость судов выступает необходимым условием осуществления правосудия. Однако, как показывает опыт судебных реформ в России, других странах СНГ, на постсоветском пространстве реализации этого условия не достаточно, чтобы правосудие вершилось. Подчас независимость воспринимается судьями как вседозволенность, и тогда разочарованное население требует от глав государств установить за судьями жесткий контроль, как и за всеми чиновниками государства. Люди жалуются, главным образом, на грубость судей, волокиту, нарушение ими прав человека, продажность судей. Создание внешних условий независимости судей должно сопровождаться прозрачностью отправления правосудия и появлением в судебной системе, в особенности, на руководящих должностях, новых людей, не связанных с силовыми структурами и судами, выходцев из среды правовой общественности. Должны также развиваться на хорошей правовой базе и при поддержке государственных органов параллельные судебной системе структуры, способные сгладить и урегулировать конфликты (третейские суды, суды уважаемых в общине людей).

Октябрь, 2011 г.

НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДА КАК ГАРАНТИЯ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ И ЭКОНОМИЧЕСКИХ ПРАВ¹

Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы².

Согласно статье 3 Основного закона нашей страны государственная власть в Республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов.

Система сдержек и противовесов является одной из фундаментальных гарантий соблюдения прав человека, поскольку обеспечивает такие условия, при которых исключается незаконное и необоснованное нарушение этих прав со стороны субъектов, наделенных законом властными полномочиями.

Исходя из основных принципов правового демократического государства, споры между исполнительной властью и гражданином по поводу ограничения фундаментальных прав и свобод личности должны разрешаться объективным и беспристрастным арбитром, в роли которого может выступать только независимый от иных ветвей государственной власти орган правосудия. Таким образом, неотъемлемым элементом системы сдержек и противовесов является независимость суда, поскольку только суд, обладающий таким качеством, способен заставить каждого соблюдать закон и разрешать конфликты справедливо и честно.

Необходимо признать, что наиболее серьезному ограничению права человека подвергаются в уголовном процессе. Именно здесь государство, в лице своих правоохранительных органов, особенно сурово вторгается в сферу частной жизни, права собственности и личной свободы человека. При этом очевидно, что в уголовно-правовом конфликте возможности сторон несопоставимы: с одной стороны, в роли преследуемого (обвиняемого, подозреваемого) выступает гражданин, порой ограниченный в средствах, не имеющий юридического образования и какого-либо опыта защиты своих прав; с другой – вся мощь органов уголовного преследования, не только наделенных соответствующими полномочиями, но и обладающих необходимыми организационными и материальными ресурсами для их реализации.

В этих условиях функция судебного контроля приобретает огромное значение для охраны прав человека в уголовном процессе. Эта функция обеспечивает разумный баланс между заинтересованностью государства в бескомпромиссной борьбе с преступностью, и потребностью гражданина в защите от необоснованного и неуместного вторжения в сферу его жизненных интересов.

Суть судебного контроля в уголовном процессе состоит в том, что суд, как орган, не стоящий ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты, выступает в качестве инстанции, определяющей необходимость и пределы правоограничения, допустимого к применению в ходе судопроизводства по уголовному делу. Иными словами, именно суд должен давать санкцию не только на применение мер пресечения, связанных с

¹ Доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в публикации, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

² Статья 1 Конституции Республики Казахстан.

заключением под стражу, но и на производство процессуальных действий, ограничивающих право на неприкосновенность собственности, тайну частной жизни, личной свободы и иные закрепленные в Конституции права человека. Порядок вещей, при котором санкцию на производство таких действий дает прокуратура, свидетельствует о существовании в нашем уголовном процессе атакизмов репрессивного, инквизиционного судопроизводства, является несправедливым и неразумным, поскольку рассчитывать на объективность рассмотрения вопроса о целесообразности правоограничения от органа, непосредственно вовлеченного в процесс расследования уголовных дел и ответственного за борьбу с преступностью, явно не приходится.

Безусловно, в отличие от санкционирования ареста при решении вопроса о санкционировании следственных и оперативно-розыскных действий, неуместно говорить о состязательном рассмотрении данного вопроса. Эффективность такого рода действий возможна лишь при соблюдении тайны следствия и конспирации, что предполагает недопустимость уведомления об их производстве стороны защиты. В данной ситуации единственным гарантом надлежащего соблюдения прав участников процесса выступает судья как должностное лицо, по статусу уполномоченное защищать законность и демократические институты в государстве³.

В этой связи, очевидно, что только независимый, не связанный корпоративными связями с органами уголовного преследования суд, может отправлять эффективно функцию контроля за соблюдением прав человека. Суды должны быть ограждены от возможного давления со стороны органов уголовного преследования. Очевидно, что в законе следует предусмотреть организационные механизмы и правовые процедуры, позволяющие судьям объективно и беспристрастно разрешать вопросы обоснованности и законности ограничения конституционных прав человека правоохранительными органами. По этому заслуживает всяческой поддержки активно обсуждаемая в настоящее время идея о создании института следственного судьи, к компетенции которого будет отнесено санкционирование упомянутых следственных действий. Очевидно, что судьи, осуществляющие функцию контроля, организационно должны быть отделены от судей, осуществляющих функцию правосудия. Это позволит не только усилить независимость судей от иных подразделений ведомства, но и снизит негативное влияние корпоративной солидарности и коррупции.

Независимость суда необходима не только для защиты гражданских прав, но и полноценного экономического развития государства. В настоящее время в специальной литературе опубликован ряд исследований, посвященных влиянию уровня независимости судов на рост экономики. Во многих случаях эта связь представляется прямой и очевидной⁴.

По мнению доктора экономических наук Тамбовцева В. «...наличие у индивида специфицированных и защищенных прав собственности на ресурсы и результаты их использования выступает основой любой производительной деятельности, предпосылкой возникновения действительных стимулов к эффективному использованию этих ресурсов. Владелец незащищенных прав собственности будет использовать такие ресурсы с минимальной интенсивностью, поскольку создаваемый «излишек» продукции может быть присвоен без какой-либо компенсации любым другим индивидом, обладающим более высоким потенциалом насилия»⁵. Поскольку только независимый, то есть не подверженный давлению и коррупции, обладающий реальной полнотой власти для исполнения своих решений, суд может выступить конечной гарантией

³ Идеальным, было бы положение, существующее в английском уголовном процессе, когда защитником прав обвиняемого, не имеющего защитника, или, как в данной ситуации, лишеного права отстаивать свои права, является сам судья (The judge is the counsel for the prisoner). Более подробно, см. Чельцов-Бебутов М.А. Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. С-Пб, 1995. С. 422.

⁴ См.: Lars P. Feld, Stefan Voigt Economic Growth and Judicial Independence: cross country evidence using a new set of indicators: CESifo Working Paper NO. 906 April 2003 // Доступно в Интернете на сайте: : www.CESifo.de

⁵ В. Тамбовцев Улучшение защиты прав собственности – неиспользуемый резерв экономического роста России? // Вопросы экономики № 1, 2006. с. 22

неприкосновенности и уважения права собственности, очевидно, что именно он является основой не только политической и правовой свободы граждан, но и основой для полноценного и стабильного развития экономических отношений в государстве. Разумеется на рост экономики оказывают влияние и многие другие факторы финансовой, рыночной и индустриальной природы, но если рассматривать именно правовую, юридическую составляющую этой проблемы, то основополагающим элементом является именно степень независимости суда. По имеющимся эмпирическим данным видно устойчивое и статистически значимое положительное влияние реальной независимости судей на экономический рост⁶.

Как показывают упомянутые исследования:

1. Наличие независимого суда гарантирует объективную оценку законности действий государственных органов и защиту от произвола и неправомерного вмешательства в деятельность хозяйствующих субъектов.

2. Независимость суда предполагает более эффективное и справедливое разрешение споров, что позволяет экономить расходы на их урегулирование, что в свою очередь увеличивает инвестиции и расширяет финансовые возможности участников экономических отношений.

3. Независимый суд снижает неуверенность инвесторов и способствует стабильности инвестирования в экономику, вовлекает в этот процесс не только иностранные, но и внутренние источники.

4. Независимый суд гарантирует стабильность контрактов и их надлежащее исполнение.

Отсутствие такого важного элемента обеспечения экономических прав как независимость суда чревато неблагоприятными последствиями. «если институты защиты несовершенны, у экономических агентов возникают стимулы к частной защите. При этом вследствие экономии на масштабе богатые агенты получают существенные преимущества: они могут экспроприировать имущество бедных, используя созданный ими потенциал насилия. Тем самым богатые становятся противниками полной и совершенной защиты прав собственности, осуществляемой государством. Иными словами, в таких условиях не возникает адекватного «спроса» на институты, поддерживающие экономический рост, а экономика в целом оказывается в «плохом» равновесном состоянии, характеризующимся низкими темпами роста... и широкой распространенностью поведения, нацеленного на присвоение ренты, а не на производство стоимости»⁷.

Полагаем, что в условиях усиливающегося экономического кризиса нельзя игнорировать такой важный фактор экономического роста как независимость суда. Независимый суд нужен каждому гражданину нашей страны, ибо он является основой для процветания нашей Родины, гарантией социальной стабильности и залогом благополучия всех граждан Казахстана.

Ноябрь, 2011 г.

⁶ Lars P. Feld, Stefan Voigt Making judges Independent – Some Proposals Regarding the Judiciary: CESifo Working Paper NO. 1260. 2004 Цит. по: В. Тамбовцев Улучшение защиты прав собственности – неиспользуемый резерв экономического роста России? // Вопросы экономики № 1, 2006. С. 35.

⁷ В. Тамбовцев Указ. соч. С. 32.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕЙ ПРИ ПРИНЯТИИ РЕШЕНИЙ¹

Более 10 лет в республике проводится судебно-правовая реформа, в процессе которой до настоящего времени остается много дискуссионных и нерешенных, либо трудноразрешимых проблем, к числу которых относится, прежде всего, вопрос о независимости судей и ее гарантиях от влияния как внешних (т.е. находящихся вне судебной системы), так и внутренних (т.е. имеющих место в самой судебной системе) факторов, а также ответственности судей. Через большинство исследований, посвященных проблемам судебной власти, красной нитью проходит тезис о необходимости укрепления независимости судей, а также озабоченность о недостаточности гарантий, обеспечивающих этот принцип. Следует также согласиться с мнениями исследователей об актуальности проблемы самоидентификации судей по отношению к государству: судьи все еще ощущают себя не независимыми арбитрами, а чиновниками, чья основная задача — защищать интересы государства².

Причины этого обусловлены конкретными факторами и, - в первую очередь, внешними, находящимися вне судебной системы и судопроизводства, а также внутренними, порождаемыми самой судебной системой. Оба эти фактора оказывают влияние как на независимость судей при отправлении правосудия, так и на их ответственность.

Говоря о **внешних факторах**, следует отметить следующие:

Первая проблема заключается в несоответствии ряда норм действующего законодательства, касающегося вопросов независимости судей и их ответственности, международным стандартам правосудия, что ярко проявляется при сопоставлении национального законодательства о суде и актов (отчетов, заключений, рекомендаций и т.п.) международных организаций, в том числе и конвенционных органов ООН, и, в особенности, принятых за последние два года³.

Это несоответствие выражено в том, что в законодательстве (не только в Конституционном законе Республики Казахстан «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» (далее – КзсС), но и в процессуальном законодательстве (Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан (далее – УПК), Гражданском

¹ Доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке Института Открытого Общества (Open Society Institute). Мнения и взгляды, содержащиеся в докладе, могут не совпадать с официальной позицией Института Открытого Общества.

² См.: Мишина Е.А. Контроль в отношении судов в России // Юрист. 2011. № 4.

³ См. например: Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей» (г. Киев, 23-25 июня 2010 г.) // www.zakon.kz/182048-rekomendacii-kievskoj-konferencii-po.html; Совместное заключение по поводу конституционного закона о судебной системе и статусе судей Республики Казахстан. Страсбург, Варшава, 17-18 июня 2011 г. (Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека и Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия) // CDL-AD(2011)012 (www.venice.coe.int)); Рассмотрение докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 40 Пакта. Заключительные замечания Комитета по правам человека. Казахстан. Комитет по правам человека. Сто вторая сессия. Женева, 11–29 июля 2011 г. // CCRP/C/KAZ/CO/1; Второй раунд мониторинга. Казахстан. Отчет о мониторинге. Отчет утвержден на пленарном заседании Стамбульского плана действий 29 сентября 2011 г. в штаб-квартире ОЗСР в Париже // www.oecd.org/dataoecd/17/29/48908356.pdf и др.

процессуальном кодексе Республики Казахстан (далее - ГПК) имеются нормы, создающие условия либо позволяющие оказывать влияние на независимость судей при рассмотрении ими дел, контролировать их деятельность, а имеющиеся в законе противоречия и пробелы позволяют толковать их неоднозначно и произвольно применять.

Кроме того, несовершенство и нестабильность законодательства, а также частота и противоречивость вносимых в него изменений и дополнений влекут за собой рост правового нигилизма не только в обществе, но и что самое опасное – в среде самих правоприменителей, в т.ч. и судей, что негативно сказывается на качестве отправления ими правосудия.

Низкое качество законов приводит не только к судебным и следственным ошибкам, но способствуют и злоупотреблению определенной части недобросовестных судей, следователей, дознавателей и прокуроров, которые, используют пробелы, противоречия и другие недостатки закона в своих корыстных интересах. В таких случаях принцип независимости судей оборачивается своей противоположностью – реализация таких норм в сочетании с невысоким профессионализмом определенной части судей, низким уровнем их правосознания и правовой культуры являются благодатной почвой для совершения ими не только судебных ошибок, но и грубых нарушений закона вплоть до коррупционных преступлений.

На многие из дефектов законотворчества в своих ежегодных посланиях особо обращает внимание и Конституционный совет республики, отмечая, в частности, «что некоторые законы принимаются без должной концептуальной проработки, нередко противоречат друг другу, а необоснованно часто вносимые в них изменения порождают нестабильность действующего законодательства и правоприменительной практики»⁴.

В этой связи следует указать, что возможность влиять на состояние действующего законодательства посредством применения судами права, предоставленного им ст. 78 Конституции РК, не используется в достаточной мере, несмотря на то, что ежегодно Конституционный совет РК указывает в своих посланиях на значительное количество законов и иных нормативных правовых актов, которые ущемляют права и свободы граждан.

Вторая проблема связана с недостаточным финансовым обеспечением судебной власти, материальным и социальным обеспечением судей, поскольку оно не в полной мере обеспечивает возможность полного и независимого осуществления правосудия, на что указывается и в официальных документах государства⁵.

На необходимость уделения особого внимания этим вопросам указывается во многих международных документах. Например, Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов провозглашают: «Каждое государство-член обязано предоставлять соответствующие средства, позволяющие судебным органам надлежащим образом выполнять свои функции»⁶. Следуя этому принципу, Всеобщая хартия судей устанавливает: «Другие ветви государственной власти должны обеспечивать судебную власть средствами, необходимыми для адекватного ее оснащения в выполнении своих функций»⁷. В Совместном заключении Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и

⁴ См., например: Информация Конституционного Совета РК Президенту РК «О состоянии конституционной законности в республике (1 июля 1996 г.) // ЭПС «Законодательство РК»; Послание Конституционного Совета РК Парламенту РК «О состоянии Конституционной законности в республике» (по итогам деятельности за 1997 г.) // Там же; Послание Конституционного Совета РК от 29 мая 2007 г. № 01-4/1 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» // Казахстанская правда. 2007. 7 июня (№ 85 (25330) и др.

⁵ См., например: Послание Конституционного Совета РК «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» от 29 мая 2007 г. № 01-4/1 и от 23 июня 2008 г. № 09-6/1 // Казахстанская правда. 2007. 7 июня; 2008. 28 июня; Доклад комиссии по правам человека при Президенте РК. Астана: Комиссия по правам человека при Президента РК. 2005. С. 113-114 и др.

⁶ Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов: приняты VII Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Милан, 26 августа – 6 сентября 1985 г.); одобрены резолюциями генеральной Ассамблеи ООН 40/146 от 13 декабря 1985 г. // Международно-правовая защита прав и свобод человека. Сборник документов. М., 1990. С. 328–329.

⁷ См.: Всеобщая хартия судей: утв. Центральным Советом Международной Ассоциации судей 17 ноября 1999 г. // www.sudreforma.samal.kz. December 25th 2002.

правам человека и Европейской комиссии за демократию через право (Венецианской комиссии) по поводу конституционного закона о судебной системе и статусе судей Республики Казахстан от 17-18 июня 2011 г. указывается: «Надлежащее финансирование является важным аспектом организации деятельности судов. Для того, чтобы гарантировать судебную независимость, чрезвычайно важно, чтобы судебные органы получали достаточное финансирование для выполнения своих обязанностей по обеспечению справедливого судопроизводства в соответствии с международными стандартами» (п. 24).

Третья проблема. Безусловно, недопустимо, чтобы факты систематического нарушения судьей требований закона при отправлении правосудия оставались без должного реагирования. Но при этом основания и процедура привлечения к дисциплинарной ответственности должны быть регламентированы только законом и таким образом, чтобы не допустить субъективного усмотрения при решении вопроса о возбуждении дисциплинарного производства.

Однако в этой части действующее законодательство содержит ряд существенных недостатков, которые позволяют усомниться в объективности привлечения судей к ответственности (не разграничены субъекты, полномочные возбуждать дисциплинарное производство и принимать по ним решения; имеются формулировки неопределенного и (или) оценочного характера, дающие возможность их произвольного толкования и субъективного усмотрения, основания дисциплинарной ответственности и круг субъектов, полномочных инициировать вопрос о привлечении судьи к ответственности предусмотрен не только КЗоС, но и подзаконными актами и др.)

Во-первых, что касается субъектов, полномочных привлекать и инициировать вопрос о привлечении судьи к такой ответственности. Согласно ст. 41 КЗоС правом возбуждения дисциплинарного производства наделены Республиканская дисциплинарно-квалификационная коллегия (в отношении любого судьи) и областная дисциплинарно-квалификационная коллегия (в отношении председателей и судей местных судов). Однако такая регламентация приводит к тому, что одним и тем же органом возбуждается дисциплинарное производство и принимается решение о привлечении судьи к дисциплинарной ответственности, что ставит под сомнение беспристрастность такого органа.

Во-вторых, основания дисциплинарной ответственности должны быть предусмотрены только законом - КЗоС. Однако эти основания дополнены Положениями о дисциплинарно-квалификационных коллегиях, что является недопустимым. Кроме того, предусмотренные указанными актами основания являются оценочными, что не исключает возможности субъективного усмотрения при решении вопроса о привлечении судьи к ответственности. Имеются ввиду такие основания, как «профессиональной непригодность» судьи, «низкие показатели отправления правосудия», «нарушение законности». Так, на практике «низкий показатель» определяется, исходя из количества отмененных судебных решений, независимо от того, явилось ли оно следствием виновного нарушения (т.е. процессуального правонарушения) или невиновно (т.е. вследствие судебной ошибки) суда. Между тем, и КЗоС и НП ВС однозначно устанавливают, что отмена или изменение судебного решения, связанные с оценкой доказательств, не могут быть поставлены в вину судье⁸. Однако, это требование игнорируется – независимо от наличия вины судьи, любая отмена судебного решения оценивается как «низкий показатель».

Игнорируются и международные стандарты и рекомендации конвенционных органов ООН по этому вопросу. Например, учитывая важность вопроса о недопустимости привлечения судьи к ответственности за отмену вынесенного им решения в Рекомендациях Киевского совещания указано: «Ни при каких обстоятельствах не следует оценивать судей по содержанию их решений или вердиктов (как напрямую, так и через статистику по отмене их решений вышестоящей инстанцией). То, как судья решает дело, никогда не должно быть поводом для наказания» (п. 28).

⁸ Нормативное постановление Верховного Суда РК от 14 мая 1998 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан» // Казахстанская правда. 1998. 11 июня; 2009. 13 февраля.

Четвертая проблема заключается в принятии актов, ущемляющие такую важнейшую гарантию независимости судей, как их несменяемость до достижения ими предельного возраста. Речь идет о прекращении полномочий судей по **основаниям, не предусмотренным** ни Конституцией РК, ни КЗоС. Так, п. 2 ст. 24 КЗоС устанавливает: «Полномочия судей могут быть прекращены или приостановлены не иначе, как по основаниям и в порядке, предусмотренным настоящим Конституционным законом», а ст. 34 КЗоС устанавливает исчерпывающий перечень таких оснований и не предусматривает в качестве оснований прекращения полномочий судьи по такому основанию, как «сокращение штатов». Тем самым, однозначно установлено, что никакими иными нормативными правовыми актами полномочия судей не могут быть прекращены.

Однако в некоторых случаях акты Президента имеют приоритет перед КЗоС, хотя ни Конституцией, ни законодательством республики это не предусмотрено. Так, Президент своим Указом от 27 сентября 2010 г. №1072 «О мерах по оптимизации штатной численности органов, содержащихся за счет государственного бюджета и сметы (бюджета) Национального Банка Республики Казахстан» постановил сократить штатную численность судей местных судов на 378 судей: в областных и приравненных к ним судах на 86 судей (с 574 до 488), в районных и приравненных к ним судах – на 292 судьи (с 1945 до 1653). Этим же Указом предусмотрено и сокращение численности канцелярий судов и аппарата Верховного Суд. Данный Указ в части, касающейся сокращения штатной численности судей местных судов», противоречит ч. 1 ст. 79 Конституции РК и ст. 34 КЗоС, а также п. 3 ст. 1 КЗоС устанавливающей запрет на «принятие законов или иных нормативных правовых актов, умаляющих статус и независимость судей».

Следует заметить, прекращение полномочий судьи в связи с сокращением штатов противоречит и международным стандартам, касающимся правового статуса судей. А потому вполне объяснимо, почему этот Указ вызвал столь бурную реакцию в СМИ⁹.

Представляется, что данный Указ должен стать предметом рассмотрения Конституционного Совета РК на предмет его соответствия в части норм, предусматривающих сокращение судей, Конституции РК.

Кроме того, наблюдается и дальнейшая тенденция к нарушению принципа несменяемости судей по их возрастному признаку – в местных судах продолжает проводиться соответствующая «разъяснительная работа», понуждающих судей, достигших предпенсионного возраста увольняться либо уйти в отставку. Хотя в соответствии со ст. 34-1 КЗоС, пребывание в должности судьи допускается до 65-ти лет.

Вышеуказанные недостатки порождают внутренние проблемы, порожденные самой судебной системой, суть которых заключается в следующем:

1) **Наличие непроцессуальных отношений** между: а) вышестоящими и нижестоящими инстанциями; б) председателями и судьями суда;

Организационные и кадровые полномочиями председателей судов и, особенно вышестоящих в, в сочетании с их процессуальными полномочиями, являются довольно мощными средствами воздействия на судей, и, прежде всего, на их независимость.

Эти полномочия в своей совокупности определяют такие важнейшие вопросы правового статуса судей, как их карьерный рост, привлечение судьи к дисциплинарной ответственности, лишение его полномочий и др. В исследованиях указывается на формальность рекомендаций пленарных заседаний и влияние на их принятие мнения председателя, пренебрежение мнением судей. В частности, указывается, что на практике окончательное решение по всем наиболее важным вопросам «принимает обычно председатель суда единолично, либо предлагает «свое мнение», которое, как правило, и принимается. ...Коллегии создаются распоряжениями председателей судов без

⁹ Соколай О. А судьи кто? // Казахстанская правда. 2011.15апреля; Председатель Высшего Судебного Совета Оналсын ЖУМАБЕКОВ: Под реальное сокращение попали только 65 судей // www.zakon.kz/top_news/193937-predsedatel-vysshego-sudebnogo-soveta.html (2010. 27 декабря); Перхальский С. Беззащитная мантия // Время. 2011.22 февраля; Киселев С. Экс-судья Алия Гаева: Мне подачки не нужны // Время. 2011.17 февраля; Касенова А. Суд не может и не должен всех устраивать // www.zakon.kz/top_news/209612-asija-kasenova-sud-ne-mozhet-i-ne.html (15.04.2011 г.) и др.

обсуждения на пленарных заседаниях, не утверждаются численные составы надзорных коллегий, не проводится тайное голосование по выборам в их составы и т.д.»¹⁰, «Судьи практически не голосуют против представленных кандидатур, хотя иногда знают их не с лучшей сторон»¹¹.

Регламентируя правовой статус председателей судов, наделяя их довольно широкими полномочиями, законодатель исходит, видимо, из презумпции их порядочности, объективности, высокого уровня профессионализма, правосознания и правовой культуры. Однако, как показывает практика, не все председатели обладают такими качествами, свидетельством чему являются факты привлечения не только судей, но и председателей к дисциплинарной ответственности, лишение их полномочий по негативным основаниям, и даже привлечение к уголовной ответственности.

А судья, именуемый в законе носителем судебной власти, которому Конституцией РК гарантирована независимость и постоянство его статуса, в ситуациях, когда вопросы, связанные с его должностью, зависят от волеизъявления председателя суда, оказывается в положении чиновника, вынужденного соотносить свою деятельность, в том числе и при отправлении правосудия, с указаниями и распоряжениями своего начальника. В противном случае могут последовать негативные последствия - создаются неблагоприятные условия для осуществления нормальной работы, вынуждающие судью уволиться либо уйти в отставку.

Такая зависимость проявляется в следующем.

Во-первых, в судебной системе республики стали обычной практикой так называемые доклады судей председателю суда о предстоящем рассмотрении дела и согласованиям с ним предполагаемого решения по нему, а также предварительные так называемые «консультации» судей перед вынесением решения по делу с судьями вышестоящих инстанций. Причинами этого являются конкретные обстоятельства, суть которых сводится, к тому, что любая отмена или изменение судебного решения, независимо от оснований принятия такого решения вышестоящей инстанцией, ставится судьям в вину, которая может повлечь для него серьезные последствия, вплоть до прекращения его полномочий.

Во-вторых, вышестоящие суды необоснованно выходят за пределы предоставленных им законом полномочий, расширяя по собственной инициативе свои непроцессуальные полномочия, организуя различного рода проверки деятельности нижестоящих судов и судей в лице так называемых зональных кураторов.

В-третьих, проблема непроцессуальных отношений усугубляется деятельностью созданных за последние годы в судах структур, осуществляющих фактически контроль за деятельностью судей решающих вопрос о их ответственности, прекращения полномочий. Речь идет о межпленарных заседаниях и оперативных совещаниях местных судов¹², Судебном жюри¹³, отделе РК судебного мониторинга Верховного Суда и аналогичных структурах в областных и приравненных к ним судах¹⁴), что существенно ущемляет их независимость и нарушает гарантированное Конституцией РК бессрочность их полномочий (п. 1 ст. 79).

Например, состав и компетенция межпленарных заседаний судов характеризуются такими свойствами, которые присущи для органов, организация и деятельность которых основана на принципе централизации, единоначалия и подчинения, что позволяет сделать вывод о том, что в судах, созданы управленческо-административные органы, что противоречит закрепленным в Конституции РК и международных стандартах нормам о назначении и содержании судебной власти. В этой связи исследователями отмечается,

¹⁰ Раззак Н. Правовой статус областного суда: автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. Алматы, 2008. С. 13.

¹¹ Там же. С.17.

¹² См.: Распоряжение Председателя Верховного Суда РК от 7 сентября 2005 г. № 162 «Об утверждении «Положения об организации работы межпленарного заседания и оперативного совещания местных судов».

¹³ См.: Положение о Судебном жюри // Приложение 2 к Указу Президента РК от 27 февраля 2007 года № 292 «О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Казахстан от 26 июня 2001 года № 643» // Там же.

¹⁴ Бредихина Т. Мало критиковать, нужны предметный анализ и оценка качества// Казахстанская правда. 2009. 30 октября.

что для казахстанской судебной системы характерны жесткая иерархия, скрытые механизмы давления на судей, негласные корпоративные правила согласования и принятия «нужных» решений»¹⁵.

В-четвертых, сохранение существующего с советских времен положения, устанавливающего нахождение в одном судебном звене (областном и приравненном к нему судам) двух инстанций (апелляционной и кассационной), что негативно сказывается на независимости судей, их объективности при рассмотрении и разрешении ими дел, что позволяет усомниться в беспристрастности такого суда.

В-пятых, организационные и кадровые полномочиями председателей вышестоящих судов и, особенно Председателя Верховного Суда, в сочетании с их процессуальными полномочиями, ставят судей в положение подчиненного: они должны соотносить свою деятельность, исходя из указаний председателей вышестоящих судов. Например, председатели областных и приравненных судов наделены правом внесения представления в Верховный Суд РК (ч. 3 ст.423-2, ст. 446-21 УПК), а Председатель Верховного Суда РК – правом внесения представления на постановления надзорной коллегии (ст. 292 УПК), что противоречит не только принципу состязательности, но и в определенной мере не соответствует задачам проводимой в республике правовой политики, одной из которых является «укрепление независимости судов при отправлении правосудия»¹⁶.

В-шестых, судебный надзор и контроль, осуществляемый Верховным Судом РК в нескольких направлениях:

- в форме принятия им нормативных постановлений, в которых даются разъяснения вопросов судебной практики. Эти постановления отнесены Конституцией к источникам действующего права в республике (п. 1 ст. 4 и ст. 81) и потому являются обязательными не только для судей, но и для других правоприменителей. Поэтому возникает коллизия между провозглашенным Конституцией принципом независимости судей только Конституции и закону, с одной стороны, и обязанностью судей соотносить судебные решения с разъяснениями Верховного Суда, которые даны им в нормативных постановлениях. Например в Рекомендациях Киевского совещания указывается: «Судам высших инстанций следует воздерживаться от издания директив, разъяснений и резолюций. Пока такая практика существует, такие документы не должны быть обязательными для нижестоящих судов. В противном случае подобные акты создают ограничения для индивидуальной независимости судьи. Помимо этого, образцовые решения высших судов и решения, специально выбранные в качестве прецедентов, должны иметь рекомендательный характер и не должны быть обязательными для нижестоящих судов по другим делам» (п.35);

- форме принятия Верховным Судом различного рода программ, распоряжений и других директив¹⁷. Хотя ни Конституция, ни КЗоС не содержат норм, наделяющих Верховный Суд правом принятия таких актов. Но практическая деятельность Верховного Суда показывает, что такие документы определяют судебную политику: указанные документы определяют основные направления и перспективы в деятельности судов и

¹⁵ См., например: Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на *Леонардо Дестуи*. Миссия Казахстан // E/CN. 4. 2005. 60. Add. 2; *Раззак Н.* Правовой статус областного суда. Автореф. ...дисс. канд. юрид. наук. Алматы, 2008. С. 13; *Канафин Д.К.* Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан // Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан. Сборник материалов круглого стола. Алматы, 2009. С. 73 и др.

¹⁶ Указ Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 год» // Казахстанская правда. 2009. 27 августа.

¹⁷ Например: Программа повышения имиджа судебной системы Республики Казахстан: утверждена пленарным заседанием Верховного Суда РК 20 марта 2003 г.; Стратегический план Верховного Суда РК (судебной системы) на 2010-2014 годы; Методические рекомендации по оказанию практической помощи в применении законодательства и изучению организации работы местных судов: утверждены распоряжением Председателя Верховного Суда РК от 20 августа 2004 г. № 153; Положение об организации работы межпленарного заседания и оперативного совещания местных судов, утверждено распоряжением Председателя Верховного Суда РК от 7 сентября 2005 г. № 162 и др.

судей. Анализ ряда таких документов показывает, что Верховный Суд при этом нередко выходит за пределы предоставленной конституционными нормами судебной власти компетенции;

- в форме рассмотрения кандидатур на должности председателей и председателей судебных коллегий местных и других судов, председателей судебных коллегий Верховного Суда и представления их в Высший Судебный Совет и др.

В этой связи следует указать, что вопросами, носящими организационный и материально-технический характер, должен заниматься не Верховный Суд РК и местные суды, а Департамент по судебному администрированию, поскольку именно на этот орган возложены функции по организационному, материально-техническому и иному обеспечению деятельности местных судов (п. 11 Положения о Департаменте по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде Республики Казахстан (аппарате Верховного Суда РК), утв. Указом Президента РК от 3 ноября 2010 г. № 1093). Рассмотрение же таких вопросов судами отвлекает судей от их основной конституционной обязанности – осуществления правосудия и входит в противоречие с п. 2 ст. 23 КЗоС, устанавливающим: «На судью не могут быть возложены внесудебные функции и обязанности, не предусмотренные законом».

Проблема необходимости разграничения вопросов отправления правосудия и организационного обеспечения судов, на что указывалось еще в 1994 г.¹⁸, а также исключения фактов, когда председатели судов вместо осуществления правосудия занимаются непроцессуальной деятельностью и подменяют уполномоченный орган по организационному, кадровому и материально-техническому обеспечению судов¹⁹, была и продолжает оставаться по настоящее время актуальной и требует своего четкого законодательного разграничения.

Поэтому на законодательном уровне должны быть четко определен перечень отнесенных к судам нормотворческих функций и организационных вопросов, в том числе и касающихся отношений между судами различных судебных звеньев, инстанций и Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде РК.

В-седьмых, судебная корпоративность, которая, имея объективную природу, играет как положительную роль (способствует сплоченности судей, их профессиональному росту, готовности противодействовать незаконным внешним влияниям и т.д.), так и отрицательную (непринятие обоснованной критики извне, попустительство негативным кадровым тенденциям, непроцессуальным взаимоотношениям и т.п.).

В-восьмых, особую озабоченность вызывает латентная коррупция в судебной системе, подверженность судей коррупции²⁰.

Ноябрь, 2011 г.

¹⁸ Реформа судебной системы // Государственная программа правовой реформы в Республике Казахстан (основные направления): утверждена постановлением Президента РК от 12 февраля 1994 г. № 1569 // САПП РК. 1994. № 9. Ст. 91.

¹⁹ Обращение Генерального прокурора РК от 21 апреля 2003 г. № 12-1-2003 к Президенту РК Назарбаеву Н.А. //www.basezakon.kz/doc/lawyer/?uid=15F433D3-FB74-4FEC-BC7F-SA1781A95578&language= rus&doc_id=1040897.

²⁰ См, например: Второй раунд мониторинга. Казахстан. Отчет о мониторинге. Отчет утвержден на пленарном заседании Стамбульского плана действий 29 сентября 2011 г. в штаб-квартире ОЭСР в Париже // www.oecd.org/dataoecd/17/29/48908356.pdf (п.3.8.).

ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ВЫБОРНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ ПРЕЗИДЕНТСКИХ ВЫБОРОВ¹

Настоящий анализ продиктован необходимостью реформирования выборного законодательства Республики Казахстан в связи с его неполным соответствием международным стандартам и обязательствам Казахстана в области обеспечения справедливых и беспристрастных выборов. В данной оценке рассмотрен спектр норм касающихся подготовки и проведения выборов Президента Республики Казахстан. В частности, будут рассмотрены вопросы формирования и деятельности избирательных комиссий, а также проблемы по реализации прав кандидатов в Президенты и избирательного процесса.

Раздел I. Правовой анализ проведения внеочередных выборов Президента Республики Казахстан

Очередные выборы Президента Казахстана, в соответствии с Конституцией должны были состояться в декабре 2012 г. Однако, в связи с принятием в феврале 2011 г. поправок в Конституцию РК и ряд конституционных законов, выборы были назначены досрочно на 3 апреля 2011 г. Назначению внеочередных президентских выборов предшествовал ряд событий.

23 декабря 2010 года группа граждан Восточно-Казахстанской области выступила с инициативой проведения республиканского референдума о продлении полномочий Президента Нурсултана Назарбаева до 2020 года.² В рекордно сжатые сроки было собрано более 5 миллионов подписей в поддержку проведения референдума.³ Данная инициатива впоследствии послужила политическим основанием для назначения внеочередных президентских выборов в Казахстане.

С правовой точки зрения, возможность группы граждан инициировать проведение референдума непосредственно по вопросу продления полномочий действующего Президента, была спорной. Конституция Республики Казахстан не предусматривала оснований и механизмов для продления полномочий Президента. В связи с этим, группа депутатов Парламента инициировала принятие поправок в Конституцию с целью

¹ Настоящая аналитическая записка подготовлена при поддержке Посольства Великобритании в Астане и Посольства Королевства Норвегия в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке, могут не совпадать с официальной позицией Посольства Великобритании в Астане и Посольства Королевства Норвегия в Казахстане.

² ЦИК зарегистрировала инициативную группу референдума по продлению полномочий действующего президента // *Kazakhstan Today*. 27 декабря 2010 г.

³ По конституционному закону «О Республиканском референдуме» от 2 ноября 1995 года, №2592 достаточно представить подписные листы не менее чем двухсот тысяч граждан республики, обладающих правом на участие в республиканском референдуме, в количественном отношении в равной мере представляющих все области, столицу республики и города республиканского значения.

формального закрепления возможности проведения референдума по данному вопросу. 29 декабря 2010 г. Мажилис Парламента единогласно проголосовал за проект постановления об обращении к Президенту, о внесении изменений в Конституцию РК и назначении референдума по продлению его президентских полномочий до декабря 2020 г. 6 января 2011 г. Сенат Парламента на пленарном заседании поддержал обращение депутатов к главе государства. 7 января Президент отклонил эти предложения.⁴

Несмотря на отрицательное решение Президента, 14 января 2011 г. Парламент единогласно принял поправки о референдуме в Конституцию Республики Казахстан. Данная законодательная инициатива была крайне негативно воспринята международным сообществом и гражданским обществом Казахстана.⁵ В результате Президент передал принятые Парламентом поправки в Конституционный Совет с целью определения их соответствия действующей Конституции Республики Казахстан. Представители гражданского общества направили в Конституционный Совет правовой анализ о соответствии предлагаемых поправок Конституции РК. Главный вывод, сделанный в этом анализе, сводился к следующему: «В силу того, что предлагаемые поправки в п.5 ст.42 Конституции, по своей юридической природе и последствиям влекут лишение пассивных и активных избирательных прав всех граждан Республики Казахстан, такие поправки противоречат ст. 12 Конституции Республики Казахстан в части невозможности отчуждения прав человека, а также требованиям Конституционного закона Республики Казахстан от 2 ноября 1995 года № 2592 «О республиканском референдуме», в части невозможности вынесения на референдум вопросов, которые могут повлечь за собой нарушение конституционных прав и свобод человека и гражданина».⁶

Итогом рассмотрения вопроса в Конституционном Совете стало Постановление от 31 января 2011 г., в котором поправки в Конституцию РК, представляющие возможность продления полномочий Президента на республиканском референдуме, были признаны неконституционными.⁷ В постановлении Конституционного Совета указана только одна причина неконституционности положений о референдуме: «Оценивая данную норму Закона, Конституционный Совет констатирует, что из пункта 1 Закона не ясно, на какой срок могут быть продлены президентские полномочия Первого Президента Республики Казахстан – Елбасы. Не определено, будет ли такое продление носить разовый или неоднократный характер, либо предполагается полный отказ от выборов Главы государства»⁸. Между тем, такая неоднозначная позиция Конституционного Совета сохраняет возможность в будущем вернуться к обсуждению вопроса о продлении полномочий Первого Президента.

⁴ Указ Президента РК "Об отклонении предложения парламента РК о вынесении на Республиканский референдум изменений и дополнений в конституцию Республики Казахстан" был опубликован 7 января 2011 г.

⁵ 17 января Директор БДИПЧ ОБСЕ Янеш Ленарчич выразил обеспокоенность по поводу того, что парламент Казахстана принял поправки к Конституции, позволяющие провести референдум о продлении срока полномочий президента. URL: <http://www.zakon.kz/195451-obse-obespokoenopresheniem-parlamenta.html>. 22 января от имени Европейского союза, с заявлением выступила верховный представитель ЕС по вопросам внешней политики и политики безопасности Кэтрин Эштон, которая призвала Казахстан гарантировать проведение президентских выборов в соответствии с действующей Конституцией. URL: http://www.zakon.kz/top_news/196190-evrosojuz-prizval-kazakhstan-provesti.html. На переговорах с министром иностранных дел Казахстана Канатом Саудабаяевым госсекретарь США Хиллари Клинтон особо подчеркнула, что национальный референдум по вопросу продления срока правления Президента Нурсултана Назарбаева до 2020 года может стать шагом назад для демократии. URL: <http://www.zakon.kz/197007-klinton-prizyvaet-ne-provodit.html>.

⁶ «Заключение по проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» по вопросу о продлении полномочий Первого Президента РК путем республиканского референдума». URL: http://www.bureau.kz/data.php?n_id=2589&ru (дата доступа: 25 марта 2011 г.)

⁷ О проверке Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» на соответствие Конституции Республики Казахстан Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 31 января 2011 года №2. URL: <http://www.constcouncil.kz/rus/resheniya/?cid=10&rid=644>. (дата доступа: 25 марта 2011 г.)

⁸ Там же.

После решения Конституционного Совета Н.Назарбаев объявил, что не может игнорировать волю пяти миллионов граждан и Парламента Казахстана, и в связи с этим заявил о необходимости провести досрочные президентские выборы.⁹ Так как Конституция Республики Казахстан не предусматривала возможности назначения досрочных выборов, в кратчайшие сроки Парламентом Казахстана были приняты изменения и дополнения в Конституцию Республики Казахстан и ряд конституционных законов.¹⁰ Так, ст. 41 Конституции РК была дополнена пунктом 3-1 следующего содержания: «3-1. Внеочередные президентские выборы назначаются решением Президента Республики и проводятся в порядке и сроки, установленные конституционным законом». Таким образом, была создана формальная нормативно-правовая база для проведения досрочных президентских выборов в Республике Казахстан. Важно отметить, что новые поправки в Конституцию не содержат перечня законных оснований необходимых для объявления президентом досрочных выборов. Вопрос о целесообразности решает сам действующий Президент. Напомним, что ранее ст. 48 Конституции РК предусматривала возможность проведения досрочных выборов только в случае освобождения Президента от должности «при устойчивой неспособности осуществлять свои обязанности по болезни». Однако в 1998 году в эту статью были внесены изменения, которые исключили возможность проведения досрочных выборов.¹¹

Международные стандарты прямо не оговаривают конкретные условия, при которых должны или могут проводиться досрочные выборы. В то же время предлагаются два критерия, на которые следует ориентироваться в таких ситуациях. Во-первых, это необходимость максимально соблюдать разумную периодичность выборов, определенную в законе. Так, п. 7.1 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990 года¹² устанавливает: «Для того чтобы воля народа служила основой власти правительства, государства-участники проводят свободные выборы с разумной периодичностью, как это установлено законом». Во-вторых, изменения в законе, определяющем такую периодичность, должны быть мотивированы особыми обстоятельствами. Согласно лучшей практике проведения демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ: «...изменения и дополнения законодательства не допускаются в период, непосредственно предшествующий проведению выборов, особенно если способность избирателей, политических партий или кандидатов исполнить свою роль может оказаться нарушенной».¹³ Принципы Европейской комиссии за демократию через право также устанавливают, что: «Фундаментальные элементы закона о выборах...не должны подлежать изменениям и дополнениям менее чем за один год до проведения выборов».¹⁴ Исключениями могут быть особые случаи «...когда в законодательстве или методе его применения обнаруживаются недостатки, и возникает эффективное политическое и общественное согласие по поводу необходимости их устранения...».¹⁵

⁹ Обращение Главы государства к народу Казахстана. 31.01.2011г. URL: http://www.akorda.kz/ru/speeches/addresses_congratulations/obraschenie_glavy_gosudarstva_k_narodu_kazahstana_31012011g. (дата доступа: 25 марта 2011 г.)

¹⁰ Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 2 февраля 2011 г. № 403-IV и Конституционный закон Республики Казахстан от 3 февраля 2011 года № 404-IV «О внесении дополнений и изменений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан»

¹¹ Закон Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 07.10.1998 N 284-1.

¹² См. официальный сайт ОБСЕ URL: <http://www.osce.org/astana/73701> (дата доступа: 25 марта 2011г.)

¹³ Существующие обязательства по проведению демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ. ОБСЕ БДИПЧ. Варшава, 2004 г. С.14.

¹⁴ Code of Good Practices in Electoral Matters, Regulatory Levels and Stability of Electoral Law, Article 65, page 26, Strasbourg 23, May 2003. (Adopted by the Venice Commission at its 52nd session, Venice, 18-19 October 2002). URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-e.pdf) (дата доступа 25 марта 2011 г.)

¹⁵ Существующие обязательства по проведению демократических выборов в государствах-участниках ОБСЕ. ОБСЕ БДИПЧ. Варшава, 2004 г. стр.14.

В Казахстане факт сбора пяти миллионов подписей в поддержку продления полномочий действующего Президента, использовался политическим основанием для проведения досрочных выборов. Очевидно, что данная ситуация не должна рассматриваться, как один из «особых случаев» недостатков законодательства, влекущий за собой острую необходимость изменения норм, регулирующих процесс выборов Президента, которые допускаются международными стандартами. Более того, проведение досрочных выборов сокращает срок пребывания в должности действующего Президента практически на два года, что умоляет значение конституционной нормы о сроке президентства.

Последовавшее внесение изменений в Конституцию Республики Казахстан и выборное законодательство, позволяющих Президенту назначать внеочередные выборы, явно не соответствует принципам демократического государства и рекомендациям ОБСЕ. Во-первых, изменения в основной закон страны - Конституцию Республики Казахстан, прошли без серьезной публичной дискуссии. Во-вторых, условия при которых могут быть назначены досрочные выборы должны быть прямо прописаны в выборном законодательстве. Новое положение в Конституции РК, когда досрочные выборы могут быть назначены действующим Президентом в любое время на основе только его инициативы, противоречит принципу определенности правовой нормы и создает потенциальную и постоянную угрозу в отношении соблюдения принципа проведения выборов на регулярной основе. В-третьих, назначение внеочередных выборов в сжатые сроки существенно лишило потенциальных кандидатов возможности полноценно подготовиться к участию в выборах.

Раздел II. Формирование и деятельность избирательных комиссий

Обеспечение честных и прозрачных выборов во многом зависит от того, как организована система органов, ответственных за их проведение. В Казахстане такой структурой является Центральная избирательная комиссия (далее - ЦИК) и соответствующие избирательные комиссии на местах. Избирательным комиссиям отводится ключевая роль в модерировании процесса выборов на всех уровнях. Многолетний опыт проведения президентских, парламентских и местных выборов в Казахстане свидетельствует, что существует значительных потенциал по улучшению деятельности избирательных комиссий.. На наш взгляд, без кардинального пересмотра процедуры формирования таких органов многие другие реформы выборного законодательства не могут быть реализованы, чтобы действительно в полной мере гарантировать справедливый и беспристрастный характер избирательных процедур в соответствии с международными стандартами.

1. Отсутствие независимой процедуры формирования Центральной избирательной комиссии

Закон о выборах устанавливает, что ЦИК состоит из председателя и шести членов комиссии.¹⁶ В соответствии с п. 7 ст. 44 Конституции РК, Президент назначает Председателя и двух членов ЦИК, остальных членов ЦИК назначает каждая из двух палат Парламента РК (по два члена ЦИК от каждой палаты).¹⁷ В ситуации, когда действующий Президент также является Председателем партии «Нур Отан», члены которой составляют подавляющее большинство Парламента РК, создаются условия, когда ключевой орган, регулирующий процесс выборов формируется одной политической партией. В законодательстве РК отсутствует система сдержек и противовесов, предотвращающая возникновение подобной ситуации.

В свою очередь, международные стандарты говорят, что там, где отсутствует многолетняя традиция независимости административных властей от органов политической власти, на всех уровнях — от общенационального уровня до отдельного

¹⁶ Часть 2 ст. 11 Закона о выборах.

¹⁷ Пункт 1 ст. 57 Конституции РК.

избирательного участка, — должны создаваться независимые, беспристрастные избирательные комиссии.¹⁸

Венецианская комиссия особо отметила, что лишь прозрачность, беспристрастность и независимость от политически мотивированного манипулирования обеспечат надлежащее управление избирательным процессом от начала предвыборной кампании до окончания обработки результатов. В государствах, где административные органы традиционно независимы от политических властей, государственная служба применяет избирательное законодательство, не подвергаясь политическому давлению. Однако в государствах, не обладающих большим опытом организации плюралистических выборов, слишком велика опасность того, что власти будут пытаться принуждать административные органы действовать по своему усмотрению. Это касается как центрального правительства, так и местных властей.¹⁹

Таким образом, основополагающим условием для обеспечения равенства сторон в избирательной борьбе является независимая и формируемая всеми политическими участниками избирательная комиссия, свободная от политического давления со стороны действующей власти. В Казахстане, где в настоящее время ЦИК формируется, по существу, одной политической партией, не могут не появляться сомнения в объективности выборных процессов, что ставит под угрозу свободный и честный характер выборов.²⁰

2. Вопросы представительства политических партий в избирательных комиссиях

ЦИК является постоянно действующим органом и возглавляет единую систему избирательных комиссий.²¹ ЦИК состоит из семи членов. Председатель и два члена комиссии назначаются Президентом РК.²² Каждая из палат Парламента назначает по два члена ЦИК.²³ Территориальные, окружные и участковые избирательные комиссии формируются соответствующими маслихатами.²⁴

В международной практике нет единых стандартов по формированию органов, ответственных за проведение выборов. В каждой политической системе существует свой порядок организации выборного процесса с учетом политической традиции и местных условий. В тоже время, например, Замечание Комитета ООН по правам человека гласит, что «следует создать независимый орган для контроля за ходом выборов и для обеспечения их справедливости, беспристрастности и соответствия законам, отвечающим положениям Пакта»²⁵... отступление от этих прав несовместимо со статьей 25 Пакта.²⁶ Таким образом, какую бы государство не выбрало систему организации выборов необходимо обеспечить независимость органа, осуществляющего контроль над выборами.

¹⁸ Подпункт 3.1. п.3 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов.

¹⁹ Пункты 68—70 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм при проведении выборов (принят Венецианской комиссией на 52-й пленарной сессии, Венеция, 18—19 октября 2002 года). URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus) (далее — Пояснительный доклад).

²⁰ Пункты 58—59 Пояснительного доклада.

²¹ Пункт 2 ст. 11 Конституционного Закона «О выборах в Республике Казахстан»²¹ от 28.09.1995 N 2464 (далее - Закон о выборах).

²² Пункт 7 ст. 44 Конституции Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г.) (далее – Конституция РК).

²³ Пункт 1 ст. 57 Конституции РК.

²⁴ Пункт 3 ст. 10 Закона о выборах.

²⁵ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28.11.2005 N 91-3 "О ратификации Международного Пакта о гражданских и политических правах". URL: www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pact-pol.shtml (далее – МПГПП).

²⁶ CCPR General Comment No. 25: Article 25, Paragraph 20 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote). URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fc22.html>

В мире функционируют разные модели органов по контролю за ходом выборов и обеспечению их справедливости и беспристрастности. Например, в некоторых странах, где население традиционно доверяет органам исполнительной власти или судебной системе, такие функции передаются на время выборов специально определенным служащим или судьям. Например, в США соответствующие чиновники Государственного департамента ответственны за организацию выборов. Подобные системы, где исполнительная власть вовлечена в проведение выборов, существуют в Германии, Франции и Японии. Судебная власть, в том числе через создание специализированных судов по выборам, администрирует выборы в ряде стран Латинской Америки. В континентальной Европе подобная система существует в Польше, где судьи также играют важную роль в организации выборного процесса.

В последнее время все большее число стран мира выбирают модель, при которой создается полностью автономный орган – избирательная комиссия, – которая часто имеет самостоятельный конституционный статус, позволяющий ей функционировать независимо от других ветвей власти. Такие системы существуют в России, ЮАР, Индии и др. государствах. Именно о таком независимом органе, для контроля за ходом выборов, идет речь в цитируемом выше Заявлении Комитета ООН по правам человека. Часто членами таких комиссий являются представители всех или большинства политических партий. Это делается для того, чтобы гарантировать независимость их деятельности через систему взаимного контроля всех участников политического процесса.

Республика Казахстан в свое время сделала выбор в пользу создания отдельного органа по организации выборов, таким образом, была предпринята попытка обеспечить максимальную независимость этого органа от других ветвей власти. Однако на законодательном уровне функционирование такого органа оказалось не подкрепленным достаточными гарантиями независимости. Так, п. 3 ст. 10 Закона о выборах предусматривает, что «каждая политическая партия вправе представлять одну кандидатуру в состав соответствующей избирательной комиссии». Территориальные, окружные и участковые избирательные комиссии избираются соответствующими маслихатами на основании предложенной политической партий. Данная норма не означает прямого требования о том, что все партии должны иметь своих представителей в избирательных комиссиях. Законодательно не был закреплен сам механизм, который гарантирует участие политических партий в работе избирательных комиссий на равных условиях. Более того, с учетом специфики формирования ЦИК, партии не имеют каких-либо механизмов влияния на состав органа, ответственного за организацию и проведение выборов на национальном уровне. Также следует отметить, что возможное представительство политических партий ограничивается тем, что избирательные комиссии всех уровней образуются в составе только семи членов.²⁷

Следует отметить, что п. 6 ст. 20 Закона о выборах предусматривает только возможность для политических партий «делегировать в соответствующую избирательную комиссию своего представителя с правом совещательного голоса».²⁸ Таким образом, закон не решает вопрос об участии представителей политических партий в деятельности избирательных комиссий на равных условиях. Более того, данное положение носит дискриминационный характер по отношению к тем представителям политических партий, которые не были включены решением маслихатов в состав избирательных комиссий.

Отсутствие законодательных гарантий для участия представителей всех политических партий в деятельности избирательных комиссий (или их участия на равных условиях) в Республике Казахстан не раз вызывало критику со стороны Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (далее – БДИПЧ ОБСЕ). Казахстану было рекомендовано внести соответствующие изменения в Закон о выборах с тем, чтобы обеспечить надлежащее представительство политических партий в

²⁷ См. п. 2 ст. 11, п. 2 п. 2 ст. 13, п. 2 ст. 15, п. 1 ст. 17 Закона о выборах.

²⁸ Следует отметить, что такой представитель вправе обжаловать действия (бездействие) избирательной комиссии в вышестоящую избирательную комиссию или суд (п. 6. ст. 20 Закона о выборах).

избирательных комиссиях страны.²⁹ Вышеупомянутые проблемы Закона о выборах, касающиеся формирования избирательных комиссий, по мнению экспертов БДИПЧ ОБСЕ, на практике означают «отсутствие гарантий в отношении полноты и плюрализма представительства в составе избирательных комиссий на всех уровнях».³⁰ До настоящего времени предложенные рекомендации БДИПЧ ОБСЕ по данному вопросу не были реализованы Казахстаном.

Для обеспечения независимости органов осуществляющих контроль над выборами (включая ЦИК) необходимо представительство в нем всех или, на равных условиях, большинства основных политических партий (и представителей независимых кандидатов - в случаях предусмотренных законом). Для этого состав соответствующих избирательных комиссий на местах должен быть существенно расширен, а процедура избрания его членов должна носить справедливый характер, позволяющий обеспечить равное представительство всех политических партий. В Казахстане общее количество партий остается достаточно стабильным. В настоящее время зарегистрировано 9 партий. В этой связи, следует формировать избирательные комиссии в составе представителей всех партий, а в случае президентских выборов допускать участие представителей независимых кандидатов.

Учитывая, что вопросы формирования избирательных комиссий требуют внесения изменений и дополнений в Конституцию РК полагаем, что реформу необходимо осуществлять в два этапа. На первом этапе следует внести изменения и дополнения в Закон о выборах и к очередным парламентским выборам обеспечить функционирование избирательных комиссий на основе справедливого представительства всех политических партий. На втором этапе необходимо рассмотреть возможность реформирования процедуры формирования ЦИК в соответствии с накопленным опытом функционирования обновленных избирательных комиссий на местах.

3. Ограничение деятельности избирательных комиссий

Пункт 7 ст. 10 Закона о выборах устанавливает, что «деятельность избирательной комиссии может быть прекращена по решению органа, образующего избирательную комиссию...». Данное положение открывает широкие возможности для ограничения деятельности избирательной комиссии и отмене решений комиссии через прекращение ее деятельности. Поскольку закон уже предполагает замену состава комиссии и наличие возможности ее роспуска органом образующим ее, данное положение видится, как ограничивающее и способствует вмешательству в деятельность комиссии со стороны институтов власти.

В схожем ключе можно трактовать п.п. 9 п. 5 ст. 19 Закона о выборах регулирующий статус члена избирательной комиссии. Согласно данной норме член избирательной комиссии «не связан с решениями политической партии либо иного общественного объединения, представителем которых он является, и не имеет права отстаивать их интересы». При этом неясно, как представляя партию или общественное объединение в составе избирательной комиссии, ее член не может отстаивать их интересы, если цель его членства в комиссии и заключается в том, чтобы активно вовлекаться в деятельность и задавать вопросы, а также высказывать свое мнение.

С 2004 г. БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало широкий спектр поправок по данным положениям закона,³¹ которые не были реализованы.

²⁹ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, page 9. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973; Final Report OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Parliamentary Elections 18 August 2007, page 31. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/kazakhstan/28438>

³⁰ Preliminary Statement, Early Presidential Elections, 3 April 2011, page 3. URL: <http://www.osce.org/odihr/76345>

³¹ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, page 10-11. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

4. Избирательные споры

Закон о выборах предусматривает, что «решения или действия (бездействие) избирательной комиссии могут быть обжалованы в вышестоящую избирательную комиссию или в суд в течение десяти дней...».³² Столь длительные сроки для обжалования решений или действий могут создавать неудобства и волокиту, особенно принимая во внимание, что вопрос касается выборов и должен решаться в максимально короткие сроки. Следует согласиться с предложением БДИПЧ/ОБСЕ³³ и мнением Венецианской комиссии Совета Европы³⁴, что по большинству таких жалоб можно устанавливать срок их подачи в пределах пяти дней. Исключения могут быть прямо установлены в законодательстве.

Закон о выборах не содержит четкую систему того, как и кем должны быть рассмотрены жалобы и заявления.³⁵ Это также может приводить к волоките и неопределенности, а кроме того, быть предметом различных злоупотреблений, в том числе порождать известную проблему поиска «удобной» юрисдикции (forum shopping), в том числе для затягивания процесса обжалования.

По национальному законодательству практически любые заявления и жалобы могут быть направлены одновременно, или в любой очередности, в суд, прокуратуру и в избирательную комиссию. При одновременном рассмотрении заявлений в избирательной комиссии и суде избирательная комиссия приостанавливает рассмотрение заявления до вступления в силу решения суда.³⁶ Такой подход к рассмотрению жалоб и заявлений будет затягивать разрешение конфликтных ситуаций, связанных с выборами. Свод рекомендуемых норм при проведении выборов предусматривает, что «Процедура обжалования, особенно полномочия и обязанности различных органов, должна быть четко прописаны в законе, с тем, чтобы избежать коллизии прав (как позитивной, так и негативной). Ни сторона, требующая обжалования, ни власти не должны иметь возможности выбирать орган по рассмотрению заявлений об обжаловании».³⁷

В Казахстане не существует административно-процедурного кодекса, который бы регулировал вопросы обжалования в рамках административной процедуры. Также нет отдельной системы административной юстиции, отсутствуют специализированные суды по избирательным спорам. Правовые коллизии, связанные с применением выборного законодательства, рассматриваются в рамках гражданского судопроизводства, которое не приспособлено к нуждам избирательного процесса.

Статья 49 Закона о выборах, посвященная вопросу рассмотрения жалоб и заявлений, которые могут быть связаны с избирательным законодательством и практикой, сформулирована чрезвычайно узко. В ее названии говорится только об обжаловании и отмене решений и действий в ходе избирательной кампании. Также ст. 49 устанавливает, что заявления граждан и организаций о нарушениях избирательного законодательства рассматриваются избирательными комиссиями, за рядом исключений, в течение пяти дней со дня поступления жалобы. Этот срок по нашему мнению может быть сокращен до трех дней по аналогии с жалобами на решения и действия (бездействие) избирательной комиссии и ее членов. Из закона не ясно, какого рода жалобы могут рассматриваться избирательными комиссиями различного уровня и какие

³² Пункт 9 ст. 20 Закона о выборах.

³³ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, p. 11. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

³⁴ «Сроки в три-пять дней для первой инстанции (в общей сложности для подачи заявлений об обжаловании и принятия решений) представляются вполне обоснованными для решений, принимаемых до выборов» говорится в п. 95 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм по выборам, принятом Венецианской комиссией на 52-й пленарной сессии, Венеция, 18-19 октября 2002 г. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus.asp). (далее - Свод рекомендуемых норм при проведении выборов).

³⁵ Preliminary Statement, Early Presidential Elections, 3 April 2011, p. 6. URL: <http://www.osce.org/odihr/76345>

³⁶ Пункт 9 ст. 20 Закона о выборах.

³⁷ Подпункт с. п. 3.3. раздела 3 «Процессуальные гарантии» Свода рекомендуемых норм при проведении выборов.

решения они уполномочены по ним принимать, например, могут ли они аннулировать результаты выборов в пределах избирательного округа – если нарушение избирательного права повлияло на распределение голосов и т.д.³⁸

Жалобы на решения и действия (бездействие) избирательной комиссии и ее членов, по общему правилу, рассматриваются вышестоящей комиссией в течение трех дней со дня поступления жалобы. Из текста закона, не ясно является ли такое решение окончательным, либо его можно обжаловать далее в вышестоящую инстанцию, включая ЦИК.³⁹ Также четко не прописано, в какой суд должны обжаловаться решения ЦИК. Определенность есть только в отношении ряда вопросов, связанных с президентскими выборами.⁴⁰

В Законе о выборах не ничего не говорится о том, может ли заявитель присутствовать при рассмотрении его жалобы, и каким образом должно пройти рассмотрение этого заявления.⁴¹

В отличие от Закона о выборах, в ст. 274 ГПК говорится, что суды вправе рассматривать заявления на решения и действия в связи с нарушением права избирать или быть избранными, участвовать в выборах, референдуме, а не любых решений и действий, нарушающих законодательство о выборах. Эти формулировки не добавляют ясности в том, какие все-таки заявления и жалобы могут направляться в административные и судебные органы.⁴² По нашему мнению, судебная защита должна быть гарантирована против любого решения, действия или бездействия государственного органа, если затронуты права и законные интересы гражданина, общественного объединения или другого юридического лица.⁴³ Более того, учитывая важность выборов в демократическом обществе, следует принять достаточно гибкие правила в отношении приемлемости жалоб.⁴⁴

На наш взгляд, в законе следует установить те случаи, когда требуется исчерпание средств административной защиты для подачи жалобы в суд. Учитывая необходимость быстрого разрешения многих избирательных споров можно предусмотреть возможность исключительно судебной защиты по четко определенному кругу вопросов.

В настоящее время все заявления в суд рассматриваются по правилам ГПК РК в рамках особого производства. В будущем такие споры должны быть переданы на рассмотрение органами административной юстиции либо специализированным судебным органом. Создание системы административного правосудия закреплено в качестве приоритета в Концепции правовой политики.⁴⁵

³⁸ Обращает внимание, что аналогичные споры могут быть рассмотрены и судами, но в соответствии с ГПК на подачу жалобы дается три месяца. (ст.). Очевидно, что такие длительные сроки обжалования не приемлемы в выборном процессе.

³⁹ По полномочиям таких комиссий в Пояснительном докладе сделана специальная оговорка в п. 102 что «в тех случаях, где в качестве органов по рассмотрению заявлений об обжаловании выступают комиссии более высокого уровня, они должны иметь возможность *ex officio* исправлять или аннулировать решения нижестоящих избирательных комиссий.

⁴⁰ См. п. 8 ст. 59, п. 3. ст. 66 Закона о выборах.

⁴¹ Подпункт *h*. пункта 3.3. «Процессуальные гарантии» Свода рекомендуемых норм при проведении выборов гласит: «Необходимо гарантировать обжалующей стороне такой порядок разбирательства, при котором будут заслушаны обе стороны».

⁴² Подпункт *h*. пункта 3.3. раздела 3 «Процессуальные гарантии» Свода рекомендуемых норм при проведении выборов предусматривает, что орган по рассмотрению заявлений об обжаловании должен быть уполномочен аннулировать выборы в тех случаях, когда существует опасность, что допущенные нарушения могли повлиять на их результаты. Он должен также иметь возможность аннулировать все результаты выборов или только результаты по отдельным избирательным округам или избирательным участкам. В случае аннулирования результатов голосования в соответствующем районе должны быть организованы новые выборы.

⁴³ При этом Венецианская комиссия рекомендует установить требования в отношении минимального числа избирателей для обжалования результатов выборов. См. п. 99 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм при проведении выборов Венецианской комиссии Совета Европы.

⁴⁴ Пункт 96, Там же.

⁴⁵ Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24.08.2009 N 858.

Решение судов по выборным делам вступают в законную силу немедленно и не подлежат апелляции, кассационному обжалованию. Такой порядок исключает возможность обжаловать судебные решения в апелляционном производстве, что является неприемлемым с точки зрения соблюдения принципа должной процедуры в судебном производстве.

Раздел III. Проверка соответствия кандидата в Президенты требованиям Конституции Республики Казахстан

В этой части анализа законодательства Республики Казахстан регулирующего выборы, детально рассмотрены основные положения несоответствующие принятым обязательствам Казахстана, международным стандартам и лучшей практике⁴⁶ в области обеспечения и реализации выборов, а также реализация права человека быть избранным на пост Президента Республики Казахстан.

Первоначальным основанием для реформирования и улучшения выборного законодательства в соответствии с обязательствами Республики Казахстан служит МПГПП. Так согласно ст. 2, п. 1: «Каждое участвующее в настоящем Пакте Государство обязуется уважать и обеспечивать всем находящимся в пределах его территории и под его юрисдикцией лицам права, признаваемые в настоящем Пакте, без какого бы то ни было различия, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства».

Статья 25 МПГПП предусматривает, что каждый гражданин должен иметь без какой бы то ни было дискриминации, упоминаемой в ст. 2, и без необоснованных ограничений право и возможность:

«а) принимать участие в ведении государственных дел как непосредственно, так и через посредство свободно выбранных представителей;

б) голосовать и быть избранным на подлинных периодических выборах, производимых на основе всеобщего равного избирательного права при тайном голосовании и обеспечивающих свободное волеизъявление избирателей;

с) допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе».

Закон о выборах и Конституция РК не в полной мере соответствуют этим положениям МПГПП в реализации права на равное участие в выборах Президента Республики Казахстан в качестве кандидата. Более детально это выглядит следующим образом.

1. Проверка соответствия кандидата в Президенты требованиям Конституции Республики Казахстан

1.1. Проверка соответствия кандидата требованиям п. 3 ст. 33 Конституции РК

⁴⁶ Имеется ввиду Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ. Копенгаген, 29 июня 1990 года. URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/elections/14304> (далее - Копенгагенский документ СБСЕ); Документ Московской встречи конференции по человеческому измерению СБСЕ 1991 г. URL: www.osce.org/ru/odihr/elections/16378 (далее - Московский документ СБСЕ); Конвенция о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах – участниках Содружества Независимых Государств, от 7 октября 2002 г. Ратифицирована Казахстаном Законом Республики Казахстан от 07.07.2007 N 260-3 «О Ратификации Конвенции о стандартах демократических выборов, избирательных прав и свобод в государствах – участниках Содружества Независимых Государств» (далее – Конвенция СНГ); Свод рекомендуемых норм при проведении выборов. Руководящие принципы и пояснительный доклад (принятые Венецианской комиссией на 52-й сессии, Венеция, 18-19 октября 2002 года). Заключение n° 190/2002, CDL-AD (2002) 23. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-gus.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-gus.asp). (далее - Свод рекомендуемых норм при проведении выборов).

В соответствии с п. 3 ст. 33 Конституции РК не имеют права избирать и быть избранными, участвовать в республиканском референдуме граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда.⁴⁷ Требование Конституции РК о дееспособности кандидата соответствует общепринятой практике и международным стандартам.⁴⁸ Спорным является правило о том, что кандидатом в Президенты РК не может быть гражданин, содержащийся в местах лишения свободы по приговору суда, поскольку имеет расширительное толкование в казахстанском законодательстве. Так, пункты 3 и 4 ст. 4 Конституционного закона «О выборах в Республике Казахстан» (далее - Закон о выборах) устанавливают, что кандидатом в Президенты не может быть лицо, имеющее судимость, которая не погашена или не снята в установленном законом порядке, а также лицо, вина которого в совершении коррупционного преступления и коррупционного правонарушения в установленном законом порядке признана судом.⁴⁹

Эта норма вступила в действие в мае 1998 г.⁵⁰ Ее введению предшествовало решение Конституционного Совета, который установил, что положение закона о том, что не подлежит регистрации в качестве кандидата в Президенты лицо, имеющее судимость, которая ко времени регистрации не погашена или не снята в установленном законом порядке, не носит дискриминационный характер. Конституционный Совет признал ограничение пассивного избирательного права обоснованным, так как это право не относится к исчерпывающему перечню статей о правах и свободах человека и гражданина, не подлежащих ограничению ни в каких случаях.⁵¹

Данное толкование Конституционного Совета отличается от международных стандартов и принципов демократического государства. Лишение пассивного избирательного права в результате судимости за любое преступление нарушает принцип соразмерности, признаваемый в п. 24 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990 года.⁵² В частности, закон ограничивает в пассивном избирательном праве «лицо, имеющее судимость, которая не погашена или не снята в установленном законом порядке»⁵³ вне зависимости от степени тяжести преступления.

Свод рекомендуемых норм при проведении выборов Венецианской комиссии также указывает, что «должен соблюдаться принцип пропорциональности; условия лишения физических лиц права быть избранными могут быть менее жесткими, чем условия лишения их права избирать; лишение избирательных прав должно основываться на вынесении уголовного приговора за серьезное правонарушение».⁵⁴

⁴⁷ Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г.).

⁴⁸ Подпункт 1.1. d (iv, v), п. 1 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов. Руководящие принципы и пояснительный доклад (принятые Венецианской комиссией на 52-й сессии, Венеция, 18-19 октября 2002 года). Заключение п 190/2002, CDL-AD (2002) 23. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus.asp) (далее - Свод рекомендуемых норм при проведении выборов).

⁴⁹ Конституционный Закон «О выборах в Республике Казахстан» от 28.09.1995 N 2464.

⁵⁰ До 1998 г. Указ Президента РК, имеющий силу конституционного закона, «О выборах в Республике Казахстан» в ст. 4 содержал только требования, аналогичные п. 3 ст. 33 Конституции РК. Конституционным законом Республики Казахстан от 8 мая 1998 г. N 222-1 «О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Казахстан, имеющий силу конституционного закона, «О выборах в Республике Казахстан» в ст. 4, были внесены указанные дополнения.

⁵¹ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 9 апреля 2004 г. № 5 «О проверке соответствия Конституционного закона РК «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон РК «О выборах в Республике Казахстан» на соответствие Конституции РК».

⁵² Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению ОБСЕ, Копенгаген, 29 июня 1990 года, в п. 24 указывает: «Любое ограничение прав и свобод в демократическом обществе должно быть связано с одной из задач применимого права и быть строго соразмерно цели данного права». URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/elections/14304>

⁵³ Пункт 4 ст. 4 Закона о выборах.

⁵⁴ См. сноску 2.

Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (далее - БДИПЧ ОБСЕ) неоднократно рекомендовало изменить норму, устанавливающую запрет на регистрацию кандидатов, имеющих непогашенную судимость, с целью приведения ее в соответствие с международными стандартами.⁵⁵

Безусловно, никто не утверждает, что ограничение политических прав в связи с правонарушением неприемлемо, но оно должно иметь четкий период времени и быть соразмерными правонарушению, в частности, за тяжкие уголовные преступления. Подобное ограничение прав за любой вид правонарушений ставит вопрос о чрезмерных полномочиях государства, что является несоответствием международной практике в области избирательного права.⁵⁶

БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало Правительству Казахстана изменить ст. 4 Закона о выборах в 2001 году в отношении Парламентских выборов,⁵⁷ в 2003 году в ходе предварительной оценки Закона о выборах,⁵⁸ в 2004 году при оценке Закона о выборах,⁵⁹ а также в 2007 году после парламентских выборов.⁶⁰ По состоянию на 2011 год рекомендации не выполнены.

Считаем, что необходимо указать в законе, перечень тяжких преступлений, в силу которых человек может быть лишен избирательного права, а также указать, временные рамки, по истечению которых избирательное право должно быть восстановлено.

1.2. Проверка соответствия кандидата требованиям п. 2 ст. 41 Конституции РК

В соответствии с п. 2 ст. 41 Конституции РК, Президентом РК может быть избран гражданин, свободно владеющий государственным языком. Под словами «свободно владеющий государственным языком», согласно Постановлению Конституционного Совета РК от 9 октября 1998 г., следует понимать «умение понимать «умение грамотно читать, писать, легко, без затруднений излагать свои мысли и публично выступать на казахском языке».⁶¹

Решение о свободном владении кандидатом государственным языком принимается лингвистической комиссией, образуемой постановлением ЦИК в составе языковедов и других специалистов в количестве не менее 5 человек.⁶² При этом Закон о выборах и Положение о Центральной избирательной комиссии не содержат норм, регулирующих полномочия, порядок формирования, основные обязанности и принципы работы лингвистической комиссии.⁶³

В настоящий момент порядок прохождения кандидатами лингвистической комиссии регулируется подзаконным актом - Постановлением ЦИК, в котором не указана процедура формирования самой лингвистической комиссии.⁶⁴ В частности, не определены критерии

⁵⁵ БДИПЧ ОБСЕ, «Республика Казахстан. Оценка Конституционного закона о выборах. Варшава, 24 августа 2004 г.». URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/elections/35973>

⁵⁶ 24 Копенгагенский документ ОБСЕ и п.п. d, п. 6 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм при проведении выборов (принят Венецианской комиссией на 52-й пленарной сессии, Венеция, 18-19 октября 2002 года). URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus) (далее – Пояснительный доклад).

⁵⁷ БДИПЧ ОБСЕ, «Обзор законодательства о выборах в отношении парламентских выборов в Республике Казахстан», от 18.01.2001. С. 4. URL: www.osce.org/ru/odihr/elections/35973

⁵⁸ БДИПЧ ОБСЕ, «Предварительная оценка проекта Закона о выборах в Республике Казахстан» от 18.09.2003. С. 5. URL: www.osce.org/ru/odihr/elections/26314

⁵⁹ БДИПЧ ОБСЕ, «Республика Казахстан. Оценка Конституционного закона о выборах. Варшава, 24 августа 2004 г.». URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/elections/35973>

⁶⁰ Final Report OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Parliamentary Elections 18 August 2007, page 31. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/kazakhstan/28438>

⁶¹ Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 9 октября 1998 г. № 9/2 «Об официальном толковании пункта 2 статьи 41 Конституции Республики Казахстан» (далее - Постановление Конституционного Совета РК №9/2).

⁶² Пункт 2 ст. 54 Закона о выборах.

⁶³ См. Закон о выборах и Положение о Центральной избирательной комиссии (Утверждено Указом Президента Республики Казахстан от 11 ноября 1996 г. N 3205).

⁶⁴ Постановление Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан от 31 августа 2005 г. №12/26 «О процедуре установления свободного владения кандидатом в Президенты Республики Казахстан государственным языком» (далее - Постановление ЦИК).

отбора специалистов языковедов, не разъяснено, какие «другие специалисты» могут входить в состав комиссии, их стаж работы, какие области знаний они должны представлять, необходимость наличия ученой степени и т.п. В Постановлении отсутствуют такие важные нормы, как положение о конфликте интересов членов лингвистической комиссии и членов ЦИК при формировании состава лингвистической комиссии, а также возможность отвода членов комиссии.

В официальных комментариях ЦИК к Промежуточному отчету БДИПЧ ОБСЕ № 1,⁶⁵ было отмечено, что лингвистическая комиссия создана из ведущих языковедов Республики и что все члены лингвистической комиссии являются докторами филологических наук и признанными учеными в сфере казахской филологии.⁶⁶

Постановление ЦИК весьма поверхностно освещает порядок проведения экзамена на знание государственного языка. Указывается лишь, что для установления свободного владения государственным языком требуется написание письменного задания на тему, предложенную лингвистической комиссией, объемом не более двух страниц; чтение печатного текста, предложенного лингвистической комиссией, объемом не более трех страниц; публичное выступление на заданную лингвистической комиссией тему не менее пятнадцати минут.⁶⁷ При этом в тексте Постановления отсутствует описание четкой процедуры подбора тем для письменных и устных заданий, не указывается, сообщаются ли кандидатам заранее темы заданий для подготовки к сдаче теста, отсутствует внятная система оценки ответов и не содержится указание о количестве допустимых ошибок в письменных и устных работах. В Постановлении не предусмотрена возможность задавать дополнительные вопросы со стороны членов лингвистической комиссии сдающему экзамен кандидату. В тоже время, известно, что в ходе внеочередных Президентских выборов 2011 г. в одном случае кандидату задавались дополнительные вопросы, которые повлияли на решение лингвистической комиссии.⁶⁸

Более того, Постановление не содержит требования об обязательном ведении протокола и порядке обжалования результатов комиссии.

Анализ казахстанского законодательства свидетельствует об отсутствии четких критериев определения свободного владения государственным языком кандидатами в Президенты, что позволяет лингвистической комиссии ЦИК произвольно определять параметры экзаменационного процесса в каждом отдельном случае. Деятельность лингвистической комиссии ЦИК нарушает нормы ст. 39 Конституции РК в части невозможности ограничивать права кандидата подзаконными нормативно-правовыми актами, каким является Постановление ЦИК.

Следует отметить, что еще в Итоговом отчете по наблюдению за президентскими выборами 2005 г., БДИПЧ ОБСЕ было отмечено, что «требование ст. 54 закона о выборах не содержит справедливых и объективных критериев определения уровня владения

⁶⁵ Промежуточный отчет № 1 Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за досрочными президентскими выборами 2011 года в Республике Казахстан за период с 1 по 14 марта 2011 г. URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/76207>

⁶⁶ Комментарий Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан к Промежуточному отчету № 1 Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за внеочередными президентскими выборами 2011 года в Республике Казахстан за период с 1 по 14 марта 2011 года. URL: http://election.kz/portal/page?_pageid=73,1578432&_dad=portal&_schema=PORTAL (далее - Комментарий Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан к Промежуточному отчету № 1).

⁶⁷ Пункт 3 Постановления ЦИК.

⁶⁸ В Комментариях Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан к Промежуточному отчету №1, отмечено: «Кандидата Кайсарова У., согласно постановлению 12/26 от 13 февраля 2011 года, тестировала лингвистическая комиссия. Решение о свободном владении кандидатом государственным языком выносилось коллегиально 5 членами лингвистической комиссии. Лингвистической комиссией, членами которой были доктора наук, признанные специалисты в сфере казахской филологии, было найдено 28 ошибок, в то время как назначенный судом эксперт, обнаружившая 17 ошибок, была учителем казахского языка. К тому же, со дня принятия вышеуказанного документа никакие изменения по поводу тестирования не вносились. Повышения требований или усложнения во время тестирования не было: поскольку кандидат Кайсаров У. не смог убедительно продемонстрировать свои знания, ему были заданы дополнительные вопросы».

государственным языком, чтобы кандидат знал, как именно его и ее будут оценивать. Несмотря на то, что ЦИК издала на сей счет постановление, предпочтительнее, когда такие критерии установлены законом». ⁶⁹ До сих пор ЦИК не представила официального комментария на рекомендации БДИПЧ по этому вопросу. ⁷⁰

Считаем, что практическое применение ясных экзаменационных критериев или руководства на уровне закона помогло бы кандидатам в Президенты понять, на каких основаниях измеряется уровень владения государственным языком со сторон лингвистической комиссии, в свою очередь, избирателям и участникам политического процесса определить степень справедливости решений комиссии, что позволит избежать неочевидных решений.

В отношении требования п. 2 ст. 41 Конституции РК, о том, что Президентом Республики Казахстан может быть избран гражданин, проживающий в Казахстане последние пятнадцать лет, Закон о выборах не содержит норм, регулирующих процедуру подтверждения факта непрерывности проживания. Не вполне понятно, должны ли учитываться при исчислении этого срока продолжительные командировки, работа в качестве сотрудника дипломатического представительства, то есть деятельность, предусматривающая длительное отсутствие на территории Республики Казахстан. Требования по проживанию на территории страны для кандидатов в Президенты широко используются в мировой практике, и нет международного стандарта в этой области четко устанавливающего приемлемые границы. Тем не менее, положения п. 2 ст. 41 Конституции РК является чрезмерным.

Установление срока непрерывного проживания, с одной стороны, может находиться в противоречии с нормами, запрещающими дискриминацию, ⁷¹ а с другой стороны, требование о длительном сроке непрерывного проживания косвенно обременяет реализацию гарантии о праве граждан на свободу передвижения, ⁷² четко зафиксированную в Конституции РК.

Длительное отсутствие на территории Республики по работе или учебе Казахстан не должно быть поводом для дискриминации по отношению к такой категории граждан, что следует из Параграфа 15 Общего комментария №25, Комитета по правам человека ООН, согласно которому «в отношении лиц... не должны применяться необоснованные или дискриминационные требования, связанные с образованием, оседлостью, происхождением или принадлежностью к политической организации.» ⁷³

Венецианская комиссия указывает на то, что правом избирать и быть избранным могут наделяться и граждане, проживающие за рубежом. По мнению экспертов комиссии, требование в отношении определенной продолжительности проживания может

⁶⁹ Итоговый отчет Миссии БДИПЧ ОБСЕ по наблюдению за президентскими выборами 2005 г. URL: <http://www.osce.org/ru/odhr/elections/kazakhstan/18153>

⁷⁰ См.: Заявление Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан по Итоговому отчету Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за выборами Президента Республики Казахстан, состоявшимся 4 декабря 2005 года. URL: http://election.kz/portal/page?_pageid=73,207307&_dad=portal

&_schema=PORTAL; См.: Справка по рекомендациям, отраженным в Отчете Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за выборами Мажилиса Парламента Республики Казахстан 19 сентября и 3 октября 2004 года и по рекомендациям, отраженным в Отчете Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по оценке потребностей 13-17 сентября 2005 года в связи с предстоящими президентскими выборами 4 декабря 2005 года. URL: http://election.kz/portal/page?_pageid=73,95687&_dad=portal&_schema=PORTAL

⁷¹ Статья 14 Конституции РК: «1. Все равны перед законом и судом. 2. Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам».

⁷² Статья 21 Конституции РК: «1. Каждому, кто законно находится на территории Республики Казахстан, принадлежит право свободного передвижения по ее территории и свободного выбора местожительства, кроме случаев, оговоренных законом. 2. Каждый имеет право выезжать за пределы Республики. Граждане Республики имеют право беспрепятственного возвращения в Республику».

⁷³ CCPR General Comment No. 25: Article 25, Paragraph 15 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote) URL: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fc22.html>

устанавливаться в отношении граждан исключительно в связи с их участием в местных или региональных выборах,⁷⁴ требуемый период проживания не должен превышать шести месяцев; более длительный срок может устанавливаться лишь для защиты национальных меньшинств.⁷⁵

Полагаем, данное требование может быть обоснованным при условии сокращения необходимого срока непрерывного проживания на территории Республики Казахстан, описания возможных исключений из этого правила и процедуры проверки информации, предоставленной кандидатом о месте своего проживания. В международной практике нет единого механизма регулирования этого вопроса, тем не менее, очевидно, что законодательство Республики не должно столь значительно ограничивать возможность граждан быть избранным на пост Президента.

Во избежание дискриминации отдельных кандидатов в будущем, считаем, что требования по минимальному проживанию на территории страны для регистрации кандидата должны быть снижены до оптимальных 5-7 лет. На наш взгляд такой срок позволяет кандидату в Президенты не потерять связь со своей страной и иметь представление о социально-политических реалиях.

2. Сбор подписей в поддержку кандидата в Президенты

После проверки кандидата в Президенты на соответствие требованиям Конституции РК и Закона о выборах решающим этапом является сбор подписей в поддержку кандидата, после которого претендент на президентский пост получает регистрацию кандидата и допускается к участию в выборах. В соответствии с п. 2 ст. 56 Закона о выборах, кандидат в Президенты должен быть поддержан не менее чем одним процентом от общего числа избирателей, в равной мере представляющих не менее двух третей областей, город республиканского значения и столицу Республики. Данное требование Закона соответствует международным стандартам.⁷⁶

Для определения численного выражения одного процента избирателей необходим четко прописанный механизм определения общего числа избирателей, с учетом изменений в количественном составе населения. Однако Закон о выборах не содержит конкретных требований к процедуре определения численности избирателей. Так, по данным Статистического Агентства Республики Казахстан, на 1 февраля 2011 г. население Казахстана составляет 16 455 000 человек. ЦИК своим Постановлением от 7 февраля 2011 г.⁷⁷ определил общую численность избирателей в 9 101 000. При этом в Постановлении ничего не говорится, на основе каких расчетов была определена численность избирателей. Неправильное определение общего числа избирателей может ставить под угрозу легитимность выборов. Отсутствие в законодательстве четких норм об источниках определения численности избирателей и непрозрачность данного процесса на практике может привести к ошибкам и злоупотреблениям, а также породит недоверие к институту выборов со стороны общества.

При определении срока, предоставленного для сбора подписей в поддержку кандидатов, необходимо учитывать несколько факторов. В ходе предвыборной кампании 2011 г. сроки подготовительных мероприятий были сокращены. Выдвижение кандидатов в Президенты проходило с 5 по 20 февраля 2011 г. Регистрация кандидатов закончилась

⁷⁴ Подпункт 1.1.с (iii) п. 1 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов. Отметим, что право голосовать на местном уровне все чаще также представляется и гражданам иностранных государств, постоянно проживающим на территории другого государства.

⁷⁵ Подпункт 1.1.с (iv, v) п. 1 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов.

⁷⁶ Подпункт 1.3. (i, ii) п.1 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов предусматривает, что выдвижение отдельных кандидатов или списков кандидатов может допускаться при условии сбора минимального числа подписей, но закон не должен требовать сбора подписей более одного процента избирателей в соответствующем округе.

⁷⁷ Постановление ЦИК РК от 07.02.2011 г. «Об изготовлении и обеспечении подписными листами кандидатов в Президенты Республики Казахстан на внеочередных выборах Президента Республики Казахстан, назначенным на 3 апреля 2011 года».

2 марта 2011 г.⁷⁸ В достаточно короткий срок, менее месяца, кандидаты подавали заявления в ЦИК о выдвижении, проходили экзамен на знание государственного языка, получали подписные листы и осуществляли сбор подписей в свою поддержку. С учетом сокращенных сроков по подготовке и проведению внеочередных выборов,⁷⁹ выдачи подписных листов и проверки достоверности подписей в поддержку кандидата в Президенты,⁸⁰ кандидаты должны были успеть собрать 91 000 подписей в срок до 13 дней. Это составляет более 7000 подписей в день, что, на наш взгляд, является практически не выполнимым требованием, учитывая географию Казахстана. Таким образом, значительное и произвольное сокращение сроков для сбора подписей косвенно нарушает права кандидатов на регистрацию и не соответствует практике демократических стран при проведении выборов.

Процедура проверки подписей регулируется ст. 56 Закона о выборах. Заполненные подписные листы по сбору подписей в поддержку кандидата в Президенты сдаются в территориальную избирательную комиссию, которая в десятидневный срок осуществляет проверку достоверности подписей с привлечением работников паспортных служб, оформляет соответствующий протокол и направляет его в ЦИК. Согласно Постановлению ЦИК от 4 февраля 2011 г. проверка подписных листов осуществляется с привлечением территориальных служб Министерства юстиции и Министерства внутренних дел. Между тем, отсутствие прозрачности и общественного контроля создает пространство для злоупотреблений и манипуляций.⁸¹ Более того, законодательство Республики Казахстан не закрепляет методику проведения проверок и критерии признания подписей недействительными.⁸² При этом международные стандарты однозначно говорят о том, что процесс проверки должен, в принципе, охватывать все подписи, но после того, как будет неопровержимо установлено, что требуемое число подписей уже собрано, остальные подписи могут не проверяться.⁸³ При проверке подписей следует соблюдать четкие правила, в особенности в отношении установленных сроков, и проверять все подписи подряд, а не выборочно.⁸⁴

В заключении необходимо отметить, что процедура регистрации кандидатов в Президенты Республики Казахстан на выборах 2011 г. не соответствует международным стандартам, так как в законодательстве имеются существенные пробелы в отношении ключевых аспектов, связанных с вопросами регистрации кандидатов. Таким образом, законодательство Республики оставляет пространство для возможных манипуляций и злоупотреблений, тогда как необходимо, чтобы оно устанавливало четкий и прозрачный механизм регулирования процесса выборов. Это особенно важно в странах, где отсутствует устойчивая традиция функционирования демократических институтов. Данное условие является одной из необходимых предпосылок для установления доверия общества к институту демократических выборов в стране.

⁷⁸ Постановление Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан от 04.02.2011 г. №16/22 «О сроках проведения избирательных мероприятий по подготовке и проведению внеочередных выборов Президента Республики Казахстан, назначенных на 3 апреля 2011 года».

⁷⁹ См. сноску 24, 25.

⁸⁰ Постановление ЦИК РК 10.02.2011 г. № 19/30 «О сокращении сроков выдачи подписных листов и проверки достоверности подписей в поддержку кандидата в Президенты Республики Казахстан на внеочередных выборах Президента Республики Казахстан, назначенных на 3 апреля 2011 года».

⁸¹ См. сноску 27.

⁸² Процедура проверки подписных листов уже вызвала сомнения у Миссии по наблюдению БДИПЧ/ОБСЕ. Так, в промежуточном отчете БДИПЧ ОБСЕ №1 отмечено, что «отсутствие четких правил проверки подписей привело к неоднозначной практике исполнения данной процедуры. Протоколы проверки ОИК (Окружная избирательная комиссия) не содержали причин признания недостоверности подписей, а кандидаты или их доверенные лица обычно не приглашались посетить процедуру проверки. Миссия по наблюдению БДИПЧ/ОБСЕ получила информацию от одного из лиц, выдвигавшего свою кандидатуру на пост Президента о том, что ТИК (Территориальная избирательная комиссия) не приняла подписные листы ввиду обнаруженных в них технических ошибок».

⁸³ Подпункт 1.3. (iv) п.1 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов.

⁸⁴ Подпункт 8 п. 1.3 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм при проведении выборов.

Раздел IV. Обеспечения равных прав и возможностей кандидатов в Президенты Республики Казахстан

В ходе агитационного периода, предшествовавшего дню голосования во время Президентских выборов 2011 г. в Казахстане, Миссия по наблюдению за выборами Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (далее — БДИПЧ ОБСЕ) неоднократно заявляла об отсутствии равных возможностей для всех зарегистрированных кандидатов в Президенты. В частности, Миссия отметила, что во время предвыборной агитации не проводилось четкого разделения между институциональной и агитационной деятельностью действующего Президента.⁸⁵

Международные стандарты устанавливают требования в отношении равенства кандидатов. Так, в частности, ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах⁸⁶ провозглашает, что каждый гражданин без необоснованных ограничений должен иметь право и возможность быть избранным на подлинных периодических выборах и допускаться в своей стране на общих условиях равенства к государственной службе.

Стандарты ОБСЕ указывают, что государства - участники гарантируют взрослым гражданам всеобщее и равное избирательное право и обеспечивают, чтобы закон и государственная политика допускали проведение политических кампаний в атмосфере свободы и честности.⁸⁷

В Своде рекомендуемых норм при проведении выборов Венецианской комиссии говорится, что всем кандидатам должны быть гарантированы равные права и возможности. Это подразумевает беспристрастное отношение государственных органов власти к избирательной кампании, освещению в средствах массовой информации, включая государственные СМИ, и равный доступ к государственному финансированию избирательных кампаний.⁸⁸

Выборное законодательство в Республике Казахстан провозглашает равные права и условия участия в выборах для всех кандидатов,⁸⁹ но, одновременно, ставит кандидатов в Президенты в неравное положение с действующим Президентом, участвующим в выборах в качестве кандидата. Преимущественное положение действующего Президента, прежде всего, обусловлено его особым конституционным статусом. Согласно п. 5 ст. 42 Конституции РК одно и то же лицо не может быть избрано Президентом Республики более двух раз подряд, но данное ограничение не распространяется на Первого Президента Республики Казахстан.⁹⁰ Другими словами, он может выдвигать свою кандидатуру неограниченное количество раз, в отличие от остальных граждан Казахстана. Кроме того, действующий Президент, согласно п. 3—1 ст.

⁸⁵ См.: Промежуточный отчет №1 Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за досрочными Президентскими выборами 2011 года в Республике Казахстан за период с 1 по 14 марта 2011 г. URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/76207> (далее — Промежуточный отчет БДИПЧ ОБСЕ №1). Промежуточный отчет №2 БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за досрочными президентскими выборами 2011 года в Республике Казахстан за период с 15 по 21 марта 2011 г. URL: www.osce.org/ru/odihr/76237 (далее — Промежуточный отчет БДИПЧ ОБСЕ №2).

⁸⁶ Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28.11.2005 №91—3 «О ратификации Международного Пакта о гражданских и политических правах». URL: www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

⁸⁷ Подпункты 7.3, 7.7. п.7 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (*Копенгаген, 29 июня 1990 года*). URL: www.osce.org/ru/odihr/elections/14304

⁸⁸ Подпункт а п. 2.3 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов. Руководящие принципы и пояснительный доклад (принятые Венецианской комиссии на 52-й сессии, Венеция, 18—19 октября 2002 года). Заключение №190/2002, CDL-AD (2002) 23. URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus.asp) (далее — Свод рекомендуемых норм при проведении выборов).

⁸⁹ Часть 3 ст.5 Конституционного Закона Республики Казахстан «О выборах в Республике Казахстан» от 28.09.1995 №2464 (далее — Закон о выборах).

⁹⁰ Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г.) (далее — Конституция РК).

41 Конституции РК, обладает полномочиями по назначению внеочередных выборов. При этом выборное законодательство не содержит перечня оснований, необходимых для назначения внеочередных выборов. Совмещение права выдвигать свою кандидатуру неограниченное количество раз с полномочиями в любое время провести внеочередные выборы заранее дает Первому Президенту Республики Казахстан существенное преимущество перед любыми другими кандидатами в Президенты.

Кроме того, на обеспечение равных прав и возможностей кандидатов в Президенты Республики Казахстан негативно влияет отсутствие должной степени независимости Центральной избирательной комиссии (далее — ЦИК), нечеткое разделение между институциональными обязанностями действующего Президента и его деятельностью в рамках предвыборной кампании в качестве кандидата в Президенты, а также отсутствие у кандидатов в Президенты эффективной возможности оспорить итоги выборов.

1. Разграничение институциональной и агитационной деятельности Президента в ходе выборов 2011 г.

Статья 47 Закона о выборах позволяет кандидатам в Президенты, со дня их регистрации и до опубликования итогов выборов, быть освобожденными от прямых функциональных обязанностей. Тем не менее, в истории Президентских выборов Казахстана действующий Президент не пользовался данным правом.

В ходе президентских выборов 2011 г. незарегистрированный кандидат в Президенты РК С. Отен, ссылаясь на равенство прав кандидатов и нарушения ст. 12 и 14 Конституции РК, ст. 50 Закона о выборах, предложил Президенту уйти в отпуск на время предвыборной агитации. Председатель ЦИК ответил, что Нурсултан Назарбаев — действующий Президент страны, и в его действиях нет никаких нарушений.⁹¹

В то же время Миссия по наблюдению за выборами БДИПЧ ОБСЕ отметила, что средства массовой информации активно освещали деятельность действующего Президента в его официальном качестве. Во всех основных населенных пунктах наблюдатели БДИПЧ зафиксировали большое количество агитационных постеров и билбордов действующего Президента, размещенных на общественных и частных зданиях.⁹²

По вопросу предвыборной агитации ЦИК заявила, что в день начала агитации действующий Президент объявил о своем решении не проводить лично активной предвыборной кампании, а вместо этого он решил сосредоточиться на актуальных вопросах реализации государственной политики. Данная позиция не означала, что Президент полностью отказался от избирательной кампании. Все предвыборные мероприятия осуществлялись его доверенными лицами.

По мнению ЦИК, это решение Президента создало дополнительные возможности остальным кандидатам в президенты проводить агитационную предвыборную кампанию в свою пользу. Кроме этого, в комментариях ЦИК было подчеркнуто, что Закон о выборах не препятствует выполнению кандидатами в Президенты, являющимися должностными лицами, своих служебных обязанностей, а также что многие из публикуемых материалов о действующем главе государства не связаны с выборами и несут информационный характер, освещающая его деятельность как должностного лица государства, исполняющего свои прямые обязанности. ЦИК посчитал, что в этой связи БДИПЧ ОБСЕ было бы более корректно и логично отметить не отсутствие отличия статуса действующего Президента

⁹¹ Кандидат в Президенты РК Салим Отен требует исключить Нурсултана Назарбаева из числа участников выборной кампании.
URL: http://panorama.kz/index.php?option=com_content&task=view&id=11330&Itemid=1; Самовыдвиженец требует исключить Назарбаева из кандидатов в президенты // 24News.kz. По материалам КАЗТАГ. URL: <http://24news.kz/politics/58537.html>

⁹² См.: Промежуточный отчет БДИПЧ ОБСЕ №1 и Промежуточный отчет БДИПЧ ОБСЕ №2.

от его статуса в качестве кандидата, а личное неучастие действующего Президента в предвыборной агитации.⁹³

На наш взгляд, данные комментарии ЦИК не состоятельны, поскольку личное неучастие Президента в предвыборной кампании никаким образом не создало выгодных условий для других кандидатов. Напротив, сложившаяся ситуация крайне ограничила реализацию принципа равенства кандидатов в агитационный период. На практике, агитационные мероприятия в поддержку действующего Президента проводились как его доверенными лицами в ходе официальной предвыборной кампании, так и путем пропаганды, осуществляемой государственными СМИ, в поддержку политики и деятельности Президента в качестве главы государства. Поэтому БДИПЧ ОБСЕ справедливо отметила необходимость четкого разделения статуса действующего Президента от его статуса в качестве кандидата.

Вопрос разделения между функциональными обязанностями и деятельностью кандидатов в Президенты в рамках избирательной кампании является актуальным не только для Казахстана, но и для других стран региона, в которых традиция демократических выборов еще не сформировалась как основное средство политической борьбы.

Например, в ходе президентских выборов 2008 г. в России первый вице-премьер Д.Медведев после официальной регистрации кандидатом на пост президента РФ не ушел в отпуск, хотя он также мог бы воспользоваться этим правом. ЦИК РФ дало следующее разъяснение в этой связи: требование об уходе в отпуск распространяется на государственных и муниципальных служащих, а также сотрудников СМИ, но не на лиц, замещающих государственные должности.⁹⁴ К числу кандидатов, зарегистрированных ЦИК РФ для участия в избирательной кампании, замещающих государственные должности, принадлежали также лидеры ЛДПР В.Жириновский, занимающий должность вице-спикера Госдумы, и руководитель фракции КПРФ Г.Зюганов. В то же время глава ЦИК РФ В.Чуров заявил, что, поскольку эти три кандидата замещают государственные должности, они имеют очевидное преимущество.⁹⁵

В ходе предвыборной агитации на президентских выборах в Украине 2010 г. премьер-министра Ю.Тимошенко СМИ упрекнули в том, что она не воспользовалась возможностью уйти в неоплачиваемый предвыборный отпуск и пользовалась своим служебным положением во время агитационных мероприятий.⁹⁶ В марте 2011 г. Президент Украины В. Янукович внес в Верховную Раду проект нового закона о государственной службе. Среди предлагаемых изменений — предоставление особого предвыборного отпуска для кандидатов в Президенты.⁹⁷

Приведенные выше примеры из российской и украинской политической жизни иллюстрируют проблемы формирующейся конституционной демократии, которые относятся и к Казахстану. Полагаем, что в Казахстане одной из действенных мер по обеспечению принципа равенства всех кандидатов в Президенты может стать обязательное временное отстранение действующего Президента от государственных дел с тем, чтобы он на равных условиях с остальными кандидатами участвовал в предвыборной кампании.

⁹³ Комментарий Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан к Промежуточному отчету №2 Миссии БДИПЧ/ОБСЕ по наблюдению за внеочередными Президентскими выборами 2011 года в Республике Казахстан за период с 15 по 21 марта 2011 года. URL: http://election.kz/portal/page?_pageid=73,1581865&_dad=portal&_schema=PORTAL

⁹⁴ ЦИК РФ: Медведев, Зюганов и Жириновский не обязаны уходить в отпуск на время президентской кампании // Прайм-ТАСС, 17 января 2008 г. URL: <http://www.kreml.org/news/171067693>

⁹⁵ Кандидаты в президенты не уйдут в предвыборный отпуск // Правда.Ру, 23 января 2008 г. URL: <http://www.prawda.ru/news/politics/23-01-2008/252934-zik-0/>

⁹⁶ Михаил Подольяк. Скупщица Ю. // Обозреватель, 31 декабря 2009 г.

⁹⁷ URL: <http://www.obozrevatel.com/news/2009/12/31/342445.htm>

⁹⁷ В закон о государственной службе будут внесены поправки // Фемида центр, 30.03.2011. URL: <http://femidacenter.info/novosti-saieta/v-zakon-o-gosudarstvennoj-sluzhbe-budut-vneseny-popravki.html>

2. Отмена регистрации кандидата за реализацию права на свободу выражения

Подпункт 3 п. 7 ст 59 Закона о выборах предусматривает, что ЦИК отказывает в регистрации или отменяет решение о регистрации кандидата в случае установления судом факта распространения кандидатом и (или) его доверенными лицами ложных сведений, порочащих честь и достоинство другого кандидата, подрывающих его деловую репутацию. Данная статья не соответствует, как международным стандартам, так и Конституции РК и нарушает фундаментальное право человека на свободу выражения, получение и распространение информации. В частности, это противоречит п. 1-2 ст. 20 Конституции РК, которая гарантирует свободу слова, получение и распространение информации и запрещает цензуру, а также параграфу 9.1 Копенгагенского документа СБСЕ и параграфу 26 Московского документа СБСЕ, защищающих и гарантирующих право свободно выражать свое мнение.

Следует обратить внимание, что помимо ст. 59, аналогичным ограничением обладает п.п. 5 п. 2 ст. 50, а также ст. 73, 89, 104 и 118 Закона о выборах регулирующие выборы в Сенат, Мажилис, Маслихаты и органы местного самоуправления. В этом же ключе со стороны БДИПЧ ОБСЕ была рассмотрена ст. 29 регулирующая предвыборную программу кандидата, политической партии, где сказано, что предвыборная программа «не должна провозглашать идеи... подрыва безопасности государства», что также может быть проблематично в контексте реализации права на свободу выражения.⁹⁸

В дополнение, положение ст. 46 Конституции РК провозглашает, что честь и достоинство Президента РК неприкосновенны, что на практике может привести к отмене регистрации кандидата оппонировавшего Президенту. Во-первых, это ограничивает свободу выражения, а во-вторых, ставит кандидатов в неравное положение с действующим Президентом, что противоречит стандартам ОБСЕ.⁹⁹ В совокупности, приведенные выше статьи Закона о выборах и Конституции РК, обладают излишним ограничением на свободу выражения налагаемых на кандидата или его доверенное лицо, и ставят под угрозу его участие в выборах через отказ или отмену регистрации.

Правительству Казахстана было рекомендовано в 2004 и 2005 годах¹⁰⁰ изменить законодательство и привести его в соответствие с международными стандартами и обязательствами ОБСЕ гарантирующими свободу выражения, где границы допустимой критики были бы шире и не лишали кандидата регистрации. Тем не менее, на сегодняшний день рекомендации остались не реализованными.

3. Равный доступ к средствам массовой информации

Равный доступ к средствам массовой информации является ключевым для организации конкурентных выборов и информировании электората о кандидатах. В Законе о выборах указано, что государство гарантирует кандидатам равное выделение средств для выступления со своими программами в средствах массовой информации.¹⁰¹ В тоже время порядок предоставления эфирного времени, и очередность выступления соответствуют поступившим обращениям. Такой подход нарушает принцип равного доступа к аудитории, поскольку не гарантирует, что всем кандидатам будет предоставлено эфирное время в прайм-тайм. Данная статья не гарантирует того, что у всех кандидатов будет равная возможность обратиться к электорату даже за счет средств предоставленных государством. Вполне может возникнуть ситуация при которой формально равное эфирное время выступления кандидатов будет иметь разную

⁹⁸ Footnote 9 of OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, page 7. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

⁹⁹ Параграф 7.5 и 9.1 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990.

¹⁰⁰ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, page 7. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973; OSCE ODIHR Election Observation Mission Final Report, Presidential Elections 4 December 2005, page 27. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/kazakhstan/18153>

¹⁰¹ Пункт 3 ст. 28 Закона о выборах.

аудиторию, поскольку одни выступления будут транслироваться в популярные часы, а другие к примеру ранним утром или поздним вечером. Свод рекомендуемых норм Венецианской комиссии указывает, что «важно... обеспечить достаточно сбалансированное предоставление кандидатам и партиям эфирного времени».¹⁰²

В свою очередь, БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало изменить ст. 28 Закона о выборах таким образом, чтобы «гарантировать всем кандидатам доступ к электронным СМИ в те дни и часы, которые предоставляют возможность обратиться к примерно одинаковому числу избирателей, а также чтобы программы обращений не начинались слишком рано в ходе кампании или слишком близко ко дню выборов с тем, чтобы у кандидатов были равные условия по времени доступа к электронным СМИ».¹⁰³ В ходе наблюдения за парламентскими выборами 2007 года БДИПЧ ОБСЕ еще раз напомнило о необходимости изменений.¹⁰⁴

4. Полномочия действующего Президента РК по пересмотру итогов выборов

В соответствии со ст. 49 Закона о выборах, суды и органы прокуратуры обязаны принимать заявления членов избирательных комиссий, граждан, представителей зарегистрированных в установленном законом порядке общественных объединений, касающиеся вопросов проведения голосования, в том числе о нарушениях законодательства о выборах. Глава 25 Гражданско-процессуального кодекса РК предусматривает общий порядок судебной защиты избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах.¹⁰⁵ Решение суда является основанием для восстановления нарушенного избирательного права, но не предусматривает аннулирования итогов выборов.¹⁰⁶ В то время, как международные стандарты предусматривают, что орган по рассмотрению заявлений об обжаловании должен быть уполномочен аннулировать выборы в тех случаях, когда существует опасность, что допущенные нарушения могли повлиять на их результаты.¹⁰⁷ Таким образом, кандидаты в Президенты не имеют эффективного механизма оспаривания итогов выборов.

Право оспорить результаты подсчета голосов президентских выборов наряду с другими уполномоченными органами имеет действующий Президент путем обращения в Конституционный Совет.¹⁰⁸ Более того, при определенных условиях действующий Президент может наложить вето на решение Конституционного Совета.¹⁰⁹

При этом законодательство четко не разграничивает полномочия действующего Президента от его прав как кандидата в Президенты, что ставит его в неравное положение в сравнении с другими претендентами на пост в отношении вопроса оспаривания итогов выборов.

В целом, основания для пересмотра итогов голосования должны быть четко прописаны в законодательстве, как для Президента, так и для кандидатов и политических партий, что позволит избежать в будущем политических манипуляций результатов голосования.

5. Обжалование результатов голосования

¹⁰² Глава I, 2.3, пункт 19 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов..

¹⁰³ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, pages 12-13. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

¹⁰⁴ Final Report OSCE/ODIHR Election Observation Mission, Parliamentary Elections 18 August 2007, page 32. URL: <http://www.osce.org/odihr/elections/kazakhstan/28438>

¹⁰⁵ Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. №411 (далее — ГПК РК).

¹⁰⁶ Статья 274 ГПК РК.

¹⁰⁷ Подпункт е п.3.3 Свода рекомендуемых норм при проведении выборов.

¹⁰⁸ Статья 68 Закона о выборах.

¹⁰⁹ Часть 4 ст.73 Конституции РК.

Согласно ст. 66 Закона о выборах, ЦИК «по представлению соответствующих избирательных комиссий, по обращениям граждан может отказать в регистрации избранного Президента, если на не менее чем одной четвертой части от общего числа участков или административно-территориальных единиц выборы были признаны недействительными, либо если в ходе их или при подсчете голосов либо определении результатов голосования имели место нарушения...». Статья страдает отсутствием четких определений и последовательности. Совершенно не понятно, какой институт определяет «признание выборов недействительными на не менее чем одной четвертой части от общего числа участков или административно-территориальных единиц», основываясь на котором ЦИК может отказать в регистрации избранного Президента. Второй проблемой статьи может стать формулировка «одной четвертой части от общего числа участков или административно-территориальных единиц», которая только территориально составляет четвертую часть страны, но не равна одной четвертой части реальных голосов избирателей. В дополнение, неясно, что следует за «отказом в регистрации избранного Президента», означает ли это признание выборов несостоявшимися, и каковы последствия принятия ЦИК такого решения.

Раздел V. Проблемы финансирования избирательной кампании кандидатов в Президенты Республики Казахстан

1. Проблема определения понятия «финансирование избирательной кампании»

Закон «О выборах в Республике Казахстан»¹¹⁰ (далее — Закон о выборах) в п.п. 3 п. 3 ст. 34 предусматривает возможность внесения «добровольных пожертвований гражданами и организациями» в избирательный фонд кандидата. Тем не менее, Закон о выборах не содержит понятий (дефиниций), что именно понимается под финансированием и пожертвованием в пользу избирательной кампании кандидата. Хотя это является ключевым аспектом для определения, какие формы финансирования избирательной кампании кандидатов являются законными, а какие нет.

Понятие финансирования можно вывести из смежных правовых институтов, например, — пожертвования. Понятие пожертвования дано в Гражданском кодексе Республики Казахстан, согласно которому «пожертвованием признается дарение вещи или права в общеполезных целях».¹¹¹

Международные стандарты в области демократических выборов относят более широкий спектр благ в качестве составляющих понятия финансирования. Так, Совет Европы принял Рекомендации Комитета министров государствам-членам в отношении общих правил по борьбе с коррупцией при финансировании политических партий и избирательных кампаний,¹¹² в которых в ст. 2 дается следующее определение пожертвования в пользу политической партии: «Пожертвование — сознательное предоставление политической партии преимуществ экономического или иного характера».

Как видно, понятие финансирования через пожертвования в странах — участницах Совета Европы не ограничено предоставлением только имущественных благ, как в казахстанском законодательстве, а охватывает довольно широкий спектр «преимуществ» экономического характера. Куда, естественно, относятся и денежные средства, и предоставление иных благ.

С практической точки зрения, отсутствие четкого понятия финансирования избирательных кампаний в законодательстве означает, что вопрос об ответственности

¹¹⁰ Конституционный Закон Республики Казахстан «О выборах в Республике Казахстан» от 28.09.1995 №2464.

¹¹¹ Статья 516 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть). Введен в действие постановлением Верховного Совета Республики Казахстан от 27 декабря 1994 года с изменениями и дополнениями по состоянию на 15.07.2010 г.

¹¹² Международные стандарты финансирования политических партий и избирательных кампаний. — Алматы: Центр исследования правовой политики, 2009 г. — С. 83.

при привлечении в избирательные кампании, например, человеческих ресурсов бюджетных организаций, в том числе организаций образования, а также крупных компаний, любой формы собственности, остается не урегулирован.

В этой связи целесообразно внести в законодательство РК понятие «финансирование избирательной кампании», которое исключит неясности при оказании финансовой или иной помощи кандидату на пост Президента РК со стороны как частных лиц, так и организаций.

2. Неравенство возможностей по финансированию избирательной кампании партийного и независимого кандидата

В Законе о выборах предусмотрено государственное и негосударственное финансирование избирательной кампании кандидатов. Кандидаты в Президенты вправе образовать избирательный фонд, в котором аккумулируются средства на проведение избирательной кампании. Статья 58 Закона о выборах устанавливает размер избирательного фонда кандидата в Президенты Республики следующим образом:

«1. Собственные средства кандидата, общая сумма которых не должна превышать установленный законодательством размер минимальной заработной платы¹¹³ более чем в пять тысяч раз;¹¹⁴

2. средства, выделенные кандидату выдвинувшим его республиканским общественным объединением, общая сумма которых не должна превышать установленный законодательством размер минимальной заработной платы более чем в семь тысяч раз;¹¹⁵

3. добровольные пожертвования граждан и организаций Республики, общая сумма которых не должна превышать установленный законодательством размер минимальной заработной платы более чем в пятнадцать тысяч раз».¹¹⁶

Пункт 2 ст. 58 Закона о выборах является дискриминационным по отношению к независимому кандидату, поскольку не позволяет ему рассчитывать на финансовую помощь от политических партий как одного из трех источников финансирования. Данное обстоятельство противоречит международным стандартам. Параграф 7.5 Копенгагенского документа указывает, что государства-участники «уважают право граждан добиваться политических или государственных постов в личном качестве или в качестве представителей политических партий или организаций без дискриминации».¹¹⁷ Более того, п. 2 ст. 58 в существующей редакции не позволяет малым партиям, не имеющим средств для выдвижения своего кандидата, принимать участие в избирательной кампании другого независимого или партийного кандидата посредством финансирования или оказания иной помощи.

Дискриминационного характера ст. 58 Закона о выборах можно избежать в случае, когда источники в виде личных средств кандидата и пожертвований не будут ограничены указанными в законе требованиями. В данной ситуации за счет восполнения двух других источников можно было бы обеспечить равный подход ко всем кандидатам в Президенты. Однако, при существующей редакции статьи, независимый кандидат оказывается в ущербном положении и не может рассчитывать на один из источников финансирования. Следовательно, имеет меньше средств на избирательную кампанию.

В 2004 году БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало в ст. 58 Закона о выборах четко указать, что общая сумма взносов от политических партий не может превышать сумму, указанную

¹¹³ В соответствии с Законом Республики Казахстан «О республиканском бюджете на 2011—2013 годы» от 29 ноября 2010 года №357-IV, с 1 января 2011 года размер минимальной зарплаты составляет 15 999 тенге.

¹¹⁴ Предельный размер суммы по данной статье составляет 79 995 000 (семьдесят девять миллионов девятьсот девяносто пять тысяч тенге).

¹¹⁵ Предельный размер суммы по данной статье составляет 111 993 000 (сто одиннадцать миллионов девятьсот девяносто три тысячи тенге).

¹¹⁶ Предельный размер суммы по данной статье составляет 239 985 000 (двести тридцать девять миллионов девятьсот восемьдесят пять тысяч тенге).

¹¹⁷ Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (Копенгаген, 29 июня 1990 года). URL: www.osce.org/ru/odihr/elections/14304

в п. 2, и «пересмотреть носящую ограничительный характер формулировку «выдвинувшим его» с тем, чтобы независимые кандидаты могли получать финансовую поддержку от политических партий».¹¹⁸ По состоянию на настоящий момент рекомендация БДИПЧ ОБСЕ в отношении ст.58 Закона о выборах остается невыполненной Правительством Казахстана.

На наш взгляд, увеличение потолка избирательного фонда через долю негосударственного финансирования положительно скажется на характере и содержании выборов и будет пропорционально цели, которой добиваются кандидаты в Президенты РК, — повысить транспарентность их финансирования. Превыборная агитация кандидата в Президенты не может и не должна ограничиваться исключительно густонаселенными регионами страны из-за ограниченности средств. С учетом географии Казахстана необходимо создать условия для полного вовлечения населения страны в избирательный процесс, поскольку ограничения, предусмотренные законом,¹¹⁹ этому не способствуют.

3. *Негибкое государственное финансирование избирательной кампании*

Государство гарантирует равное выделение средств всем кандидатам из государственного бюджета для освещения избирательной кампании в средствах массовой информации. В частности, гарантируется выделение эфирного времени на телевидении и радио, а также печатной площади для двух статей в печатных изданиях, проведение публичных мероприятий и выпуск агитационных материалов.¹²⁰

В соответствии с п. 3 ст. 28 и п. 2 ст. 33 Закона о выборах, Центральная избирательная комиссия (далее — ЦИК) устанавливает нормативы по расходованию бюджетных средств, выделяемых на выборы Президента. На прошедших в Казахстане 3 апреля внеочередных выборах Президента ЦИК утвердил следующие показатели: на выступление с предвыборной программой по телевидению — 4 625 000 тенге; выступление на радио — 169 000 тенге; публикация двух статей — 810 000 тенге; на аренду помещений для встреч с избирателями — 200 000 тенге; на изготовление агитационных материалов — 290 000 тенге; на транспортные расходы — 200 000 тенге.¹²¹ Порядок финансирования устанавливается бюджетным законодательством Республики Казахстан.¹²²

Данное положение не противоречит международным стандартам и соответствует принципу «строгого» равенства, который подразумевает равные возможности для всех кандидатов, не зная на уровень поддержки электоратом. Согласно Руководящим принципам Венецианской комиссии, «этот критерий следует применять, когда речь идет об использовании государственных возможностей проведения избирательной кампании (например, расклеивание плакатов, почтовые и аналогичные услуги, демонстрации в общественных местах, предоставление общественных помещений для проведения массовых мероприятий)».¹²³

Тем не менее, использование средств из государственного бюджета вызывает нарекания со стороны участников избирательного процесса, поскольку эти деньги напрямую не перечисляются в избирательный фонд кандидата, а в случае Президентских выборов оплачиваются через ЦИК по факту за предоставленную услугу. Подобная практика создает трудности в использовании выделяемых средств, поскольку необходимо предоставлять в ЦИК счет на оплату услуги, после чего ЦИК проводит

¹¹⁸ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan «On Elections in the Republic of Kazakhstan» from 24 August, 2004. URL: www.osce.org/odhr/elections/35973

¹¹⁹ Не более 431 973 000 тенге на избирательную кампанию в 2011 г. См. сноски 4—7.

¹²⁰ Пункты 3—5 ст.28 Закона о выборах.

¹²¹ Постановление Центральной избирательной комиссии №31/52 от 26 февраля 2011 года. URL: http://election.kz/portal/page?_pageid=73,1569401&_dad=portal&_schema=PORTAL

¹²² Пункт 1 ст.33 Закона о выборах.

¹²³ Раздел I, 2.3, п.18 Пояснительного доклада к Своду рекомендуемых норм при проведении выборов (принят Венецианской комиссией на 52-й пленарной сессии, Венеция, 18—19 октября 2002 года). URL: [http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD\(2002\)023rev-rus](http://www.venice.coe.int/docs/2002/CDL-AD(2002)023rev-rus) (далее — Пояснительный доклад).

безналичный расчет, и только затем кандидат может использовать, к примеру, помещение для встречи с избирателями. Безусловно, согласно принципу «строгого» равенства выделяемые средства из государственного бюджета должны быть четко регламентированы, однако схема, при которой они направлялись бы прямо в избирательный фонд и использовались без посредничества ЦИК, была бы более эффективной и удобной для участников выборов и не противоречила вышеупомянутому принципу равенства. ЦИК должен выступать в качестве независимого и авторитетного арбитра. Любое его вовлечение в распределение финансовых средств среди кандидатов в Президенты в какой-либо форме может ставить под угрозу его объективность и равноудаленность от всех участников избирательной кампании.

4. Недостаточная прозрачность финансовой отчетности

Прозрачная финансовая отчетность избирательной кампании является одним из основных элементов честных выборов и служит лучшим доказательством отсутствия коррупции на выборах. Каждый кандидат в Президенты должен публиковать свою финансовую отчетность с тем, чтобы в полной мере проинформировать избирателей об источниках и расходах своего избирательного фонда. В стране, где отсутствует устойчивая демократическая практика и нет политической традиции транспарентных выборов, необходимы законодательные механизмы для установления большей прозрачности по формированию и расходам избирательных фондов. Более того, Венецианская комиссия подчеркивала, что «такая транспарентность важна независимо от уровня политического или экономического развития той или иной страны».¹²⁴

Пункт 9 ст. 34 Закона о выборах указывает, что «не позднее пяти дней после установления итогов выборов кандидат... обязан предоставить в соответствующую избирательную комиссию отчет об использовании средств своего избирательного фонда...». Далее, п. 4 ст. 34 уточняет, что «информация об общей сумме денег, поступивших в фонд, и его источниках в течение десяти дней после опубликования итогов выборов публикуется в средствах массовой информации... Центральной избирательной комиссией».

ЦИК РК по итогам прошедших 3 апреля выборов опубликовала в СМИ информацию о средствах избирательных фондов кандидатов в Президенты и их источниках.¹²⁵

Ф.И.О	Сумма поступлений	Собственные средства кандидатов	Средства, выделенные кандидатам выдвинувшими их политическими партиями	Добровольные пожертвования граждан и организаций Республики
1. Ахметбеков Жамбыл Аужанович	40 524 110	279 800-00	—	40 244 310
2. Елеусизов Мэлс Хамзаевич	21 791 326	—	—	21 791 326
3. Касымов Гани Есенкельдыұлы	22 290 645	—	—	22 290 645
4. Назарбаев Нурсултан Абишевич	431 972 577	79 995 000	111 993 000	239 984 577

¹²⁴ Раздел II, 3.2, п.108 Пояснительного доклада.

¹²⁵ Информация Центральной избирательной комиссии Республики Казахстан // Казахстанская правда №150—151 (26571—26572) 07.05.2011.

Однако представленная информация крайне скудна относительно источников и абсолютно не раскрывает расходную часть избирательной кампании кандидатов. Кроме того, информация, публикуемая в течение десяти дней после обнародования итогов голосования, не обеспечивает периодического представления и обнародования информации о поступлениях в избирательный фонд кандидата. Эти факторы снижают прозрачность финансовой составляющей избирательных кампаний.

Цели и суммы выделяемых средств из бюджета прописаны и могут быть использованы на гарантированный государством эфир на телевидении, радио и продукции агитационных материалов. Полная отчетность по использованию этих средств доступна ЦИК, но, к сожалению, закон не обязывает кандидатов публиковать эту информацию, что может быть причиной неполной информированности избирателей относительно того, как воспользовался тот или иной кандидат деньгами налогоплательщиков и в каком объеме.

На наш взгляд, во-первых, все расходы на избирательную кампанию должны детально отражаться в отчетах, которые должны быть общедоступны для избирателей. Поскольку ЦИК и так имеет информацию и контроль над расходами из избирательного фонда кандидата,¹²⁶ желательно чтобы эта же информация предоставлялась одновременно для ознакомления избирателям. Во-вторых, кандидатов следует обязать периодически, например, раз в десять дней, предоставлять информацию о пополнении избирательного фонда, это позволит своевременно информировать избирателей об аккумулированных средствах на счету того или иного кандидата. Данные рекомендации соответствуют лучшей практике при проведении выборов.¹²⁷

5. Санкции за ошибки в финансовой отчетности

Пункты 9 и 10 ст. 34 Закона о выборах предусматривают возможность отмены регистрации кандидата, а после проведения выборов отмены регистрации кандидата в качестве Президента. В частности, согласно требованию п. 9 кандидат «не позднее пяти дней после установления итогов выборов» должен предоставить финансовую отчетность об использовании средств избирательного фонда. Но опоздание с предоставлением финансовой отчетности всего на один день с учетом, что она будет корректна, может привести к отмене регистрации кандидата.

Такие санкции на наш взгляд непропорциональны нарушению и являются слишком жесткими. В случае предоставления отчетности с незначительными финансовыми ошибками или несвоевременно, ЦИК мог бы ограничиться штрафом соразмерным допущенной финансовой неточности, но никак не отменять регистрацию кандидата.

Аналогичным образом действует п.п. 3-1 п. 7 ст. 59 Закона о выборах, в соответствии с которым, ЦИК «отменяет решение о регистрации кандидата в случае выявления на момент подачи декларации недостоверности сведений о доходах и имуществе, задекларированных кандидатом или его супругой...». Такая норма закона достаточно широко может трактоваться, и за малейшие неточности может стоить кандидату его регистрации. Как отмечалось выше, санкция за «недостоверности» должна носить пропорциональный характер, и только в случае самых грубых нарушений

¹²⁶ В случае выборов президента РК, контроль осуществляется Центральной избирательной комиссией в соответствии с Постановлением ЦИК от 7 августа 1999 года №19/222 «Об утверждении Правил расходования средств избирательных фондов и представления отчетов об их использовании при выборах президента, депутатов Парламента, маслихатов Республики Казахстан». Пункт 8: «Банки представляют соответствующей избирательной комиссии еженедельный отчет о поступлении средств на специальные временные счета и об их расходовании...». Пункт 10: «Не позднее пяти дней после установления итогов выборов кандидат... обязаны представить в соответствующую избирательную комиссию отчет об использовании средств своего избирательного фонда, в котором указываются источники денежных поступлений в избирательный фонд и все затраты...».

¹²⁷ Раздел II, 3.2, п. 109 Пояснительного доклада.

приводить к снятию кандидата с выборов. Более того, «такая формулировка может привести к политически мотивированным решениям».¹²⁸

В 2004 году БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало Правительству РК убрать из закона положения об отмене регистрации,¹²⁹ но рекомендация так и не была реализована.

Как мы отмечали выше, вопросы финансирования избирательной кампании являются одними из краеугольных в признании выборов честными. Четкость законодательного регулирования, базирующегося на международных стандартах и лучшей практике при проведении выборов, могут способствовать большей прозрачности и духу демократии. Поэтому то, в какой мере общество сможет наладить контроль и регулирование за финансовой стороной выборов, в той мере оно сможет снизить коррупцию и злоупотребления в политике. Необходимо внести градацию и соответствующую степень воздействия за нарушения финансовой отчетности избирательного фонда и недостоверности сведений о доходах. В качестве альтернативной санкции могут рассматриваться денежные штрафы.

VI. Сводные рекомендации

1. Условия, при которых могут быть назначены досрочные президентские выборы, должны быть прямо прописаны в выборном законодательстве.

2. Следует рассмотреть введение прямого запрета в казахстанском законодательстве на изменения и дополнения, менее чем за год до проведения выборов, Закона о выборах, за исключением строго оговоренных случаев.

3. Лишение пассивного избирательного права в результате любой судимости, а также за ряд правонарушений нарушает принцип соразмерности, признаваемый в п. 24 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990. Следует в соответствии с Конституцией Республики Казахстан и международными стандартами предусмотреть, что лишение такого право может следовать только за совершение тяжких и особо тяжких преступлений в отношении лиц, отбывающих наказание в местах лишения свободы.

4. Необходимо на законодательном уровне четко прописать полномочия, порядок формирования, основные обязанности и принципы работы лингвистической комиссии по проверки свободного владения кандидатом в Президенты государственным языком. Соответственно, на подзаконном уровне должны быть приняты правила, определяющие четкую процедуру подбора тем для письменных и устных заданий, критерии их оценки. В итоге, комплекс законодательных положений и соответствующих нормативных актов должен позволить установить справедливые и объективные критерии, чтобы человек знал, как именно его или ее будут оценивать. Предпочтительно, чтобы критерии были непосредственно зафиксированы на уровне закона.

5. Необходимо дать четкую формулировку требованию о непрерывности проживания на территории Казахстана. В законе должны быть оговорены исключительные обстоятельства, которые не должны учитываться в качестве прерывания требуемого законом срока непрерывного проживания на территории Казахстана. Следует отметить, что срок в 15 лет непрерывного проживания является явно чрезмерным и, возможно, излишним. От него следует либо вообще отказаться, либо он должен составлять разумное количество лет (например - 3 года). В соответствии с международными стандартами ценз проживания может применяться в основном только к местным или региональным выборам и не должен превышать шести месяцев. Следует также прописать в законе процедуру проверки информации, предоставленной кандидатом о месте своего проживания.

6. Для определения численного выражения одного процента избирателей, которые должны поддержать кандидата в президенты из расчета общего числа избирателей, в равной мере представляющих не менее двух третей областей, город

¹²⁸ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan "On Elections in the Republic of Kazakhstan" from 24 August, 2004, page 7. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

¹²⁹ OSCE/ODIHR Assessment of the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan «On Elections in the Republic of Kazakhstan» from 24 August, 2004. URL: www.osce.org/odihr/elections/35973

республиканского значения и столицу Республики, следует установить прозрачный механизм определения общего числа потенциальных избирателей на период до начала процесса сбора подписей.

Следует в законе ввести прямой запрет на сокращение под любыми предлогами времени, отводимого на подачу заявления о выдвижении в кандидата в Президенты и проведения сбора и проверки подписей. Такой срок не должен быть меньше трех месяцев.

7. Необходимо разработать методику проведения проверок и критерии признания подписей не действительными. Должен быть создан механизм общественного контроля за этим процессом, что позволило бы обеспечить его максимальную прозрачность. Процедура проверки должна охватывать все подписи, но после того как неопровержимо будет установлено, что требуемое число подписей уже собрано, остальные подписи уже могут не проверяться.

8. Необходимо ввести ряд норм в казахстанское законодательство, которые бы позволили бы обеспечить четкое разделение между институциональной и агитационной деятельностью действующего президента. Это важное условие вытекает из требования об обеспечении равенства прав и возможностей всех кандидатов, участвующих в избирательной кампании. Также оно создает предпосылки для обеспечения проведения политических кампаний в атмосфере свободы и честности.

9. Следует отказаться от положений в законодательстве Республике Казахстан, которые априори создают неравные условия тем, что дают возможность первому Президенту Республики Казахстан неограниченное число раз выдвигать свою кандидату на президентских выборах. Совмещение такого права с возможностью объявлять им внеочередные президентские выборы, без каких-либо четких оснований, дает ему неоправданное преимущество перед любыми другими кандидатами в президенты.

10. Следует формировать избирательные комиссии, в том числе Центральную избирательную комиссию, таким образом, чтобы обеспечить в ее деятельности беспристрастность, независимость и транспарентность. Предпочтительным способом формирования избирательных комиссий является участие в этом процессе всех политических партий, зарегистрированных в Казахстане. В случае президентских выборов в их формировании также должны участвовать представители независимых кандидатов.

11. Следует обязать действующего президента уходить в отпуск по случаю проведения им избирательной кампании, что позволит избежать опасности использования им административного ресурса при проведении избирательной кампании, а также позволит избирателям четко отделить его деятельность в качестве кандидата в президенты и в качестве действующего президента.

12. Орган по рассмотрению заявлений по оспариванию выборов должен иметь полномочия по их аннулированию в тех случаях, когда будет доказано, что допущенные нарушения повлияли на их результаты.

13. Действующий президент, если он участвует в избирательной кампании, должен иметь равные условия с другими кандидатами по обжалованию результатов выборов. Ситуация, когда действующий президент, наряду с другими уполномоченными органами, может обращаться в Конституционный совет по оспариванию результатов выборов, а другие кандидаты в президенты такого права лишены, свидетельствует о том, что равные права и возможности для кандидатов в президенты Республики Казахстан не обеспечены.

Требуется определить в Законе о выборах, что понимается под финансированием и пожертвованием в пользу избирательной кампании. Это понятие имеет ключевое значение для определения какие формы финансирования избирательной кампании кандидатов являются законными, а какие нет. Также следует рассмотреть возможность включения понятия широкого определения пожертвования в пользу политической партии в соответствии с определением, данным Советом Европы в Рекомендациях Комитета министров государствам-членам в отношении общих правил по борьбе с коррупцией при финансировании политических партий и избирательных кампаний. Такое определение позволит не ограничивать пожертвования только имущественными благами как в настоящее время предусмотрено законодательством Республики Казахстан.

14. Необходимо пересмотреть п. 2 ст. 58 Закона о выборах, который является дискриминационным по отношению к независимому кандидату, поскольку не позволяет ему рассчитывать на финансовую помощь от политических партий как одного из разрешенных законом источников. Альтернативно можно было бы предусмотреть возможность не ограничивать такого кандидата в использовании личных источников и пожертвований.

15. Следует увеличить потолок избирательного фонда через долю негосударственного финансирования. Это положительно скажется на характере и содержании выборов, позволит вывести финансы политических кампаний из тени.

16. ЦИК не должен в какой-либо форме вовлекаться в распределение финансовых средств среди кандидатов в президенты. Контроль за их расходованием может быть обеспечен иными методами, что, с одной стороны, высвобождает ресурсы ЦИК в ответственный период, а, с другой, позволяет ему не ставить под угрозу свою объективность и равноудаленность от всех участников избирательной кампании.

17. Предоставляемая информация о источниках финансирования выборных кампаний кандидатов крайне скудна и абсолютно не раскрывает расходную часть избирательных кампаний кандидатов. Также в законодательстве не содержится требования о публикации информации по ходу поступления средств в избирательный фонд кандидата и информации, касающейся расходования средств, полученных из государственного бюджета. Необходимо детализировать правила раскрытия финансовой информации в отношении предвыборных кампаний кандидатов в президенты. Следует также обязать кандидатов периодически, например раз в десять дней, публиковать информацию о поступающих средствах на цели их избирательных кампаний.

18. Незначительные финансовые ошибки не должны вести к излишне суровым санкциям, таким как, например, отмена регистрации кандидата. Во многих случаях такие упущения могли бы наказываться штрафами.

Июнь, 2011 г.