

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2012

**ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2012 Г.**

АЛМАТЫ, 2014

УДК 341 (058)
ББК 67.400.7
Е 36



**Ежегодник Центра исследования правовой
политики 2012. Алматы, 2014 — 375 С.
Е 36**

ISBN 978-601-7162-49-8



Настоящий Ежегодник содержит аналитические материалы, подготовленные экспертами Центра исследования правовой политики (*Legal Policy Research Centre*). Публикация Ежегодника осуществлена при поддержке *Open Society Foundation*. Мнения и взгляды, содержащиеся в Ежегоднике, могут не совпадать с официальной позицией *Open Society Foundation* и отражают авторскую точку зрения.

Ежегодник предназначен для представителей законодательной, судебной и исполнительной ветвей власти, ученых, преподавателей, практикующих юристов, активистов гражданского общества и читателей, проявляющих интерес к правовым вопросам.

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.

УДК 341 (058)
ББК 67.400.7

ISBN 978-601-7162-49-8

© Центр исследования правовой политики, 2014

СОДЕРЖАНИЕ

К читателю	6
КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	10
Экспертное заключение о толковании норм ряда статей Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков <i>Бланкенагел К.А.</i>	10
УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	17
Экспертный комментарий к Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан и проекту Уголовного кодекса Республики Казахстан <i>Хавронюк Н.И.</i>	17
Проблемные вопросы освобождения от уголовной ответственности и наказания <i>Хавронюк Н.И.</i>	42
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	47
К вопросу о внедрении в уголовное судопроизводство института соглашения о признании вины <i>Канафин Д.К.</i>	47
Проблемы форм предварительного расследования по проекту УПК РК (общая, дознание, следствие, упрощенная) <i>Хавронюк Н.И.</i>	57
Экспертное заключение «Соблюдение права на открытое судебное разбирательство» <i>Лоскутов И.Ю.</i>	62
Соблюдение принципа состязательности, равенства сторон и права на защиту в уголовном процессе <i>Канафин Д.К.</i>	87
Отчет по прикладному исследованию «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан» <i>Центр исследования правовой политики</i>	124
Экспертный обзор по исполнению государственными органами Республики Казахстан Национального плана РК в области прав человека на 2009-2012 гг. Право на свободу от пыток и других	

жестоких или унижающих достоинство видов обращения и наказания за период 2009-2012 г. <i>Миллер А.</i>	151
Вопросы компенсаций в справедливом судебном процессе <i>Волочай Е.В.</i>	161
УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	203
Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) <i>Саламатов Е.А.</i>	203
Экспертный обзор выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан за 2009-2012 гг. Права Осужденных <i>Рахимбердин К.</i>	221
АДМИНИСТРАТИВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	231
Аналитическая записка «Стратегические вопросы развития административной юстиции в Казахстане» <i>Подопригора Р.А.</i>	231
Аналитическая записка «Административное деликтное законодательство демократического государства: основные признаки» <i>Хавронюк Н.И.</i>	250
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА	275
Соблюдение прав человека в области свободы мирных собраний в ходе реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях <i>Тюленева В.А.</i>	275
Свобода передвижения в административном праве Республики Казахстан <i>Шорманбаева А.С.</i>	293
Экспертное заключение «Реализация прав человека в ходе совершенствования законодательства в области свободы вероисповедания в свете реформирования законодательства Республики Казахстан об административных правонарушениях» <i>Подопригора Р.А.</i>	302
Экспертное заключение «Права человека в области свободы выражения мнения в свете реформирования административного и уголовного законодательства Республики Казахстан» <i>Лоскутов И.Ю.</i>	319

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ 342

Правовое заключение по предложениям, содержащимся в проектах Законов Республики Казахстан "О гарантированной государством юридической помощи" и "О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи"

Левин И. 342

Научное заключение на проект Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» и проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты республики казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи»

Кипнис Н.М. 356

К ЧИТАТЕЛЮ

В течение 2012 года Центр исследования правовой политики (ЦИПП) вел целенаправленную работу по организации всестороннего обсуждения в экспертном сообществе проекта новой редакции Уголовного-процессуального кодекса, Уголовного кодекса и Кодекса об административных правонарушениях Республики Казахстан. Ряд предложений ЦИПП нашли отражение в проектах этих законодательных актов. В частности, в текущей версии новой редакции УПК РК планируется отказ от дополнительного расследования, улучшены гарантии личности и расширены права защитника при сделке о признании вины, институт депонирования доказательств не только включен в УПК РК, но и будет детально регламентирован.

Другие вопросы, которые ЦИПП не раз поднимал на своих мероприятиях, пока не нашли поддержки со стороны разработчиков, в том числе по расширению судебного контроля в досудебном производстве за счет проверки обоснованности подозрения, укреплению статуса защитника в уголовном процессе, уравниванию статуса эксперта и специалиста.

Считаем важным в нашем небольшом вступлении остановиться более подробно на вопросе задержания. Тем более, что в 2012 г. ЦИПП по просьбе Конституционного Совета Республики Казахстан подготовил экспертное заключение по поводу толкования сроков в Конституции Республики Казахстан.

Ряд положений данного экспертного заключения нашел отражение в Нормативном постановлении Конституционного Совета от 13 апреля 2012 года № 2 «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков».

Наряду с толкованием конституционных сроков в деятельности Президента, Парламента, Правительства и других конституционных органов, Конституционный Совет рассмотрел вопрос о сроках задержания по УПК РК.

Конституционный Совет пришел к выводу, что положение Конституции Республики Казахстан о том, что «без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов» должно пониматься таким образом, «что не позднее указанного времени в отношении задержанного должно быть принято решение суда о применении ареста и содержания под стражей, а также иных мер, предусмотренных законом, либо задержанный подлежит освобождению». При этом Конституционный Совет отметил, что законодателем могут быть установлены и меньшие, в пределах семидесяти двух часов, сроки для принятия соответствующего решения.

ЦИПП считает, что к этой правовой позиции Конституционного Совета должны прислушаться разработчики новой редакции УПК. Срок содержания под стражей с 72 часов может и должен быть сокращен до 48 часов, как это рекомендуется Комитетом ООН по правам человека.

В Нормативном постановлении Конституционного Совета также отмечается, что началом срока задержания является тот час с точностью до минуты, когда ограничение свободы задержанного лица, включая свободу передвижения – принудительное удержание в определенном месте, принудительное доставление в органы дознания и следствия (захват, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т.д.), а также какие-либо иные действия, существенно ограничивающие личную свободу человека, стало реальным, независимо от придания задержанному какого-либо процессуального статуса или выполнения иных формальных процедур.

Моментом окончания этого срока является истечение семидесяти двух часов, исчисляемых непрерывно со времени фактического задержания. ЦИПП надеется, что эти прогрессивные правовые позиции Конституционного Совета также будут отражены в новой редакции УПК.

В Нормативном постановлении Конституционный Совет ссылается на Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания». В этом нормативном постановлении Верховного Суда вслед за статьей 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, говорится о том, что *каждый* задержанный должен представлять перед судом. Данный вопрос не был предметом обращения в Конституционный Совет, однако, считаем необходимым продолжить, экспертное обсуждение по этому вопросу по ряду соображений.

Конституционный совет в своем понимании сроков задержания без санкции суда, также опирался на статью 9 Международного пакта о гражданских и политических правах.¹ Эта статья дословно гласит следующее: «Каждый человек имеет право на свободу и личную неприкосновенность. Никто не может быть подвергнут произвольному аресту или содержанию под стражей».

Под «арестом» в Пакте однозначно понимается сам факт задержания, а не мера пресечения. Под термином «содержание под стражей» понимается фактически продолжающееся задержание. Для целей Пакта важно разрешение вопроса о произвольности и обоснованности задержания. Выбор меры пресечения связан с этим вопросом, но является по Пакту самостоятельным элементом судебного контроля.

В Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (утвержден Резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 9 декабря 1988 года), на который также ссылается Конституционный совет в своем постановлении указывается, что «под «задержанным лицом» понимается любое лицо, лишённое личной свободы не в результате осуждения за совершение правонарушения».

В соответствии с международными обязательствами судья в досудебном производстве должен не только решать вопрос о мере пресечения, но и выяснять вопрос о том было ли задержание не произвольным, а (законным) и обоснованным. В нормативном постановлении Верховного Суда, о котором шла речь выше, прямо говорится, что суд должен проверять обоснованность и разумность подозрений как основание для задержания. К сожалению, этот вопрос не являлся предметом рассмотрения Конституционного совета. Мы же считаем, что он все-таки должен найти свое отражение в проекте УПК, тем более что такое понимание не только отражено в Международном пакте о гражданских и политических правах, но и в нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан.

Рассмотрение Конституционным Советом вопроса о сроках задержания актуализирует комплексное обсуждение этой темы при разработке новой редакции УПК. Требование о проверке законности и обоснованности задержания судом должно быть включено в новый уголовно-процессуальный закон. Это будет иметь принципиальное значение для становления полноценного судебного контроля в

¹ Международный пакт о гражданских и политических правах принят Резолюцией 2200А (XXI) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 16 декабря 1966 года и ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III)

досудебном расследовании. Эта реформа также имеет непосредственное отношение к укреплению верховенства права и усилению гарантий прав личности в Казахстане в целом, так как она направлена на защиту самого важного – свободы человека.

Другой немаловажной темой, широко обсуждаемой в Казахстане в 2012 г., был вопрос о том каким должен быть новый уголовный закон с учетом выделения уголовных проступков в новую категорию уголовных правонарушений, в том числе через перенос ряда административных правонарушений в разряд уголовных проступков. Эксперты ЦИПП в своих заключениях представили разные точки зрения на этот вопрос. На наш взгляд, выделение уголовных проступков в отдельную категорию уголовных правонарушений это неизбежный путь эволюции современного уголовного законодательства. Мы много писали на протяжении последних лет о важности этой реформы. Поэтому ограничимся только тем, что выскажем свою позицию по структуре организации уголовного законодательства. Считаем, что наиболее приемлемым вариантом было бы не выделение в Уголовном Кодексе преступлений и уголовных проступков, а создание принципиально нового отдельного кодекса о проступках, который бы отличался как от Уголовного кодекса, так и от Кодекса об административных правонарушениях (такой кодекс, например, существует в Молдове и называется просто Кодекс о проступках). В него можно было бы перенести соответствующие составы из обоих кодексов.

Техническая, на первый взгляд, реформа, позволила бы уголовным, по своей сути и форме проступкам, сохранять большую дистанцию от уголовных преступлений, чем когда они находятся под одной «крышей» в Уголовном Кодексе. Это связано с тем, что есть опасность, что, в едином кодифицированном акте, со временем, не исключено, санкции за уголовные проступки могут в большей мере тяготеть в сторону увеличения вслед за санкциями, предусматриваемыми за уголовные преступления. Тем более, это может происходить из-за того факта, что в проекте нового УК, несмотря на рекомендации международных экспертов, предусматривается сохранение лишения свободы на достаточно большие сроки. Кроме того, можно ожидать, что психологически такая организация уголовного законодательства была бы воспринята с большим пониманием.

В Ежегодник также вошел отчет по прикладному исследованию «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан». Независимых исследований деятельности суда присяжных проводится очень мало и данный коллективный труд сотрудников ЦИПП и экспертов заполняет эту нишу. Отчет показал высокий потенциал суда с участием присяжных заседателей для создания и гарантирования подлинного народного участия в уголовном правосудии. Эта реформа стала существенной вехой в истории современного Казахстана. Она вселяет надежду, что работа суда с участием присяжных заседателей не только станет катализатором усиления состоятельности, но и позволит сделать суд ближе, понятней и справедливей для каждого гражданина Республики Казахстана.

В отчете отмечены ряд законодательных новелл, которые были привнесены в уголовно-процессуальный закон за последнее время на основе практического опыта работы суда с участием присяжных заседателей. Были учтены рекомендации, содержащиеся в Отчете БДИПЧ ОБСЕ по мониторингу судебных разбирательств с участием присяжных заседателей, который был проведен в 2008 г.

В отчете поднимают ряд нерешённых проблем, которые тормозят дальнейшее развитие суда с народным участием. Вслед за расширением подсудности суда присяжных, увеличением количества присяжных заседателей, устранением фигуры второго судьи и т.д. должны быть предприняты действенные меры процессуального

и организационно-правового характера, которые бы рационализировали процедуру составления списков присяжных заседателей, расширяли права защиты в таком суде, а также популяризовали такой суд среди населения.

ЦИПП был и будет приверженцем расширения народного участия в отправлении правосудия. В этой связи, мы считаем нужным рассмотреть возможность перехода к классической модели суда присяжных, особенно по тяжким и особо тяжким делам.

В Ежегодник включены экспертные обзоры по исполнению государственными органами Республики Казахстан Национального плана действий Республики Казахстан в области прав человека на 2009-2012 годы. Эти обзоры касаются свободы от пыток и прав осужденных лиц. ЦИПП осуществлял проект совместно с двумя известными неправительственными организациями: Казахстанским международным бюро по правам человека и соблюдению законности и MediaNet. Проект был поддержан Делегацией Европейского Союза.

Национальный план Республики Казахстан должен стать основным документом государства, который ставит задачи и предлагает решения по укреплению верховенства права и прав человека в Республике Казахстан через реформу законодательства и практику. Участие гражданского общества в разработке и реализации таких документов является одним из условий успеха таких инициатив. Проект позволил повлиять на разработку Национального плана, отслеживать прогресс по его выполнению, предлагать рекомендации по включению новых задач в следующий подобный план. Нужно признать, что в целом остается большой отрыв между целями и наполнением плана реальным содержанием. Вызывает озабоченность тот факт, что Национальный план по правам человека не является нормативно-правовым актом, что соответственно, влияет на его исполнение государственными субъектами.

На наш взгляд Национальный план является платформой для общественных дискуссий в области политики государства по вопросам, связанным с правами человека. Такой диалог бесспорно необходим и если он будет укрепляться, то со временем, он обязательно позволит национальному плану стать реальным и эффективным инструментом улучшения ситуации с правам человека в Казахстане.

В заключение ЦИПП хотел бы поблагодарить представителей правительственного сектора, коллег из других аналитических центров и общественных организаций, экспертов, и всех, кто верит и поддерживает нашу организацию. Мы особенно ценим поддержку наших международных партнеров. В 2012 году мы работали с Делегацией Европейского Союза в Казахстане, Посольством Королевства Нидерландов в Республике Казахстан, Центром ОБСЕ в Астане, Фондом Сорос-Казахстан, Open Society Foundation и Freedom House.

Центр исследования правовой политики

КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

БЛАНКЕНАГЕЛ К. А.

*Профессор Кафедры публичного права,
российского права и сравнительного права
Университет им. Гумбольта (Берлин, Германия)*

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ О ТОЛКОВАНИИ НОРМ РЯДА СТАТЕЙ КОНСТИТУЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСУ ИСЧИСЛЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫХ СРОКОВ²

Введение

6 марта 2012 г. Конституционный Совет Республики Казахстан обратился в Центр исследования правовой политики (LPRC) с просьбой оказать экспертную помощь по вопросам толкования некоторых положений Конституции Республики Казахстан, регулирующих сроки. Прежде всего, следует подчеркнуть, что поставленные вопросы касаются сроков различного типа. Одно положение регулирует срок возможного задержания лиц без соответствующего решения суда (72 часа). Все другие нормы касаются сроков в процессе деятельности конституционных органов Республики Казахстан или, в случае п. 3 ст. 51, сроков, регулирующих образование конституционного органа. Первый тип срока, защищающий индивида, требует совсем иной трактовки, чем второй тип, регулирующий деятельность и процесс образования конституционных органов.

Первая часть экспертного заключения посвящена общим принципам калькуляции конституционных сроков, вторая часть – срокам, регулирующим процедуру взаимодействия конституционных органов. Ответ на вопрос касательно п. 3 ст. 51, регулирующий сроки проведения внеочередных выборов, содержится в третьей части. Четвертая часть заключения рассматривает вопрос о сроках задержания без санкции суда. Заключительная, пятая часть экспертного заключения, посвящена соотношению конституционных сроков со сроками гражданского и уголовного права.

² Экспертное заключение подготовлено экспертом Центра исследования правовой политики по запросу Конституционного Совета Республики Казахстан при поддержке *OSI* и *Freedom House*. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения *OSI* и *Freedom House*.

1. Сроки, регулирующие деятельность конституционных органов

а. Функции конституционных сроков

Сроки, регулирующие образование и деятельность конституционных органов, играют очень важную роль в обеспечении функционирования любого государства. Согласно п. 4 ст. 3 Конституции Республики Казахстан «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». Суть системы разделения властей проявляется в следующих элементах:

- конституционные органы различных ветвей власти контролируют друг друга;
- отдельные друг от друга конституционные органы принимают «свои» решения в сфере своих компетенций;
- принятие государственных решений во многих случаях разделяется на несколько этапов. Часть взаимного контроля осуществляется путем «совместного принятия» этих решений таким образом, что на различных этапах конституционные органы вносят свой вклад в принятие решения.

Итак, государственные решения в системе разделения властей характеризуются не только взаимным контролем, но также взаимодействием конституционных органов. При этом «тихая», отдельно не закрепленная предпосылка этой системы, – это само по себе разумное ожидание, что государство функционирует слаженно, государственные решения принимаются, когда они необходимы, и что это происходит эффективно и на основе прозрачных процедур. Сроки являются одним из элементов регулирования этой системы «совместных решений». Они должны обеспечивать эффективность принятия решений конституционными органами и прозрачность процесса принятия этих решений (не только для других конституционных органов, но и для граждан). Калькуляция сроков исходит из презумпции добросовестных отношений между конституционными органами при их деятельности в процессе принятия «совместных» решений.

б. Эффективность

Кооперация конституционных органов при принятии решений, обусловленная системой разделения властей, чревата опасностью замедления или даже полной блокадой принятия этих решений по многим общеизвестным причинам, начиная с личных или партийных противоречий и заканчивая глубокими разногласиями по поводу правильности или неправильности конкретных решений. Сроки, регулирующие период, в течение которого один конституционный орган может воспользоваться своим правом участия в принятии решения другим конституционным органом или в течение которого конституционный орган может воспользоваться своим правом контроля путем наложения вето, обеспечивают, что принятие окончательного решения произойдет «вовремя». Общее благо не должно страдать от излишней медлительности при принятии решения. Из этого следует, что толкование конституционных сроков должно носить строгий и ограничительный характер. Соответственно, абсолютно недопустимой является возможность приостановления или восстановления этих сроков.

в. Прозрачность и определенность

Прозрачность и определенность конституционных сроков служат двум целям. С одной стороны, конституционные органы должны точно знать, в какой момент другой конституционный орган больше не участвует в принятии решения или в какой момент контрольное право другого конституционного органа, как, например, наложение вето, больше не может быть осуществлено. Для соответствующих конституционных органов именно в этот момент возникают новые права и обязанности действия.

С другой стороны, общественность, которая в демократии контролирует политический процесс, должна без затруднений понимать правовую логику действий конституционных органов, в том числе и решений по срокам; иначе принцип демократической подотчетности конституционных органов перед общественностью работает вхолостую. Этот принцип вразумительности сроков особенно важен там, где, как в Конституции Казахстана, сама Конституция не регулирует расчет конституционных сроков ни прямым образом, ни отсылочной нормой. Конкретно это означает, что конституционные органы не распоряжаются сроками (так, например, возможность продления срока не существует) и, что метод калькуляции срока должен быть простым и доступным.

Простота и доступность калькуляции срока зависят от ясности по началу течения срока. Поэтому принципы толкования сроков должны содержать ясный подход к проблеме начала исчисления сроков при разных вариантах взаимодействия конституционных органов. Разумным и убедительным здесь является вариант, по которому течение срока начинается с получения документа, в отношении которого государственный орган должен принимать свое решение. Простота установления истечения срока предполагает простоту расчета. Поэтому, при расчете конституционных сроков разница в рабочих и выходных днях не имеет значения. Все дни принимаются одинаково в расчет.³

г. Принцип добросовестной работы конституционных органов

Несмотря на то, что в системе разделения властей конституционные органы находятся в системе сдержек и противовесов и, таким образом, как будто бы стоят друг против друга, их объединяет обязанность служить на благо Казахстана и казахстанскому народу. Поэтому свои конституционные функции они должны выполнять в духе добросовестного отношения к другим конституционным органам. Это означает необходимость заблаговременно информировать другие конституционные органы о своих намерениях и действиях, исчерпывать сроки только при наличии весомых причин и, в целом, умеренно использовать свои права.

Принцип добросовестности также означает, что рабочие и выходные дни считаются одинаково, т.е. конституционный орган не отдыхает в воскресенье (такое понимание также вытекает из принципа прозрачности и определенности). Принцип добросовестности конституционных органов в своих взаимоотношениях отражается последовательной судебной практике Конституционного Суда ФРГ и встречается в

³ В ФРГ, как правило, регламенты высших конституционных органов регулируют понимание сроков; здесь для определенных вопросов встречаются отсылочные нормы к Немецкому Гражданскому Уложению. Конституционность этих положений Конституционным Судом ФРГ еще не проверялась ввиду отсутствия, связанных с пониманием конституционных сроков, конфликтов.

осторожно выраженной правовой позиции (не в техническом смысле) Конституционного Суда Российской Федерации.⁴

2. Толкование конкретных примеров сроков взаимодействия конституционных органов по Конституции Республики Казахстан

Пункт 2 статьи 44 Конституции Республики Казахстан

Президент Республики Казахстан подписывает представленный Сенатом Парламента закон в течение одного месяца, обнародует закон либо возвращает закон или отдельные его статьи для повторного обсуждения и голосования.

Толкование данного положения, а именно срока в один месяц, предусмотренного в этой норме на основе общих принципов, выглядит следующим образом: месяц соответствует календарному месяцу конкретного времени, в котором закон был принят. Если в месяце было 30 дней, то и срок считается соответственно. Аналогично происходит и в тех случаях, когда в месяце 31 или 28 дней. Определенность срока и легкость его исчисления компенсируют недостаток, что в зависимости от конкретного месяца срок может изменяться. Что касается начала срока, то течение срока начинается с того момента, когда Президент получил принятый закон.⁵

Подпункт 2 пункта 2 статьи 54 Конституции Республики Казахстан

Парламент в раздельном заседании Палат путем последовательного рассмотрения вопросов в начале в Мажилисе, а затем в Сенате проводит повторное обсуждение и голосование по законам или статьям закона, вызвавшим возражения Президента Республики, в месячный срок со дня направления возражений. Несоблюдение этого срока означает принятие возражений Президента. Если Мажилис и Сенат большинством в две трети голосов от общего числа депутатов каждой из Палат подтвердят ранее принятое решение, Президент в течение одного месяца подписывает закон. Если возражения Президента не преодолены хотя бы одной из Палат, закон считается непринятым или принятым в редакции, предложенной Президентом. Возражения Главы государства на принятые Парламентом конституционные законы рассматриваются в предусмотренном настоящим подпунктом порядке. При этом возражения Президента на конституционные законы преодолеваются Парламентом не менее чем тремя четвертями голосов от общего числа депутатов каждой из Палат;...

Положение содержит два срока: месячный срок повторного обсуждения закона после принесения возражений Президентом и обязанность Президента подписать закон после преодоления его вето квалифицированным большинством. Здесь

⁴ BVerfGE 45, 1/39, BVerfGE 89, 155/191, 203; BVerfGE 90, 286/337; Конституционный Суд РФ, пост. от 11 декабря 1998 г. № 28-П; Конституционный Суд РФ, пост. от 23 марта 1995, особое мнение судьи В.О Лучина.

⁵ Расчет срока начинается со дня, когда документ получен конституционным органом, а не на следующий день после его получения. Таким образом, если мы предположим, что документ получен 25 января, отчет срока начинается в тот же день, а его истечение произойдет в 24.00 24 февраля. При этом календарный месяц рассчитывается с учетом, что в январе 31 день, т.е. с точки зрения арифметики сроков всегда берется календарный месяц, в котором расчет срока начинается.

действуют вышеизложенные общие принципы толкования сроков. Месяц соответствует календарному месяцу конкретного времени, в котором Президент направил свои возражения в Парламент или, соответственно, в котором вето Президента было преодолено предписанным Конституцией Казахстана большинством Парламента. Но также в этом случае есть и одна особенность. Она заключается в том, что начало срока в случае вето Президента четко урегулировано в Конституции: «... в месячный срок со дня направления возражений...». Это означает, что здесь в исключительном порядке течение срока уже начинается с принятия решения конституционного органа, а не, как правило, с получением документа конституционным органом, обязанным принимать соответствующее решение. В случае преодоления вето Президента опять действуют общие правила: течение срока начинается с уведомления Президента о преодолении его вето.

Пункт 3 статьи 73 Конституции Республики Казахстан

Конституционный Совет выносит свое решение в течение месяца со дня поступления обращения. Этот срок по требованию Президента Республики может быть сокращен до десяти дней, если вопрос не терпит отлагательства.

Здесь также действуют общие принципы толкования сроков: месяц является календарным месяцем; 10 дней – это опять же 10 календарных дней независимо от их характера (рабочие или выходные). Сама статья регулирует начало срока: срок начинается с получения обращения (в соответствии с общими принципами толкования сроков). Толкование срока, как такового, осуществляется, как уже было сказано, в соответствии с общими принципами толкования сроков. Но, положение не дает никаких указаний, когда Президент может или должен воспользоваться своим правом сокращения срока, предоставленного Конституционному Совету Казахстана для принятия решения. Самый простой и приемлемый вариант – это очевидно публичное сокращение срока до поступления обращения в Конституционный Совет Казахстана или одновременно с ним; в таком случае Конституционный Совет уведомлен с самого начала о сокращенном сроке.

Но, что делать, если причины безотлагательности возникают позже, что совсем не исключено? Предположим, что в связи с оспариванием итогов выборов проходят массовые протесты. Разумное толкование этого положения должно привести к выводу, что Президент имеет право сократить срок принятия решения Конституционным Советом до 10 дней в любой момент (если неожиданные причины безотлагательности возникают после обращения в Конституционный Совет). Но, в этом случае течение 10 дневного срока начинается только с момента уведомления Конституционного Совета Казахстана о принятии акта о сокращении Президентом срока. Такое толкование не противоречит формулировке п. 3 ст. 73, при этом сохраняется эффективность этого президентского права и не происходит ущемление прав Конституционного Совета Казахстана.

3. Сроки проведения внеочередных выборов

Пункт 3 статьи 51 Конституции Республики Казахстан

Внеочередные выборы депутатов Парламента или Мажилуса Парламента проводятся в течение двух месяцев со дня досрочного прекращения полномочий соответственно Парламента или Мажилуса Парламента.

Положение не предусматривает участия других конституционных органов. Вышеизложенные общие принципы также применяются в ситуации внеочередных выборов. Эффективность государственной системы (необходимость, как можно более быстрого преодоления политического вакуума) требует строгой трактовки этого срока; прозрачность и определенность функционирования политической системы для избирателей подразумевает, что срок, т.е. конкретный расчет этих двух месяцев до новых выборов, должен быть понятен избирателям. Итак, речь идет о двух календарных месяцах; день досрочного прекращения полномочий Парламента или Мажилиса Парламента определяет начало течения и одновременно конкретные месяцы срока. Срок является предельным сроком: «...в течение двух месяцев со дня досрочного прекращения полномочий...». Выборы должны быть проведены, но могут быть проведены и раньше (из принципа обеспечения всеобщности выборов, скорее всего, следует, что выборы должны состояться в воскресенье, даже если срок в этот день еще не исчерпан).

4. Сроки задержания лиц без санкции суда

Пункт 2 статьи 16 Конституции Республики Казахстан

Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права обжалования. Без санкции суда лицо может быть подвергнуто задержанию на срок не более семидесяти двух часов.

Речь здесь идет о сроке принципиально другого типа. Функция срока заключается в защите индивида: данное положение и срок должны защитить гражданина от ущемления его личной свободы и гарантируют, что вопрос правомерности фактического задержания решается судом⁶, т.е. гарантом справедливых и нейтральных решений.

Второе предложение статьи предусматривает исключение из этого общего принципа, допуская ограничение этого основного права сроком в 72 часа. Принцип эффективной защиты основных прав предполагает ограниченное толкование этого срока: течение срока начинается в момент фактического задержания и заканчивается ровно через 72 часа после истечения фактических сроков задержания. Что это за дни – выходные или рабочие – не имеет никакого значения.

⁶ Фактическое задержание означает ситуации, когда лицо фактически и реально лишается своей личной свободы. Это, например, происходит, когда сотрудник полиции приказывает следовать за ним, когда лицо помещается в машину, на него надеваются наручники или в любой подобной ситуации. Обычно время фактического задержания должно быть зафиксировано полицейскими. Если такие записи являются сомнительными, противоречивыми или оспариваются по каким-либо другим основаниям, суд вправе определить момент фактического ограничения свободы лица на основе имеющихся доказательств (показаний). В соответствии с немецким правом в таких случаях суд наделяется инквизиционными полномочиями: он обязан предпринять все возможные действия для установления фактических обстоятельств задержания. Соответственно, в таких ситуациях отсутствует распределение формального бремени доказывания. В случаях, когда суд, несмотря на все усилия, не может установить факты, общим правилом является то, что полиция должна доказать, что условия задержания в конкретном случае были соблюдены, не ограничиваясь представлением формальных доказательств, так как в данном случае решение принимается в отношении соблюдения фундаментальных прав человека. Это общее правило.

Во всех случаях, когда ущемление основных прав может быть решено исключительно судом, возникает следующий вопрос: обязано ли государство по Конституции обеспечивать доступность суда для решений таких дел круглосуточно и в любой момент? Высокая ценность основных прав, особенно таких чувствительных прав как право личной свободы, требуют такую круглосуточность; гарантия решения определенных вопросов только судом возлагает на государство обязательство предоставить лицу доступ к соответствующей структуре – даже, если это обходится государству дорого. По поводу санкции суда на обыск квартиры, где в ФРГ, в свое время, сложилась практика обхода предварительного решения суда, немецкий Конституционный Суд занял именно такую позицию: государство обязано обеспечивать доступность судебного решения круглосуточно.⁷

5. Конституционные сроки и гражданское и уголовное право

Вышеизложенные общие принципы толкования конституционных сроков показывают, что принципы гражданского и уголовного права, регулирующие расчет сроков не могут применяться в конституционном праве: конституционное право требует и содержит собственные принципы расчета сроков. Это не исключает возможность *в отдельных случаях* употреблять гражданско-правовые принципы и нормы, регулирующие сроки субсидиарно и по аналогии, если это не противоречит общим принципам расчета конституционных сроков. Такой подход будет соответствовать пониманию субсидиарной роли гражданского права по отношению к конституционному праву.

Апрель, 2012 г.

⁷ BVerfGE 103, 142.

ХАВРОНИЮК Н.И.

*Директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ (Киев, Украина)
доктор юридических наук, профессор*

ЭКСПЕРТНЫЙ КОММЕНТАРИЙ К КОНЦЕПЦИИ ПРОЕКТА УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И ПРОЕКТУ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН⁸

1. Общие замечания

1.1. Действующий Уголовный кодекс Республики Казахстан принят в 1997 году – всего лишь пятнадцать лет назад. Поэтому вполне логичным является появление мнения о том, что принимать новую редакцию этого Кодекса преждевременно. Как следует из Концепции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция) (далее – Концепция), разработка новой редакции проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – проект УК) обосновывается такими факторами: 1) положения Уголовного кодекса Республики Казахстан за прошедшие годы подвергались многочисленным изменениям (принято более 60 законов, которыми были внесены поправки в более чем 300 статей); 2) ныне Казахстан находится на качественно ином этапе своего развития, в условиях которого появляются новые, ранее неизвестные общественные отношения и связанные с ними угрозы, а существующие подвергаются серьезной трансформации.

Известно, что положения уголовных, да и не только уголовных, кодексов разных стран ежегодно подвергаются изменениям.

Например, в Уголовный кодекс Украины, принятый в 2001 году, уже 96 раз вносились изменения, которые коснулись более чем 330 статей. В настоящее время готовится серьезная реформа уголовного законодательства в связи с введением в правовой обиход понятия «уголовный проступок». Однако вопрос о принятии Уголовного кодекса Украины в новой редакции не ставился и не ставится, реформа будет состоять во внесении хотя и многочисленных, но все же обычных изменений в Кодекс.

Известно, насколько серьезным трансформациям подвергались общественные отношения, например, в Германии с конца XIX до середины XX веков. Однако педантичные немцы не торопились менять свой Уголовный кодекс, и сегодня основным источником уголовного права ФРГ продолжает являться Уголовный кодекс от 15 мая 1871 года в редакции от 13 ноября 1998 года. Между тем, всяческого одобрения заслуживает подход, при котором вместо внесения частых и мелких

⁸ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

изменений в Уголовный кодекс законодатель ФРГ практикует тематические реформы уголовного права, которые проводятся, разумеется, не ежегодно и состоят в относительно масштабных изменениях.

1.2. Вместе с тем, вопрос о разработке новой редакции УК является политическим и, если соответствующие государственные органы принимают такое решение, они берут на себя ответственность и за все возможные негативные последствия такого шага.

1.3. Подходы к проекту УК, которые последовательно изложены в тридцати пяти пунктах раздела 2 Концепции, в целом следует признать обоснованными. Иными словами, почти все намерения казахстанского законодателя, касающиеся изменений в уголовном законодательстве, являются правильными по сути. Действительно, как можно спорить с утверждениями, что «Уголовный кодекс должен строго соответствовать Конституции», «что «новая редакция Уголовного кодекса должна предусматривать реализацию программных документов государства» или что «надлежит исключить противоречия между нормами Уголовного кодекса и иных законодательных актов».

Особо хочется упомянуть как позитивные новаторские шаги:

- 1) введение уголовной ответственности юридических лиц (статьи 16, 51, 54 и др. проекта УК);
- 2) введение понятия «уголовный проступок» (ст. 10 и др.);
- 3) новые способы дифференциации уголовной ответственности и наказания (ст. 58 и др.);
- 4) новые подходы к определению наказания в виде конфискации имущества (ст. 53 и др.).

1.4. С другой стороны, некоторые положения Концепции, а также проекта УК вызывают некоторое недоумение или явное возражение. Соответствующие замечания и предложения изложены нами ниже. Они касаются не всех положений Концепции и проекта УК, а выборочно – лишь тех, где нами усматриваются явные несоответствия, недосмотры, пробелы и другие недостатки.

2. Административные правонарушения и уголовные проступки

2.1. Определенные правонарушения потому и называются административными, что касаются административной сферы или, иначе говоря, сферы государственного управления. Советский законодатель, понимая это, в свое время сделал вид, что проступки называются административными потому, что решение по ним выносит административный орган, а не суд. На самом деле это лукавство: если посмотреть на любой Кодекс об административных правонарушениях, имеющий советские корни, то нетрудно заметить: право принимать решения по делам об административных правонарушениях предоставлено им как административным органам, так и судам, а также органам, которые трудно отнести ни административным органам, ни к судам (например, следователь, прокурор, председатель сельсовета и т.д.).

Тот факт, что во времена СССР и некоторое время позже в Кодексы об административных правонарушениях включались составы деликтов, направленных как против публичной администрации, так и против прав и законных интересов человека, а также интересов общества (например, мелкая кража, мелкое

хулиганство), является, на наш взгляд, свидетельством неправильной оценки различной правовой природы, различного характера уголовных и административных правонарушений. По сути, тем самым они признавались деяниями одинакового характера, но разной степени общественной опасности (вредности). В то же время, правонарушение, направленное против публичного управления, может рассматриваться как преступление в случае, если оно обладает признаком общественной опасности (таким образом, например, неповиновение представителю правоохранительного органа, переросшее в сопротивление ему, трансформируется из административного проступка в преступление).

Не могут именоваться административными правонарушения, посягающие на «общественный порядок и нравственность, права несовершеннолетних, на личность и в сфере семейно-бытовых отношений» (см. пункт «а» части 2 статьи 67 проекта УК Республики Казахстан). Их суть остается уголовно-правовой, а следовательно, и последствия их совершения должны быть уголовно-правовыми. В этой связи напомним, что, согласно решениям Европейского суда по правам человека (например, решение от 21 февраля 1984 г. по делу Оцтюрка против Германии), подобные административные правонарушения являются частью уголовного права, несмотря на то, что государство терминологически обозначило их иначе. Потому государство и обязано при процедуре их расследования и разрешения обеспечить всю полноту гарантий, предусмотренных для «уголовных дел» (презумпцию невиновности, право на защиту, право на обжалование решения и т.д.).

В Украине на сегодня подготовлены проект изменений к Уголовному кодексу, касающийся введения уголовного проступка, и проект Кодекса об административных проступках. Особенная часть последнего включает пять разделов, каждый из которых подразделяется на несколько глав. Например, название Раздела 8 – «Административные проступки против порядка управления в информационной сфере, сфере обеспечения военной безопасности, безопасности государственной границы Украины, а также обеспечения деятельности публичной службы». Раздел включает шесть глав: Глава 1 «Административные проступки против порядка управления в сфере информационной, статистической и рекламной деятельности, кинематографии, телевидения, радиовещания и связи», Глава 2 «Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения достоверности документов и печатей» и т.д. Взысканиями за совершение административных проступков предполагается признать предупреждение, штраф и лишение права заниматься определенной деятельностью. Кроме того, дополнительными правовыми последствиями административного проступка могут быть пеня и изъятие определенного имущества (с последующим решением вопроса о его конфискации). Арест, исправительные работы, общественные работы, конфискация имущества, т.е. меры, которые ограничивают конституционные права человека и потому могут применяться только судом, признаны такими, что подлежат применению только за преступления и уголовные проступки, но не за административные проступки. В отличие от уголовного правонарушения (преступления и проступка) дело об административном проступке рассматривается и разрешается только административным органом. К компетенции судов предполагается отнести лишь рассмотрение жалобы на решение специальной комиссии, рассматривающей первоначальную жалобу на решение административного органа.

Казахстаном может быть критически использован опыт Украины, в новом Уголовно-процессуальном кодексе⁹ которой (глава 25 и др.) в отношении расследования уголовных проступков предусмотрено, в частности, следующее:

- досудебное расследование проступков осуществляется в форме дознания;
- во время досудебного расследования проступков не допускается применение меры пресечения в виде домашнего ареста, залога или содержания под стражей;
- для досудебного расследования проступков не разрешается выполнять негласные следственные (розыскные) действия;
- срок расследования – не более двадцати пяти дней;
- с согласия подсудимого дело рассматривается в упрощенном порядке – без проведения судебного следствия. Такое согласие лишает подсудимого права подавать жалобу на приговор в апелляционном порядке по некоторым основаниям.

2.2. Поскольку правовая природа уголовного и административного правонарушений различна, то ссылки на совершение лицом административного проступка, что является основанием для ухудшения уголовно-правового положения лица, не могут содержаться в Уголовном кодексе, как не может уголовно-правовое положение лица ухудшаться и по причине того, что оно совершило гражданско-правовой деликт или дисциплинарный проступок.

Речь идет, например, о таких положениях проекта УК Республики Казахстан:

- пункт «а» части 2 статьи 67, – согласно которому суд может продлить срок пробационного контроля, когда условно осужденный совершил административное правонарушение, посягающее на общественный порядок и нравственность, права несовершеннолетних, на личность и в сфере семейно-бытовых отношений, за которое на него было наложено административное взыскание;

- пункт «а» части 7 статьи 76, – согласно которому, если в течение оставшейся неотбытой части наказания лицо, к которому было применено условно-досрочное освобождение, совершило неоднократное административное правонарушение, за которое на него было наложено административное взыскание, суд может постановить об отмене условно-досрочного освобождения и исполнении оставшейся неотбытой части наказания.

Ошибочным является, на наш взгляд, и положение пункта 2 примечания к ст. 384 проекта УК, в соответствии с которым «не является преступлением в силу малозначительности и преследуется в... административном порядке получение впервые лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом имущества, права на имущество или иной имущественной выгоды в качестве подарка...». Малозначительность не превращает преступление в административное правонарушение. Она может превратить его в уголовный проступок или же стать основанием для прекращения уголовного преследования и разрешения правового конфликта в соответствии с положениями о дисциплинарной ответственности, если получение имущества и т.п. было запрещено законодательством о прохождении службы. Иначе говоря, не следует также путать сферы административного и дисциплинарного права.

Некорректны, по нашему мнению, положения пунктов 7, 8 и 9 Концепции, в которых говорится о делении деяний на административные правонарушения и преступления, о «декриминализации преступлений» с переводом их в разряд административных правонарушений, а также о нахождении уголовного проступка «на стыке» административного правонарушения и уголовного проступка. Кроме того, вообще нельзя говорить о «декриминализации преступлений» (пункт 8 Концепции).

⁹ Принят 13 апреля, вступает в силу 19 ноября 2012 года.

Это алогично. Речь может идти лишь о декриминализации *уголовно наказуемых деяний* или о декриминализации деяний, которые признавались уголовно противоправными. Если же деяние является по сути своей преступлением, то его декриминализация – ошибка.

Основанием для отнесения деяний к категории уголовных проступков может быть только их общественная опасность (см. абзац шестой пункта 9 Концепции), но не виды наказаний, назначаемых за их совершение. Наказание – это критерий тяжести определенного деяния. Оно производно от общественной опасности, а потому не может быть и самостоятельным основанием отнесения деяний к категории уголовных проступков. Кроме того, избрание двух оснований для одной градации противоречит законам логики: основание (критерий) деления всегда один.

2.3. За преступления и проступки могут быть, по нашему мнению, предусмотрены одинаковые наказания (кроме, разумеется, смертной казни, пожизненного лишения свободы и лишения свободы на определенный срок), но в разных пределах (как это предусмотрено в отношении штрафа). Иными словами, нет ничего плохого в том, чтобы за преступление назначалось, например, наказание в виде двухмесячного ареста или общественных работ (скажем, в порядке замены более мягким наказанием – см. ст. 58 УК), а за проступок – наказание в виде ограничения свободы. Ведь между преступлениями и проступками не существует пропасти, как не существует ее между общественно опасным деянием и деянием, не представляющим большой общественной опасности. Понятно, что деление уголовных правонарушений на два вида является достаточно условным: лишь по воле законодателя и часто вопреки воле и предложениям ученых те или иные деяния будут отнесены к преступлениям или проступкам и время от времени те или иные проступки будут становиться преступлениями и наоборот.

В этой связи следует обратить внимание на еще одно, кроме упомянутого выше, противоречие между положениями частей 2 и 3 ст. 10 и статьи 41 проекта УК.

Если преступлением признается «общественно опасное деяние (действие или бездействие) физического лица, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой лишения свободы», а проступком – «противоправное деяние (действие или бездействие) физического лица, не представляющее большой общественной опасности, запрещенное настоящим Кодексом под угрозой наказания, кроме лишения свободы», то выходит, что единственным наказанием за преступление будто бы является лишение свободы, наказание же за проступок может быть любым, кроме лишения свободы.

Кроме того, согласно этому определению, проступок, в отличие от преступления, является противоправным деянием. Получается, будто преступление, хотя и запрещено «настоящим Кодексом под угрозой лишения свободы» (то есть является уголовно наказуемым), противоправным не является. Впрочем, это лишь терминологическая неточность.

Итак, над определениями преступления и проступка следовало бы еще подумать. Возможно, акцент действительно следует сделать на наказаниях, но тогда статью 41 целесообразно было бы разделить на три статьи с названиями «Основные наказания за преступления», «Основные наказания за проступки» и «Дополнительные наказания за преступления и проступки». Тогда в статье 10 можно было бы отличие преступлений от проступков зафиксировать словами «деяние, за которое предусмотрено основное наказание за преступление» и «деяние, за которое предусмотрено основное наказание за проступки». Просто, даже примитивно, но практично. Так сделано в УК многих государств.

3. Наказание

3.1. Статья 41 проекта УК предусматривает возможность назначения физическому лицу небольшого количества видов основных наказаний – лишь пяти (не считая исключительных – смертной казни и пожизненного лишения свободы): три за проступки, включая штраф, и три за преступления, опять же включая штраф. Также могут быть назначены пять видов дополнительного наказания.

Как соблюдены при этом международные стандарты? Минимальные стандартные правила ООН относительно мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила», Резолюция 45/110 ГА ООН, 14 декабря 1990 г.) требуют разрабатывать меры, не связанные с тюремным заключением, с целью рационализации политики в области уголовного правосудия (ст. 1).

Рекомендовано применять такие санкции:

- a) устные санкции, такие, как замечание, осуждение и предупреждение;
- b) условное освобождение от ответственности;
- c) поражение в гражданских правах;
- d) экономические санкции и денежные наказания, такие, как разовые штрафы и подневные штрафы;
- e) конфискация или постановление о лишении права собственности на имущество;
- f) возвращение имущества жертве или постановление о компенсации;
- g) условное наказание или наказание с отсрочкой;
- h) условное освобождение из заключения и судебный надзор;
- i) постановление о выполнении общественно полезных работ;
- j) направление в исправительное учреждение с обязательным ежедневным присутствием;
- k) домашний арест;
- l) любой другой вид обращения, не связанный с тюремным заключением;
- n) какое-либо соединение вышеперечисленных мер (ст. 8).

Очевидно, что данные рекомендации учтены не полностью. Проект УК Республики Казахстан из числа перечисленных не предусматривает возможности:

- освобождения лица от наказания одновременно с его осуждением (исключением является положение ч. 2 ст. 87 проекта, однако оно касается лишь несовершеннолетних);
- применения за преступления иного альтернативного лишению свободы наказания, кроме штрафа и ограничения свободы.

Из УК предполагается исключить исправительные работы, которые по сути своей являются штрафом с рассрочкой выплаты и могли бы, во-первых, продолжать достаточно эффективно исполнять задачи уголовного наказания, а во-вторых, приносить в бюджет страны стабильные поступления.

Возможно, следует изучить и учесть опыт других стран, уголовным законодательством которых предусмотрены, в частности, такие виды наказаний для физических лиц, как: арест по выходным дням, домашний арест (УК Сан-Марино, Албании, Италии, Испании); заключение «в режиме полусвободы», когда осужденному разрешается на определенное время и на определенных условиях оставлять пенитенциарное учреждение для осуществления профессиональной деятельности, лечения, получения образования, участия в жизни семьи (УК Франции); штраф-дни, когда каждый день на протяжении определенного периода осужденный обязан вносить в госбюджет определенную сумму (УК Франции).

Ограничение свободы, предусмотренное УК Украины, отличается от ограничения свободы, предусмотренного УК Республики Казахстан, поскольку

предполагает содержание лица в уголовно-исправительном учреждении открытого типа без изоляции от общества в условиях осуществления за ним надзора и с обязательным привлечением к труду. Это наказание предусмотрено в более чем 260 санкциях статей УК Украины. Оно применяется наиболее часто к лицам, совершившим неосторожные преступления с существенными или тяжкими последствиями.

3.2. Восемнадцать раз в статьях Общей части проекта УК Республики Казахстан, касающихся назначения наказания, применяется термин «суд может». Во всех этих случаях следует предусмотреть, чтобы судебная дискреция не была слишком широкой, а условия, при которых «суд может», были выписаны по возможности без применения оценочных признаков (таких как «с учетом личности виновного», «с учетом тяжести заболевания», «с учетом имущественного положения»). Полагаем, что список тяжелых болезней, препятствующих отбыванию наказания, должен быть определен законом, что понятие «имущественное положение» должно зависеть от определенного законом размера прожиточного минимума, и т.д.

3.3. Есть сомнения в отношении положения п. «г» части 1 ст. 53, где речь идет о конфискации предметов незаконного оборота. Если предметы согласно закону не могут находиться в собственности лица, то разве можно говорить об их конфискации, которая в любой правовой системе представляет собой принудительное изъятие предмета именно из собственности лица?

4. Освобождение от уголовной ответственности и наказания

4.1. Серьезные предостережения хочется сделать по поводу тезиса о том, что «в целях снижения репрессивности уголовного закона, исключения его возможностей препятствовать развитию личности и прогрессу общества следует рассмотреть возможность расширения оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания» (пункт 11 Концепции).

Известным является высказывание Чезаре Беккариа о том, что «по мере смягчения наказаний милосердие и прощение становятся всё менее необходимыми». Милосердию «нет места в совершенном законодательстве, где наказания воздержаны, а суд праведный и быстрый». В стране «с неупорядоченной системой уголовного законодательства... потребность в прощении и милосердии прямо зависит от бестолковости законов и суровости приговоров». «Показывать людям, что преступления могут извиняться и что наказание – не обязательное их следствие, – значит порождать в них иллюзию безнаказанности и принуждать их верить в то, что выполнение приговора государством скорее акт насилия власти, чем результат правосудия».¹⁰

4.2. Прежде чем далее расширять основания освобождения от уголовной ответственности, следует тщательно изучить судебную статистику и установить, каков процент лиц, совершивших преступления, был освобожден от уголовной ответственности и наказания и по каким основаниям, каков процент среди освобожденных лиц, вновь совершивших преступления и т.д. Как предупреждают

¹⁰ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. – М.: Стелс, 1995. – С. 247.

российские ученые, Фемида может задохнуться от гуманизма.¹¹

Вообще смысл дифференциации уголовной ответственности состоит в том, чтобы она в зеркале наказания и иных мер уголовно-правового характера объективно отражала разновидности преступного поведения. Речь идет о том, что:

- в пределах всего массива уголовного законодательства существуют преступления разного характера и степени тяжести (категорий) – от уклонения от уплаты налогов в значительных размерах до умышленного убийства при отягчающих обстоятельствах;

- в пределах преступлений одного характера, предусмотренных разными статьями в пределах одного или даже разных разделов (глав) Особенной части УК, существуют преступления разной степени тяжести – от побоев до умышленного тяжкого телесного повреждения, от обычной кражи до кражи взрывчатых или наркотических веществ; иногда это подчеркивается созданием простых и привилегированных составов преступлений;

- в пределах преступлений одного характера, предусмотренных одной статьей Особенной части УК, существуют преступления разной степени тяжести – от простого получения взятки до квалифицированного и особо квалифицированного получения взятки;

- в пределах преступлений одной степени тяжести (санкции соответствующих статей или частей статей абсолютно одинаковы), предусмотренных разными статьями Особенной части УК, существуют преступления совершенно разного характера, например: государственная измена, разбой с целью завладения боевыми веществами, ведение агрессивной войны;

- преступление одного и того же характера и степени тяжести, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особенной части УК, совершено лицами с разными личностными характеристиками (скажем, несовершеннолетним или взрослым, женщиной в состоянии беременности или мужчиной, инвалидом, пенсионером или трудоспособным, безработным или работником, военнослужащим или гражданским лицом и т.п.). Это не должно признаваться нарушением конституционного принципа гендерного и другого равенства граждан перед законом;

- преступление одного и того же характера и степени тяжести, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особенной части УК, совершено при разном характере соучастия, или разной степени реализации умысла (приготовление, покушение, законченное преступление), или при разных обстоятельствах, смягчающих либо отягчающих наказание.

Все приведенные ситуации должны быть учтены при реализации уголовной ответственности согласно статье 55 УК Республики Казахстан, в соответствии с которой наказание назначается в пределах, установленных соответствующей статьей Особенной части Кодекса, но с учетом: 1) положений Общей части настоящего Кодекса; 2) характера и степени общественной опасности уголовного правонарушения; 3) личности виновного, в том числе его поведения до и после совершения правонарушения; 4) обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность и наказание; 5) влияния назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи или лиц, находящихся на его иждивении.

При таких обстоятельствах уголовный закон должен предусматривать такие возможности (средства дифференциации):

¹¹ Лепина М. Фемида задохнется от гуманизма. Реформа уголовного законодательства может привести к перегрузке судебной системы // http://mn.ru/accident_court/20120329/314417931.html

1) основные: а) назначение разных (по степени и характеру) наказаний, рассчитанных на разные категории лиц, которые совершают преступления; б) назначение того или иного наказания в определенных пределах;

2) дополнительные: а) осуждение без назначения наказания; б) осуждение с освобождением от наказания или его отбывания, в т.ч. осуждение с применением к несовершеннолетним принудительных мер воспитательного характера;

3) исключительные: а) с одной стороны – полное сложение назначенных наказаний при совокупности преступлений; б) с другой – безусловное освобождение от уголовной ответственности или от наказания (в связи с окончанием срока давности, а также – в отношении отдельных категорий лиц – по амнистии).

Однако эти исключения не могут приобретать свойства правил, поскольку тогда в исключение превратится принцип: в первом случае принцип неотвратимости уголовной ответственности, а во втором – принцип гуманизма.

4.3. В этой связи считаем целесообразным осветить негативный опыт Украины. На наш взгляд, УК Украины содержит слишком широкие возможности реализации уголовной ответственности в разных формах. В нем относительно *основных* средств дифференциации предусмотрено следующее:

а) двенадцать видов наказаний. Законодательство других государств предусматривает относительно незначительное количество видов уголовных наказаний (как правило, 6–10, при этом часть из них являются наказаниями за уголовные проступки);

б) санкции статей Особенной части УК Украины предусматривают сотни вариантов применения указанных двенадцати видов наказаний в различных соединениях и пропорциях. Предусмотрено, в частности: до ста вариантов применения штрафа – с разнообразнейшими нижними и верхними границами; тридцать девять (!) вариантов лишения свободы (на срок до 2, до 3, до 4, от 2 до 4, до 5, от 2 до 5, от 3 до 5, до 6 от 2 до 6, от 3 до 6, от 4 до 6, до 7, от 2 до 7, от 3 до 7, от 4 до 7, от 5 до 7, к 8, от 2 до 8, от 3 до 8, от 4 до 8, от 5 до 8, от 2 до 10, от 3 до 10, от 5 до 10, от 7 до 10, от 3 до 12, от 5 до 12, от 6 до 12, от 7 до 12, от 8 до 12, от 8 до 12, от 8 до 13, от 7 до 14, от 3 до 15, от 5 до 15, от 6 до 15, от 7 до 15, от 8 до 15, от 9 до 15, от 10 до 15). При этом ряд санкций охватывает «зону действия» сразу двух или трех категорий преступлений – от средней тяжести до особо тяжких (например, в ч. 2 ст. 267, ч. 3 ст. 404, ч. 3 ст. 414 УК предусмотрено наказание в виде лишения свободы от 3 до 12 лет), что необоснованно расширяет судебную дискрецию, явно противоречит принципу равенства всех перед законом.

Из статей 42 и 46 проекта УК Республики Казахстан также вытекает, что варианты назначения штрафа, лишения свободы на определенный срок, равно как и других наказаний, не унифицированы и их может быть неопределенное количество. Изучение положений Особенной части проекта УК Республики Казахстан эту версию подтверждает.

Для сравнения: законодательство многих зарубежных государств определяет четкие формы (категории) разных видов наказаний. Например, согласно УК Бельгии существует пять категорий лишения свободы, назначаемого за преступления (на срок от 5 до 10, от 10 до 15, от 15 до 20 и от 20 до 30 лет, а также пожизненно). В УК Эстонии типовыми являются санкции в виде штрафа: размер штрафа всегда устанавливается в пределах до 100, до 200 или до 300 штрафных единиц (всего три варианта). Оптимальным, на наш взгляд, может быть 8–12 вариантов санкции в виде лишения свободы, 4–8 вариантов штрафа.

Одновременно квалифицирующие и особо квалифицирующие признаки в УК Украины по своей конструкции не являются унифицированными. Таких признаков в

УК Украины всего предусмотрено почти триста и многие из них отличаются терминологически, но не по смыслу. В одном случае один и тот же квалифицирующий признак неравномерно влияет на изменение пределов санкций в разных составах преступлений, в другом, наоборот, квалифицирующие признаки, которые отражают разный уровень общественной опасности содеянного или личности преступника, одинаково влияют на изменение границ санкции.

В различных статьях Особенной части проекта УК Республики Казахстан также одновременно и не унифицировано предусмотрены такие квалифицирующие и особо квалифицирующие признаки: «смерть потерпевшего или иные тяжкие последствия», «тяжкие последствия», «причинение тяжкого вреда здоровью потерпевшей, заражение ее ВИЧ/СПИД или иные тяжкие последствия», «причинение вреда здоровью ребенка или иные тяжкие последствия», «гибель людей или иные тяжкие последствия», «причинение крупного ущерба или наступление иных тяжких последствий», «тяжкие последствия или причинившие особо крупный ущерб» и т.д.

Таким образом, с помощью термина «тяжкие последствия» гибель людей по степени своей тяжести фактически приравнена к причинению тяжкого вреда здоровью, причинению вреда здоровью любой тяжести и к крупному ущербу; одновременно последний в других статьях не признается тяжким последствием, поскольку выделяется отдельно. Вероятно, это не совсем правильно. Принцип гуманизма требует, чтобы смерть человека и гибель людей признавались высшим уровнем тяжести общественно опасных последствий, остальные последствия не должны приравниваться к нему.

4.4. Продолжая сравнение, отметим как очередной негатив УК Украины то, что (относительно *дополнительных* средств дифференциации уголовной ответственности) им широко допускается осуждение без назначения наказания – четыре вида. Восемь разновидностей имеет осуждение с освобождением от наказания, а также осуждение, соединенное с освобождением от отбывания наказания. Есть возможность назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом, замены неотбытой части наказания более мягким, семь видов не соединенного с осуждением освобождения от отбывания наказания.

Проект УК Республики Казахстан, соответственно, предусматривает около десяти дополнительных средств дифференциации: ч. 6 ст. 65; статьи 76–82.

4.5. В качестве *исключительных* средств дифференциации уголовной ответственности УК Украины предусматривает восемь *общих* видов освобождения от уголовной ответственности и пятнадцать *специальных* видов освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных статьями Особенной части УК.

В проекте УК Республики Казахстан исключительных средств дифференциации еще большее количество (!): двенадцать общих – статьи 68–75, 82 (из них три новых – статьи 71–73) и двадцать девять специальных (предусмотренных статьями Особенной части УК).

Но все ли эти средства имеют право на существование и действительно являются необходимыми, особенно с учетом постепенной гуманизации, смягчения видов и уменьшения размеров имеющихся наказаний? В чем смысл освобождать фактического преступника от уголовной ответственности, если есть возможность применить к нему штраф или поставить его под пробационный контроль? Но такой «смысл» может быть порождением коррупции или вседозволенности (всепрощеньства).

В Украине освобождение от уголовной ответственности, особенно за преступления небольшой тяжести, стало слишком распространенным явлением.

Но при этом не происходит государственное осуждение лица, совершившего преступление (не постановляется обвинительный приговор суда, хотя лицо не реабилитируется), не применяется наказание, то есть лицо освобождается от возложения на него любых утрат и ограничений личного, имущественного и иного характера, и считается не имеющим судимости. Фактическая преступность не уменьшается, а ее официально документируемый уровень «регулируется» с помощью различных манипуляций – изменение правил ведения статистического учета, отнесение тех или иных преступлений к числу коррупционных, увеличение размера предмета мелкой кражи и т.д.

Но даже официальная судебная статистика свидетельствует, что закрепленная в уголовном законе чрезвычайно широкая дифференциация уголовной ответственности на практике ничем не сдерживается и применяется также в широких масштабах, а некоторые из положений уголовного закона, которые должны были бы рассматриваться как исключения, превратились в правило. Из каждых 100 человек, представших перед судом, 15 освобождаются судом от уголовной ответственности¹² – чаще всего в связи с деятельным раскаянием, примирением виновного с потерпевшим, изменением обстановки или передачей на поруки. Из оставшихся 85 человек 45 освобождаются от наказания (статистически подтверждено, что от уголовного наказания освобождаются в том числе 25% лиц, осужденных за особо тяжкие преступления), в отношении еще восьми применяется более мягкое наказание, чем предусмотрено санкцией статьи. Из оставшихся 32 (из которых 20 отбывают лишение свободы, а 12 – иной вид наказания) подавляющее большинство (к сожалению, эта статистика специально не ведется) в дальнейшем освобождаются от дальнейшего отбывания наказания в связи с помилованием, амнистией, условно-досрочно и по другим основаниям.

Таким образом, необоснованная дифференциация уголовной ответственности может приводить к забвению принципа неотвратимости уголовной ответственности и принципа равенства граждан перед законом, постепенно стереть границу между принципом адекватности (справедливость) и принципом гуманизма (милосердие).

Положительным достижением юридической науки и законотворчества последних лет в Украине считаем принятие Закона «О применении амнистии в Украине» от 2 июня 2011 года, которым зафиксирован отказ от освобождения по амнистии от уголовной ответственности: теперь по амнистии лицо может быть освобождено только от отбывания назначенного судом наказания.

Исходя из изложенного предлагаем, как минимум, пересмотреть положения некоторых статей проекта УК Республики Казахстан. Речь идет о следующем.

1) Следовало бы конкретизировать положения ст. 68 проекта УК таким образом, чтобы исключить коррупционные риски и определить точную совокупность условий, при которых суд может освободить лицо от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием. В настоящее время текст статьи пестрит оценочными признаками: «с учетом личности виновного и его поведения», «состоявшееся исправление виновного», «добровольная явка с повинной» (кстати, а разве может быть явка с повинной не добровольной?), «способствование раскрытию или расследованию уголовного правонарушения», «заглаживание вреда» (ч. 1), «активное способствование» (ч. 2), «добровольное способствование» и, наконец, просто «способствование» (ч. 3). Если уж и применять подобные формулировки (что

¹² При этом не учитываются лица, в отношении которых по надуманным основаниям уголовные дела были прекращены на стадии досудебного расследования или в возбуждении уголовных дел было отказано. Таких лиц втрое–вчетверо больше, чем тех, что предстают перед судом.

не исключено в обществах, где традиционным является принцип безусловного доверия к судьям), то лишь в отношении преступлений небольшой тяжести и проступков, а также, возможно, неосторожных преступлений средней тяжести. Особенно это касается положений ч. 1 ст. 68.

2) Сомнительной является целесообразность освобождения от уголовной ответственности при превышении пределов необходимой обороны независимо от тяжести наступивших последствий. По нашему мнению, жизнь человека должна быть настолько ценной, что позволить кому-либо безнаказанно убить другого лишь по причине собственного испуга или замешательства – вряд ли можно назвать гуманностью. Подобные положения закона могут инспирировать случаи самочинной расправы над тем, кто был столь милостиво освобожден государством от уголовной ответственности. К тому же общественно опасным посягательством может быть и проступок – ведь он, согласно положению ст. 10 проекта УК, также является общественно опасным, хотя и не представляет *большой* общественной опасности.

3) Сверхгуманными выглядят, а на самом деле являются подстрекательскими, положения ст. 70 проекта УК. Они могут увеличить количество случаев семейного насилия – ведь тот, кто совершает насильственные преступления в отношении членов своей семьи, в подавляющем большинстве случаев уверен, что ему удастся примириться с пострадавшими и загладить причиненный вред. Эти положения – согласно ч. 2 ст. 70 – могут стать своеобразной индульгенцией для некоторых категорий лиц (несовершеннолетних и др.), которых закон как бы поощряет: «Главное, никого не убей; во всех других случаях ты *подлежишь* освобождению от уголовной ответственности, если примиришься с потерпевшим и загладишь причиненный вред». А как рассуждает подросток? Часто именно так: «Пострадавший меня, конечно, простит, потому что папа (мама) ему заплатит».

4) В статье 73 необходимо сделать уточнение: статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса должно быть предусмотрено наказание только в виде штрафа? или, что вероятнее, штраф может быть предусмотрен как один из альтернативных видов наказаний?

Сомнительной также является целесообразность подобного освобождения от уголовной ответственности, особенно в случае совершения тяжкого преступления, без выполнения каких-либо условий (кроме как не совершить нового уголовного правонарушения) со стороны лица, совершившего преступление. В чем же тогда воспитательное значение уголовного закона? Похоже, что эта норма придумана специально «для богатых»?

5) Как и положения статьи 68, неконкретными являются положения ч. 1 статьи 74 проекта УК. Слишком субъективным и расплывчатым является понятие «вследствие изменения обстановки совершенное деяние перестало быть общественно опасным». Часто в литературе приводятся одни и те же примеры: отменено чрезвычайное положение, или незаконная порубка леса осуществлялась на участке, подготовленном к проведению мелиоративных работ, или к моменту привлечения к уголовной ответственности лицо, совершившее преступление, призвано на военную службу. Но разве в этом случае совершенные кража, изнасилование или убийство перестают быть общественно опасными? Разве они по истечении относительно короткого времени перестают быть кражей, изнасилованием и убийством? Ведь в данном случае речь идет вовсе не о декриминализации деяния! И не об истечении сроков давности! При такой чрезвычайной абстрактности нормы совершенно непонятным является возможность ее распространения не только на проступки и преступления небольшой тяжести, но и на преступления любой степени тяжести.

6) Следовало бы исключить из части 2 статьи 82 проекта УК Республики Казахстан первое предложение («На основании акта об амнистии лица, совершившие преступления, могут быть освобождены от уголовной ответственности») – и тем самым позволить распространение акта об амнистии лишь на освобождение от наказания, сокращение наказания, замену его более мягким и освобождение от дополнительного вида наказания.

Поскольку амнистия и помилование – это разные уголовно правовые институты, их регулированию следовало бы посвятить две отдельные статьи УК.

4.6. В пункте 12 Концепции говорится о целесообразности «полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков, при наступлении которых предоставляется возможность условно-досрочного освобождения для лиц, совершивших преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления».

В пункте 18 Концепции также предусмотрено расширить в УК меры поощрительного характера и дополнить Общую часть Кодекса положениями, которые предусматривают неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе экономические, преступления и добровольно возместившим в полном объеме имущественный ущерб». Но такой подход предлагается считать «недопустимым к преступлениям, представляющим большую общественную опасность, в том числе преступлениям террористического характера, коррупционным преступлениям, преступлениям, совершенным в составе организованных преступных групп и другим тяжким деяниям».

В этом контексте мы считаем необходимым призвать авторов Концепции и проекта УК к сдержанности.

Во-первых, подобные устремления противоречат, на наш взгляд, принципу равенства всех перед законом. Лица, осужденные за особо тяжкие преступления, должны иметь такое же право на условно-досрочное освобождение, как и лица, осужденные за иные преступления. Ведь грань между особо тяжкими и тяжкими преступлениями на самом деле неопределенна, субъективна. Бывает, что одно и то же преступление при определенной конъюнктуре в течение одного–двух лет признается особо тяжким, затем тяжким, а после – вновь особо тяжким. Разными являются и преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних. Ведь нельзя ставить на один уровень такие разные преступления сексуального характера, как изнасилование малолетнего и эксгибиционистские действия в присутствии малолетнего, изнасилование семнадцатилетней девушки ее взрослым педагогом и половое сношение лица, едва достигшего шестнадцатилетнего возраста, с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста. Ниже мы скажем и о необоснованном расширении в проекте УК круга преступлений террористического характера, коррупционного характера и преступлений, носящих признаки экстремизма.

Во-вторых, эти положения пункта 12 противоречат положениям пункта 10 Концепции, о том, что «закон должен предусматривать гибкие механизмы, дающие возможность членам преступных формирований для отказа от преступной деятельности, взамен на смягчение либо освобождение от ответственности. При этом критериями при таком смягчении либо освобождении могли бы являться сотрудничество со следствием, изобличение преступной деятельности преступных формирований и их членов». Таким образом, лица, совершившие преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления, но отказавшиеся от дальнейшей преступной

деятельности, сотрудничающие со следствием и т.д., будут обмануты в своих ожиданиях, участники организованных преступных групп не станут идти на компромиссы со следствием...

В-третьих, мы поддерживаем высказанное Л.В. Головки мнение о том, что подобный подход лишает определенных лиц каких-либо стимулов к надлежащему поведению, а полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к постоянному *накоплению* наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы. Все это резко повышает напряженность в местах лишения свободы и само по себе чревато опасными для общества последствиями.

5. Иные меры уголовно-правового воздействия

Следует приветствовать постепенный переход на так называемую «двухколейную» систему правовых последствий: наказание и иные меры, и отнесение к последним пробационного надзора, лишения права занимать определенные должности или заниматься определенными видами деятельности, административного надзора (пункт 14 Концепции). В то же время представляется достаточно слабой мотивировка этой части реформы: в Концепции не обозначена суть указанных иных мер и их отличие от наказания.

В проекте же УК указанные иные меры отсутствуют.

Пробационный контроль является, согласно ст. 44 проекта УК, сутью уголовного наказания в виде ограничения свободы или же, согласно статье 66, – составной частью условного осуждения.

Статья 41 проекта относит лишение права занимать определенную должность или заниматься определенной деятельностью к видам уголовного наказания, а не иных мер.

Административный контроль в проекте УК и вовсе не упоминается.

В этой связи отметим: иные меры (меры безопасности) по законодательству большинства государств континентальной Европы отличаются от наказания по таким основным признакам:

а) если наказание всегда означает правовое последствие виновного уголовно наказуемого деяния, то мера безопасности может назначаться и *при отсутствии вины*;

б) если наказание является возможным лишь в случае привлечения лица к уголовной ответственности, то мера безопасности может быть применена и *вне уголовной ответственности*;

в) если наказание носит явным образом репрессивный характер, имеет целью преимущественно кару, отплату и запугивание, то мера безопасности непосредственно направлена на *устранение «опасного состояния» (или, как говорим мы, общественной опасности) лица*, которое совершило или может совершить общественно опасное деяние;

г) если превентивная роль наказания находится на втором плане, то мера безопасности непосредственно направлена на *специальную превенцию*, а также на решение задач по восстановлению положения, существовавшего до совершения деяния;

д) если наказание, как правило, предусмотрено санкцией соответствующей статьи, то меры безопасности, наоборот, в силу их разнообразия, как правило, *санкцией не предполагаются*;

е) если при назначении наказания судом учитывается прежде всего степень тяжести преступного деяния, а принцип индивидуализации означает лишь выбор

того или иного вида и размера наказания (по общему правилу – в пределах санкции), то при назначении меры безопасности суд имеет возможность избрать такую меру, которая более всего отвечает личности деятеля вообще (в частности, его общественной опасности) и мотивам совершенного им деяния, то есть максимально *индивидуализировать* принудительное правовое последствие этого деяния.

Преимущество «двухколейной» системы правовых последствий противоправного деяния состоит в том, что она позволяет, в частности: 1) применять необходимые меры безопасности (специальную конфискацию, ограничение определенных прав и т.п.) к лицам, к которым в силу определенных причин (невменяемость и др.) не могут быть применены наказания, но которые реально опасны для общества; 2) сделать более гуманной уголовно-правовую политику за счет применения мер безопасности вместо наказания или одновременно с мягким наказанием в случаях, когда это возможно.

Все меры безопасности, предусмотренные уголовными кодексами многих государств, можно поделить на такие группы по критерию их содержательного совпадения с правовыми последствиями противоправного деяния, которые в нашей правовой системе признаются наказаниями:

1) меры безопасности, которые по своей сути совпадают с некоторыми наказаниями (как правило, дополнительными):

- запрет пользоваться определенными правами или ограничение определенных прав, в частности права: управлять транспортным средством (уголовные кодексы Литвы, Польши, Испании, ФРГ, Франции); хранить и носить оружие; охотиться, заниматься рыболовством (УК Литвы, Франции); лишение лицензии на оружие, профессиональная дисквалификация (УК Испании); заниматься определенной профессиональной деятельностью (УК Польши, ФРГ); осуществлять предпринимательскую деятельность (УК Польши, Дании); занимать определенную должность; принимать участие в отправлении правосудия, выполнять функции в государственных органах и органах территориального или профессионального самоуправления, избирательного права (УК Польши); отстранение от должности; утрата прав, касающихся выборов, награды или назначения на должность (УК Австрии);

- специальная конфискация (уголовные кодексы Литвы, Молдовы, Эстонии, Болгарии, Польши, Австрии, Франции, Швеции, Норвегии, Голландии, Италии); взнос в фонд лиц, пострадавших от преступлений (УК Литвы); изъятие выгоды, полученной вследствие совершения уголовно наказуемого деяния (УК Австрии, УК Норвегии); денежная компенсация на общественные цели; денежная выплата (УК Польши); конфискация доходов и изъятие стоимости финансовых преимуществ, полученных в результате уголовно наказуемого деяния (УК Швеции); изъятие дохода, полученного в результате уголовно наказуемого деяния (УК Норвегии, УК Голландии); конфискация преступных доходов (УК Дании); полная или частичная конфискация имущества (УК Норвегии, УК Дании);

- безвозмездные работы (УК Литвы);

- высылка иностранцев (уголовные кодексы Молдовы, Италии, Испании, Сан-Марино);

- запрет проживать в определенных местностях (УК Франции, Италии); обязанность находиться в определенной местности; запрет проживать или находиться в определенной местности (УК Испании); запрет посещать рестораны и места публичной продажи спиртных напитков (УК Италии); определение местожительства или работы, запрет появляться в общественных парках или садах, близ школ, в детских домах, психиатрических больницах или в определенных лесах,

на пляжах или приморских курортах, а также запрет на проживание детей в доме осужденного (УК Дании);

- обнародование приговора (УК Польши);

2) меры безопасности, которые содержательно отличаются от наказаний:

- принудительные меры медицинского характера и принудительное лечение (уголовные кодексы Беларуси, России, Латвии, Литвы, Молдовы, Эстонии, Болгарии, Албании, Польши, Швейцарии, Австрии, Испании, Сан-Марино, ФРГ, Швеции, Голландии, Италии, Дании); принудительная опека относительно лица, которое злоупотребляет алкогольными напитками (УК Молдовы); принудительное попечительство (УК Норвегии, Дании);

- меры принуждения воспитательного характера (уголовные кодексы Беларуси, России, Латвии, Литвы, Молдовы, Эстонии, Албании, Франции, Сан-Марино, Швеции, Италии, Дании, ФРГ и др.);

- возмещение или заглаживание имущественного вреда (УК Литвы); обязанность возместить вред независимо от исковой давности (УК Польши); наложение обязанности возмещения вреда; компенсация материального и морального вреда (УК Испании, УК Швеции); обязательство уплатить определенную денежную сумму в пользу жертвы (УК Голландии);

- надзор за опасными лицами (уголовные кодексы Италии, Сан-Марино, ФРГ, Дании);

- наложение обязанности оставить дом жены (мужа), в котором находится его бывшая жертва, и прекратить с ней любые отношения; запрет содержания собак (ФРГ).

При этом: а) специальная конфискация и смежные с ней меры могут применяться одновременно с наказанием (УК Литвы), и даже к лицу, которое не принимало участия в преступлении, но получило прибыль от преступления, или после преступления приобрело собственность в порядке наследования или как подарок (УК Швеции, УК Норвегии), или к лицу, признанному невменяемым (УК Норвегии); б) высылка – после отбытия наказания в виде тюремного заключения или ареста и одновременно с иными наказаниями (УК Молдовы); в) денежная выплата – при отказе от назначения наказания (УК Польши); г) надзор и высылка – после отбытия наказания в виде тюремного заключения или ареста и одновременно с наказаниями в виде ограничения прав и штрафа (УК Сан-Марино). В УК Италии прямо указано, что меры безопасности могут быть применены как к лицам, которые совершили *преступное* деяние, так и, в предусмотренных законом случаях, к лицам, которые совершили *противоправное* деяние (то есть к невменяемым и иным лицам, которые не подлежат наказанию).

Согласно законодательству некоторых государств, мера безопасности, которую лицо не способно исполнить по уважительным причинам, может быть заменена другой мерой; если же лицо уклоняется от исполнения предназначенной ей меры (за исключением конфискации имущества), суд, не отменяя ее исполнения, назначает ей наказание согласно статье Особенной части УК, которая предусматривает ответственность за такое уклонение (УК Литвы, УК Испании).

Учитывая определенные выше признаки мер безопасности, которые отличают их от наказания, к мерам безопасности следует отнести меры, которые преимущественно отвечают цели специальной превенции. Итак, среди предусмотренных уголовным законодательством различных государств мер безопасности можно выделить такие три группы мер:

1) меры безопасности, которые должны назначаться *вместо наказания* (к лицам, в отношении которых не может быть применено наказание): меры принуждения медицинского характера; принудительная опека или принудительное

попечение; меры принуждения воспитательного характера;

2) меры безопасности, которые должны назначаться *вместе с наказанием*. Это – ограничение: права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; избирательного права; права принимать участие в избирательном процессе; права быть работником правоохранительного органа, адвокатом, нотариусом, экспертом; права принимать участие в издательской деятельности или деятельности средств массовой информации; права управлять транспортными средствами и т.п.); родительских прав, прав опекуна или попечителя; права исполнять обязанности, связанные с воспитанием детей и преподаванием в учебных заведениях; права проживать или находиться в определенных местах; права подходить к жертве преступления или ее жилью ближе чем на определенное расстояние;

3) меры безопасности, которые могут назначаться *как вместо наказания, так и одновременно с ним*: принудительное лечение; специальная конфискация; изъятие выгоды, полученной вследствие совершения преступного деяния; взнос в фонд лиц, пострадавших от преступлений или денежная компенсация на общественные цели; закрытие какого-нибудь заведения, принадлежащего осужденному; запрет содержания определенных домашних животных.

Этот опыт можно было бы учесть при реформировании уголовного законодательства Республики Казахстан в части иных мер.

6. Клевета. Хулиганство

6.1. Гражданско-правовой институт защиты чести, достоинства и репутации лица в силу своей не публичности и не политизированности, в отличие от аналогичного уголовно-правового института, не только юридически, а и фактически распространяется на всех лиц независимо от их политических убеждений, занимаемых должностей и других признаков и, по нашему мнению, является достаточным правовым средством для обеспечения защиты прав человека в этой сфере. В Украине были робкие попытки отдельных народных депутатов после 2001 года (год вступления в силу нового УК Украины) провести через Парламент законопроект о введении уголовной ответственности за клевету вообще и за клевету на определенных должностных лиц государства, но все они не были поддержаны ни Парламентом, ни гражданским обществом.

Наличие уголовной ответственности за клевету создает определенную коллизию между соответствующими нормами УК и нормами Гражданского кодекса, которые предусматривают защиту чести, достоинства и деловой репутации физических и юридических лиц путем опровержения информации, если она не соответствует действительности, и возмещения имущественного и морального вреда, причиненного распространением недостоверной информации. Собственно неимущественные личные (частные) права лиц, которыми являются честь, достоинство, репутация, относятся к предмету регулирования именно гражданского права, как области частного права, в отличие от права уголовного, которое является областью права публичного.

Толковые словари определяют честь как достойные уважения и гордости моральные качества человека, его соответствующие принципы, а достоинство – как совокупность высоких моральных качеств, а также самоуважение к этим качествам в себе. Итак, указанные понятия являются категориями не правовыми, а нравственно-философскими и носят лично-субъективный характер. Наличие чести и степень достоинства каждое лицо определяет для себя самостоятельно, индивидуально и

субъективно, а так же имеет право самостоятельно делать вывод о том, привели ли действия других лиц, в частности, распространение недостоверной информации, к унижению его чести и достоинства. Использование нравственно-философских категорий в уголовном законодательстве крайне нежелательно из-за их неконкретности, аморфности. Состав преступления всегда должен быть конкретным.

При наличии гражданской ответственности за клевету все возможные и достаточные виды сатисфакции получает именно то лицо, в отношении которого были распространены заведомо ложные сведения. Уголовное же наказание имеет целью не только подвергнуть наказанию преступника и исправить его, но и предотвратить совершение другими лицами новых преступлений.

Каждое лицо решает по своему усмотрению, пользоваться ли надлежащим ему правом, в частности и правом на защиту собственной чести, достоинства и репутации от посягательств. Это не может быть правом прокурора и следователя, точно так же, как не могут последние навязывать потерпевшей свое представление о том, была ли, скажем, половая связь, в которую она вступила, добровольной или принудительной.

В этой связи следует напомнить о парадоксальном, с точки зрения здравого смысла, поведении так называемых «звезд шоу-бизнеса», которые не только не принимают меры к опровержению распространяемой о них в СМИ недостоверной информации (даже той, которая, на взгляд обычного человека, позорит честь и достоинство), но и поощряют подобные действия, и таким способом прибавляют к своей популярности. Какие общественные интересы при таких обстоятельствах будет защищать следователь, прокурор, возбудив уголовное дело о клевете?

Что касается распространения ложных сведений, которые позорят честь и достоинство должностных лиц высших ступеней власти, которая используется как средство политической борьбы, то следует сослаться на решение Европейского суда по правам человека от 8 июля 1986 г. по делу Лингенса, согласно которому граница допустимой критики значительно более широка, когда речь идет о политическом деятеле, чем когда это касается обычного лица. Это объясняется необходимостью обеспечения свободы слова для формирования общественной мысли о поведении и идеях руководителей государства.

Кроме того, выделение определенной категории граждан и обеспечение более суровой их уголовно-правовой защиты при отсутствии весомых доводов, что именно эти категории граждан подвергаются большей, чем другие граждане, опасности в случае совершения в отношении них определенных противоправных деяний может быть расценено как предоставление привилегий по признакам социального и должностного положения и противоречит принципу равенства конституционных прав и свобод граждан.

6.2. Не соответствует принципу юридической определенности понятие хулиганства, содержащееся в ст. 306 проекта УК. Несмотря на упомянутые в Концепции общественные трансформации последних лет, которые должны были бы предполагать развитие демократии и осуществление верховенства права, одним из составных которого и является принцип юридической определенности, в Кодексе предполагается сохранить состав преступления, все признаки которого отличаются оценочным характером: «особая дерзость», «нарушение общественного порядка», «явное неуважение», «непристойные действия», «исключительный цинизм», – при этом за его совершение предусмотрено достаточно суровое наказание.

Поскольку практика нескольких десятилетий применения «советской» статьи о хулиганстве уже показала, в каких именно формах оно, как правило, проявляется, пора уже исключить своевольное и часто бессмысленно жестокое использование

этой статьи правоохранительными органами в любых случаях, когда упомянутые оценочные признаки они применяют на свое усмотрение, но без настоящих правовых оснований.

Представляется, что в части 1 ст. 306 проекта УК (с учетом наличия статьи 307, предусматривающей ответственность за специальный вид хулиганства – вандализм), можно было бы предусмотреть ответственность за проступок, состоящий в мелком хулиганстве, а именно грубом нарушении общественного порядка или покоя людей путем: громкой нецензурной брани или пения неприличных песен в общественном месте или в присутствии детей или женщин; громкого пения, криков или использования звуковоспроизводящей аппаратуры, незаконного проведения салютов, фейерверков, использования пиротехнических средств в ночное время; продолжительных криков, свиста или создания иного шума во время демонстрации кинофильмов или спектаклей; оскорбительного приставания к другому лицу с пренебрежением честью и достоинства пострадавшего; вторжения в общественное место вопреки запрету лиц, которые следят за порядком; отправления естественных надобностей в населенном пункте в не отведенных для этого местах; появления в полностью обнаженном виде в общественном месте (экспозиционизм), кроме специально определенных мест для отдыха nudистов; самовольной без обоснованной надобности остановки или попытки остановки общественного транспорта, что создало опасность аварии.

Часть 2 ст. 306 могла бы, в свою очередь, характеризовать хулиганство, как совершенное без какой-либо причины или с использованием малозначительного повода нарушение общественного порядка и покоя людей, которое сопровождается дерзким развязыванием драки или продолжительным и упорным издевательствам над лицом, находящимся в беспомощном состоянии, или над ребенком, беременной женщиной, лицом преклонного возраста, или уничтожением или повреждением чужого имущества, или нарушением нормальной работы транспорта, предприятия, учреждения или организации, или исключительно циничным проявлением бесстыдства.

В дальнейшем практика укажет на необходимость коррекции этого перечня.

7. Экологические преступления и проступки

7.1. Пункт 34 Концепции нуждается, по нашему мнению, в некотором текстуальном усовершенствовании.

В нем указано на необходимость «четко отграничить экологические преступления от преступлений, посягающих на иные объекты уголовно-правовой охраны посредством умышленного причинения вреда окружающей среде», однако не указано, на основании каких именно критериев должно осуществляться такое отграничение.

Неясно также, что понимается под «не всегда корректным определением субъективной стороны» и по каким именно «иным статьям УК» должно влечь ответственность умышленное нарушение экологических правил с целью причинения вреда жизни и здоровью человека и иных тяжких последствий.

7.2. Что касается соответствующих норм проекта УК Республики Казахстан, то отметим следующее.

Статья 336 называет такие общественно опасные последствия нарушения экологических требований:

- угроза причинения смерти человеку; причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; крупный ущерб (ч. 1);

- смерть человека; массовое заболевание людей; особо крупный ущерб (ч. 2).

В схожем по многим признакам составе преступления, предусмотренного ст. 337, к общественно опасным последствиям отнесены:

- угроза причинения тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; значительный ущерб (ч. 1);

- угроза причинения смерти человеку; причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью человека; крупный ущерб (ч. 2);

- смерть человека; массовое заболевание людей; особо крупный ущерб (ч. 3).

Подобные положения существуют и во многих других статьях Главы 13 «Экологические преступления и проступки».

По нашему мнению, во-первых, не следует ставить в один ряд такие последствия, как смерть человека и материальный ущерб, каким бы крупным он ни был. Во-вторых, в большинстве случаев невозможно с помощью существующих процессуальных средств и криминалистических методов и техники достаточно убедительно доказать перед судом, что нарушение тех или иных экологических требований, например, при проектировании, размещении, строительстве, вводе в эксплуатацию и т.д. определенных (но не только опасных) объектов создало угрозу причинения смерти, а тем более – вреда здоровью человека. С другой стороны, ведь и нормативные и технические акты, содержащие экологические требования, могут предусмотреть не все источники опасности, но для разработчиков таких актов и лиц, которые их утвердили, уголовной ответственности не существует. Кроме того, нет ответственности и за нарушение тех или иных экологических требований при проектировании, размещении и т.д. объектов, что повлекло причинение *легкого* вреда здоровью многих лиц (если это не связано с массовым заболеванием). В-третьих, неясно, что означает слово «массовое» и почему речь идет лишь о заболевании, а не о заболевании, травматизме и отравлении, например?

7.3. Говоря об экологических преступлениях, следует вспомнить положительный опыт государств Европы.

Рамочное решение Совета ЕС «Об уголовно-правовой охране окружающей среды» (2003) определяет такие умышленные преступления:

а) высвобождение, эмиссия или внесение большого количества веществ или ионизирующей радиации в воздух, грунт или воду, которое стало причиной смерти или причинило серьезный вред здоровью человека;

б) противоправное высвобождение, эмиссия или внесение большого количества веществ или ионизирующей радиации в воздух, грунт или воду, что повлекло их существенное ухудшение или создало условия для такого ухудшения, или стало причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека или объектам, которые защищаются (в т.ч. памятникам культуры), собственности, животным или растениям;

с) противоправная утилизация, переработка, хранение, транспортировка, экспорт или импорт отходов, которое стало причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;

д) противоправное введение в эксплуатацию фабрик, осуществляющих опасную деятельность, которая, независимо от введения их в эксплуатацию, причиняет или создает угрозу причинения смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;

е) противоправные производство, переработка, хранение, использование, транспортировка, экспорт или импорт материалов, которые расщепляются, или

других опасных радиоактивных веществ, что вызвало или способно стать причиной смерти или серьезного вреда здоровью человека, или значительного вреда состоянию воздуха, грунта, воды, животного или растительного мира;

f) противоправное удержание, поимка, причинение вреда, убийство или торговля видами дикой флоры и фауны или их частью, которые защищаются национальным правом с целью недопущения их вымирания;

g) незаконная торговля озоноразрушающими веществами.

Ст. 3 Решения возлагает на государства обязанность признать преступлениями такие же деяния, совершенные по неосторожности.

Аналогичные положения содержатся в Конвенции Совета Европы о защите окружающей среды с помощью уголовного права (1998) – за тем исключением, что государства-участники Конвенции имеют право не криминализировать совершенные по неосторожности: 1) слив, выброс либо выпуск веществ или ионизирующего излучения в воздух, грунт или воду, если такое деяние лишь вызывает серьезную опасность наступления смерти или телесных повреждений человека, но не стало их причиной; 2) незаконный слив, выброс или выпуск веществ или ионизирующего излучения в воздух, грунт или воду, что стало причиной угрозы состоянию охраняемых памятников истории и культуры.

8. Воинские преступления и проступки

В пункте 35 Концепции отмечено, что «следует рассмотреть возможность исключения из категории воинских преступлений некоторых составов, дублирующих составы преступлений, предусмотренных в иных главах УК».

Фактически же, как показывает сравнение второй «Действующая редакция» и третьей «Предлагаемая редакция» колонок Сравнительной таблицы по новой редакции Уголовного кодекса, это благое пожелание не выполнено. Количество статей в Главе 18 Особой части проекта УК наоборот увеличилось.

По нашему мнению, с учетом сокращения вооруженных сил, других воинских формирований, уменьшения уровня преступности среди военнослужащих, а главное – в связи с тем, что многие статьи указанной Главы являются просто лишними, поскольку, кроме субъекта, содержат все признаки общеуголовных преступлений и проступков, также с целью обеспечения равенства всех перед законом, для унификации положений Уголовного кодекса, устранения дублирования, следует исключить из проекта УК статьи, предусматривающие ответственность за:

- злоупотребление властью (ст. 475);
- превышение власти (ст. 476);
- бездействие власти (ст. 477);
- халатное отношение к службе (ст. 478);
- разглашение секретных сведений военного характера или утрата документов, содержащих секретные сведения военного характера (ст. 483);
- умышленное уничтожение или повреждение военного имущества (ст. 484);
- неосторожное уничтожение или повреждение военного имущества (ст. 485);
- нарушение правил обращения с оружием, а также веществами и предметами, представляющими опасность для окружающих (ст. 487);
- нарушение правил вождения или эксплуатации машин (ст. 488);
- нарушение правил полетов или подготовки к ним (ст. 489);
- нарушение правил кораблевождения (ст. 490).

За эти преступления военнослужащие и иные соответствующие субъекты будут нести ответственность по аналогичным статьям УК.

9. Экстремистские, террористические и коррупционные уголовные правонарушения

9.1. В пункте 32 Концепции отмечено: «Важным представляется уточнение (возможное расширение) круга террористических, коррупционных преступлений, преступлений, связанных с экстремизмом». Считаем такое «возможное расширение» ошибочным.

Известно, что Республика Казахстан является участницей Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июня 2001 года. Конвенция (п.3 ч.1 ст.1) даёт следующее определение понятия «экстремизм»: экстремизм – какое-либо деяние, направленное на насильственный захват власти или насильственное удержание власти, а также на насильственное изменение конституционного строя государства, а равно насильственное посягательство на общественную безопасность, в том числе организация в вышеуказанных целях незаконных вооруженных формирований или участие в них, и преследуемое в уголовном порядке в соответствии с национальным законодательством Сторон.

Такое определение в силу своей размытости дает возможность применять понятие «экстремизм» к сколь угодно широкому кругу феноменов, в число которых попадает и террористическая деятельность (в этом случае понятия «экстремизма» и «терроризма» смешиваются), и создание не легализованной в установленном порядке политической партии (в этом случае понятие «экстремизма» необоснованно расширяется даже по сравнению с положениями Шанхайской конвенции, которая в этом контексте упоминает незаконное вооруженное формирование, а не политическую партию или религиозную организацию).

Проект УК Республики Казахстан в ст. 9 определяет, что экстремистские уголовные правонарушения – это деяния, предусмотренные статьями 186, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 271, 273, 274, 281, 424 (частями второй и третьей), 425 настоящего Кодекса.

На наш взгляд, борьба с проявлениями экстремизма как приверженности к крайним взглядам и, что действительно опасно, к насилию как средству разрешения социальных конфликтов, была бы более эффективной, если бы острière уголовно-правовых средств было направлено на суть этого феномена, а не на сопутствующие ему деяния или на деяния, имеющие отдаленное отношение к экстремизму.

Замечательно было бы, если б законодатель привел в законе четкие признаки экстремистских и террористических уголовных правонарушений, которые позволили бы определить соотношение между собой этих понятий, а не ограничивался простым перечнем статей УК.

9.2. Отмеченное в полной мере касается и коррупционных уголовных правонарушений.

Согласно ст. 9 проекта УК коррупционные уголовные правонарушения – это деяния, предусмотренные статьями 203 (пунктом б) части третьей), 204 (пунктом б) части третьей), 233 (пунктом а) части третьей), 248 (пунктом а) части третьей), 263 (пунктом б) части третьей), 378, 379 (пунктом в) части четвертой), 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 475, 476 (пунктом б) части второй), 477 настоящего Кодекса. Таким образом, коррупционными уголовными правонарушениями признаются:

- присвоение или растрата; мошенничество, то есть хищение чужого имущества или приобретение права на чужое имущество путем обмана или злоупотребления

доверием; вовлечение в законный оборот денег и (или) иного имущества, полученного преступным путем, посредством совершения сделок путем конверсии или перевода имущества, представляющего доходы от преступлений, сокрытие или утаивание подлинного характера, источника, местонахождения, способа распоряжения, перемещения, прав на имущество или его принадлежности, если известно, что такое имущество представляет доходы от преступлений, а равно владение и использование этого имущества; экономическая контрабанда; рейдерство, – если эти деяния совершены лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом с использованием им своего служебного положения,

а также:

- злоупотребление должностными полномочиями; превышение власти или должностных полномочий, в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям; незаконное участие в предпринимательской деятельности; воспрепятствование законной предпринимательской деятельности; предложение взятки или прошение взятки; получение взятки; дача взятки; посредничество во взяточничестве; провокация взяточничества; служебный подлог; бездействие по службе; злоупотребление властью; превышение власти в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц или организаций либо нанесения вреда другим лицам или организациям; бездействие власти.

Между тем, коррупционным можно назвать не любое правонарушение, а лишь такое, которое совершено определенным субъектом, является умышленным и содержит признаки коррупции.

В 2008 году Парламент Республики Казахстан ратифицировал Конвенцию ООН против коррупции. Эта Конвенция выделяет:

1) коррупционные правонарушения (статьи 15, 16, 18–21) и

2) сопутствующие им правонарушения. К числу последних относит только: хищение, неправомерное присвоение и иное нецелевое использование имущества государственным должностным лицом (ст. 17); хищение имущества в частном секторе, совершенное определенным должностным лицом с использованием им своего служебного положения (ст. 22); отмывание доходов и иное укрывательство имущества (статьи 23, 24); воспрепятствование осуществлению правосудия (ст. 25).

При этом злоупотребление служебным положением Конвенция относит к коррупционным правонарушениям при наличии такого, в частности, признака, как цель получить любую неправомерную выгоду для себя или иного лица (ст. 19). В отличие от этого в ст. 378 проекта УК Республики Казахстан речь идет также и о цели нанесения вреда другим лицам и организациям. Кроме того, обязательным признаком преступления, предусмотренного ст. 378, являются общественно опасные последствия в виде существенного нарушения прав и т.д. Таким образом, не любое злоупотребление служебным положением можно назвать коррупционным правонарушением.

Вообще, что касается необходимых признаков коррупционного правонарушения, то они содержатся в международных документах, перечисленных в преамбуле Конвенции ООН против коррупции. Это: Конвенция о борьбе с коррупцией, которая касается должностных лиц Европейских Сообществ или должностных лиц государств – членов Европейского Союза, принятая Советом Европейского Союза 26 мая 1997 года, Конвенция о борьбе с подкупом иностранных должностных лиц в международных коммерческих соглашениях, принятая Организацией экономического сотрудничества и развития 21 ноября 1997 года,

Криминальная конвенция о борьбе с коррупцией, принятая Комитетом министров Совета Европы 27 января 1999 года, и др.

Могут быть признаны коррупционными правонарушениями лишь те, что соответствуют следующим признакам (см. таблицу).

Деяние (действие или бездеятельность)	Цель	Форма вины	Субъект
Использование служебных полномочий и связанных с этим возможностей	получить неправомерную выгоду	умысел	определенное должностное лицо или его контрагент
Принятие (обещание, предложение) неправомерной выгоды для себя или других лиц	–		
Обещание, предложение или предоставление неправомерной выгоды определенному должностному лицу или по его требованию другим физическим или юридическим лицам	склонить это лицо к противоправному использованию предоставленных ему служебных полномочий и связанных с этим возможностей		

Иными словами, неотъемлемыми признаками коррупции являются, с *одной стороны*:

- использование своих служебных полномочий и соответствующих возможностей как форма деяния; неправомерная выгода как предмет или же как цель, –

а с другой:

- обещание, предложение или предоставление неправомерной выгоды как форма деяния; использование контрагентом своих служебных полномочий и соответствующих возможностей как цель. Зеркальное отображение.

Таким образом, нет никаких оснований относить к коррупционным правонарушениям: злоупотребление должностными полномочиями, злоупотребление властью, превышение власти или должностных полномочий, бездействие по службе и бездействие власти, – совершенные без цели получения неправомерной выгоды; провокацию взяточничества; служебный подлог и некоторые другие упомянутые выше преступления.

Опасность беспредельного и необоснованного расширения перечня «коррупционных правонарушений» состоит в том, что теряется концентрация внимания на главном направлении противодействия им. Правоохранительные органы с каждым годом будут рапортовать о всё большем количестве расследованных уголовных дел о коррупционных уголовных правонарушениях, но на самом деле «громкая статистика» будет создаваться не за счет действительной коррупции, а за счет уголовных правонарушений, сопутствующих коррупции или и вовсе с ней не связанных.

9.3. Есть и другая сторона медали. В определении понятия коррупционного уголовного правонарушения не упомянут проступок, предусмотренный ст. 163 проекта УК. Между тем, он может иметь сущность коррупционного правонарушения. Речь в этой статье идет, в частности, о кандидате на выборную государственную

должность, который принимает пожертвования в любой форме от иностранцев и юридических лиц, созданных в соответствии с законодательством другого государства, а также лиц без гражданства. Но ведь подобные «пожертвования», после того, как оно займет соответствующую должность, этому лицу придется «отрабатывать». Как правило.

9.4. В отличие от понятий коррупционных, террористических и экстремистских уголовных правонарушений понятие воинских уголовных правонарушений, данное в ст. 9 проекта УК, помимо ссылки на перечень определенных статей, содержит и конкретные признаки: а) родовой объект; б) специальный субъект. Тем самым как бы подчеркивается искусственность отбора коррупционных, террористических и экстремистских правонарушений – якобы они не имеют никаких идентифицирующих признаков.

10. Структура Уголовного кодекса

На сегодня структура Особенной части УК Республики Казахстан бессистемна. Предусмотрены преступления и проступки: в Главах 1–3 и 17 – против личности, в Главе 2 – также и против семьи, затем в Главе 4 – против человечества и международного правопорядка, после этого, в Главах 5, 13, 14, 16 – против государства, в Главах 6–8 – против собственности и смежные с ними преступления, в Главах 9–12, 15, 18 – против интересов общества.

Целесообразно рассмотреть вопрос об усовершенствовании структуры Особенной части УК. Она могла бы состоять, например, из пяти разделов, которые соответствовали бы родовому объекту посягательства. Разделы можно разместить в таком порядке:

- I – «Преступления и проступки против личности и семьи»;
- II – «Преступления и проступки против интересов общества»;
- III – «Преступления против собственности и смежные с ними преступления»;
- IV – «Преступления против интересов государства»;
- V – «Преступления против человечества и международного правопорядка».

Возможно и большее количество разделов (как в УК России) или, наоборот, меньшее, например:

- I – «Преступления и проступки в основном против личности и семьи»;
- II – «Преступления и проступки в основном против интересов общества»;
- III – «Преступления и проступки в основном против интересов государства и международного правопорядка».

Внутри разделов можно было бы выделить подразделы или главы – в зависимости от видового объекта, внутри подразделов (когда это необходимо) отделы – в зависимости от непосредственного объекта, характеристики пострадавшего или предмета, специального субъекта, средств совершения преступления и т.п. Это могло бы иметь не только теоретическое значение (в частности, позволило бы четче классифицировать преступления по определенным критериям, избежать группирования преступлений по признаку совершения их в определенной «сфере» и т.п.), а и существенно уменьшило бы случаи ошибок при квалификации преступлений.

Август, 2012 г.

ХАВРОНЮК Н. И.
*Директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ,
заслуженный юрист Украины,
профессор кафедры уголовного права
и криминологии Киевского национального университета
имени Тараса Шевченко, д.ю.н.*

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ОСВОБОЖДЕНИЯ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И НАКАЗАНИЯ¹³

1. Серьезные предостережения хочется сделать по поводу тезиса о том, что «в целях снижения репрессивности уголовного закона, исключения его возможностей препятствовать развитию личности и прогрессу общества следует рассмотреть возможность **расширения оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания**» (пункт 11 Концепции).

Известным является высказывание Чезаре Беккариа о том, что «по мере смягчения наказаний милосердие и прощение становятся всё менее необходимыми».

Прежде чем далее расширять указанные основания, следует тщательно изучить судебную статистику и установить, каков процент лиц, совершивших преступления, был освобожден от уголовной ответственности и наказания и по каким основаниям, каков процент среди освобожденных лиц, вновь совершивших преступления и т.д. Иначе Фемида может задохнуться от гуманизма.¹⁴

Уголовный закон должен предусматривать средства дифференциации, в том числе и исключительного характера.

Однако **исключения не могут приобретать свойства правил**, поскольку тогда в исключение превращается принцип: в первом случае принцип неотвратимости уголовной ответственности, а во втором – принцип гуманизма.

Вот данные за 2010 г. по Украине: из принятых 910 судебных решений по ст. 368 УК Украины («Получение взятки») 126 – это решения об освобождении от ответственности (в т.ч. 67 – с передачей взяточника на поруки (!)), а по 774 обвинительным приговорам 648 лица освобождены от наказания. К лишению свободы осуждено 96 лиц, к другим видам наказания – 30. Из 910!!! Как можно бороться с коррупцией при таком подходе?

2. В качестве **исключительных** средств дифференциации уголовной ответственности УК Украины предусматривает **восемь общих** видов освобождения от уголовной ответственности и **пятнадцать специальных** видов освобождения от уголовной ответственности, предусмотренных статьями Особенной части УК.

В проекте же УК Республики Казахстан исключительных средств дифференциации **еще большее количество (!): двенадцать общих** – статьи 68–75, 82 (из них три новых – статьи 71–73) и **двадцать девять специальных**

¹³ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

¹⁴ Лепина Марина. Фемида задохнется от гуманизма. Реформа уголовного законодательства может привести к перегрузке судебной системы // http://mn.ru/accident_court/20120329/314417931.html

(предусмотренных статьями Особенной части УК).

Но все ли эти средства имеют право на существование и действительно ли являются необходимыми, особенно с учетом постепенной гуманизации, смягчения видов и уменьшения размеров имеющихся наказаний? В чем смысл вовсе освобождать фактического преступника от уголовной ответственности, если есть возможность применить к нему штраф или поставить его под пробационный контроль? Такой «смысл» может быть порождением или коррупции, или вседозволенности (всепрощенчества).

В Украине освобождение от уголовной ответственности, особенно за преступления небольшой тяжести, стало **слишком** распространенным явлением.

Но при этом:

- не происходит государственное осуждение лица, совершившего преступление (не постановляется обвинительный приговор суда, хотя лицо не реабилитируется),
- не применяется наказание, то есть лицо освобождается от возложения на него любых утрат и ограничений личного, имущественного и иного характера;
- лицо считается не имеющим судимости – со всеми вытекающими из этого последствиями.

В результате фактическая преступность не уменьшается, а ее официально документируемый уровень «регулируется» с помощью различных манипуляций – изменение правил ведения статистического учета, увеличение размера предмета мелкой кражи и т.д. Но даже официальная судебная статистика свидетельствует, что закрепленная в уголовном законе чрезвычайно широкая дифференциация уголовной ответственности на практике ничем не сдерживается и применяется также в очень широких масштабах, а некоторые из положений уголовного закона, которые должны были бы рассматриваться как исключения, превратились в правило.

Из каждых 100 человек, представших перед судом, 15 освобождаются судом от уголовной ответственности – чаще всего в связи с деятельным раскаянием, примирением виновного с потерпевшим, изменением обстановки или передачей на поруки. Из оставшихся 85 человек 45 освобождаются от наказания (статистически подтверждено, что от уголовного наказания освобождаются в том числе 25% лиц, осужденных за особо тяжкие преступления), в отношении еще восьми применяется более мягкое наказание, чем предусмотрено санкцией статьи.

Из оставшихся 32 (из которых 20 отбывают лишение свободы, а 12 – иной вид наказания) – подавляющее большинство (к сожалению, эта статистика специально не ведется) освобождается от дальнейшего отбывания наказания в связи с помилованием, амнистией, условно-досрочно и по другим основаниям.

Таким образом, **необоснованная дифференциация** уголовной ответственности может приводить к забвению принципа неотвратимости уголовной ответственности и принципа равенства граждан перед законом, постепенно стереть границу между принципом адекватности (справедливость) и принципом гуманизма (милосердие).

Исходя из изложенного предлагается, пересмотреть положения некоторых статей проекта УК Республики Казахстан. Речь идет о следующем.

1) Следовало бы конкретизировать положения ст. 68 проекта УК таким образом, чтобы исключить коррупционные риски и определить точную совокупность условий, при которых суд может освободить лицо от уголовной ответственности **в связи с деятельным раскаянием**.

В настоящее время текст статьи пестрит оценочными признаками:

- «с учетом личности виновного и его поведения»,
- «состоявшееся исправление виновного», «добровольная явка с повинной»

(кстати, а разве может быть явка с повинной не добровольной?),

- «способствование раскрытию или расследованию уголовного правонарушения»,

- «заглаживание вреда» (ч. 1),

- «активное способствование» (ч. 2), «добровольное способствование» и, наконец, просто «способствование» (ч. 3).

Если уж и применять подобные формулировки (что не исключено в обществах, где традиционным является принцип безусловного доверия к судьям), то лишь в отношении преступлений небольшой тяжести и проступков, а также, возможно, неосторожных преступлений средней тяжести. Особенно это касается положений ч. 1 ст. 68.

2) Сомнительной является целесообразность освобождения от уголовной ответственности **при превышении пределов необходимой обороны** вследствие страха, испуга или замешательства, вызванного *общественно опасным* посягательством, а также вследствие внезапности нападения, – независимо от тяжести наступивших последствий (ст. 69).

По нашему мнению, жизнь человека должна быть настолько ценной, что позволить кому-либо безнаказанно убить другого лишь по причине собственного испуга или замешательства – вряд ли может быть гуманностью. Подобные положения закона могут инспирировать случаи самочинной расправы над тем, кто был столь милостиво освобожден государством от уголовной ответственности. К тому же общественно опасным посягательством может быть и проступок – ведь он, согласно положению ст. 10 проекта УК, также является общественно опасным, хотя и не представляет *большой* общественной опасности.

3) Сверхгуманными выглядят, а на самом деле являются подстрекательскими, положения ст. 70 проекта УК:

«Лицо, совершившее проступок или преступление небольшой или средней тяжести, не связанное с причинением смерти, **подлежит освобождению** от уголовной ответственности, если оно примирилось с пострадавшим, в том числе в порядке медиации, и заладило причиненный вред».

Они могут увеличить количество случаев семейного насилия – ведь тот, кто совершает насильственные преступления в отношении членов своей семьи, в подавляющем большинстве случаев уверен, что ему удастся примириться с пострадавшими и заладить причиненный вред.

Эти положения – согласно ч. 2 ст. 70 – могут стать своеобразной индульгенцией для некоторых категорий лиц (несовершеннолетних и др.), которых закон как бы поощряет: «Главное, никого не убей; во всех других случаях ты *подлежишь* освобождению от уголовной ответственности, если примиришься с потерпевшим и заладишь причиненный вред».

А как рассуждает подросток? Часто именно так: «Пострадавший меня, конечно, простит, потому что папа (мама) ему заплатит».

4) В статье 73 необходимо сделать уточнение: статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса должно быть предусмотрено наказание **только в виде штрафа?** или, что вероятнее, штраф может быть предусмотрен как один из альтернативных видов наказаний?

(«Лицо, впервые совершившее проступок либо впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести или тяжкое преступление, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, за

совершение которого соответствующей статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса **предусмотрено наказание в виде штрафа**, может быть освобождено судом от уголовной ответственности с установлением поручительства»).

А если **только** штраф, то почему бы его не взыскать с того, кто хотя бы и впервые, но совершил кражу или поджог? В чем проблема? Если штраф велик, его можно рассрочить или уменьшить, даже до определенного минимума. Но совсем освобождать от его уплаты – ошибочно.

Сомнительной также является целесообразность подобного освобождения от уголовной ответственности, особенно в случае совершения тяжкого преступления, **без выполнения каких-либо условий** (кроме как не совершить нового уголовного правонарушения) со стороны лица, совершившего преступление. В чем же тогда воспитательное значение уголовного закона?

5) Как и положения статьи 68, неконкретными являются положения ч. 1 статьи 74 проекта УК.

Слишком субъективным и расплывчатым является понятие «вследствие изменения обстановки совершенное **деяние перестало быть общественно опасным**». Часто в литературе приводятся одни и те же примеры: отменено чрезвычайное положение, или незаконная порубка леса осуществлялась на участке, подготовленном к проведению мелиоративных работ, или к моменту привлечения к уголовной ответственности лицо, совершившее преступление, призвано на военную службу. Так можно продолжить этот ряд: шрамы заросли, стресс от изнасилования забылся, вместо украденной куплена новая вещь – во всех этих случаях обстановка ведь изменилась?

Но разве в этом случае совершенные кража, изнасилование или телесное повреждение перестают быть общественно опасными? Разве они по истечении относительно короткого времени перестают быть кражей, изнасилованием и телесным повреждением? Ведь речь идет вовсе не о декриминализации деяния! И не об истечении сроков давности!

При такой чрезвычайной абстрактности нормы совершенно непонятным является возможность ее распространения не только на проступки и преступления небольшой тяжести, но и на преступления любой степени тяжести.

6) Следовало бы исключить из части 2 статьи 82 проекта УК Республики Казахстан первое предложение («На основании акта об амнистии лица, совершившие преступления, могут быть освобождены от уголовной ответственности») – и тем самым позволить распространение акта об амнистии лишь на освобождение от наказания, сокращение наказания, замену его более мягким и освобождение от дополнительного вида наказания.

Положительным достижением юридической науки и законодательства последних лет в Украине считаем принятие Закона «О применении амнистии в Украине» от 2 июня 2011 года, которым зафиксирован **отказ от освобождения по амнистии от уголовной ответственности**: теперь по амнистии лицо может быть освобождено только от отбывания назначенного судом наказания.

С другой стороны. В пункте 12 Концепции говорится о целесообразности «полной отмены условно-досрочного освобождения либо увеличения сроков, при наступлении которых предоставляется возможность условно-досрочного освобождения для лиц, совершивших преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних, совершивших преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие

преступления».

В пункте 18 Концепции также предусмотрено дополнить Общую часть Кодекса положениями, которые предусматривают неприменение меры наказания в виде лишения свободы к лицам, совершившим отдельные, в том числе экономические, преступления и добровольно возместившим в полном объеме имущественный ущерб». Но такой подход предлагается считать «недопустимым к преступлениям, представляющим большую общественную опасность, в том числе преступлениям террористического характера, коррупционным преступлениям, преступлениям, совершенным в составе организованных преступных групп и другим тяжким деяниям».

В этом контексте считаю необходимым призвать авторов Концепции и проекта УК к сдержанности.

Подобные устремления противоречат принципу равенства всех перед законом. Лица, осужденные за особо тяжкие преступления, должны иметь такое же право на условно-досрочное освобождение, как и лица, осужденные за иные преступления. Ведь грань между особо тяжкими и тяжкими преступлениями на самом деле неопределенна, субъективна. Бывает, что одно и то же преступление при определенной конъюнктуре в течение одного–двух лет признается особо тяжким, затем тяжким, а после – вновь особо тяжким. Разными являются и преступления сексуального характера в отношении несовершеннолетних. Ведь нельзя ставить на один уровень такие разные преступления сексуального характера, как изнасилование малолетнего и эксгибиционистские действия в присутствии малолетнего, изнасилование семнадцатилетней девушки ее взрослым педагогом и половое сношение лица, едва достигшего шестнадцатилетнего возраста, с лицом, заведомо не достигшим шестнадцатилетнего возраста.

Во-вторых, эти положения пункта 12 противоречат положениям пункта 10 Концепции, о том, что «закон должен предусматривать гибкие механизмы, дающие возможность членам преступных формирований для отказа от преступной деятельности, взамен на смягчение либо освобождение от ответственности. При этом критериями при таком смягчении либо освобождении могли бы являться сотрудничество со следствием, изобличение преступной деятельности преступных формирований и их членов».

Таким образом, лица, совершившие преступления террористического характера или преступления, носящие признаки экстремизма и иные особо тяжкие преступления, но отказавшиеся от дальнейшей преступной деятельности, сотрудничающие со следствием и т.д., **будут обмануты в своих ожиданиях**, участники организованных преступных групп не станут идти на компромиссы со следствием...

В-третьих, поддерживаю высказанное Л.В. Головки мнение о том, что подобный подход **лишает определенных лиц каких-либо стимулов к надлежащему поведению**, а полный отказ от условно-досрочного освобождения по делам о тяжких преступлениях приводит к постоянному **накоплению** наиболее опасных осужденных в местах лишения свободы. Все это резко повышает напряженность в местах лишения свободы и само по себе чревато опасными для общества последствиями.

Сентябрь, 2012 г.

КАНАФИН Д.К.

к.ю.н., доцент

К ВОПРОСУ О ВНЕДРЕНИИ В УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО ИНСТИТУТА СОГЛАШЕНИЯ О ПРИЗНАНИИ ВИНЫ¹⁵

Вопрос о так называемой «судебной сделке» относится числу наиболее дискуссионных разделов уголовно-процессуальной науки. Возникший в США¹⁶, этот институт некоторыми юристами на постсоветском пространстве воспринимается как нечто чуждое, противоречащее не только принципам отечественного судопроизводства, но и нравственным устоям, положенным в основу отправления правосудия.¹⁷

Поскольку другие участники полемики вокруг судебной сделки настроены не столь антагонистично, их можно подразделить на открытых сторонников этой процедуры¹⁸ и осторожных последователей компромиссных форм ее реализации в уголовном процессе¹⁹. Причина столь широкой палитры мнений по этой проблеме, очевидно, кроется в сложной и в некотором смысле противоречивой природе этого процессуального института.

¹⁵ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

¹⁶ Любопытна история возникновения этой процедуры. Согласно данным американских исследователей еще в 18 веке такого института просто не существовало. Сделка с правосудием появилась намного позже как реакция на все большее усложнение процессуальной формы судопроизводства в суде присяжных за счет дополнительных гарантий прав личности: предоставление защите права на отбор коллегии присяжных, участие профессиональных юристов в качестве защитников, развитие доказательственного права и др. Более подробно см.: John H. Langbein Understanding the Short History of Plea Bargaining. Yale Law School. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers&sei-redir

¹⁷ «В российском уголовном правосудии сделка - явление аморальное, порочное, бесчестное; это торг, компрометирующий власть, свидетельствующий о ее бессилии, неспособности раскрывать преступления» Петрухин И. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету. // Российская юстиция. 2001. №5.

¹⁸ См., например, Лазарева В. А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2000. URL: <http://www.dissercat.com/content/sudebnaya-zashchita-v-ugolovnom-protssesse-rf-problemy-teorii-i-praktiki>

¹⁹ См., например, Рыбалов К. А. Особый порядок судебного разбирательства в Российской Федерации и проблемы его реализации. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2004. URL: <http://www.dissercat.com/content/osobyi-poryadok-sudebnogo-razbiratelstva-v-rossiiskoi-federatsii-i-problemy-ego-realizatsii>, Сапсенбаев Т. Сделка о признании вины в уголовном процессе РК // Юрист № 10 2004. С. 45-48.

Прежде чем продолжить анализ основных нюансов данного правового явления, считаем необходимым уточнить предмет исследования и применяемую терминологию. Во-первых, предлагаем вообще отказаться от использования слова «сделка» в вышеуказанном контексте и заменить его на термин «соглашение», как более приемлемый с этической точки зрения.

Во вторых, считаем целесообразным четко обозначить разницу между терминами:

- 1) **«соглашение о признании вины»;**
- 2) **«соглашение о сотрудничестве»** и
- 3) **«соглашение о применении сокращенных форм судопроизводства».**

Кроме того, предлагаем выделить **соглашение о прекращении уголовного дела в связи с примирением сторон**, как отдельный самостоятельный способ разрешения уголовно-правового конфликта. Очевидно, разница между этими соглашениями состоит в целях, поставленных перед участниками соответствующих процедур.

Соглашение о признании вины предполагает, что сторона обвинения и сторона защиты, приходят к компромиссу относительно уголовно-правовой квалификации деяний обвиняемого, признанию им своей вины в их совершении и примерном размере наказания за содеянное. В этой связи стороны, оформляют свои позиции, согласно предусмотренной для таких случаев процессуальной форме, после чего суд, проверив правомерность соглашения, отсутствие нарушений закона и прав участников процесса, принимает решение по делу в порядке, установленном законом. При этом, соглашение о признании вины касается исключительно самого обвиняемого и его правовые последствия не должны вступать в противоречие с позициями других обвиняемых по делу, если таковые имеют место быть.

Соглашение о сотрудничестве, в принципе является другой формой взаимодействия сторон в уголовном процессе и фактически направлено на создание оптимальных условий для раскрытия и расследования тяжких групповых преступлений, с использованием существующих или искусственно созданных конфликтов внутри преступных групп или организаций. В рамках этих соглашений не только решается вопрос о судьбе обвиняемого по делу, но сама процедура используется для стимулирования такого лица к предоставлению им доказательств вины других привлеченных к ответственности лиц. Очевидно, что необходимость использования подобных процессуальных форм обусловлена криминалистическими трудностями борьбы с организованной преступностью, терроризмом и прочими видами группового законспирированного криминального поведения.

Соглашение о применении сокращенных форм судопроизводства по сути своей является недоразвитой формой первого типа соглашений и предполагает выбор обвиняемым упрощенных форм расследования или судебного рассмотрения дела, как правило, основанных на признании им своей вины и/или нежелании собирать/исследовать доказательства по делу в полном объеме в обмен на смягчение размера наказания и сокращения сроков нахождения в орбите уголовного судопроизводства. Некоторые авторы называют такие соглашения «целерантными».²⁰

Полагаем, что полноценная процессуальная сделка возможна только при одновременном полном разрешении как материальной (уголовно-правовой), так и процессуальной стороны дела. Очевидно, что вопрос о возможности использования упрощенных процедур находится в прямой зависимости от признания или

²⁰ Сарсенбаев Т. Указ. соч. С. 46.

непризнания своей вины привлеченным к уголовной ответственности лицом, и эти вопросы должны разрешаться совместно и одновременно.

Соглашение о прекращении уголовного дела в связи с примирением сторон является отдельным видом соглашения в уголовном процессе и применяется тогда, когда вопрос о судьбе уголовного дела решается частными лицами (потерпевшим и обвиняемым) способами и формами, приемлемыми для них. При этом, государство по такого рода делам (как правило, о преступлениях небольшой или средней тяжести) полностью отказывается от своего права на уголовную репрессию в интересах потерпевшего. Прекращение дел посредством такого соглашения, по идее, не должно влечь вынесение обвинительного приговора, уголовного наказания и судимости, а соглашения о прекращении дел по этому основанию, должны реализовываться в рамках самостоятельной процессуальной формы, отличной от вышеперечисленных процедур.

Очевидно, неприятие некоторыми процессуалистами идеи об использовании соглашений в уголовном процессе возникло в связи с неправильным смешением вышеперечисленных типов соглашений в рамках неэффективных производств, лишенных достаточных гарантий соблюдения прав человека и принципов уголовного процесса. В месте с тем, теория дифференциации процессуальной формы не исключает возможности развития уголовного судопроизводства в сторону создания новых институтов, направленных на оптимизацию уголовно-процессуальной деятельности, не в ущерб правам человека и стандартам справедливого правосудия²¹. Жизнь многообразна в своих проявлениях. Правоприменительная деятельность по уголовным делам не только охватывает собой самые различные варианты криминального поведения людей, но и сталкивается в последующем с необходимостью эффективного урегулирования возникших таким образом уголовно-правовых конфликтов. Очевидно, что в каждом случае присутствует уникальное стечение жизненных обстоятельств, которым далеко не всегда может соответствовать единая унифицированная уголовно-процессуальная форма.

Из этого посыла, естественным образом проистекает вывод о том, что процедура уголовного судопроизводства должна быть многовариантной, дифференцированной, то есть приспособленной, хотя бы к наиболее часто случающимся ситуациям при расследовании и судебном разрешении уголовных дел. Общий тренд судебной-правовой реформы, состоящий во внедрении все новых и новых процессуальных форм в структуру уголовного судопроизводства, подтверждает этот вывод. Следует отметить, что ситуации, когда стороны в уголовном процессе готовы к определенному компромиссу по поводу объема обвинения и размеров наказания, случаются достаточно часто. С точки зрения разумного администрирования уголовного судопроизводства, было бы неправильным игнорировать потребность в соответствующей процедуре. Вместе с тем, эта процедура должна соответствовать определенным достаточно суровым стандартам обеспечения прав человека и принципов справедливого уголовного процесса. Ниже мы подробно остановимся на способах реализации этих стандартов.

Возвращаясь к вопросу о видах (типах) соглашений в уголовном процессе, хотим заметить, что прежде чем говорить о возможности/невозможности использования этих процедур в казахстанском уголовном процессе, необходимо

²¹ Более подробно по этому вопросу см.: Канафин Д.К. Анализ Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан по вопросам упрощенного досудебного производства» Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы. 2010, с. 289-292.

определить какой именно вид соглашения будет инкорпорирован в систему отечественного судопроизводства.

В этой связи важны результаты сравнительно-правового анализа соответствующих институтов, существующих в странах с близкой нам системой права. Так, например, очевидно, что установленный гл. 40-1 УПК Российской Федерации особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве, рассматривает процессуальную форму использования указанного нами второго типа соглашений (**соглашение о сотрудничестве**).

Приходится признать справедливость критики, высказанной Головки Л.В.²² в адрес именно этого института и согласиться с его доводами о том, что в системах судопроизводства, где независимость судов вызывает сомнения, а такие фундаментальные права человека, как право на доступ к адвокату по своему выбору, и свобода от принуждения к даче показаний не обеспечены надлежащим образом, использование второго типа соглашений неоправданно, поскольку больше создает условия для злоупотребления со стороны органов уголовного преследования, чем реально способствует эффективной борьбе с преступностью. К сожалению, по групповым делам в условиях репрессивного уголовного процесса, и слабости гарантий соблюдения прав человека, соглашение о сотрудничестве, как, указывает на это проф. Головки Л.В., может применяться для формирования обвинительной преюдиции в отношении одних обвиняемых, за счет неправомерного принуждения к сотрудничеству других.

Тем не менее, вряд ли целесообразно отказываться от идеи использования первого типа **соглашения о признании вины** в уголовном процессе. В качестве позитивных качеств этой процедуры можно признать ее экономичность, быстроту и наличие признаков разрешения уголовно-правового конфликта на основе взаимного согласия сторон. Внедрение этого института позволило бы разгрузить нынче очень бюрократизированную, формализованную и громоздкую систему отечественного уголовного судопроизводства.

Учитывая эти обстоятельства, для того, чтобы избежать ошибок, совершенных в других системах права, очень важно при создании процессуальной формы соглашения о признании вины, обеспечить справедливость, рациональность и безусловное соблюдение прав каждого человека, оказавшегося в орбите уголовного правосудия. Нельзя допустить введения этой процедуры только в интересах правоохранительных ведомств, недопустимо создание в рамках этого института лакун для злоупотреблений, коррупции и беззакония. В этой связи принципиально важным является вопрос о процессуальных гарантиях фундаментальных прав личности при реализации соглашения о признании вины. Только при наличии таких гарантий можно говорить об использовании данного процессуального института в нашем уголовном процессе.

1. Общие условия применения соглашения о признании вины

Необходимо предусмотреть механизмы обеспечения таких основных прав человека, как право на защиту, право быть уведомленным о предъявленном

²² Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» Л. В. Головки. URL: <http://www.zakon.kz/4480136-analiz-konceptualnykh-polozhenij.html>

обвинении, право на рассмотрение дела компетентным и беспристрастным судом, созданным на основании закона, право на разумные сроки рассмотрения дела, право на представление доказательств, право на перекрестный допрос свидетелей обвинения и др.

1.1. В частности, в проекте Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее - проект УПК РК) должно быть прямо установлено право на доступ к защитнику по своему выбору. Это станет основной гарантией от злоупотребления процедурой со стороны органов уголовного преследования. К сожалению, не секрет, что отдельные адвокаты сотрудничают со следствием в ущерб интересам подзащитных. Подобного рода противоправное сращивание интересов защитника и следователя, ставит под угрозу добровольность будущих соглашений о признании вины, создает условия для использования этого института в целях улучшения «показателей работы» правоохранительных ведомств. В этой связи необходимо в уголовно-процессуальном законодательстве четко урегулировать такой порядок назначения защитника по постановлению органа, ведущего уголовный процесс, который относил бы к исключительной компетенции президиумов коллегий адвокатов определение адвоката по назначению, без возможности инициативного вступления коррумпированного защитника в дело. Следует, полностью отказаться от неконституционной и противоречащей нормам международного права практики ограничения обвиняемого в возможности обращения к адвокату по своему выбору по мотиву отсутствия у этого адвоката допуска к государственным секретам.

1.2. Очевидно, что заключение соглашения о признании вины допустимо разрешить только после предъявления обвинения, когда все уголовно-правовые претензии в адрес привлеченного к уголовной ответственности лица четко сформулированы, по делу собрана определенная совокупность доказательств и обвиняемый ясно осознает свое правовое положение по делу. При этом обвиняемому должно быть предоставлено время для обдумывания соответствующего предложения прокурора (если инициатива заключения соглашения исходит от стороны обвинения), а также предоставлена возможность ходатайствовать о производстве необходимых следственных действий и дополнении материалов уголовного дела до принятия решения о заключении соглашения.

1.3. Наиболее принципиальным моментом в судьбе этого института является вопрос о том, какой именно суд будет рассматривать вопрос об окончании производства по делу посредством соглашения о признании вины. Очевидно, что **этот вопрос должен находиться в исключительной компетенции следственных судов²³, создание которых планируется Концепцией нового УПК РК.** Суд, решающий вопрос об утверждении или не утверждении соглашения о признании вины, должен быть организационно и кадрово отделен от суда, который будет рассматривать это дело по существу в рамках обычной процедуры, если в утверждении соглашения будет отказано. Отсутствие такого разделения может ставить под угрозу объективность и беспристрастность судей, отправляющих правосудие в рамках обычной процедуры, как это, к сожалению, происходит сейчас,

²³ Для уточнения терминологии, предлагаем вместо по-разному толкуемых в юридической литературе слов «следственный судья», использовать термин «судья по контролю за законностью следствия», как более точно отражающий компетенцию этого должностного лица.

когда одни и те же судьи санкционируют арест обвиняемых, а потом рассматривают дела этих же людей по существу.

1.4. Необходимо регламентировать в законе процедуру разъяснения сущности и правовых последствий заключения соглашения о признании вины в виде самостоятельного процессуального действия, по результатам которого должен составляться отдельный протокол. Такое разъяснение должно производиться прокурором до заключения самого соглашения в присутствии защитника.

1.5. Процессуальный контроль за соблюдением прав лица, изъявившего желание заключить соглашение о признании вины, должен быть неоднократным и многоступенчатым: на каждой стадии уголовного судопроизводства, как со стороны прокурора, так и непосредственно в суде. Обвиняемому должно быть гарантировано право обжалования действий и решений, связанных с заключением соглашения о признании вины, в порядке судебного контроля за соблюдением законности и прав человека. Это право должно быть обеспечено реальными сроками и процедурой.

1.6. Во избежание злоупотребления данным институтом в доказательственных целях, следует в законе закрепить норму, согласно которой, при отказе от соглашения какой-либо из сторон или неутверждении соглашения судом, все материалы, относящиеся к этому соглашению, должны быть изъяты из материалов дела, а обвинению запрещено упоминать об обстоятельствах, связанных с данным соглашением, во всех последующих процессуальных действиях.

1.7. Процессуальная форма соглашения должна быть детально урегулирована в законе. Полномочия (права и взаимные обязательства) сторон, условия соглашения, последствия не только заключения, но и последующего отказа от него должны подробно регламентироваться. Не только обвиняемый, но и прокурор, должны четко понимать, что последует за подписанием соответствующего соглашения. Соглашение должно обязательно заверяться подписями прокурора, обвиняемого и его защитника, а в последующем визироваться судом.

2. Комментарии к представленным предложениям Следственного комитета МВД Республики Казахстан (далее – Предложения) в новый Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, в части введения главы «Заключение процессуального соглашения»

Полагаем заслуживающей осторожной поддержки идею казахстанских инициаторов реформы уголовного процесса использовать первый тип **соглашения о признании вины**, то есть вариант, направленный на урегулирование отношений обвиняемого с органами уголовного преследования по поводу уголовно-правового конфликта без ущемления интересов других фигурантов дела.

Такое соглашение рассматривается авторами проекта УПК РК как одна из форм завершения производства по делу в тех случаях, когда преступление считается раскрытым, стороны согласны с объемом обвинения и примерно определились с размером наказания. Соответствующие дополнения в проект УПК РК пока даже не включены в качестве самостоятельной главы. Тем не менее, очевидно, что разработчики нового уголовно-процессуального законодательства в целом поддерживают идею и готовы ее обсуждать. В этой связи, считаем

необходимым сформулировать ряд предложений, направленных на обеспечение большей справедливости и эффективности этой процедуры.

2.1. В целях уточнения тезауруса, целесообразно понятие «процессуальное соглашение» конкретизировать, дополнив словосочетанием «о признании вины». В случае поступательного развития уголовно-процессуального законодательства, усиления независимости судов и гарантий прав личности может возникнуть несколько институтов процессуальных соглашений, например, соглашение о примирении сторон, соглашение о сотрудничестве со следствием и т.д. В этой связи, разумно оставить варианты для дальнейшей дифференциации процессуальной формы открытыми и использовать более точный понятийный аппарат.

2.2. Отрадно, что в предложенных изменениях детально описан механизм обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь обвиняемому, заключающему процессуальное соглашение о признании вины. Предложение закрепить обязательное участие защитника во всех, связанных с соглашением процессуальных действиях, заслуживает полной и безоговорочной поддержки.

2.3. Вызывает сожаление тот факт, что согласно общему смыслу Предложений фактически мнение потерпевшего относительно возможности или невозможности заключения соглашения о признании вины не учитывается. Исходя из смысла новелл становится понятно, что он может присутствовать на соответствующем судебном заседании, а потом, в случае несогласия, обжаловать итоговое решение. Полагаем, что права и законные интересы потерпевшего должны быть обеспечены лучшим образом – за данным участником процесса необходимо сохранить право выражать свое мнение о размере наказания, а также ставить вопрос о заключении соглашения в зависимости от степени возмещения причиненного вреда и раскаяния обвиняемого. Игнорирование потерпевшего свидетельствует о наличии ведомственного эгоизма у государственного обвинения, которое готово ради быстрого избавления от возможно проблемных уголовных дел, пожертвовать интересами лица, пострадавшего от действий обвиняемого. В этой связи, настаиваем на предоставлении потерпевшему права участвовать в заключении соглашения, присутствовать в судебном заседании, и при неисполнении обвиняемым условий такого соглашения, накладывать вето на его окончательное утверждение.

2.4. Вызывает недоумение тот факт, что в Предложениях не говорится об изменении уголовного законодательства в случае введения института соглашения о признании вины. Очевидно, что в раздел «Назначение наказания» Уголовного кодекса Республики Казахстан должны быть внесены соответствующие дополнения. Без таких дополнений не только суды, но и участники процесса будут испытывать затруднения с применением права. Это может поставить под угрозу эффективность данного института.

2.5. В Предложениях говорится, что *«процессуальное соглашение может быть заключено в любой момент после предъявления подозрения до начала судебного следствия по инициативе подозреваемого, обвиняемого или прокурора при обязательном участии защитника»*. Однако, если с процессуальной формой проявления такой инициативы со стороны защиты понятно – это ходатайство, то как соответствующее предложение будет оформлять обвинение – не ясно. Следует

признать, что процессуальный порядок обращения прокурора к стороне защиты по этому поводу вообще не урегулирован. Хотя предполагается, что такое право у прокурора будет. Поскольку вопрос о том, кто именно первым предложил соглашение о признании вины, в ряде случаев будет иметь принципиальное значение не только с правовой, но и моральной точки зрения, особенно по делам, имеющим большой общественный резонанс, полагаем, что в законе должно быть урегулирована процедура соответствующего обращения прокурора к обвиняемому. Очевидно, в этом случае орган уголовного преследования должен выносить постановление о предложении обвиняемому заключить соглашение о признании вины.

2.6. В проекте указывается недопустимость заключения соглашения о признании вины с лицами, которые в силу своих физических или психических недостатков не могут сами осуществить свое право на защиту. Признавая разумность такого положения, полагаем возможным расширить указанный запрет и в отношении несовершеннолетних. Считаем целесообразным обязать и органы уголовного преследования и суд, в полном объеме применять весь механизм процессуальных гарантий, который предусмотрен для этой категории граждан.

2.7. В проекте предусмотрена странная норма, согласно которой прокурор при заключении процессуального соглашения разъясняет подозреваемому, обвиняемому, что «если будет назначено условное наказание и лицо, нарушит соответствующие условия процессуального соглашения, то соглашение аннулируется, и лицо будет отбывать реальное наказание». Полагаем, что вопросы назначения наказания, а также замены условного наказания на реальное относятся к исключительной компетенции суда и вне рамок правосудия решены быть не могут. Потому вряд ли такое уведомление прокурором обвиняемого до заключения самого соглашения уместно и правомерно.

2.8. Другим принципиальным моментом является вопрос о процессуальном периоде, когда возможно предложение о заключении такого соглашения. Предлагаем ограничить этот период досудебными стадиями процесса: с момента обретения статуса обвиняемого, до окончания ознакомления с материалами уголовного дела. Как уже говорилось выше, считаем недопустимым вопрос о заключении соглашения решать во время пребывания лица в статусе подозреваемого. Во-первых, это создаст условия для злоупотреблений, когда подозреваемому будут предлагать признание вины при отсутствии полноценных доказательств обоснованности привлечения к уголовной ответственности. А, во-вторых, органу уголовного преследования не мешает самому сначала определиться с объемом предъявляемого обвинения, количеством и качеством доказательств такого обвинения, а уже затем предлагать соглашение о признании вины.

Возможность заключения соглашения после поступления дела в суд с обвинительным заключением полагаем излишней, поскольку на данном этапе возможность процессуальной экономии уже утеряна, а попытки заключить соглашение на этом этапе приведут к смешению процессуальных форм, могущих повлечь ухудшение положение обвиняемого. Например, если обвиняемый настаивал на своей невиновности и, вдруг, после поступления дела в суд, проявил инициативу о заключении соглашения, в случае отказа прокурора от такого соглашения, правовое положение подсудимого будет явно ухудшено: доказывать свою невиновность перед судьей, ставшим свидетелем неудачного заключения соглашения будет крайне затруднительно. Такие же неблагоприятные последствия

возможны в случае, если предложение о соглашении поступит от прокурора, будет принято защитой, а потом прокурор откажется от его заключения, не согласившись с условиями стороны защиты или по любому надуманному предлогу. В этой связи, для сохранения чистоты правового статуса участников правосудия, ясности предмета рассмотрения дела в главном судебном разбирательстве, предлагаем вопрос о заключении соглашения о признании вины разрешать на досудебных стадиях процесса.

2.9. Регламентация процессуальной формы заключения и утверждения соглашения о признании вины оставляет желать лучшего и нуждается в доработке. Так, например, проектом предусмотрено, что судья в течении пяти суток с момента получения материалов процессуального соглашения, обязан убедиться в том, что соглашение заключено добровольно; позиция защитника соответствует позиции защищаемого при этом у последнего уточняется, понимает ли он, о чем идет речь; подозреваемый, обвиняемый имел возможность ознакомиться с процессуальным соглашением и конфиденциально обсудить его со своим защитником до подписания соглашения. Судья также должен установить, что подозреваемый, обвиняемый осознает, что обладает правом отказа от процессуального соглашения, убедиться, что в отношении него не применялись пытки, жестокое и бесчеловечное обращение, а также предпринять иные проверочные действия.

Исходя из содержания нормы не совсем понятно, в одном или нескольких судебных заседаниях эти действия должны быть произведены. Полагаем, что порядок судебного заседания по рассмотрению вопроса о заключении соглашения о признании вины должен быть регламентирован более четко и последовательно. Так, в частности, целесообразно в одном судебном заседании провести все необходимые проверочные действия, а в другом принимать решение по существу соглашения.

Изложенные выше идеи направлены на повышение эффективности уголовно-процессуальной формы и обеспечение прав человека в уголовном правосудии. Надеемся, что эти предложения будут учтены законодателем при реформе законодательства и институт соглашения о признании вины станет удачным дополнением новой процедуры судопроизводства.

Выводы и рекомендации:

1. Соглашение о признании вины следует отличать от соглашения о сотрудничестве с органами уголовного преследования и иными видами взаимодействия сторон в уголовном процессе.

2. Институт соглашения о признании вины может быть использован в уголовном процессе стран переходного периода, если он направлен на разрешение уголовно-правового конфликта между гражданином и органом уголовного преследования на основе добровольной и честной договоренности сторон, возникшей в результате их свободного волеизъявления без угроз, насилия и иного неправомерного принуждения.

3. Данный институт может применяться только если он не нарушает права других участников процесса, как со стороны обвинения, так и со стороны защиты. Потерпевший должен иметь право непосредственно участвовать в заключении и судебном утверждении соглашения о признании вины. Заключение соглашения о

признании вины по групповым делам возможно только с согласия других обвиняемых.

4. Заключение соглашения о признании вины возможно только при условии полноценного обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь, ознакомления с предъявленным обвинением и предоставленным законом правами, в условиях эффективного и добросовестного прокурорского надзора и судебного контроля. В рамках процедуры соглашения о признании вины права на доступ к адвокату по своему выбору, на представление доказательств и обжалование действий органов уголовного преследования должны быть гарантированы.

5. Суд, рассматривающий вопрос об утверждении соглашения о признании вины, должен представлять собой самостоятельное звено судебной системы и не нести на себе функцию разрешения уголовных дел по существу в рамках стандартной уголовно-процессуальной процедуры.

6. Материальное право должно гарантировать возможность смягчения наказания в случае заключения соглашения о признании вины.

Март, 2012 г.

ХАВРОНЮК Н.И.
*Директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ,
заслуженный юрист Украины,
Профессор кафедры уголовного права и криминологии
Киевского национального университета имени Тараса Шевченко
Профессор, д.ю.н.*

ПРОБЛЕМЫ ФОРМ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ ПО ПРОЕКТУ УПК РК (ОБЩАЯ, ДОЗНАНИЕ, СЛЕДСТВИЕ, УПРОЩЕННАЯ)²⁴

I. Форма расследования и роль прокурора, а также следователя, органа дознания в уголовном преследовании взаимообусловлены.

Если все расследование – при розыском (инквизиционном) типе процесса – находится в руках юриста-следователя или обладающего широкими административными полномочиями начальника органа дознания, и прокурор, занятый общим надзором и всякими иными делами, подключается к расследованию эпизодически (когда нужно решить вопрос о продлении сроков, об оперативно-розыскных мероприятиях, о мере пресечения и о направлении дела в суд), – то разделение на две формы является в некоторой степени логичным. Особенно, если права человека не имеют первостепенной ценности.

Нелогичным является лишь то, что, например, преступления средней тяжести и тяжкие преступления по степени тяжести не очень сильно отличаются между собой (они смежные). Но при этом дела о тяжких преступлениях расследует следователь-юрист, который имеет права в отношении органов дознания и дознавателей. А дела о преступлениях средней тяжести – от начала до конца – расследуют не юристы, а оперативники или специалисты в какой-то другой области – пожарники, пограничники, таможенники и т.д.

Нелогичным является и то, что в последнем случае некоторые дела расследуют лица, и вовсе не имеющие отношения ни к сфере общественных отношений, на которые посягает уголовное правонарушение, ни к юриспруденции (например, командиры воинских частей, особенно когда речь идет об общеуголовном преступлении).

Если же любым расследованием – как в состязательном процессе – руководит юрист-прокурор и только он, то разделение на такие формы, как следствие и дознание, становится лишним.

Всю ответственность за результаты расследования несет прокурор. Именно он определяет полноту расследования, его сроки и все остальное, что отличает следствие от дознания.

Следователи (они же дознаватели) в этом случае, в отличие от прокурора, имеют не юридическое, а полицейское образование. Они должны уметь раскрыть правонарушение, закрепить доказательства и представить их на рассмотрение прокурора. Последний, в свою очередь, уполномочен решать, достаточно ли – с правовой точки зрения – этих доказательств для того, чтобы передать дело в суд и поддерживать обвинение, либо следует искать иные правовые способы разрешения правового конфликта между лицом и обществом и государством.

²⁴ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

Например, в каждой прокуратуре ФРГ есть разные по количеству прокуроров, построенные по функциям и категориям уголовных дел отделы уголовного преследования:

- преступлений против жизни;
- экономических преступлений;
- преступлений против природной среды;
- преступлений организованной преступности и т.д.

Немецкий прокурор сам не проводит весь комплекс следственных действий, но при этом считается, что именно он ведет расследование. Между тем, он его лишь контролирует – но постоянно и от начала до конца.

Прокуроры в Германии почти по 70% дел принимают окончательное решение, то есть без передачи дела в суд, а в США – 95%. В современной Грузии, по некоторым данным, – 45%, а в Украине это будет возможно, по моим прогнозам, по 30–40% дел.

Всего в Германии 4 тысячи прокуроров (на 80 млн. населения), а в Украине – 12 тысяч (на 46 млн. населения). За один год немецкий прокурор в среднем обрабатывает 1100–1400 уголовных дел. Если бы украинские прокуроры работали с такой производительностью, то за год ими обрабатывалось бы до 17 млн. дел. Но в Украине каждый год в среднем возбуждается 300 тыс. уголовных дел – это меньше 2% от 17 млн. Так что, украинские прокуроры бездельничают? Не совсем, они будто все «при делах», но значительная часть украинских прокуроров много времени тратит на другие дела, хотя и важные, но, скажем откровенно, не характерные для прокуратуры в свете мировых стандартов: представительство интересов государства или гражданина в судах, в частности в хозяйственных и гражданских делах; надзор за выполнением судебных решений в уголовных делах, а также при применении других мер принудительного характера; в конце концов, общий надзор.

А как же обходятся немецкие прокуроры без общего надзора? Очень просто. Систему так называемого прокурорского общего надзора успешно заменяют соответствующие админ.инстративные органы в пределах своей компетенции.

Прокурор «вступает в игру» лишь тогда, когда от этих органов к нему или в полицию поступают материалы, содержащие признаки преступления.

Сейчас примерно на такую же схему расследования, как в ФРГ, переходит и Украина.

Согласно новому УПК Украины, который вступит в силу в ноябре с.г., существуют две основные формы досудебного расследования:

- 1) следствие – для расследования преступлений, и
- 2) дознание – для расследования уголовных проступков.

В обоих случаях расследование ведет прокурор – но «руками следователей».

При этом органами дознания и следствия являются одни и те же подразделения:

- 1) внутренних дел;
- 2) безопасности;
- 3) налоговых органов;
- 4) антикоррупционного органа.

Следователи несут ответственность лишь за законность и своевременность проведения процессуальных действий.

Есть еще оперативные подразделения – органов внутренних дел, СБ, налоговой, пенитенциарной, пограничной и таможенной служб. Они проводят следственные действия, в т.ч. негласные по письменному поручению следователя или прокурора. Но им запрещено не только проводить их по собственной инициативе, но даже обращаться по такому поводу к прокурору.

II. Органов дознания в Украине как таковых больше нет. Вообще. Дознание – это только форма расследования уголовных проступков. Ее особенность, в частности, в том, что на расследование отводится 25 дней + 5 дней – прокурору для принятия решения.²⁵

Аналогом украинского дознания в проекте УПК Казахстана (статьи 579–583) является протокольная форма досудебного расследования. Но протокол составляется в течение 3 суток или в особых случаях – 10.

Да, например, за оскорбление судьи или воинского начальника, длительней сроки и не нужны. Тут быстро: оскорбление – наказание.

Но мыслимо ли за такой короткий срок доказать такие не простые проступки, как:

- заражение венерической болезнью;
 - заведомое поставление в опасность заражения ВИЧ/СПИД;
 - оставление в опасности;
 - клевету, повлекшую тяжкие последствия;
 - нарушение правил эксплуатации информационной системы, повлекшее модификацию информации;
 - совершенное неоднократно жестокое обращение с животными и т.д. и т.п.?
- Сомневаюсь.

III. Что касается упрощенной формы вообще. Главное – взвешенный баланс между двумя крайностями:

- 1) упрощение (с целью ускорения) уголовного судопроизводства и
- 2) усиление гарантий прав личности.

Очевидно, что для достижения отмеченного баланса необходимо учитывать такие критерии:

1) тяжесть совершенного правонарушения – чем серьезнее преступление, тем меньше упрощений и ускорений;

2) правосознание «следователя», т.е. насколько он вообще понимает, что такое права человека и какую ценность они представляют, что главнее – права человека или интерес раскрыть правонарушение любой ценой. За расследование всех преступлений от начала и до конца должен нести ответственность юрист, а, не условно говоря «танкист» (для уголовных проступков можно сделать исключение постольку, поскольку ни процедура их расследования, ни наказание за них не позволяет серьезно ограничить права человека. Если же на чаше весов лишение свободы – никто, кроме юриста, не должен быть следователем).

Согласно ст. 182 проекта УПК РК, существуют две формы досудебного расследования: дознание и предварительное следствие. При этом досудебное расследование в любой из этих форм может быть окончено в ускоренном порядке.

На мой взгляд, названным выше двум критериям не соответствуют следующие положения проекта УПК Республики Казахстан:

1. Положения статей 49–53 о полномочиях соответствующих субъектов, согласно которым:

- частично совпадают полномочия прокурора и начальника следственного отдела в части контроля (надзора) и организации расследования;
- являются в целом одинаковыми полномочия следователя и начальника

²⁵ Другие особенности дознания по УПК Украины: - запрещены задержание и меры пресечения в виде домашнего ареста, залога и содержания под стражей; - запрещены негласные следственные (розыскные) действия.

органа дознания, несмотря на их принципиально различную юридическую квалификацию;

- ответственность за результаты расследования является солидарной – ее несут почти в равной мере прокурор, начальник следственного отдела и следователь или начальник органа дознания.

Например, как может «проверять уголовные дела», «давать указания о производстве процессуальных действий, о предъявлении подозрения, о предварительной квалификации преступления» военный начальник или командир геологической партии?! И как будет расследовать их танкист или дипломат? Уже проверено – исключительно плохо они это делают. Точно так же плохо, как прокурор руководит полетами, а следователь ищет нефть.

2. Положения ст. 115, согласно которой не только судья, прокурор и следователь, но и дознаватель оценивает доказательства с точки зрения относимости, допустимости, достоверности²⁶. Не его это забота – оценка доказательств!

3. Положения статей 182 и 184, согласно которым органам дознания отдано расследование более ста видов преступлений. Причем многие из них – это достаточно серьезные преступления средней тяжести (например, умышленное заражение другого лица ВИЧ/СПИД, мошенничество, присвоение или растрата чужого имущества, незаконное изготовление оружия, организация деятельности финансовых пирамид, незаконная модификация информации, насилие в отношении военного начальника и т.д.

4. Положение ст. 182, согласно которому: «Ускоренное досудебное расследование может производиться по преступлениям небольшой и средней тяжести и тяжким преступлениям, если собранными доказательствами установлены факт преступления и совершившее его лицо».

Во-первых, не следует делать дознание ускоренным вообще – по указанным мною причинам.

Во-вторых, что значит «собранными доказательствами установлены факт преступления»? Ведь если доказательств факта преступления нет, то не может быть никакого расследования – ни ускоренного, ни обычного. Эти слова (про факт преступления) просто лишние.

В-третьих, нет настоящих критериев определения оснований для ускоренного производства, кроме категории преступления и установления лица. А как же сложность расследования, т.е. необходимость проведения экспертиз, других следственных действий, которые занимают относительно длительное время? А как же многэпизодные дела? Дела со множеством соучастников и потерпевших? И на все это лишь 10, в лучшем случае 20, а иногда даже 7 дней?! Это – в ущерб истине!

5. Положение ч. 5 ст. 183 – не следует применять ускоренное расследование не только когда одно из преступлений особо тяжкое, а в отношении любой совокупности преступлений. Феномен совокупности – это уже сложно, с какой стороны ни смотри.

6. Положение ст. 565, согласно которому «в ускоренном порядке процессуальное соглашение может быть заключено... по очевидным тяжким преступлениям». Но что означает «очевидное» преступление? Нет этого

²⁶ «Доказательство признается относящимся к делу, если оно представляет собой фактические данные, которые подтверждают, опровергают или ставят под сомнение выводы о существовании обстоятельств, имеющих значение для дела.

... допустимым, если оно получено в порядке, установленном настоящим Кодексом.

... достоверным, если в результате проверки выясняется, что оно соответствует действительности».

определения в законе?

7. Положения ст. 573–575 и др., которые допускают соглашения даже по особо тяжким преступлениям, вовсе противоречат и логике, и другим положениям проекта.

Вообще, суть соглашения – согласно проекту УПК – состоит в вынужденном и вроде бы целесообразном – с целью ускорения процедуры и разгрузки судов – компромиссе:

- с *одной стороны*, подозреваемый признает свою вину в полном объеме, а также активно способствует раскрытию и расследованию преступления, изобличению других соучастников и лиц, причастных к совершению преступления, розыску имущества, добытого в результате преступления (ст. 565). То есть смысл в том, чтобы заставить преступников, наперегонки изобличать соучастников и возмещать нанесенный вред!

- с *другой*, учитываются смягчающие обстоятельства и другие нормы уголовного закона, которые могут быть применены в отношении подозреваемого при соблюдении им условий и выполнении обязательств, указанных в соглашении, а также обуславливается вид наказания, о котором будет ходатайствовать прокурор перед судом (ст. 566).

Казалось бы, все правильно. Но есть три негативных момента:

1) во всех других случаях, предусмотренных законом, точно также:

- разве не должны учитываться все смягчающие обстоятельства?

- разве без соглашения не могут применяться различные виды освобождения от уголовной ответственности и наказания?

- разве без соглашения не смягчается наказание – и не только его вид, но и размер?

Так в чем тогда особенности соглашения – немного непонятно.

2) как быть с неосторожными преступлениями?

Ведь нет нужды ни в их раскрытии, ни в изобличении соучастников, ни в розыске имущества и т.д. Выходит, совершил тяжкое ДТП с гибелью людей, признался (а куда ж деваться – при очевидцах) – и требуй смягчения вида наказания?!! То есть неосторожное преступление и соглашение – несовместимы;

3) точно так же несовместимы соглашение с прокурором и преступление, в котором есть потерпевший.

В этой связи отмечу, что в новом УПК Украины предусмотрено такое правило: если есть потерпевший, соглашение с прокурором исключено. При этом возможно другое соглашение – с потерпевшим, которое регулируется иными положениями УПК.

Сентябрь, 2012 г.

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ «СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВА НА ОТКРЫТОЕ СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО»²⁷

Перспективным планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы,²⁸ предусмотрено внесение в 1 квартале 2013 года в Парламент новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее - проект УПК РК).

Судя по проекту концепции законопроекта, а также предварительным вариантам отдельных статей проекта УПК РК - в части права на открытое судебное разбирательство пока не планируется никаких революционных изменений.²⁹ По

²⁷ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане.

²⁸ Перспективный план законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы, утвержден Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 марта 2012 года № 360.

²⁹ Основная статья по рассматриваемой тематике на сегодня изложена таким образом:
Статья 28. Гласность

1. Разбирательство уголовных дел во всех судах происходит открыто. Суды обеспечивают свободный доступ в залы судебного заседания всех заинтересованных лиц, в том числе представителей средств массовой информации.

Доступ в зал заседаний может быть запрещен для участников уголовного судопроизводства или представителей средств массовой информации на протяжении всего процесса или какой-то его части, в порядке и случаях предусмотренных частью второй настоящей статьи.

2. Ограничение гласности судебного разбирательства допускается, лишь когда это противоречит интересам охраны государственных секретов. Закрытое судебное разбирательство, кроме того, допускается по мотивированному постановлению суда по делам о преступлениях несовершеннолетних, по делам о половых преступлениях и другим делам в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, а также в случаях, когда этого требуют интересы безопасности потерпевшего, свидетеля или других участвующих в деле лиц, а также членов их семей или близких родственников. В закрытом судебном заседании рассматриваются также разрешаемые судом на досудебной стадии судебного процесса жалобы на действия и решения органа, осуществляющего уголовное преследование.

3. Личная переписка, телефонные переговоры, почтовые, телеграфные и иные сообщения граждан, в том числе отправленные посредством Интернет-ресурса могут быть оглашены в открытом судебном заседании только с согласия лиц, между которыми происходила эта переписка. В противном случае по ходатайству участников уголовного судопроизводства об ограничении гласности эти сведения оглашаются и исследуются в закрытом судебном заседании. Указанные правила применяются и при исследовании фото- и кинодокументов, звуко- и видеозаписей, а также сообщений, полученных при помощи иных технических средств, содержащих сведения личного характера.

4. Ходатайство об ограничении гласности судебного разбирательства может заявляться участниками уголовного судопроизводства как на стадии назначения главного судебного разбирательства (предварительного слушания дела), так и в ходе главного судебного разбирательства.

крайней мере, сравнимых, например, с предлагаемыми кардинальными изменениями первоначальной стадии уголовного процесса путем исключения стадии доследственной проверки и возбуждения уголовного дела.

1. Существующая нормативная база

Как указывает в своей статье «Конституционные и международно-правовые основы политических и гражданских прав человека и гражданина в Казахстане»³⁰ доктор юридических наук М.А. Сарсембаев, в Конституции РК от 30 августа 1995 года, гражданским правам посвящено 7 статей (или 15 норм), в то время как в Международном пакте о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года, им посвящено 13 статей (или 48 норм). Отсутствует в Конституции РК и норма, гарантирующая право на открытое судебное разбирательство.

На сегодняшний день, в части уголовного процесса, данное право закреплено в статье 29 **Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан**³¹, которая гласит:

«1. Разбирательство уголовных дел во всех судах и во всех судебных инстанциях происходит открыто. Ограничение гласности судебного разбирательства допускается, лишь когда это противоречит интересам охраны государственных секретов. Закрытое судебное разбирательство, кроме того, допускается по мотивированному постановлению суда по делам о преступлениях несовершеннолетних, по делам о половых преступлениях и другим делам в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, а также в случаях, когда этого требуют интересы безопасности потерпевшего, свидетеля или других участвующих в деле лиц, а также членов их семей или близких родственников. В закрытом судебном заседании рассматриваются также разрешаемые судом на досудебной стадии судебного процесса жалобы на действия и решения органа, осуществляющего уголовное преследование.

2. Разбирательство дел и жалоб в закрытом заседании осуществляется с соблюдением всех правил, установленных настоящим Кодексом.

3. Приговор суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично».

Согласно статье 1 УПК РК, нормативные постановления Верховного Суда Республики Казахстан, регулирующие порядок уголовного судопроизводства,

5. Разбирательство дел и жалоб в закрытом заседании осуществляется с соблюдением всех правил, установленных настоящим Кодексом. При разбирательстве дела в закрытом судебном заседании присутствуют лица, участвующие в деле, их представители, а в необходимых случаях также свидетели, эксперты, специалисты, переводчики.

6. Лица, участвующие в деле, и граждане, присутствующие в открытом судебном заседании, имеют право фиксировать письменно или с использованием аудиозаписи ход судебного разбирательства с занимаемых ими в зале мест. Кино- и фотосъемка, видеозапись, прямая радио- и телетрансляция в ходе судебного разбирательства допускаются по разрешению суда с учетом мнения лиц, участвующих в деле. Эти действия не должны мешать нормальному ходу судебного заседания и могут быть ограничены судом во времени.

7. Приговор суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично.

³⁰ URL: <http://www.zakon.kz/4491246-konstitucionnye-i-mezhdunarodno.html>

³¹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 206-І (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.). Далее - УПК РК.

являются составной частью уголовно-процессуального права. Практике соблюдения принципа гласности судопроизводства посвящены ряд из них.

Так, случаям незаконного ограничения гласности судебного разбирательства был посвящен пункт 8 **Нормативного постановления Верховного суда РК «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан»³²**. В нем говорилось: «Судам следует иметь в виду, что принцип гласности судебного разбирательства заключается в обеспечении возможности всем гражданам, в том числе не являющимся участниками процесса по рассматриваемому судебному делу, присутствовать при его разбирательстве. Поэтому следует исключить, как противоречащие принципу гласности случаи необоснованного отказа представителям средств массовой информации присутствовать в зале судебного заседания».

Затем председателям областных и приравненных к ним судов рассылалось **Циркулярное письмо Верховного Суда Республики Казахстан от 7 ноября 2000 года № 10-9/1017**. В нем напоминалось, что присутствующие в открытом судебном заседании граждане имеют право беспрепятственно фиксировать письменно или с использованием аудиозаписи ход судебного разбирательства. Кино- и фотосъемка, видеозапись, прямая радио- телетрансляция в ходе судебного разбирательства допускается по разрешению суда с учетом мнения лиц, участвующих в деле. В закрытом судебном заседании рассматриваются дела только по указанным в законе основаниям и при обязательном вынесении определения о проведении закрытого судебного заседания. Названные положения законодательных актов свидетельствует о том, что присутствие журналистов с целью освещения в средствах массовой информации результатов рассмотрения конкретных дел, по желанию журналистов, должно быть обеспечено во всех открытых судебных заседаниях. Ограничение прав журналистов на получение и распространение информации по итогам рассмотрения дел в открытых судебных заседаниях не должно ограничиваться судьями местных судов ни под каким предлогом, заявлялось в письме.

В 2002 году в № 11 Бюллетеня Верховного Суда РК было опубликовано **Обобщение судебной практики по обеспечению гласности судопроизводства, присутствия представителей средств массовой информации в судебном заседании и применению ими аудио-, видеозаписи, фото-, киносъемки**, проведенное Коллегией по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан. Данное обобщение было проведено для определения состояния работы и выработки единых подходов к практическому осуществлению взаимодействия судебных органов со средствами массовой информации, от которых зависит эффективность защиты прав личности в уголовном процессе, укрепление авторитета судебной системы. В документе говорится, что неотъемлемой частью Государственно-правовой реформы Республики Казахстан является информационная политика судебной системы, под которой понимается проведение комплекса мероприятий нормативно-правового, организационного, научно-исследовательского, издательского и иного характера, направленных на гармонизацию отношений судебной власти и общества, способствующая пониманию гражданами сложности проводимой реформы, пропаганду идей правосудия, а также на объективное освещение деятельности судов в средствах массовой информации.

³² Нормативное постановление Верховного суда РК от 14 мая 1998 года № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 30.12.2011 г.).

Судам необходимо принять меры, чтобы судебная система не оставалась изолированной или блокированной в информационном поле.

На основе проведенного обобщения судебной практики, далее, в целях соблюдения законности при отправлении правосудия, было принято **Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан «О соблюдении принципа гласности судопроизводства по уголовным делам»**³³.

В данном документе говорится, что принцип гласности судопроизводства, закрепленный в статье 29 Уголовно-процессуального кодекса, в совокупности с другими принципами обеспечивает выполнение задач уголовного процесса, направленных на изобличение и привлечение к ответственности лиц, совершивших преступления, на справедливое судебное разбирательство. В этой связи судам необходимо шире реализовывать данный принцип, обеспечивать возможность свободного доступа в залы судебного заседания всех заинтересованных лиц, в том числе представителей средств массовой информации. Суды обязаны строго соблюдать требования уголовно-процессуального закона об открытом судебном разбирательстве дел во всех судебных инстанциях и не допускать фактов нарушения принципа гласности судопроизводства, необоснованного отказа гражданам присутствовать в зале суда.

Незаконное ограничение гласности (необоснованное засекречивание материалов дела, проведение закрытых заседаний по непредусмотренным законом основаниям и т.п.) может повлечь умаление и ущемление процессуальных прав участников процесса. В зависимости от характера и существенности этих нарушений состоявшееся по делу производство может быть признано недействительным, с отменой вынесенного решения, либо собранные материалы могут быть признаны не имеющими силы доказательств.

Верховный суд отмечает, что под гласностью судопроизводства следует понимать не только проведение открытого судебного разбирательства, но и обеспечение участия в нем сторон, возможности присутствия иных лиц, не участвующих в деле. Гласность предполагает доступность участников процесса ко всем материалам дела, в том числе полученным в ходе оперативно-розыскных мероприятий, к указаниям прокурора, данным в ходе предварительного расследования (за исключением случаев, предусмотренных законом). Кроме того, в этот принцип включается публичное провозглашение судебного решения, извещение и ознакомление сторон с поступившими жалобами других участников процесса, осведомленность о времени и месте рассмотрения дела в суде любой инстанции, создание единой базы данных вступивших в законную силу приговоров и постановлений судов и свободный доступ к ним, доступность информации об исполнении судебных актов.

В исследовании «Оценка степени прозрачности и уровня удовлетворенности населения деятельностью судов и судей всех уровней»³⁴, осуществленном ОФ «Транспаренси Казахстан» в рамках проекта «Общественное участие в обеспечении прозрачности и независимости судов в Казахстане» говорится, что в отношении получения информации о работе судей и судов, большинству опрошенных (52,4%) совершенно и скорее недоступна, чем доступна требуемая информация; 45,8% выразили положительное мнение на этот счет (доступна и скорее доступна), 1,8% - затруднились с ответом.

³³ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 6 декабря 2002 года № 25 «О соблюдении принципа гласности судопроизводства по уголовным делам» (с изменениями и дополнениями от 25.06.2010 г.).

³⁴ URL: <http://www.zakon.kz/4503717-specialisty-vyjasnili-stepen.html>

Суд, по ходатайству сторон или по собственной инициативе, при назначении главного судебного разбирательства, с приведением в постановлении соответствующих оснований, обязан решить вопрос открытого или закрытого рассмотрения дела. Участники процесса могут заявлять ходатайства об ограничении гласности судебного разбирательства как на стадии назначения главного судебного разбирательства (предварительного слушания дела), так и в ходе главного судебного разбирательства. Иные лица, в том числе и представители средств массовой информации, не вправе заявлять ходатайства о рассмотрении дел в открытом или закрытом судебном заседании. Ходатайства об ограничении гласности подлежат удовлетворению только при наличии обстоятельств, указанных в части 1 статьи 29 УПК, в целях охраны государственных секретов, предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, обеспечения безопасности потерпевших, свидетелей и других лиц, членов их семей или близких родственников, защиты интересов несовершеннолетних подсудимых. В соответствии со статьей 109 УПК в закрытом судебном заседании рассматриваются жалобы на решения прокурора, принятые им по жалобам на действия и решения органов предварительного следствия и дознания.

Ограничение гласности судебного разбирательства может распространяться на весь период судебного заседания или на ту его часть, в которой исследуются обстоятельства, указанные в части 1 статьи 29 УПК, о чем должно быть указано в постановлении. Если в отношении отдельных подсудимых имеются основания для проведения закрытого судебного разбирательства в связи с охраной государственных секретов, а к другим подсудимым эти обстоятельства не относятся, суд вправе выделить из уголовного дела в отдельное производство другое уголовное дело, которое подлежит рассмотрению в закрытом судебном заседании.

По мнению Верховного Суда, применение судом видео-, звукозаписи в зале судебного заседания является наиболее удобным и достоверным способом фиксации всего происшедшего в судебном заседании, способствует исключению искаженного освещения фактов, установленных по делу. Фотографирование, применение видео-, звукозаписи в ходе главного судебного разбирательства допускается с согласия участников процесса и с разрешения председательствующего по делу. Эти действия не должны мешать нормальному ходу судебного разбирательства. Председательствующий может разрешить применение видео-, звукозаписи в определенной части судебного разбирательства либо в отношении некоторых участников процесса и иных лиц, при их согласии. Он же вправе в любой части судебного разбирательства запретить применение видео-, звукозаписи.

Также следует упомянуть такой документ, как **Рекомендации по итогам рассмотрения вопроса об эффективности деятельности постоянно действующего форума «Судебная власть и СМИ»³⁵**. В нем Центральный совет Республиканского общественного объединения «Союз судей Республики Казахстан», рекомендует местным судам кардинально улучшить работу по обеспечению принципа гласности при отправлении правосудия по гражданским, уголовным и административным делам.

В этой связи, предлагается судьям, судебным приставам, секретарям судебных заседаний совместно с пресс-службами судов создавать условия представителям прессы для освещения судебных процессов по конкретным делам в рамках

³⁵ Рекомендации по итогам рассмотрения вопроса об эффективности деятельности постоянно действующего форума «Судебная власть и СМИ» (утверждены Постановлением Центрального совета Союза судей Республики Казахстан от 24 августа 2010 года № 34).

требований статьи 20 Конституции Республики Казахстан, международных договоров, статьи 19 Гражданского процессуального кодекса, статьи 29 Уголовно-процессуального кодекса, статьи 24 Кодекса об административных правонарушениях и статьи 20 Закона Республики Казахстан «О средствах массовой информации». В частности, при предъявлении журналистами радио и телевидения удостоверений личности и редакционных удостоверений сопровождать их лицом, ответственным за взаимоотношения со средствами массовой информации в зал судебного заседания до начала судебного процесса.

Председательствующим в ходе судебных заседаний напоминает об обязанности четко выполнять требования Гражданского процессуального кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, статьи, Кодекса об административных правонарушениях по вопросам применения представителями СМИ аудиозаписи, кино- и фотосъемки, видеозаписи, прямой радио- и телетрансляции. Также отмечается необходимость продолжить практику публикаций графиков рассмотрения судебных дел на сайтах судов в Интернете.

Вопросам пребывания граждан в судах посвящены также такие документы, как **Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов**³⁶ и **Положение о пропускном режиме и пребывании граждан в местных судах города Астаны**, которое издано, очевидно, на основе вышеназванного документа, однако его реквизитов на официальном сайте суда <http://astanasud.kz/info/rezhim/> - не приводится.

Как указывается в документе, республиканское Положение разработано в соответствии с нормами законодательства, регламентирующими процедуру отправления правосудия на территории Республики Казахстан и в целях:

- более полной реализации конституционного права граждан и юридических лиц на судебную защиту;
- обеспечения безопасности судей, работников судов, и лиц участвующих в судебном процессе;
- соблюдения общественного порядка установленного законодательством;
- исключения вмешательства в деятельность суда по отправлению правосудия;
- предупреждения и пресечения фактов, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений.

Согласно нему, вход в здание суда осуществляется через турникеты. Ответственность за осуществление пропускного режима возлагается на сотрудников службы охраны, судебных приставов, администраторов судов, порядок в здании и контроль за его обеспечением осуществляется сотрудниками службы охраны, судебными приставами, администраторами судов, работниками судов. Их законные требования по соблюдению установленного порядка обязательны для посетителей.

Существует также **Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в здании Верховного Суда Республики Казахстан**, на которое есть много ссылок на официальном сайте Верховного Суда. Однако, сам текст данного документа по непонятным причинам недоступен общественности.

На уровне местных судов по рассматриваемым вопросам также принимались такие документы, как, например, **Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области**³⁷,

³⁶ Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов (утверждено приказом Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 13 августа 2010 года № 01-01-31/290-П).

³⁷ Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области (утверждены Распоряжением председателя Карагандинского областного суда от 7 апреля 2010 года № 1-4-146).

Информационное письмо Консультативного Совета по выработке единой судебной практики при отправлении правосудия Павлодарского областного суда³⁸.

В Национальном плане действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы³⁹ говорится, что: «В принципе казахстанское законодательство в отношении соблюдения принципов гласности соответствует указанным выше международным стандартам. Однако, было бы целесообразным закрепить в законодательстве открытость судебных процессов с присутствием представителей средств массовой информации, общественности и т.д., для исключения вольной интерпретации судьями этих принципов справедливого судопроизводства».

В целях обеспечения прав граждан на справедливое судопроизводство, Планом рекомендуется Правительству Республики Казахстан, Министерству юстиции Республики Казахстан, Верховному Суду Республики Казахстан, другим уполномоченным государственным органам в период 2010 - 2012 годов принять меры, направленные на открытость и прозрачность судебных процедур, а также деятельности органов судебной власти. Достижение этих целей, возможно, прежде всего, путем внедрения таких объективных методов фиксации судебных процессов, как обязательная аудиозапись либо видеозапись происходящего на судебных заседаниях. Предлагаемое нововведение сделает судебный процесс прозрачным и приведет к реальному осуществлению принципа гласности и открытости судопроизводства, и будет способствовать тому, что решение по делу будет приниматься только на основании исследованных и зафиксированных в протоколе и на аудио- и видеозаписи доказательств, что обеспечит объективное рассмотрение дела и повысит качество судебных решений.

В Плане предлагается рассмотреть вопрос о более широком использовании электронных средств связи. К примеру, на начальном этапе возможно внедрение в судах видеоконференцсвязи для проведения процессов в удаленном режиме, в частности, при пересмотре состоявшихся судебных актов.

Согласно Плану, достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится также в урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью. Надо сделать прозрачной информацию о движении дел в суде, гарантировать доступность судебных актов. Граждане и организации должны свободно получать сведения о деятельности судов, подборе кандидатов в судьи и др. Указанное позволит в полной мере реализовать принципы гласности и прозрачности правосудия в Республике Казахстан и будет способствовать успешному проведению реформы судебной системы.

Составной частью права на открытое судебное разбирательство является право на доступ к судебной информации вообще, и к судебным актам, в частности. В **Докладе о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах⁴⁰**, говорится, что с целью обеспечения

³⁸ Информационное письмо Консультативного Совета по выработке единой судебной практики при отправлении правосудия Павлодарского областного суда от 29 января 2009 года № 43-2 «Об информационной открытости судебного процесса по уголовным делам».

³⁹ В Национальном плане действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы (одобрен резолюцией Президента Республики Казахстан от 5 мая 2009 года № 32-36.125).

⁴⁰ Доклад о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах, утвержденном постановлением Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892.

максимальной открытости и доступности судебной информации для общественности на официальном сайте Верховного Суда создана и регулярно пополняется единая база данных электронных текстов судебных актов, нормативных правовых актов, касающихся деятельности судов, а также справочной литературы. Это уникальный ресурс, вобравший в себя около 200 тысяч решений Верховного Суда и местных судов по наиболее сложным вопросам материального и процессуального права, доступ к которому имеют не только судьи, но и любой пользователь Интернета.

В Стратегическом плане Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2011-2015 годы (Астана, 2012 год) утверждается, что общество заинтересовано в полном, объективном и беспристрастном освещении деятельности судебной власти, необходимости повышения уровня открытости и прозрачности судебной системы путем предоставления широкого доступа населения к информации о деятельности судов.

В современных условиях ускоренные темпы развития общества требуют автоматизации деятельности судебных органов, поэтому применение прогрессивных информационных технологий является наиболее актуальным. Максимальное обеспечение открытости и прозрачности судебных процедур на всех стадиях отправления правосудия основано на внедрении в судах цифровой системы аудиовидеозаписи судебных процессов, видеоконференцсвязи.

В плане подтверждается, что внедрение Единой автоматизированной информационно-аналитической системы (ЕАИАС) в судах обеспечивает прозрачность и открытость правосудия, позволило сформировать единое информационное пространство, кроме этого создан банк данных судебных актов, к которому имеют доступ не только судьи, но и граждане. В судах функционируют информационно-справочные киоски, посредством которых граждане могут получить необходимую информацию.

Стратегическим планом планируется введение системы Контакт-Центра судебных органов, которая позволит обеспечить: создание эффективной системы взаимодействия населения страны с судебными органами РК, получение оперативной и достоверной информации о принятых судебных актах по рассмотренным делам, о результатах и сроках разрешения жалоб и заявлений, поступающих в суды, информационную прозрачность и открытость деятельности судебной системы РК.

Будет продолжена работа по улучшению имиджа судебной системы, для чего предполагается начать реализацию следующих задач:

- осуществление организационных и практических мероприятий, направленных на дальнейшее укрепление авторитета судебной власти, изучение общественного мнения, позволяющего оперативно оценивать состояние системы;
- дальнейшее организационное и материально-техническое укрепление судов, последовательное укрепление социальных гарантий судей и судей в отставке;
- создание системы комплексного информационного обеспечения деятельности судов, обеспечение широкого доступа населения к информации о деятельности судов посредством широкого применения инновационных технологий;
- развитие международного сотрудничества в сфере правосудия и информационного обмена, внедрения в судебную систему Казахстана международных стандартов.

В рамках проекта создания «Электронный архив судебных документов» (ЭАСД) предполагается формирование электронного архива судебных дел Верховного и областных судов. Данная система предназначена для хранения электронных документов, создаваемых посредством безбумажной технологии обмена информацией, обеспечении сохранности электронных файлов аудиовидеозаписи

судебных процессов, автоматизации технологических процессов архивирования в Верховном и областных судах. предполагается, что введение электронного архива судебных дел (ЭАСД) обеспечит дальнейшее развитие автоматизации судебной деятельности, способствует повышению уровня доверия граждан к судебной системе за счет надлежащей реализации принципа гласности в гражданском, уголовном и административном судопроизводстве.

Результаты проведенных Верховным Судом в 2011 году двух социологических опросов более 100 тыс. участников процесса свидетельствует о преобладании положительной оценки деятельности судов, утверждается в Стратегическом плане. Так, они показали, что 92,7% респондентов не имеют замечаний по работе суда. При этом 3,6% респондентов указали на нехватку помещений и залов судебных заседаний, очереди, 2,5% респондентов отметили отсутствие доступной необходимой информации в судах и лишь 0,9% - наличие волокиты и бюрократизма.

Однако Верховным Судом признается, что в настоящее время часть местных судов располагается в непригодных для осуществления правосудия зданиях, которые не в полной мере соответствуют установленным требованиям и нормам площадей. Требования к проектированию типовых зданий судов должны быть также обусловлены стоящей перед судами задачей обеспечения права на открытое судебное разбирательство. Залы судебных заседаний должны располагаться на первых этажах в необходимом количестве, они должны иметь соответствующие места для посетителей и представителей средств массовой информации. В зданиях судов помимо комнат для прокуроров и адвокатов должны быть предусмотрены комнаты для медиаторов. В целях решения данного вопроса разработаны проекты типовых зданий судов, ведется работа по подготовке проектно-сметной документации этих зданий.

В Стратегическом плане говорится, что доля оснащенности залов судебных заседаний системами аудио-, видеофиксации на конец 2011 года составила 29%. В 2012 году планируется приобрести 77 систем аудио-, видеофиксации, что составит 35% покрытия потребности.

Утверждается, что доля судебных актов, размещенных на сайте Верховного Суда (за исключением дел, рассмотренных в закрытых судебных заседаниях, составляющих государственную, служебную, коммерческую и банковскую тайны и др.) в 2011 году составляла 90%, а в текущем планируется разместить все 100 %.

Доля оснащенности залов судебных заседаний системами аудио-, видеофиксации в 2011 году составляла 10%, а в текущем планируется довести ее до 35 %.

В Концепции дальнейшей информатизации судебной системы Республики Казахстан⁴¹ ставится задача создания и совершенствования удобных для пользователей поисковых систем информирования, хранилищ судебной информации; опубликование судебных решений, при одновременном соблюдении прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту судопроизводства; обеспечение интеграции с инфраструктурой электронного правительства и информационными системами государственных органов, для повышения прозрачности судов.

Всего по данным о бюджете органов судебной системы Республики Казахстан, официально опубликованным на сайте Верховного Суда, в 2012 на создание единой автоматизированной информационно-аналитической системы органов судебной

⁴¹ В Концепции дальнейшей информатизации судебной системы Республики Казахстан (утверждена распоряжением Председателя Верховного Суда Республики Казахстан от 4 июня 2012 года № 194).

системы Республики Казахстан выделяется 329 392 000 тенге. А на создание электронного архива судебных документов в 2013 году будет выделено 344 645 000 тенге, в 2014 году - 418 239 000 тенге.

Следует также отметить, что Верховным Судом Республики Казахстан совместно с Программой развития Организации Объединенных Наций в 2009-2011 годах реализовывался **Проектный документ «Прозрачность и доступ к информации и правосудию в Казахстане»**.

2. Международные документы и обязательства

Согласно статье 1 УПК РК, международные договорные и иные обязательства Республики, регулирующие порядок уголовного судопроизводства, являются составной частью уголовно-процессуального права.

Всеобщая декларация прав человека⁴² в статье 10 предусматривает: «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно...».

Аналогичные нормы содержат и другие международные акты. Так, пункт 1 Резолюции 2858 (XXVI) Генеральной Ассамблеи ООН «Права человека при отправлении правосудия» от 20 декабря 1971 г. устанавливает: «Каждый имеет право на гласное судебное разбирательство»; в преамбуле Резолюции Комиссии ООН по правам человека о целостности судебной системы (апрель 2002 г.) заявлено, что «каждый человек для определения его прав и обязанностей ... имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом»; принцип 3.2. Бангалорских принципов поведения судей от 26 ноября 2002 г. указывает: «Недостаточно просто осуществлять правосудие, нужно делать это открыто для общества».

Специальное право для наблюдателей-правозащитников и юристов быть наблюдателями на судебных слушаниях поддержано Декларацией правозащитников ООН. В статье 6 **Декларации о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы**⁴³ говорится, что каждый человек, индивидуально и совместно с другими, имеет право «знать, искать, добывать, получать и иметь в своем распоряжении информацию о всех правах человека и основных свободах, включая доступ к информации о том, каким образом обеспечиваются эти права и свободы во внутреннем законодательстве, в судебной или административной системах». Также, в статье 9 этого документа подчеркивается, что каждый человек, индивидуально и совместно с другими, имеет, в частности, право: «присутствовать на открытых слушаниях, разбирательствах и судебных процессах с целью сформировать свое мнение об их соответствии национальному законодательству и применимым международным обязательствам и принципам».

В пункте 12 **Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ** (Копенгаген, 29 июня 1990 г.) также говорится:

⁴² Всеобщая декларация прав человека (принята и провозглашена резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1948 года).

⁴³ Декларация о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы (принята резолюцией Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1998 года № 53/144)

«Государства-участники, желая обеспечить большую открытость в выполнении обязательств, взятых на себя в разделе о человеческом измерении СБСЕ Венского Итогового документа, постановляют принять в качестве меры по укреплению доверия присутствие наблюдателей, направляемых государствами-участниками, и представителей неправительственных организаций и других заинтересованных лиц на судебных процессах, как это предусматривается в национальном законодательстве и международном праве; при этом понимается, что судебные процессы могут быть закрытыми (in camera) лишь при наличии обстоятельств, предписанных законом и соответствующих обязательствам по международному праву и международным обязательствам.

В статье 14 **Международного Пакта о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.)** (далее - МГПП)⁴⁴, говорится: «Печать и публика могут не допускаться на все судебное разбирательство или часть его по соображениям морали, общественного порядка или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, - при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия; однако любое судебное постановление по уголовному или гражданскому делу должно быть публичным, за исключением тех случаев, когда интересы несовершеннолетних требуют другого или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми». В пункте 11 **Нормативного постановления Верховного Суда РК от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан»** говорится: «В необходимых случаях суды должны руководствоваться нормами Международного пакта о гражданских и политических правах ..., для обеспечения выполнения обязательств Республики Казахстан как участника указанного международного пакта».

Замечание общего порядка Комитета по правам человека ООН № 32 «Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах. Статья 14: Равенство перед судами и трибуналами и право каждого на справедливое судебное разбирательство» (CCPR/C/GC/32, 23 августа 2007 года) подчеркивает, что статья 14 охватывает право доступа в суды при рассмотрении любого уголовного обвинения и при определении прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе. Доступ к отправлению правосудия должен действенным образом гарантироваться во всех таких случаях в целях обеспечения того, чтобы никакое лицо не было с процессуальной точки зрения лишено своего права требовать правосудия.

В документе также отмечается, что все судебные разбирательства по уголовным делам или же в каком-либо гражданском процессе в принципе должны проводиться устно и быть открытыми для публики. Публичность слушаний обеспечивает транспарентность судопроизводства и тем самым служит важной гарантией интересов отдельных лиц и общества в целом.

Суды также обязаны предоставлять информацию относительно времени и места проведения устных слушаний для сведения общественности и обеспечивать надлежащие возможности для присутствия заинтересованных представителей публики в разумных пределах с учетом, в частности, потенциальной заинтересованности в исходе дела и продолжительности устных слушаний. Требование об открытости слушаний для публики необязательно применяется ко

⁴⁴ В статье 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) (далее - МГПП), ратифицированного Республикой Казахстан законом от 28 ноября 2005 года № 91-III.

всем апелляционным производствам, которые могут проводиться на основе письменных представлений или же к досудебным решениям, принимаемым обвинителями или другими государственными органами власти.

В пункте 1 статьи 14 подтверждается, что суды имеют право не допускать всю публику или часть ее по соображениям морали, общественного порядка (*ordre public*) или государственной безопасности в демократическом обществе или когда того требуют интересы частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, - при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия. В случае отсутствия таких исключительных обстоятельств разбирательство должно быть открытым для широкой публики, включая представителей средств массовой информации, и не должно, например, ограничиваться определенной категорией лиц. Даже в тех случаях, когда публика лишена доступа на судебное разбирательство, судебное постановление, включая основные выводы, доказательства и правовую аргументацию, должно быть предано гласности за исключением ситуаций, когда интересы несовершеннолетних требуют иного или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми.

Кроме того, в Замечании подчеркивается, что право на обращение в суды и трибуналы и на равенство перед ними принадлежит не только гражданам государств-участников, но должно быть также предоставлено всем лицам независимо от гражданства или их статуса апатридов или любого другого их статуса, будь то просители убежища, беженцы, трудящиеся-мигранты, несопровождаемые дети или другие лица, которые могут оказаться на территории или под юрисдикцией государства-участника. Ситуация, в условиях которой попытки лица добиться доступа в компетентные суды или трибуналы систематически сводятся на нет де-юре или де-факто, противоречит гарантии, предусмотренной в первом предложении пункта 1 статьи 14. Эта гарантия запрещает также любые различия в отношении доступа к судам и трибуналам, не основанные на законе и не могущие быть оправданными по объективным и разумным основаниям.

Комитет по правам человека указывает, что важным аспектом справедливости судопроизводства является его оперативность. Хотя вопрос о неоправданных задержках при рассмотрении уголовного дела прямо затрагивается в пункте 3 с) статьи 14, задержки в гражданском судопроизводстве, которые не могут быть оправданы сложностью дела или же поведением сторон, представляют собой отход от принципа справедливого судебного разбирательства, закрепленного в пункте 1 этой статьи. В тех случаях, когда задержки вызваны отсутствием средств и систематическим недофинансированием, по мере возможности на цели отправления правосудия должны выделяться дополнительные бюджетные ресурсы.

В статье 14 содержатся гарантии, которые государства-участники обязаны соблюдать, независимо от их юридических традиций и внутреннего права, говорится в Замечании № 32. Хотя они должны сообщать, каким образом интерпретируются эти гарантии в их соответствующих правовых системах, Комитет отмечает, что основное содержание устанавливаемых Пактом гарантий не может определяться, исходя лишь из положений внутреннего права. Если оговорки к конкретным положениям статьи 14 могут быть приемлемы, то общая оговорка в отношении права на справедливое судебное разбирательство была бы несовместима с объектом и целью Пакта.

3. Проблемы с реализацией права на открытое судебное разбирательство

Принцип открытости судебных разбирательств включает в себя различные аспекты, которым уделяется внимание общественности, а именно: наличие информации о месте и дате проведения слушания, публичное устное слушание и непосредственное изучение доказательств судом, соответствующие условия для посещения (материально-техническое оснащение зала, освещение), возможность присутствия общественности, публичное оглашение приговоров. Этот принцип считается нарушенным, если чинились препятствия при прохождении в здание суда, ознакомлении с графиком рассмотрения дел, и было отказано в доступе в зал судебных заседаний/кабинет судьи, где проводилось судебное заседание.

Суммируя вышесказанное, можно отметить следующие основные проблемы.

3.1. Доступ к зданию и залу суда

Принцип открытого слушания предполагает право представителей общественности присутствовать на любом судебном заседании, независимо от степени их причастности к этому делу.

В Исследовании 2007 года наблюдателями ОБСЕ⁴⁵ отмечено, что, как правило, участники судебных процессов не испытывали трудностей с доступом в здания судов, залы судебных заседаний или кабинеты судей, где проходили судебные заседания. Однако наблюдатели по Проекту многократно сталкивались с проблемой доступа в залы судебных заседаний или кабинеты судей, где проходили судебные заседания. Они вынуждены были представлять документы, удостоверяющие личность, и регистрироваться в журнале посещения перед тем, как войти в здание суда. Для того чтобы войти в зал судебного заседания или кабинет судьи, где проходило судебное заседание, с наблюдателей требовалось разрешение секретаря судебного заседания или разрешение судьи. Особо было отмечено поведение секретарей судебных заседаний, которые часто вели себя грубо и неуважительно. Секретари самовольно устанавливали дополнительные ограничения на доступ в зал судебных заседаний/кабинет судьи, требуя предварительного согласования с ними. Данные факты подтверждали в ходе дискуссии по этому вопросу и участники Казахстанского юридического форума⁴⁶.

Уже упомянутое выше **Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов**, вводит ряд существенных ограничений в реализации гражданами права на доступ к зданию и залу суда. При этом, статус данного документа не вполне понятен, т.к. он не зарегистрирован в Министерстве юстиции, хотя в 2007-2010 годах приказы Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан проходили регистрацию.

В соответствии с данным положением представители средств массовой информации пропускаются в здание суда при предъявлении паспорта или редакционного удостоверения и сопровождаются лицом, ответственным за взаимоотношения со средствами массовой информации.

⁴⁵ Пять лет назад вниманию общественности был представлен Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006» (23 февраля 2007 года). Он был проведен Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека и Центром ОБСЕ в Алматы при поддержке Верховного Суда Республики Казахстан.

⁴⁶ URL: <http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>

При проходе посетителей в здание суда, сотрудник службы охраны, находящийся при исполнении своих обязанностей на посту у входа в суд, судебный пристав обязаны:

- удостовериться, что посетитель прошел в здание сквозь рамку металлодетектор;
- удостовериться, что посетитель находится в состоянии, соответствующем требованиям соблюдения общественного порядка и общественной нравственности;
- потребовать предъявления документа;
- провести досмотр личных вещей входящих лиц (дамских, спортивных, хозяйственных сумок, пакетов и папок) с использованием специального оборудования и технических средств контроля, а в необходимых случаях проводит личный досмотр.

Разовые пропуска выдаются посетителям для входа в здание суда в рабочее время. Право на подачу заявок имеют:

- 1) председатели, председатели судебных коллегий и судьи судов;
- 2) заведующий канцелярией;
- 3) секретарь судебного заседания.

Работник, пригласивший посетителя, несет персональную ответственность за встречу, проводы, состав приглашенных лиц, а также соблюдения им требований пропускного и внутриобъектового режима в здании суда.

Запрещается вход посетителей в здание суда по устному распоряжению указанных лиц.

По поступившим заявкам сотрудник канцелярии суда (у входящего/исходящего окна) фиксирует данные посетителя в специальном журнале по предъявлению удостоверения личности или паспорта гражданина Республики Казахстан. Посетитель при входе в здание суда предъявляет удостоверение личности или паспорт гражданина Республики Казахстан, которые сдает постовому сотруднику службы охраны, а при выходе получает их обратно взамен разового пропуска.

Правилами запрещается оформлять разовые пропуска для иностранных граждан и лиц без гражданства. Посещение иностранными гражданами здания местных судов осуществляется по заявкам председателей районных и приравненных к ним судов по согласованию с председателем областного суда. Заявки составляются не менее чем за один день до намеченного визита и представляются в управление внутренней безопасности областного (городского) суда для регистрации и получения разрешения на вход указанных лиц. Лицо, подавшее заявку на посещение здания суда иностранцами, назначает ответственного работника, который обязан встретить посетителя у поста полиции и сопровождать его во время визита до момента выхода из здания.

Посетители имеют право:

- Осуществлять проход в здание и залы судебных заседаний в установленные дни и часы;
- Находиться в зале судебных заседаний при рассмотрении судебного дела в качестве участников судебного процесса, а при наличии свободных мест в качестве наблюдателей, если судебное заседание не является закрытым или председательствующим по делу не объявлено об ограничении количества присутствующих;
- Знакомиться с образцами судебных документов (в том числе пользоваться информационным киоском) и получать информацию о дне и времени рассмотрения дел, находящихся в производстве;

- Посещать открытые для доступа посетителей служебные помещения судов для получения процессуальных документов и подачи заявлений, жалоб и иных документов.

Посетители обязаны:

- При входе в здание сообщать сотруднику службы охраны, судебному приставу о цели своего пребывания; предъявить сотруднику службы охраны, судебному приставу документ, удостоверяющий личность в развернутом виде; представить судебный документ, обязывающий, либо предоставляющий право явиться в суд;

- Пройти досмотр с использованием технических средств;

- По требованию сотрудника службы охраны, судебного пристава, при наличии законных оснований, пройти личный досмотр и передать для досмотра ручную кладь;

- Соблюдать установленный порядок деятельности в государственном учреждении и нормы поведения в общественных местах;

Посетителям запрещается:

- Находиться в служебных помещениях и залах судебных заседаний без разрешения судьи или работников суда;

- Находиться в непосредственной близости с помещениями, предназначенными для лиц, содержащихся под стражей;

- Во время судебного заседания производить видеозапись и фотосъемку без разрешения председательствующего судьи;

- Включать мобильные телефоны, пейджеры и другие средства связи и пользоваться ими в зале судебного заседания.

Положение о пропускном режиме и пребывании граждан в местных судах города Астаны гораздо либеральней. Работа суда строится путем разделения административного здания на два периметра: периметр свободного доступа – канцелярия приема и выдачи корреспонденции, залы судебных заседаний, залы ожиданий, комнаты для ознакомления, кабинеты для прокуроров и адвокатов; периметр ограниченного доступа – служебные кабинеты судей и работников аппарата судов. Посетители допускаются в периметр ограниченного доступа здания суда в рабочее время только на прием к Председателю суда, председателям судебных коллегий и руководителю Канцелярии, а также для участия в коллегиях, соответственно в районных и приравненных к ним судах председателю суда и для участия в судебных процессах с выдачей разовых пропусков при предоставлении документов, удостоверяющих личность (удостоверение личности, паспорт, служебное удостоверение государственных органов, судебных повесток, обходного листа и др.) и занесении сведений в журнал регистрации. Регистрация в журнале посещения суда является обязательной процедурой для всех посетителей суда.

В целях исключения проноса запрещенных и крупногабаритных предметов в здание суда, пристав или дежурный полицейский вправе производить досмотр личных вещей, в том числе с использованием специальных технических средств.

Представители средств массовой информации желающие принять участие в судебном заседании, в целях сохранения порядка во время разбирательства дела, должен поставить в известность председательствующего судью по судебному делу об участии в судебном разбирательстве до начала судебного процесса, через секретаря судебного заседания или судебного пристава.

При этом он должен сообщить следующие сведения:

· название СМИ или Агентства;

· местонахождение, адрес и телефон СМИ или Агентства;

· фамилия, имя, отчество аккредитуемого журналиста, его должность;

В случае обращения представителя СМИ об участии в судебном заседании, секретарь судебного заседания или судебный пристав обязаны незамедлительно поставить в известность председательствующего по делу о желании участия их в судебном процессе.

Фотосъемка, видеозапись, видео и радиотрансляция судебного заседания в средствах массовой информации допускается в соответствии с процессуальным законодательством (с разрешения судьи рассматривающего дело либо председательствующего), а в зданиях или других служебных помещениях суда с разрешения – председателя суда или лица его заменяющего. Видео и фотосъемка до начала судебных заседаний может производиться в качестве фонового изображения, без охвата лиц, участвующих в процессе. Аудиозапись и письменная фиксация открытого судебного процесса возможна без согласия председательствующего и участвующих в деле лиц. Об этом должно быть объявлено.

Фотографирование, применение видео и звукозаписи в ходе главного судебного разбирательства допускается с согласия участников процесса и с разрешения председательствующего по делу. Эти действия не должны мешать нормальному ходу судебного разбирательства. Председательствующий может разрешить применение видео-звукозаписи в определенной части судебного разбирательства, либо в отношении некоторых участников процесса и иных лиц, при их согласии. Он же вправе в любой части судебного разбирательства запретить применение видео звукозаписи.

Аналогично, **Правила об обеспечении граждан и организаций информацией о работе местных судов Карагандинской области** устанавливают, что в зданиях судов обеспечивается беспрепятственное нахождение граждан в зоне свободного доступа (в канцелярии приема и выдачи корреспонденции, залах судебных заседаний). Пребывание граждан может быть ограничено лишь в служебных кабинетах судей, главных специалистов, канцелярии и архиве суда.

Упомянутое засекреченное **Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в здании Верховного Суда** устанавливает, что лица, приглашенные на судебные процессы, проходят в здание по предъявлению удостоверения личности или паспорта гражданина Республики Казахстан только по спискам секретариатов надзорных судебных коллегий Верховного Суда, предоставляемым судебным приставом и под его личным сопровождением. Сотрудники Полка полиции оказывают помощь судебным приставам в пределах реализации возложенных на них законом задач. Так, при входе в здание Верховного Суда постовой Полка полиции осуществляет в обязательном порядке досмотр личных вещей входящих лиц (дамских, спортивных, хозяйственных сумок, пакетов и папок) с использованием специального оборудования и технических средств контроля, а в необходимых случаях проводит личный досмотр. Согласно нормам данного правового акта запрещается вносить в здание Верховного Суда аудио-, видео-, фотоаппаратуру и другие электронные и технические средства (компьютеры, мобильные телефоны, радиостанции, устройства записи, магнитные и электронные носители информации, электронные записные книжки) без согласования с руководством Департамента по обеспечению деятельности судов, Службы внутренней безопасности и наряда Полка полиции (за исключением лиц со спецаппаратурой, аккредитованных Секретариатом Председателя Верховного Суда). Вышеперечисленные предметы на входе в здание сдаются на временное хранение постовому полицейскому. В случае удовлетворения ходатайства судом, по указанию судьи судебным приставом посетителям доставляется средство фиксации,

изъятое при входе в здание Полком полиции Министерства внутренних дел Республики Казахстан в целях обеспечения безопасности.

В целом положение дел с доступом в здание Верховного Суда наблюдателей, емко характеризует отзыв, оставленный одним из посетителей официального сайта ВС РК: «Пройти просто невозможно, необходимо будет объяснять причину своего присутствия не менее десятку человек, начиная от сотрудника полиции, заканчивая заведующим канцелярии и то вынесут вердикт не впускать».

Согласно положениям Закона «О судебной системе и статусе судей» и Распоряжению Председателя ВС РК от 26 октября 2004 года «Об утверждении типовых правил внутреннего распорядка местных судов» на председателей судов возлагается обязанность решать вопросы судопроизводства, им подчинены судебные приставы, которые совместно со службой охраны и канцелярией решают вопросы пропускного режима. Такое положение ведет к тому, что на практике посетители сталкиваются с тем, что пристав, выполняя роль «рупора», получает разрешения председателя о доступе в суд того или иного лица. Представляется необходимым обеспечить неукоснительное соблюдение требований уже существующих инструкций без участия председателей судов.

Опыт разделения территории здания суда на периметры свободного и ограниченного доступа следует применять во всех судах. Соответственно требования доступа в каждую из зон должны существенно отличаться. Представляется, что требование предоставить документ удостоверяющий личность для посетителей в зал суда, канцелярию, залы ожиданий, комнаты для ознакомления, кабинеты для адвокатов и прокуроров представляется не столь необходимым. Главное, что сотрудники службы охраны на входе в здание суда обеспечивают досмотр личных вещей и проверку на наличие/отсутствие оружия и запрещенных предметов. Речь не должна идти об изъятии сотовых телефонов, компьютеров, планшетов.

Пропускной режим для граждан иностранных государств представляется дискриминационным. Он не должен отличаться от условий доступа в суд для граждан Казахстана и зависеть от решения председателей судов.

Можно сделать вывод, что отмеченные требования носят чрезмерно ограничительный характер, в том числе и для участников процесса, и существенно ограничивают право на доступ к суду.

Вне зависимости от профессиональной принадлежности человека при входе в здание Верховного Суда подлежат изъятию электронные устройства, что противоречит логике в век бурного развития технологий и не способствует обеспечению права на открытый судебный процесс. Особенно, это требование негативно отражается на деятельности журналистов, адвокатов, представителей, заинтересованных сторон. Не совсем понятно, почему безопасность обеспечивается разными средствами в местных судах и Верховном Суде. Следует отметить, что инструкции не предусматривают изъятие или оставление личных вещей и техники на хранение при входе в местные суды.

Сотрудникам СМИ следует предоставлять документы, свидетельствующие об их профессиональном статусе, однако изъятие техники аудио- и видео-фиксации следует пересмотреть с целью обеспечения права на получение информации и права на открытый суд. Представляется, что в случаях освещения дел в Верховном Суде, рассмотренных нижестоящими инстанциями в открытом режиме, лишать журналистов техники нелогично. В качестве альтернативы могут быть оборудованы специальные помещения для работы журналистов с обеспечением качественного звука и изображения происходящего в зале суда.

3.2. Расположение в зале суда

Судебные заседания должны проходить в специально оборудованных залах, площадь, мебель и техническое оснащение залов судебных заседаний должны быть оптимальными для отправления правосудия. В частности, необходимо обеспечивать достаточное количество мест не только для участников процесса, но и лиц, заинтересованных в присутствии на заседании.

В Исследовании БДИПЧ ОБСЕ 2007 года⁴⁷ и на Казахстанском юридическом форуме⁴⁸ отмечено, что часть судебных заседаний было проведено в кабинетах судей, а не в залах судебных заседаний, как это предусмотрено законом. Такие кабинеты, оснащенные соответствующей мебелью и техникой, не предназначены для проведения судебных заседаний. Эти факты значительно усложняли посещение наблюдателями судебных заседаний и демонстрировали субъективные, искусственно созданные препятствия в части соблюдения принципа открытости (гласности) уголовного судопроизводства.

Согласно выводам исследования БДИПЧ ОБСЕ: «Такая практика противоречит сущности судебной власти, поскольку отправление правосудия по уголовным делам происходит от имени государства и должно сопровождаться соблюдением всех необходимых формальностей. При рассмотрении уголовных дел суд должен размещаться на соответствующем его статусу месте, при наличии государственных символов, участники процесса должны находиться в условиях, обеспечивающих безопасность, а также уважение их прав и достоинства. Следует иметь в виду, что рассмотрение дел в кабинетах судей создает дополнительные препятствия для доступа представителей общественности на судебные заседания и не внушает должного уважения к судебной власти».⁴⁹

3.3. Фиксация хода и результатов судебных заседаний

Для проведения судебных заседаний по уголовным делам необходимо техническое оснащение, средства для аудио-видео записи и воспроизведения. Подобное оборудование нужно для достоверной фиксации хода и результатов судебных заседаний, исследования представленных доказательств, лучшего понимания происходящего не только участниками процесса, но и иными лицами. Для эффективной реализации права на обоснованный приговор и права на публичное оглашение приговора необходимо неукоснительное соблюдение требований закона о непрерывном ведении протокола судебного заседания. Эта задача может быть значительно облегчена, если во время процесса ведется аудио- или видеозапись. Также для того, чтобы стороны могли воспользоваться своим правом на ознакомление с протоколом судебного заседания, они должны быть проинформированы судьей об этом праве.

После посещения большей части судебных заседаний наблюдатели в Исследовании БДИПЧ 2007 года⁵⁰ и участники Казахстанского юридического

⁴⁷ Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006» (23 февраля 2007 года).

⁴⁸ URL: <http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>

⁴⁹ Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан. 2005-2006». С. 46.

⁵⁰ Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006» (23 февраля 2007 года).

форума⁵¹ отметили отсутствие либо недостаточность технической оснащенности залов. Не все залы судебных заседаний были оснащены техническими (аудио- и видео-) средствами. Некоторые суды оборудованы техническими средствами для производства аудио- и видеозаписи судебных заседаний, однако, как правило, такая запись не производилась, вследствие чего участники не имели возможности сопоставить содержание протоколов судебных заседаний с информацией, зафиксированной на специальной аппаратуре. Это подтверждается и проверками Счетного комитета. В пункте 10 Постановления Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан № 25-П от 30 июня 2011 года⁵² говорится: «Полноценное использование системы аудио-, видео фиксации, предназначенной для автоматического формирования протоколов заседаний, не осуществляется».

Ведение протокола судебного заседания, в соответствии с законодательством РК, должно осуществляться на всех этапах главного судебного разбирательства, за исключением оглашения приговора. На ряде заседаний наблюдателями отмечено, что секретари производили записи не полностью, выходили из зала судебного заседания либо отвлекались от выполнения своих обязанностей, занимаясь посторонними делами.

Начиная с 2006 года в Казахстане стала применяться практика аудио- и видео-фиксации судебных заседаний, преимущественно в гражданском и административном судопроизводстве. Зачастую в областях проводили пробные запуски систем фиксации. По прошествии 6 лет судьи и работники судебной системы сошлись во мнении, что аудио и видео запись заседаний существенно экономит время участников процесса и способствует открытости и прозрачности в работе суда. УПК и ГПК предусматривают изготовление протоколов электронным способом, тем не менее? оставляя за бумажным протоколом преимущественное значение. Вместе с тем, судьями отмечается, что наступило время вести и видеозапись судебных заседаний⁵³ и предлагается включить статью Видеопротокол судебного заседания в ГПК⁵⁴. Вместе с тем, дабы не способствовать случаям, когда участники процесса не имеют возможности получить запись заседания в силу неисправности системы фиксации, представляется необходимым ввести и в проект УПК обязательность ведения аудио фиксации заседания. При наличии технического оснащения обязательно вести видеопротокol, тем самым определить за протоколом, который ведет секретарь судебного заседания вспомогательный характер.

3.4. Переносы и задержки судебных заседаний

В Исследовании 2007 года и участниками Казахстанского юридического форума⁵⁵ отмечено, что не во всех случаях наблюдатели смогли присутствовать при

⁵¹ URL: <http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>

⁵² Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан № 25-П от 30 июня 2011 года «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы».

⁵³ URL: <http://medialaw.asia/node/2873>

⁵⁴ URL: www.karsmes.kz/?page-id=49268lang=ru

⁵⁵ URL: <http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>

рассмотрении уголовных дел. Основными причинами отсутствия на заседаниях наблюдатели назвали неявку участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, технические причины, закрытость судебного заседания, отказ в доступе судьями, секретарями либо приставами. В ряде случаев причины пропуска заседаний не были установлены (не объявлялись). Среди причин несостоявшихся судебных заседаний были указаны неявка судьи, неявка участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, необходимость вызова новых свидетелей, обнаружение факта невручения копии обвинительного заключения подсудимому. В ряде случаев конвой не доставил подсудимого из следственного изолятора.

Представляется необходимым в точности соблюдать требования касательно информирования участников процесса о времени, месте и дате запланированного заседания не только посредством почтовых уведомлений, но и с использованием современных технологий оповещения. Особенно в случаях изменений в графике рассмотрения дел, в случаях переноса заседаний, электронные сообщения или СМС сообщения положительно повлияют на осведомление остальных участников.

В Результатах независимого социологического исследования в судебной системе Республики Казахстан⁵⁶ 17% респондентов посчитали, что судьи недостаточно обоснованно отложили судебные заседания. Это свидетельствует о том, что судьи либо не указали причин принятия решения об отложении заседания либо указанные ими причины были недостаточно мотивированы. Только 58 % опрошенных подтвердили, что заседание судебного процесса началось вовремя. Следует отметить, что в рамках данного опроса не проводилось специального исследования причин проведения заседаний с опозданием. Причины опоздания кроются не только в организации деятельности суда, но зависят от иных лиц вовлеченных в судопроизводство. Среди них могут быть: опоздание/неявка представителей сторон и иных участвующих в деле лиц, технические причины (опоздание конвоя, отключение освещения и т.п.).

Задержки и опоздания при рассмотрении дел должны быть сведены к минимуму. Для достижения этой задачи представляется необходимым предусмотреть наложение дисциплинарной ответственности лицам, ответственным за своевременное начало судебного заседания.

3.5. Оглашение приговоров и постановлений

Принцип открытости судебного процесса касается также способов оглашения приговоров и постановлений. Согласно законодательству, все приговоры и постановления оглашаются публично. Принцип гласности судопроизводства также включает в себя право на публичное оглашение приговора. В связи с этим международными документами, наряду с открытостью всего уголовного процесса, отдельно предусматривается право на публичное провозглашение приговора, с небольшими исключениями из этого правила, «когда интересы несовершеннолетних требуют другого, или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

В отличие от международных стандартов, УПК РК не содержит исключений из вышеуказанного правила: «все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично» (статья 29). Право на оглашение приговора включает в себя право знать причины вынесения приговора. УПК РК

⁵⁶ В 2012 году Центр исследования правовой политики проводил опросы по заказу Программы Развития ООН в Казахстане и финансовой поддержке Посольства Нидерландов в Республике Казахстан.

гласит: «Приговор суда должен быть законным и обоснованным. Приговор признается законным, если он постановлен с соблюдением всех требований закона и на основе закона. Приговор признается обоснованным, если он постановлен на основании всестороннего и объективного исследования в судебном заседании представленных суду доказательств» (статья 369 УПК РК).

Помимо этого, к данному принципу относится право на ознакомление с протоколом судебного заседания, также предусмотренное нормами казахстанского законодательства. Казахское законодательство предусматривает обязанность судьи разъяснить сторонам их право на обжалование приговора (статья 384 ч.3 УПК РК). (Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан. 2005-2006». С. 119)

Выявленных нарушений публичности в этой части не было. На всех заседаниях, где должен был публично оглашаться приговор, во всех случаях судьи соблюдали это требование закона, являющееся одним из элементов права на открытое судебное разбирательство.

3.6. Доступ адвокатов к делам, затрагивающим государственные секреты

В **Заключительных замечаниях Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года**⁵⁷, Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о необоснованных ограничениях доступа лиц к адвокатам, особенно в делах, связанных с государственной тайной, где юристам, среди прочего, необходимо получать от государства допуск, прежде чем они смогут представлять интересы своих клиентов. Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору.

В обнародованной в феврале 2012 года **Позиции Союза адвокатов Казахстана по Концепции нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан** предлагается: «Отменить не основанный на законе запрет участия адвокатам, не имеющим «специального допуска» органов национальной безопасности по делам, связанным с государственными секретами, как ограничивающий конституционное право граждан на защиту».

Напомним, что особую остроту данному вопросу придавала ситуация, сложившаяся в 2009 году, когда адвокат Данияр Канафин был выбран супругой Мухтара Джакишева Жамилей для защиты его интересов. Однако ему было отказано на том основании, что у Д. Канафина нет допуска к ознакомлению с государственными секретами. Представители адвокатского сообщества по этому поводу неоднократно указывали, что ограничения правового статуса адвокатов, не предусмотренные Конституцией, международными обязательствами Казахстана и нормами УПК, заведомо носят незаконный характер и применению не подлежат. Ч. 1 ст. 74 УПК гласит, что защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, подсудимым, их законными представителями, а также другими лицами по поручению или с согласия подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. Согласно п. 3 этой же статьи орган, ведущий уголовный процесс, не вправе рекомендовать пригласить в качестве защитника определенное лицо. В соответствии со ст. 53 УПК в ходе уголовного судопроизводства могут приниматься предусмотренные законом меры по

⁵⁷ Заключительные замечания Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года № ССРР/С/КАЗ/СО/1 «Рассмотрение доклада Казахстана в соответствии со статьей 40 Пакта» (Сто вторая сессия. Женева, 11-29 июля 2011 года).

охране соответствующих сведений, в том числе составляющих государственные секреты. Как следует из этой же статьи, порядок допуска участников процесса к сведениям, составляющим государственные секреты, определяется соответствующим законодательством.

Адвокаты ссылались на опыт соседей, когда 27 марта 1996 г. Конституционный Суд Российской Федерации вынес постановление № 8-П, которым признал ст. 1 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» соответствующей Конституции Российской Федерации, а положения ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» - признал соответствующими Конституции Российской Федерации по их буквальному смыслу, но распространение положений данной статьи на адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве, и отстранение их от участия в деле в связи с отсутствием допуска к государственной тайне Конституционный Суд РФ признал не соответствующим ст.ст. 48 и 123 (ч. 3) Конституции Российской Федерации. Во исполнение указанного постановления Конституционного Суда Российской Федерации федеральный законодатель дополнил Закон Российской Федерации «О государственной тайне» новой нормой, устанавливающей особый порядок допуска к государственной тайне адвокатов, участвующих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну. Указанные лица предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее разглашения, о чем с них берется соответствующая расписка. Сохранность государственной тайны в таких случаях гарантируется путем установления ответственности указанных лиц федеральным законом (статья 21.1).

Исходя из международных стандартов и опыта организации защиты по делам, составляющим государственную тайну, следует в новом УПК предусмотреть процедуру доступа адвокатов к государственным секретам в целях соблюдения права каждого на юридическую помощь и защиту в суде.

3.7. Доступ к судебной информации

В Исследовании 2007 года и участниками Казахстанского юридического форума⁵⁸ отмечено, что график рассмотрения судебных заседаний был доступен не всегда. Место заседания в графиках упоминалось очень редко. Секретари судебных заседаний непосредственно перед началом заседания приглашали участников процесса, указывая место его проведения.

То, что дела с доступом к судебным актам обстоят не так гладко, как это представляется в отчетах Верховного Суда, подтверждает **Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан от 30 июня 2011**⁵⁹. В нем говорится: «Некачественное проведение мониторинга и анализа проводимых работ со стороны Верховного Суда привело к неэффективной реализации Проекта «Создание единой автоматизированной информационно-аналитической системы органов судебной

⁵⁸ URL: <http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>

⁵⁹ Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан от 30 июня 2011 года № 25-П «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы».

власти республики (далее - ЕАИАС)», а разработанное программное обеспечение «Портал общественного доступа к информационным ресурсам судебной системы - Справочник по судебным делам» используется не эффективно» (п.7-8).

2 ноября 2011 года Правительство РК постановлением № 1274 внесло в Мажилис Парламента РК проект Закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования апелляционного, кассационного и надзорного порядка рассмотрения дел, повышения уровня доверия и обеспечения доступности к правосудию», который предусматривал поправки в УПК РК и ГПК РК.

В части обеспечения доступности к правосудию правительственным законопроектом предлагалось статью 29 УПК РК частью четвертой следующего содержания: «4. Приговоры и постановления судов, принятые по делу, за исключением рассмотренных в закрытых судебных заседаниях согласно части первой настоящей статьи, после их вступления в законную силу в течение семи дней размещаются на интернет-ресурсах судов Республики Казахстан».

Однако, при ускоренном рассмотрении данного законопроекта Сенатом Парламента РК в период отсутствия Мажилиса на период выборов, эта норма из проекта исчезла. Никаких публичных пояснений данному факту дано не было.

Таким образом, несмотря на то, что судебные акты уже 11 лет размещаются в сети Интернет Верховным Судом РК, для этого процесса нет никакого законодательного основания. Регламентация ведется на уровне внутренних документов суда.

Согласно Правилам пополнения и сопровождения Интернет-ресурса Верховного Суда, утвержденным распоряжением Председателя Верховного Суда от 15 апреля 2009 года № 78 вступившие в законную силу судебные акты размещаются на Интернет-ресурсе после получения согласия (разрешения) членов Редакционной коллегии и соответствующих комиссий.

Не допускается размещение судебных актов:

- 1) по делам, рассмотренным в закрытых судебных заседаниях;
- 2) по делам, по которым назначена смертная казнь и пожизненное лишение свободы;
- 3) по делам об усыновлении (удочерении);
- 4) по делам, составляющим государственную, служебную, коммерческую и банковскую тайны;
- 5) по делам о признании гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным;
- 6) по делам несовершеннолетних;
- 7) по бракоразводным делам (о разделе имущества);
- 8) по делам о разделе наследственной массы;
- 9) по делам о применении принудительных мер медицинского характера.

Однако помимо этого документа который был обнародован, есть еще ряд документов, которые регламентируют процедуру доступа к судебным актам, но к которым нет доступа общественности.

Это, например, Распоряжение Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде (Аппарата Верховного Суда) от 22 августа 2011 года, Приказ Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 27 июля 2006 года № 308-п «Об утверждении Инструкции по ведению делопроизводства в областных и приравненных к ним судах электронным способом по программе «Единой автоматизированной информационно-аналитической системе судебных органов Республики Казахстан».

Проблема в том, что это порождает определенный волюнтаризм в этом важном процессе и дело осложняется тем, что среди работников Верховного Суда есть мнение, что помимо отсутствия четких стандартов раскрытия судебной информации есть и другие, достаточно серьезные аргументы против широкого опубликования судебных решений. Например, высказываются опасения, что это послужит распространению способов и приемов совершения преступлений, недобросовестного пользования правами, уклонения от исполнения обязательств, в том числе по гражданско-правовым сделкам. Судебные акты могут анализироваться и с точки зрения наличия в них сведений, раскрывающих методы и практику работы органов уголовного преследования.

Определенная опасность для процесса открытого опубликования судебных актов содержится и в проекте Закона РК «О персональных данных», который был внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента РК постановлением Правительства РК от 29 марта 2012 года № 372. В первоначальном варианте этого проекта указывалось, что действие закона не будет распространяться на отношения, возникающие при отправлении правосудия. Но в проекте, внесенном в Мажилис, это норма исчезла и при этом совершенно ничего не говорится о специфике обработки и представления судебной информации. Хотя все понятно, что практически в каждом судебном акте содержится ряд персональных данных об участниках процесса.

Помимо этого, недостаточно исследован и оценен тот факт, что по казахстанскому законодательству все интернет-ресурсы (сайты) приравнены к СМИ, а, следовательно, все сайты судов являются СМИ.

4. Рекомендации

Достижение высокого уровня гласности и прозрачности правосудия видится в детальном урегулировании порядка взаимоотношений суда с другими государственными органами, со средствами массовой информации и общественностью.

Необходимо закрепить в новой редакции УПК РК следующие положения, закрепляющие реальные гарантии для обеспечения открытости судебных заседаний.

1) Обеспечить свободный доступ в здание суда без необходимости показывать удостоверение личности и регистрироваться в журнале посещений. Исключить практику дискриминации иностранных граждан.

2) Беспрепятственный доступ в зал судебного заседания при проведении открытых судебных разбирательств, искоренение существующей практики получения предварительного разрешения у судьи, секретаря, пристава, охраны и иных лиц. Доступ граждан в зал открытого судебного заседания не может быть ограничен, за исключением лиц моложе шестнадцати лет, если они не являются лицами, участвующими в деле, или свидетелями. Судья не должен препятствовать стремлению представителей средств массовой информации освещать деятельность суда и, если это не будет создавать помех проведению судебного процесса или использоваться для оказания воздействия на суд, должен оказывать им необходимое содействие. Исключить практику изъятия у журналистов техники для аудио, видео и фото фиксации, а у посетителей сотовых телефонов и личных вещей при входе в местные и Верховный Суд.

3) Проведения судебных заседаний только в специально оборудованных залах, которые располагают необходимой площадью и оборудованием. Предусмотреть в новом УПК обязательность ведения аудио и видео фиксации судебных заседаний, а также регламентировать процедуры распространения данных аудио и видео фиксации судебных заседаний.

4) Неукоснительно соблюдать процедуры информирования участников о дате и месте проведения судебного заседания и обязательно подтверждать в суде факт надлежащего уведомления субъектов процесса. Закрепить процедуры новых форм уведомлений (по электронной почте или посредством СМС-рассылок).

5) Назначать и проводить судебные заседания в строгом соответствии с графиками рассмотрения дел. Ввести дисциплинарную ответственность судей, а также работников суда за необоснованные задержки и отложения судебных заседаний.

6) Максимально полно, оперативно и доступно размещать судебную и судебносправочную информацию. В частности закрепить процедуры размещения судебных актов в Единой автоматизированной информационно-аналитической системе судебных органов Республики Казахстан в сети «Интернет». При этом, следует рассмотреть в новом УПК оправданность ограничения публикации судебных актов временем их вступления в законную силу или принятием.

7) Привести в соответствие с международными стандартами норму УПК РК о том, что все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично, за исключением «когда интересы несовершеннолетних требуют другого, или когда дело касается матримониальных споров или опеки над детьми».

8) Регламентировать процедуру доступа адвокатов к делам, затрагивающим государственные секреты с учетом права граждан на свободный выбор защитника.

Сентябрь, 2012 г.

СОБЛЮДЕНИЕ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ, РАВЕНСТВА СТОРОН И ПРАВА НА ЗАЩИТУ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ⁶⁰

В соответствии со статьей 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – «Пакт») каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

- а) быть в срочном порядке и подробно уведомленным на языке, который он понимает, о характере и основании предъявляемого ему обвинения;
- б) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;
- с) быть судимым без неоправданной задержки;
- д) 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;
- 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;
- ф) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке;
- г) не быть принуждаемым к даче показаний против самого себя или к признанию себя виновным.

Перечисленные выше положения являются основными, базовыми стандартами справедливого уголовного процесса, обязанность по соблюдению которых ложится на каждое ратифицировавшее Пакт государство. Очевидно, что исполнение этих стандартов возможно только в суде, где стороны равны в своих процессуальных возможностях, процесс носит состязательный характер, а функции обвинения, защиты и разрешения дела по существу полностью отделены друг от друга и отправляются разными субъектами процесса.

Вопрос о равенстве и состязательности сторон в уголовном процессе напрямую связан со степенью независимости суда. В странах переходного периода, не имеющих развитых демократических институтов, степень независимости суда определяется состоянием политической системы самого государства. В условиях отсутствия реального разделения властей, несовершенства системы сдержек и противовесов, позволяющим исполнительной ветви власти доминировать над остальными, не приходится говорить о достаточной самостоятельности суда в принятии решений, отнесенных к его компетенции. Очевидно, в этих условиях также невозможна подлинная состязательность и равенство сторон в судопроизводстве.

⁶⁰ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Центра ОБСЕ в Астане и Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане. Мнения и взгляды содержащиеся в экспертном заключении не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане и Посольства Королевства Нидерландов в Казахстане.

Проблема независимости суда может быть решена только посредством дальнейшей демократизации государственного устройства, однако, эта тема выходит за рамки данной научной работы.

Предметом настоящего исследования являются только правовые отношения, складывающиеся в ходе обеспечения состязательности и равенства сторон, а также права на защиту в уголовном процессе Республики Казахстан.

Задача исследования состоит в анализе действующего законодательства, регламентирующего обеспечение прав личности в уголовном судопроизводстве, практики его применения, положений проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан⁶¹, посвященных этому кругу правовых отношений, изучение возникающих в данной сфере практических и теоретических проблем и выработке рекомендаций по их эффективному и скорому разрешению.

В связи со сложностью предмета исследования, настоящий анализ ни в коей мере не претендует на полноту и бесспорность сформулированных выводов, является теоретической работой, рассчитанной на обсуждение в рамках открытой научной дискуссии.

1. Состязательность и равенство сторон в уголовном процессе. Историческое искажение принципа

В соответствии со ст. 23 УПК Республики Казахстан уголовное судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты. Уголовное преследование, защита и разрешение дела судом отделены друг от друга и осуществляются различными органами и должностными лицами. Суд не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или защиты и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо интересов права. Суд, сохраняя объективность и беспристрастность, создает необходимые условия для выполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав.

Данное положение национального законодательства соответствует общепринятым международным стандартам и формально постулирует их исполнение в отечественном уголовном процессе. Однако, при критическом, принципиальном взгляде на сложившуюся правоприменительную практику приходится признать, что благие пожелания законодателя далеко не всегда должным образом учитываются в реальной жизни.

Вопрос о том, как в действительности принцип состязательности и равноправия сторон соблюдается в казахстанском уголовном судопроизводстве, является одним из самых сложных в юридической науке. Общеизвестно, что в основу организации нашего уголовного процесса положена, так называемая «смешанная» модель, где состязательность в полном объеме гарантирована только на судебных стадиях, а предварительное расследование фактически носит инквизиционный (розыскной) характер, с явным доминированием стороны обвинения, и весьма ограниченными полномочиями стороны защиты.

Такой порядок вещей нельзя признать справедливым, поскольку подавление защиты на следствии может привести к нарушению прав человека, необъективности собранных по делу доказательств, неоправданно суровому применению мер принуждения. Неравенство полномочий сторон на этом этапе судопроизводства,

⁶¹ Далее – «проект УПК», «проект».

концентрация власти только в руках органов уголовного преследования, декоративность и слабость защиты становятся причинами произвола и беззакония, дискредитации правосудия и в действительности выгодны только не демократическому, не правовому, основанному на подавлении личной свободы государству.

Суть проблемы состязательности сторон на предварительном следствии уходит корнями в прошлое уголовного судопроизводства, в особенности воспринятой когда-то и пока не отвергнутой старинной правовой традиции. Очевидно, что без краткого экскурса в историю невозможно объективно оценить сложившуюся ныне ситуацию, понять причины существующих трудностей и предложить идеи по дальнейшему совершенствованию процесса в этой части.

Мало кто будет спорить с тем, что уголовное судопроизводство в Казахстане представляет собой систему правовых отношений, в основе которой лежат институты, перенесенные на отечественную почву из советского законодательства. Оно же, в свою очередь, произрастает из дореволюционных процессуальных форм, кардинально измененных в период коммунистического режима. Однако, некие внутренние контуры системы настолько хорошо сохранились, что в определенной степени позволяют обрисовать общий итог трансформации принципа состязательности в уголовном процессе.

Судебная реформа в Российской империи 1864 года внедрила французскую «смешанную» модель уголовного процесса, где предварительное следствие не носило полноценного состязательного характера⁶². В качестве подтверждения этому И.Я. Фойницкий указывает на отсутствие права на защиту у обвиняемого, а также на то, что сам «доступ к следствию сопровождается для него многими существенными ограничениями».⁶³ Любопытен рассказ И.Я. Фойницкого о неудачной попытке реформаторов внедрить начала состязательности в предварительное следствие. Характерно, что под этими началами понимались именно полномочия защитника на досудебном этапе производства. Так, в частности, уголовное отделение судебной комиссии, учрежденной при Государственной канцелярии для составления проекта Устава уголовного судопроизводства, «проектировало допущение уже в этой стадии процесса защитника с правом присутствовать при всех без исключения следственных действиях, обращать внимание следователя на все обстоятельства дела, могущие служить к оправданию обвиняемого, и просить его о предложении

⁶² «Образцом для построения процесса по общеуголовным делам послужил Французский кодекс 1808 года. В нем характерно разделение производства на предварительное следствие, негласное, находящееся под сильным влиянием прокурора и судебное разбирательство, в котором в порядке гласного и устного состязания между прокурором и подсудимым с защитником проводилась проверка судом всех доказательств и выносился приговор». М.А. Чельцов-Бебутов. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. Санкт-Петербург. 1995. С. 780.

Современные исследователи также соглашались с этим выводом: «В целом русское уголовное судопроизводство образца 1984 г. можно определить как смешанный процесс французского морфологического типа с преобладанием на смешанном предварительном расследовании следственно-розыскных признаков и состязательных на последующих судебных стадиях». А.В. Смирнов. Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 203

⁶³ И.Я. Фойницкий Курс уголовного судопроизводства. Том 1. Санкт-Петербург. Издательство «Альфа». 1996. С. 70.

вопросов свидетелям».⁶⁴ Однако, это вполне прогрессивное предложение не было принято Государственным советом.

В качестве смягчения или скорее оправдания явно розыскного характера предварительного расследования законодателем был использован такой порядок, при котором производство на этой стадии процесса осуществлялось следователями, состоявшими членами окружных судов, то есть должностными лицами, формально не относящимися к органам уголовного преследования. Сами авторы Устава определяли проводимое таким образом следствие как «судебную деятельность». В качестве теоретической основы разграничения полицейской и следственной функций был положен базирующийся на теории разделения властей постулат о противопоставлении судебной власти власти административной. Предполагалось, что только «действия органов судебной власти, совершенные в установленном процессуальном порядке, могут вызвать правовые последствия».⁶⁵

Инквизиционность досудебного производства также пытались снизить предоставлением обвиняемому права присутствовать при всех следственных действиях, в случае допроса свидетеля без участия обвиняемого иметь возможность знакомиться с протоколами таких допросов. Также обвиняемому было предоставлено право ставить дополнительные вопросы перед свидетелями, предъявлять доказательства в опровержение собранных против него улик и др.⁶⁶

Несмотря на все эти допущения, по справедливому мнению М.А. Чельцова-Бебутова, предварительное производство сохранило инквизиционный характер. В большинстве случаев обвиняемые из низших классов не могли полноценно воспользоваться предоставленными правами, а защитник не мог принимать участия на этой стадии процесса. Полиция имела права на производство розыска, дознания, а в некоторых случаях и следственных действий вместо следователя. Сами следователи не могли сохранить беспристрастность и независимость от прокурора. «В фигуре судебного следователя, как указывали либеральные комментаторы Устава, были смешаны судебные и административные функции, и задача розыска оттесняла в деятельности следователя задачу объективной проверки обстоятельств, говорящих в пользу обвиняемого».⁶⁷

Профессор В.П. Даниевский говорил: «Принципиальный недостаток предварительного следствия коренится в инквизиционном начале, проникающем в эту стадию процесса, противоречащему состязательному принципу, который проходит весьма заметно через окончательную стадию уголовного судопроизводства... Не говоря уже о принципиальной погрешности и практической опасности смешения в одном лице обязанностей судьи и функции сторон, одно отождествление в следователе этих последних функций представляется крупной ошибкой, пагубно влияющей на строй предварительного следствия, на его результаты, а в конце концов, и на решение дела по существу. Едва ли мыслимо для

⁶⁴ И.Я. Фойницкий Указ. соч. С. 68.

⁶⁵ М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 782

⁶⁶ См. М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 781

⁶⁷ М.А. Чельцов-Бебутов. Указ. соч. С. 783 «Опыт, однако, показал, что там, где ...законодателем сделана попытка установить грань между дознанием и предварительным следствием по самому существу их задач, эта грань неизбежно стирается и следователь превращается в помощника прокурора». Н.Н. Полянский. Новая редакция Уголовно-процессуального кодекса. М., 1924. С. 18. Цит. по: А.В. Смирнов. Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 201.

одного лица быть в деле и обвинителем и защитником. Эти функции принципиально противоположны и не согласуемы...».⁶⁸

Очевидно, что попытка сделать следствие более объективным, посредством подчинения его судебному ведомству, оказалась заведомо ошибочной. Одними лишь административно-бюрократическими методами решить принципиальную проблему дифференциации уголовно-процессуальных функций невозможно – один и тот же субъект не в состоянии в равной степени эффективно осуществлять и уголовное преследование и надежную защиту прав преследуемых лиц. Принадлежность этого субъекта к тому или иному государственному органу не имеет при этом никакого значения, поскольку противоречие кроется в самой постановке перед этим субъектом взаимно противоречащих друг другу задач.

Однако, даже эти весьма сомнительные и не очень жизнеспособные намерения обеспечить хоть какую-то состязательность на досудебных стадиях процесса были полностью ликвидированы после установления коммунистического режима.

Постановлениями ВЦИК и СНК РСФСР от 3 сентября 1928 г. следственный аппарат, до этого относившийся к подчинению областного суда, был окончательно передан в прокуратуру. Восторжествовало мнение А.Я. Вышинского, предлагавшего отказаться от точки зрения на предварительное следствие как на судебную деятельность и рассматривать ее как однопорядковую с дознанием.⁶⁹ Таким образом, даже формальное признание возможности состязательного «судебного» следствия было фактически похоронено. В последующем советское уголовно-процессуальное законодательство регламентировало предварительное расследование в исключительно инквизиционном режиме.

Только в 1990-х стали предприниматься попытки выровнять баланс сил в уголовном процессе и внедрить хоть какие-то начала состязательности на его досудебных стадиях. К законодателю пришло осознание того, что в уголовном процессе и особенно на его досудебных стадиях гражданин остается один на один со всей машиной государственного принуждения и, будучи защищаемым только адвокатом, нуждается в дополнительных механизмах обеспечения его прав и надлежащей процедуры правоприменения.

Постепенно в течении последних 20 лет, путем точечного изменения законодательства, обвиняемому были предоставлены дополнительные права, такие как, право на свидетельский иммунитет, на доступ к защитнику с момента задержания, а не окончания следствия, право на представление доказательств, обжалования в суд незаконных действий органов уголовного преследования. Также относительно недавно было внедрено судебное санкционирование ареста, предоставлено право инициирования экспертиз и пр. В специальной литературе процесс наделения стороны защиты новыми правами, возложения на сторону обвинения дополнительных обязательств и ограничений определяется как «favor defensionis» и считается формой обеспечения состязательности, изначально ущемленной при смешанном типе уголовного процесса.⁷⁰

Однако, приходится признать, что постепенное усиление начал состязательности на предварительном следствии, все же носит не достаточно динамичный и последовательный характер. Очевидно, законодателю трудно преодолеть привычные стереотипы и совершить кардинальную реформу уголовного

⁶⁸ В.П. Даниевский. Наше предварительное следствие: его недостатки и реформа. Москва. 1895 г. Переиздано: Киев. Семенко Сергей, 2003. С. 26-29.

⁶⁹ См.: V Всероссийский съезд деятелей советской юстиции. 10-15 марта 1924 г. Тезисы. Стенографический отчет. Резолюции. М. 1924. С.193-194. Цит. по: А.В. Смирнов Состязательный процесс. – СПб.: Издательство «Альфа», 2001. С. 204

⁷⁰ А.В. Смирнов Указ. соч. С. 58

судопроизводства, устранив саму основу для неравенства сторон в уголовном процессе.

Тем не менее, ратификация Пакта и необходимость имплементации соответствующих положений международного права в национальное законодательство, ставят перед авторами судебно-правовой реформы новые задачи, которые, просто невозможно решить в рамках устаревшей и явно инквизиционной смешанной модели уголовного процесса.

Вместе с тем, не ограниченному шорами правовой традиции исследователю понятно, что процедура судопроизводства нуждается в серьезной трансформации, перераспределении полномочий между судом, органами уголовного преследования и защитой. Это в свою очередь требует внедрения новых институтов, в большей и лучшей степени обеспечивающих равенство и состязательность сторон и доказавших в ходе правовой эволюции свою эффективность и жизнеспособность. Далее мы рассмотрим подробнее, какие именно институты могут быть использованы для развития отечественного уголовного судопроизводства.

2. Обеспечение состязательности и равенства сторон в уголовном процессе посредством развития функции судебного контроля. Проблемы судебного контроля в проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

Уголовный процесс можно представить как производство по поводу нарушения уголовного закона, объединяющее в себе различные по целям и задачам виды деятельности, которые в юридической теории принято определять как процессуальные функции. Так, например, органы уголовного преследования имеют главной целью установление субъекта, совершившего преступление, его изобличение, применение к нему мер уголовно-процессуального принуждения и последующего наказания. Сторона защиты желает добиться оправдания, установления факта невиновности привлеченного к ответственности лица, либо, по крайней мере, сокращения до минимума применяемого в отношении него правоограничения. Суд обязан объективно и беспристрастно рассмотреть дело и вынести по нему справедливое решение. На этой основе в юридической науке принято выделять три основные функции уголовного процесса: уголовное преследование (обвинение), защиту и разрешение дела по существу.⁷¹

Теория функций в уголовном судопроизводстве сложна и многогранна. Помимо основных, определяют и так называемые вспомогательные или дополнительные функции. Полагаем излишним в рамках настоящего исследования углубляться в дискуссию по поводу их числа и наименования, а также допустимости самой этой дифференциации.⁷² Правоприменительная деятельность по разрешению уголовно-

⁷¹ «Именно процесс, построенный на началах строгого размежевания функций обвинения, защиты и осуществления правосудия, содержит необходимые гарантии установления истины; предупреждает односторонний характер выявления обстоятельств дела; исключает опасения суда, что вынесением оправдательного приговора он себя поставит в положение органа, допустившего ошибку или не выполнившего возложенной на него обязанности; усиливает доверие к суду и воспитательное воздействие судебного приговора.» Я.О. Мотовиловкер. Основные уголовно-процессуальные функции. Ярославль, 1976. С. 10

⁷² Более подробно, см., например: Б.Х. Толеубекова. Уголовно-процессуальное право Республики Казахстан Алматы, «Баспа», 1998. С 73, Д.М. Берова. Понятие и система функций в уголовном судопроизводстве. Общество и право, 2010. Доступно в Интернете по

правового спора слишком сложна, чтобы уместиться только в рамках трех базовых функций. В действительности есть относительно самостоятельные направления процесса, решающие частные или промежуточные его задачи. К числу таких дополнительных, но очень важных функций относится судебный контроль.

Очевидно, что классическим состязательным процессом является тот, где обвинение и защита равны в своих возможностях⁷³ и предстают перед беспристрастным и объективным судом, который относится к ним с равной степенью уважения и признания. Такой баланс достаточно легко представить в главном судебном разбирательстве, где указанный выше треугольник основных функций очевиден. Но как быть на досудебных стадиях процесса, где до разрешения по существу дело еще не дошло и пока только обвинение и защита соприкасаются между собой? Очевидно, что здесь роль суда состоит в отправлении совсем иной функции – контроля за соблюдением законности и прав участников процесса. Полагаем, что именно нормальный судебный контроль позволит отказаться от пришедшего в негодность старого механизма организации предварительного расследования, когда-то неудачно заимствованного из средневекового инквизиционного французского процесса, а затем ухудшенного в сторону усиления его и без того репрессивной природы.

Природа судебного контроля уходит корнями в принципы демократического государственного устройства. В соответствии с теорией разделения властей исполнительная, судебная и законодательная ветви власти должны взаимодействовать между собой посредством системы сдержек и противовесов, не допуская тирании и произвола в отношении граждан. Очевидно, что если к компетенции исполнительной власти относится борьба с преступностью и связанное с этим правоограничение, то только в полномочиях судебной власти определять степень обоснованности вторжения государства в сферу частных отношений и осуществлять надзор за законностью такого вторжения. Иными словами, помимо отправления правосудия, судебная власть также призвана разрешать спор между гражданином и государством по поводу законности ограничения прав личности и неприкосновенности основных ценностей демократического государства.⁷⁴

В этой связи, очевидно, что судебный контроль – институт, наиболее эффективно обеспечивающий соблюдение принципов справедливого уголовного процесса и баланс сил между сторонами. Функция судебного контроля становится одним из элементов, гарантирующих состязательность производства на досудебных стадиях, и в современном мире фактически заменяет собой неэффективную и свойственную для репрессивных форм процесса функцию прокурорского надзора, поскольку участие суда, как беспристрастного арбитра, не несущего ответственности за борьбу с преступностью, позволяет лучше регулировать взаимоотношения между сторонами в уголовном процессе.

Полагаем, что к предмету судебного контроля можно отнести разрешение таких вопросов, как:

адресу: http://www.juristlib.ru/book_8070.html, П.С. Элькинд. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 54 – 69 и др.

⁷³ «Non debet actori licere, quod reo non permittitur» - не должно быть позволено обвинителю, то, что не разрешается обвиняемому (лат.).

⁷⁴ Разумеется, судебная власть при этом должна быть независимой от иных ветвей власти. Как было отмечено выше, этот вопрос выходит за рамки настоящего исследования. Более подробно, см.: Перспективы развития судебно-правовой реформы в Республике Казахстан. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 25-29.

а) определение законности и обоснованности задержания (ареста) и иных форм ограничения конституционных прав граждан (санкционирование оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных действий);

б) разрешение вопросов, связанных заключением соглашения о признании вины и сотрудничестве со следствием;

в) удостоверения факта примирения сторон и прекращения уголовного дела по этому основанию;

г) надзор за надлежащим соблюдением прав граждан, оказавшихся в орбите уголовного судопроизводства (рассмотрение жалоб участников процесса);

д) рассмотрение вопросов, связанных с исполнением приговоров и др.⁷⁵

Очевидно, что развитие судебного контроля – одно из наиболее важных и необходимых направлений совершенствования уголовного судопроизводства. К сожалению, в действующем законодательстве этот институт получил только зачаточное, неполное развитие и ограничивается процедурой рассмотрения жалоб участников процесса на действия органов уголовного преследования и судебным санкционированием ареста/домашнего ареста. При этом процессуальная форма санкционирования ареста далека от совершенства, носит ограниченный характер и нуждается в дальнейшем совершенствовании.⁷⁶

В обсуждаемом в настоящее время проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан идея судебного контроля воплощена в создании должности следственного судьи, уполномоченного на выполнение вышеперечисленных и некоторых других дополнительных действий, к обсуждению которых мы обратимся далее. Предполагается, что следственным судьей будет «судья районного и приравненного к нему суда, рассматривающий жалобы на действия (бездействие) и решения органов уголовного преследования и санкционирующий отдельные следственные действия».⁷⁷

Следует признать, что вообще идея создания такого субъекта процесса заслуживает безусловной поддержки, ибо являет собой первый шаг на пути организационного оформления института судебного контроля. Этим шагом определяется должностное лицо, ответственное за отправление данной функции, конкретизируются не только его полномочия, но и процедура взаимодействия с ним остальных участников процесса. Происходит пусть предварительное, еще не четкое, но разъединение функции отправления правосудия от функции процессуального контроля за законностью и соблюдением прав человека. Такая кристаллизация полномочий должна в лучшей степени обеспечить состязательность на досудебных стадиях процесса и дать его участникам дополнительные возможности по отстаиванию своих прав, поскольку в спор между обвинением и защитой в качестве арбитра допускается орган судебной власти равноудаленный от интересов сторон.

Вместе с тем, формы и способы обеспечения деятельности этого института на самом деле характеризуют степень его жизнеспособности и эффективности. Несовершенство этих форм и способов, а также признанная на международном

⁷⁵ Следует отметить, что действующее законодательство и проект УПК большинство перечисленных действий, кроме санкционирования следственных мероприятий, ограничивающих конституционные права личности, уже относит к компетенции суда, что указывает на признание самой идеи внедрения судебного контроля в отечественный уголовный процесс.

⁷⁶ Более подробно см. Аналитический отчет. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Бюро по демократическим институтам и правам человека. Варшава, 2011 г. (далее: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан).

⁷⁷ Пункт 38) ст. 7 проекта УПК.

уровне недостаточная независимость судов в Казахстане, может свести на нет все самые благие пожелания разработчиков нового УПК. Важно сейчас определить преграды, стоящие на пути этого участника процессуальных отношений и попытаться устранить их наиболее оптимальным образом.

Первой основной проблемой в работе следственного судьи станет нерациональное организационно-кадровое размещение этого субъекта внутри судебной системы. Как уже было упомянуто выше, в соответствии с п. 38) ст. 7 проекта УПК следственный судья – это судья районного и приравненного к нему суда. В тексте проекта УПК нет ни одного упоминания о том, что следственные судьи каким-либо образом будут обособлены от судей районного суда, рассматривающих дела по существу. Допустимо предположить, что один и тот же судья станет отправлять обе процессуальные функции и только от воли председателя суда будет зависеть в какой ипостаси он выступит по тому или иному делу.

Считаем, что возложение функции судебного контроля на судей районного суда, основной задачей которых является рассмотрение уголовных дел по существу, явится препятствием для полноценной работы самих судей и негативно отразится на качестве как отправления правосудия, так и осуществления процессуального контроля. Подтверждением этого вывода могут служить следующие аргументы.

Во-первых, экстенсивное расширение обязанностей судей, без адекватного изменения условий их труда, без учета нагрузки и прочих организационно-материальных факторов, создаст очень серьезные трудности в работе судов, возможно, в некоторых случаях даже парализует их деятельность. Приведем конкретные примеры.

Согласно ч. 2 ст. 45 проекта УПК суд будет правомочен депонировать доказательства, утверждать процессуальные соглашения подозреваемого, обвиняемого, осужденного с органом уголовного преследования, санкционировать меры пресечения в виде домашнего ареста, содержания под стражей и продлевать их сроки; санкционировать принудительное помещение не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы; эксгумацию трупа; объявление в международный розыск. Кроме этого, в соответствии с п. 1) ч. 3 этой же статьи судья районного и приравненного к нему суда будет рассматривать жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования. В тоже время, п. 2) ч. 1 ст. 78 проекта УПК утверждает, что судья, осуществлявший вышеперечисленные действия, подлежит отводу при рассмотрении дела в главном судебном разбирательстве.⁷⁸

Есть достаточные основания полагать, что отправление правосудия во многих, особенно в малосоставных, районных судах при соблюдении этого условия иногда будет просто невозможно по причине чрезмерной загрузки, трудности в распределении дел или простой нехватки судей. Даже сейчас известны случаи,

⁷⁸ Следует отметить, что в проекте УПК не регламентирован вопрос об отводе судьи, депонировавшим доказательства. Проектом соответствующего основания для отвода не предусмотрено. Но депонирование показаний вовлекает судью в изучение обстоятельств уголовного дела на первоначальном этапе производства, когда истина по нему еще не установлена, выводы и предположения о произошедшем предварительны, условны и в достаточной степени еще не подтверждены. Очевидно, участие в такой процедуре может оказать влияние на сознание судьи, сформировать у него предубеждение к одной из сторон, до того как он сможет ознакомиться с делом в полном объеме. Полагаем, что единственным рациональным способом решения этой проблемы является отнесение депонирования доказательств к исключительной компетенции следственных судей и обособление этих судей, от их коллег, рассматривающих дела по существу.

когда по сложному делу почти все судьи районного суда оказываются вовлеченными в рассмотрение жалоб участников процесса по ст. 109 УПК РК, и, порой, остается только один судья, который может принять это дело к производству. Однако, подобного рода ситуации возможны в настоящий момент, при пока ограниченных «следственных» полномочиях районных судей. Эти судьи еще не депонируют доказательств, не утверждают процессуальных соглашений и не выполняют прочих действий, предусмотренных ст. 45 проекта УПК. Полагаем, что пора задаться вопросом: а что будет дальше? Мы опасаемся, что смешение двух функций: судебного контроля и отправления правосудия в рамках районного суда приведет к неразберихе и серьезным организационным трудностям во всей судебной системе.

Во-вторых, при описании процедуры судебного контроля разработчики не учли главного: вовлечение судьи в процесс досудебного производства, способствует его «спайке» с одной из сторон процесса. Судья по предполагаемому характеру деятельности следственного судьи, и даже по тому названию, которое применяется в отношении этого субъекта процесса в проекте УПК, он, осуществляя свою функцию (давая санкции на арест, на объявление в межгосударственный розыск и пр.), в большей степени станет сближаться со следствием и, так сказать, накапливать «обвинительный потенциал». Очевидно, именно по этой причине проектом предусмотрен отвод такого судьи от рассмотрения дела по существу. Так, например, в настоящее время судьи дают санкцию на арест, примерно по 96% рассмотренных ходатайств.⁷⁹

Подобно тому, как судебные следователи постепенно утратили свою первоначальную связь с судебным ведомством и превратились в орган уголовного преследования, следственный судья, на постоянной основе взаимодействуя с органами уголовного преследования, постепенно будет подвергаться обвинительной деформации, сращиваться с этими органами, что может отрицательно сказаться на его объективности и беспристрастности, когда он будет выступать в роли обычного судьи и рассматривать дела по существу.⁸⁰

Защитнику и нынче крайне сложно преодолеть обвинительный уклон, существующий в системе, но в новых условиях ему будет еще труднее исполнять свою функцию и добиваться не только объективного, но и гуманного подхода к разрешению уголовных дел.

В-третьих, совмещение контрольной и основной судебной функции в рамках одного суда, а значит и одного трудового коллектива, пронизанного неформальными, житейскими связями, в любом случае усложнит ситуацию с объективностью и беспристрастностью судей. Ибо судьи одного суда будут вынуждены давать оценку законности и обоснованности действий друг друга, так как будут выносить приговоры по делам, по которым их товарищи, коллеги, сослуживцы, давали санкции на арест, объявляли в розыск, отправляли на стационарные экспертизы и пр. Осознание того, что сегодня коллега зависит от твоего решения, а

⁷⁹ См. Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 23

⁸⁰ Характерно мнение авторов судебных уставов по вопросу о недопустимости смешения судебных и следственных функций: «Вмешиваясь в начатие уголовных дел и разрешая или предписывая те или другие следственные действия он [суд – Д.К.] может невольно составить себе вперед понятие о свойствах подлежащего следствию деяния или о вине заподозренного лица, а это легко может иметь влияние на мнение его при самом рассмотрении и разрешении дела. Словом всякое вмешательство суда в начатие и производство первоначальных изысканий для обнаружения повода к обвинению подозреваемого противно первым условиям правосудия...» Цит. по: И.Я. Фойницкий. Указ. соч. С. 66-67

завтра ты точно также будешь зависеть от него, в наших реалиях ни к чему, кроме усиления негативной корпоративности и коррупции в судебной системе не приведет.

Как когда-то судебный следователь постепенно превратился просто в следователя, так и следственный судья, может повторить эту же драматическую трансформацию – создание в судах следственных судей, может привести к торжеству следственного начала над судейским. Такое воздействие на судебную систему недопустимо, поскольку противоречит не только принципам справедливого правосудия, но и самим базовым основам правового демократического государства.

Кроме того, использование в проекте УПК термина «следственный судья» указывает на недопустимое для справедливого правосудия смешение на семантическом уровне функций уголовного преследования и разрешения дела по существу. Считаю необходимым применить к этому субъекту процесса иное название, конкретизирующее и уточняющее его функцию в судопроизводстве. Например: «судья по контролю за соблюдением законности и прав человека».

Судебный контроль и отправление правосудия по уголовным делам – две кардинально отличные функции и потому должны осуществляться разными, не связанными между собой судьями, находящимися в автономных, независимых друг от друга структурных подразделениях судебной системы.

Этот вопрос имеет принципиальное значение, поскольку именно беспристрастный и объективный суд, свободный от влияния органов уголовного преследования, может гарантировать полноценную реализацию прав лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства. Защитник, апеллируя к суду, должен быть уверен, в том, что его голос будет услышан, а доводы рассмотрены по существу честно и справедливо судом, свободным от посторонних обвинительных влияний.

Приходится признать, что концепция введения следственного судьи в уголовный процесс фактически носит декоративный характер и в действительности не означает создания полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека в уголовном процессе.

Подтверждением этого вывода является тот факт, что к полномочиям следственного судьи отнесено санкционирование либо уже находящихся в компетенции суда, либо редких и не имеющих решающего значения для судопроизводства процессуальных действий, таких, например, как эксгумация или объявление международного розыска. Любому процессуалисту понятно, что два последних действия осуществляются по крайне малому проценту уголовных дел. Предоставление судам этих полномочий выглядит подачкой с барского стола и, по всей видимости, указывает на недостаточное уважение со стороны разработчиков проекта УПК к месту и роли судебной системы в демократическом правовом государстве.

Очевидно, что только суд должен санкционировать проведение следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан. Сама идея судебного контроля состоит в том, что во всех случаях, когда исполнительная власть в лице правоохранительных органов пытается стеснить права граждан, на страже этих прав стоит независимый и беспристрастный суд, который не обслуживает интересы органов уголовного преследования, как, к сожалению, у нас порой случается, а объективно решает, насколько правомерно и обоснованно желание правоохранительных органов провести то или иное следственное действие, связанное с посягательством на наиболее важные гражданские права и свободы.

Именно поэтому обыск, выемку из жилища, помимо воли проживающего в нем лица, осмотр жилища, прослушивание переговоров, перехват сообщений и иных действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, тайны переписки и

сообщений, неприкосновенности личности и собственности, должен разрешать только суд.

Утверждения о том, что прокурорский надзор может заменить собой судебный контроль давно устарели и в действительности являются закомуфлированными попытками сохранить репрессивную эффективность уголовного судопроизводства, как правило, отстаиваются аффилированными с органами прокуратуры юристами. Внутреннее противоречие между функциями прокуратуры, с одной стороны осуществляющей надзор за законностью, а с другой организующей расследование и поддержание обвинения в суде, приводит к тому, что следственно-обвинительная составляющая в деятельности прокуратуры превалирует и подавляет собой правозащитную.⁸¹ Доказано, что судебный контроль лучше обеспечивает права человека.⁸²

Многие участники процесса могут согласиться с тем, что ныне существующая практика прокурорского санкционирования таких процессуальных действий далека от стандартов объективности и беспристрастности, порой носит формальный, поверхностный характер. Например, постановления органов дознания о прослушивании переговоров, выносимые в рамках оперативно-розыскной деятельности, фигурирующие в материалах уголовных дел, как правило, весьма лаконичны и слабо аргументированы. Порой в них даже не называются сведения о личности тех, кому принадлежат телефонные номера, поставленные на прослушивание. Это явно указывает на отсутствие должного уважения к фундаментальным правам человека, сращивание интересов следственных и прокурорских органов, не объективность и не принципиальность контроля со стороны последних, и обусловленное этим отсутствие необходимости по-настоящему доказывать перед надзорным органом потребность в проведении такого рода мероприятий.

Есть вызывающие возмущение примеры, когда уголовное дело, основу которого составляют результаты прослушивания и записи переговоров, было представлено в суд без постановления о производстве этих действий, санкционированного прокурором. Порой имеют место злоупотребления с засекречиванием соответствующих постановлений о проведении специальных

⁸¹ «Несмотря на целый ряд реформ, двойственная роль прокуроров по-прежнему вызывает большие проблемы: с одной стороны, они поддерживают официальные обвинения, подготовленные полицией после предварительного уголовного расследования; с другой стороны, они обязаны следить за соблюдением законов органами уголовного правосудия и сотрудниками правоохранительных органов и защищать права граждан и жителей страны. Это приводит к парадоксальной ситуации, когда при возникновении на более поздних этапах уголовного процесса обвинений в пытках или жестоком обращении и передаче этого дела прокуратуре, прокурор, требуя проведения соответствующего расследования, фактически признает, что он не справился со своей надзорной ролью. В связи с этим прокуроры, обладая определенным формальным контролем над действиями полиции, во многих ситуациях, как представляется, склонны игнорировать грубые правонарушения». Пункт 55 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. URL: <http://www.zakon.kz/analytiks/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

⁸² «Нет смысла иметь на предварительном следствии как бы двойной заслон от ошибок и злоупотреблений. При хорошо поставленном судебном контроле прокурорский надзор в некоторых отношениях становится излишним. Нет надобности в том, чтобы одни и те же контрольные функции выполняли разные органы.» И.Л. Петрухин. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием. «Российская юстиция» № 9, 1998. С. 12

мероприятий и ограничением стороны защиты в ознакомлении с такими материалами.⁸³

Полагаем, что только судебное санкционирование ограничения прав личности в уголовном процессе по-настоящему независимым судом, ориентированным на защиту фундаментальных прав человека и ценностей демократического правового государства, может быть надлежащей гарантией защиты этих социальных институтов.

Одним из наиболее важных способов дальнейшего обеспечения принципа состязательности и равенства сторон в уголовном процессе, является закрепление в законодательстве функции судебного контроля, осуществляемого в рамках рациональной и эффективной процессуальной формы самостоятельными подразделениями судебной системы, обособленными от судей, разрешающих дела по существу.

3. Основные проблемы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь в уголовном процессе Республики Казахстан

Очевидно, равенство сторон и состязательность в уголовном процессе возможны только при наличии разумного баланса между полномочиями обвинения и защиты. Этот баланс должен иметь место не только в судебных стадиях процесса, но и в ходе предварительного расследования. В этой связи правовой статус защитника в уголовном судопроизводстве, гарантии его независимости и неприкосновенности имеют очень важное и принципиальное значение для справедливого правосудия.

Не вызывает сомнений тот факт, что полноценная защита может осуществляться только адвокатами - квалифицированными и свободными от власти органов уголовного преследования юристами, объединенными в корпорации,

⁸³ По одному уголовному делу, в котором автор участвовал в качестве защитника, к материалам не было приобщено санкционированное прокурором постановление о проведении соответствующих специальных оперативно-розыскных мероприятий. При этом все обвинение было выстроено на полученных таким образом фактических данных. На ходатайство о признании материалов ОРД недопустимыми в качестве доказательств, в связи с отсутствием соответствующей санкции, судья отреагировал довольно странным образом: он по собственной инициативе отправил запрос органу расследования по поводу наличия санкции. На следующее судебное заседание прокурор принес конверт, в котором якобы находилось санкционированное прокурором секретное постановление о проведении специальных ОРМ. Судья, совместно с прокурором изучил этот документ, запретив, однако, адвокату участвовать в этом, по мотиву отсутствия у защитника допуска к государственным секретам. Возможность осмотра постановления подсудимым при этом даже не обсуждалась. Возражения адвоката на эти действия и его ссылки на нарушение принципов непосредственности и устности судебного разбирательства, а также равенства сторон и состязательности в уголовном процессе были судом просто проигнорированы. В последующем в приговоре судья признал материалы ОРД в качестве полноценных доказательств. С сожалением приходится признать, что отсутствие подлинной независимости судов приводит к такого рода сращиванию суда и обвинения и к ухудшению и без того не радужного положения с соблюдением конституционных прав личности в нашей стране. // Личный архив автора.

организованные с целью сохранения своей независимости от государства и защиты этических стандартов, положенных в основу профессии.⁸⁴

К сожалению, далеко не все согласны с этой непреложной истиной и в юридической литературе ставится под сомнение вопрос о монополии адвокатуры на защиту по уголовным делам. Примером таких сомнений может служить идея создания так называемой «муниципальной» или государственной адвокатуры.⁸⁵

Полагаем, что идея государственной адвокатуры противоречит основным принципам устройства справедливого правосудия в демократическом государстве и правовой природе профессиональной защиты. Адвокаты не должны иметь какого-либо официального отношения к государственному аппарату, ибо они призваны защищать частные интересы и стоять на страже прав и свобод человека.⁸⁶ Адвокатура является частью гражданского общества и в специальной литературе четко обособляется от государства.⁸⁷ Идея создания «государственной» адвокатуры противоречит основным принципам оказания правовой помощи, особенно по уголовным делам, где исполнительная власть, в лице своих правоохранительных органов, преследует гражданина. Очевидно, что защиту в этом случае может осуществлять только субъект полностью свободный от влияния государства и обладающий соответствующими гарантиями независимости при осуществлении правозаступнической деятельности. При этом такой субъект должен быть связан правилами профессиональной этики, оберегающими гражданина, обратившегося за правовой помощью, от предательства, некомпетентности или непорядочности юриста. Очевидно, что полноценная защита возможна только силами членов профессионального сообщества адвокатов.

Адвокатура, к сожалению, не свободна от проблем, имеющих давние исторические корни, и в некотором смысле, являющихся «родимыми пятнами»

⁸⁴ Так, например, Ассоциация адвокатов города Нью-Йорк была основана в 1870 году «группой людей, названной одним юристом «порядочными представителями профессии». Эта «порядочная часть» кипела негодованием по поводу укоренившейся коррупции среди адвокатов, судей и политиков Нью-Йорка. Несколькими годами позже, в 1878 году «семьдесят пять джентльменов» из адвокатуры, встретившись в Саратогге (штат Нью-Йорк), образовали национальное сообщество – Американскую ассоциацию юристов». Л. Фридман. Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. С. 201

⁸⁵ См. Аты-баты, воюют адвокаты. // Республиканская общественно-политическая газета «Око». – 2006. – 24 февраля.

URL:<http://oko.kz/archive2006/index.php?cont=long&id=64&year=2006&today=24&month=02>

⁸⁶ «Если в целях правосудия нельзя оставить адвокатуру в виде простого собрания лиц, посвятивших себя защите подсудимых, как ремеслу, без всякой организации и судебного контроля, то с другой стороны невозможно адвокатов превращать и в должностных лиц, ибо с подчинением их правительству не соединима самостоятельность и та энергия, независимость, с которой адвокат-защитник должен отстаивать интересы своего клиента подсудимого, поскольку они не расходятся с интересами правосудия, а не правительства... адвокатура в своем внутреннем управлении должна быть свободна, то есть автономна, и не терпит вмешательства в свою внутреннюю жизнь со стороны правительства, как и суд». С.И. Викторский Русский уголовный процесс. Москва 1912 г. Переиздано: М.: Юридическое бюро «Городец», 1997. С. 209

⁸⁷ «Адвокатура не на бумаге, а фактически не должна включаться в систему государственных органов и органов местного самоуправления. Адвокатов нельзя превращать в чиновников, они люди «свободной профессии». Именно при таком статусе возможна эффективная полемика с представителями государственных органов, причем не только в уголовном, но и гражданском судопроизводстве». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. – М.: Юристъ, 2007. – С. 83.

тоталитарного прошлого. С грустью приходится признать угнетенное и дискриминированное положение этого профессионального сообщества в самой системе государственно-правовых отношений. Без рационального решения этих проблем невозможно полноценное обеспечение права на защиту. Попробуем очертить круг этих и других принципиальных вопросов, касающихся развития статуса адвокатуры и адвоката в казахстанском законодательстве, и предложить способы улучшения сложившейся ситуации.

Отечественная адвокатура исторически сформировалась по старым европейским лекалам, воспринятым российским правом в конце 19-го века и перенесенным в Казахстан в ограниченном и в некоторой степени искаженном виде в годы советской власти. В обычном праве казахов по объективным историко-экономическим причинам, полноценной профессиональной адвокатуры не существовало.⁸⁸

Нормальное функционирование этого института возможно только при наличии независимого суда, настоящего равенства и состязательности сторон, которые в свою очередь могут существовать только в демократическом правовом государстве, основанном на подлинном разделении властей, обеспеченном системой сдержек и противовесов. Чем дальше политические и правовые реалии в стране от указанных стандартов, тем в более угнетенном состоянии находится судебная власть и тем более декоративной и порой гротескной выглядит адвокатура.⁸⁹

Диктаторы и тоталитарные режимы воспринимали адвокатуру как институт, направленный на ограничение их власти, а адвокатов как недругов или в лучшем случае сомнительных субъектов, готовых во имя интересов представляемых лиц, отказаться от принципов, на которых зиждется здание самой деспотии.⁹⁰ Так,

⁸⁸ Очевидно, что адвокатская профессия в ее классическом виде, как самостоятельный вид трудовой деятельности, состоящий в защите и представительстве в судах и осуществляемый на постоянной основе представителями определенной социальной группы, характерна для стран, достигших определенного уровня экономического и политического развития. В кочевом обществе, основанном на феодальном способе хозяйствования и не урбанизированном в достаточной степени, институт защиты и представительства имел упрощенный характер. Но даже в таком виде этот опыт представляет собой огромный интерес как очень самобытная, довольно эффективная и рациональная форма судебной защиты. Приходится, однако, признать, что за десятилетия коммунистического влияния закрепленные в обычном праве казахов традиции суда биев, когда защитник (представитель) выбирался самой стороной из числа знающих, добросовестных и красноречивых сограждан для участия в также выборном суде, были полностью вытравлены не только из законодательства, но и всей правовой культуры нашего общества, и в настоящее время, к сожалению, не являются частью действующей системы оказания юридической помощи. По этой причине указанные традиции не упоминаются далее в настоящем исследовании.

⁸⁹ «Отношение к адвокату – своеобразный «барометр», по которому определяется правовой климат общества. Ее функционирование может быть успешным лишь в качестве института, не входящего в систему государственных органов и органов местного самоуправления. В цивилизованных государствах деятельность адвокатуры поддерживается, в них адвокат-чиновник не нужен. В государствах же тоталитарных, характеризующихся бесправием человека, адвокатура искореняется или влачит жалкое положение». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С.75.

⁹⁰ Любопытно высказывание Наполеона Бонапарта по поводу проекта декрета об адвокатуры: «Проект нелеп, он не оставляет никакого средства против адвокатов; они – мятежники, виновники преступлений и измен; пока я буду носить шпагу, я не подпишу подобного декрета; я хочу, чтобы можно было отрезать язык всякому адвокату, который употребил бы его против правительства». Цит. по: Андрианов Н.В. Адвокатура –

например, В.И. Ленин говорил, что «Адвокатов надо брать в ежовые рукавицы и ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто паскудничает... Но все же лучше адвокатов бояться и не верить им, *особенно* если они скажут, что они социал-демократы и члены партии».⁹¹

Очевидно, что при таком восприятии адвокатов и их роли в обществе, рассчитывать на нормальное существование этого института в стране, строящей коммунизм, не приходилось. Следует признать, что отношение советского государства к адвокатуре менялось в зависимости от жесткости самой системы и эволюционировало от попыток ее полного разрушения⁹² или замены на какие-то дегенеративные, явно нежизнеспособные эрзацы⁹³ до относительного признания и фиксации в весьма ограниченных, но пригодных для существования формах к моменту окончательного коллапса режима.

С момента обретения Казахстаном независимости постепенно правовой статус адвокатов и организация адвокатского сообщества конкретизировались и развивались в законодательстве. В 1994 году был принят ныне действующий Закон «Об адвокатской деятельности», который позволяет адвокатуре в некоторой степени сохранять независимость, а адвокатам осуществлять свою деятельность в относительно приемлемых условиях. Были конкретизированы правовое положение коллегий адвокатов, полномочия самих членов профессионального сословия, порядок приобретения и утраты статуса адвоката, основы взаимоотношения с лицами, обращающимися за правовой помощью, гарантии адвокатской деятельности и многие другие принципиальные вопросы. Последними изменениями в указанный закон, коллегии адвокатов были объединены в рамках единой структуры, уполномоченной представлять сословие на республиканском уровне.

В уголовном судопроизводстве права защитника были расширены и детализированы, в том числе в части собирания доказательств, более раннего

общественная солидарность. Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуре / Сост. А.В. Поляков. – М. Статут, 2006. С. 13.

⁹¹ В.И. Ленин Письмо Е. Д. Стасовой и товарищам в московской тюрьме. Полное собрание сочинений. Т. 9 с. 170. Досадно, что эта фраза даже цитировалась (правда без предложения со словами «интеллигентская сволочь») в фундаментальных монографиях по советскому уголовно-процессуальному праву. См. М.А. Чельцов-Бебутов. Указ соч. С. 775-776

⁹² «...на самом деле период 1917-1920 годов ознаменовался тотальным уничтожением русской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов прошлого столетия.... Многие бывшие присяжные поверенные были уничтожены физически, кто-то погиб в годы гражданской войны, сражаясь, в основном, в рядах Белой армии, кто-то умер от болезней, находясь в концентрационных лагерях, кое-кому удалось эмигрировать за границу. За период гражданской войны численность адвокатов в России сократилась с 13 тысяч в 1917 году до 650 адвокатов в 1921 году». А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 42.

⁹³ Народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал в своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозаступников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности». Цит. по: А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 40-41.

вступления в процесс⁹⁴, закрепления права на свидетельский иммунитет, получения копий материалов дела, судебного обжалования незаконных действий органов уголовного преследования, опроса лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу, инициирования экспертиз и пр. В целом, допустимо сделать вывод о том, что изменения в этой сфере носили недостаточно динамичный и последовательный, но вполне позитивный характер.⁹⁵ Поскольку все познается в сравнении, в настоящее время можно констатировать, что адвокатура в Казахстане является более развитой и успешной, чем аналогичные институты в странах Центральной Азии.⁹⁶

На сегодняшний день адвокат согласно нормам закона может быть активным участником судопроизводства и способен оказать определенное влияние на судьбу дела, в рассмотрении которого принимает участие. Однако, приходится признать, что, несмотря на относительно положительный тренд изменения законодательства и правоприменительной практики в этой сфере, в целом ситуация далека от совершенства. Адвокатура не обладает должной степенью независимости от государства. Так, например, коллегии адвокатов лишены возможности отказывать в приеме кандидатам, не соответствующим по морально деловым качествам статусу адвоката, вопрос оценки профессиональных знаний кандидатов остается в компетенции органов, подконтрольных Министерству юстиции, решение вопросов, связанных с выдачей, приостановлением и лишением лицензии на право осуществления адвокатской деятельности, также относятся к компетенции органов государства.

Адвокат продолжает очень часто оставаться демократической декорацией в по-прежнему инквизиционном уголовном судопроизводстве. Обращения защитников нередко либо игнорируются, либо удостоиваются формальной отписки, на нарушения прав обвиняемых и их адвокатов закрывают глаза, как органы прокуратуры, так и суды. Сами адвокаты иногда становятся объектами преследования со стороны своих процессуальных оппонентов. Гарантии независимости адвокатуры нарушаются. Известны вопиющие факты производства обысков в офисах адвокатов, попыток изъятия документов, содержащих сведения, относящиеся к адвокатской тайне. Адвокаты жалуются на осуществление в их отношении специальных оперативно-розыскных мероприятий, нарушающих не только конфиденциальность их работы, но и неприкосновенность частной жизни профессиональных защитников. Должного уважения к правовому и социальному

⁹⁴ В советское время защитник имел право вступить в дело с момента окончания предварительного расследования. Более изощренного способа превратить в фикцию оказание правовой помощи в уголовном процессе трудно придумать.

⁹⁵ Анализ современного состояния адвокатуры в Республике Казахстан см.: Д.К. Канафин. Обзорный документ «Юридическая профессия в Казахстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 213-226.

⁹⁶ См. например: М.С. Усманова. Обзорный документ «Юридическая профессия в Таджикистане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 279-305, Р.М. Хакимов. Обзорный документ «Юридическая профессия в Кыргызстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 237-278, С.А. Пашин. Экспертное заключение по Указу Президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и Постановлению Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 30-38, Л.В. Головки. Деградация статуса адвоката в Республике Узбекистан (анализ новейших подзаконных актов в сфере адвокатской деятельности). Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С. 453-467.

статусу адвоката нет.⁹⁷ Абсолютное большинство приговоров, выносимых судами в Казахстане, носит обвинительный характер.⁹⁸ В таких условиях меткое выражение о том, что адвокат продолжает, оставаться лишь жалким просителем в уголовном процессе, к сожалению, продолжает сохранять свою актуальность.

В этой связи, очевидно, что существующий порядок вещей нуждается в усовершенствовании, а место адвоката в обществе и, соответственно, роль защитника в уголовном процессе, должны быть вознесены до подобающей высоты. Этот постулат не является лишь выражением корпоративного интереса. В действительности, должна быть кардинально перестроена вся система уголовного судопроизводства. Основным направлением такой перестройки должна стать дальнейшая имплементация в закон и практику его применения общепризнанных международных стандартов справедливого уголовного процесса. При данном подходе к проблеме, становится ясно, что отказ от атавизмов репрессивного уголовного процесса, усиление начал равенства и состязательности сторон, объективности и беспристрастности рассмотрения уголовных дел, однозначно предполагает развитие правового статуса защитника, как основного субъекта, обеспечивающего соблюдение прав человека при производстве по уголовным делам.

Для объективного исследователя, очевидно, что процветание адвокатуры невозможно без установления подлинной независимости судебной власти. Понятно, что последний вопрос, применительно к странам транзитного периода, большей частью лежит в сфере политической, нежели правовой. Пока общество, народ и государство не дойдут до определенного уровня по пути социальной эволюции, судебная власть не займет подобающего ей места в государственной системе. До тех пор серьезные проблемы в деятельности адвокатов и существовании самого этого профессионального сообщества будут иметь место.

Тем не менее, упомянутая выше социальная эволюция нуждается в поддержке в части ее правового обеспечения, потому нужно продолжать процесс совершенствования законодательства и развивать правовой статус защитника на уровне специального законодательства. Подтверждением того, что необходимость реформ давно назрела, является обсуждаемый в настоящее время проект нового УПК Республики Казахстан. Поскольку адвокатура и юридическая общественность связывают большие надежды с данным нормативно-правовым актом, полагаем необходимым уделить некоторое внимание тем его положениям, которые касаются усиления функции защиты в уголовном процессе.

Проект УПК на сегодняшний день может быть признан одним из самых дискуссионных нормативно-правовых актов не только по причине необычности идей, предложенных его авторами, но и в связи с сомнениями по поводу объективности

⁹⁷ См. Адвокаты Алматы сообщают о частом нарушении своих прав. URL: <http://1tv.kz/news/kazakhstan/29022012/advokaty>

⁹⁸ Например, в 2009 г. количество оправдательных приговоров составило 1,5 % от общего числа. См. Димаш Сыздыков. Казинформ. В Казахстане наблюдается положительная тенденция роста оправдательных приговоров по уголовным делам. URL: <http://www.nomad.su/?a=3-201001180034>. К сожалению, автору не удалось найти в открытых источниках более свежей статистики.

В Заключительных замечаниях Комитета ООН по правам человека по Казахстану говорится: «Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что органы Прокуратуры оказывают давление на судебную власть, которое влияет на принимаемые в итоге судами решения в такой степени, что оправдательные приговоры по уголовным делам составляют всего 1%». **Комитет по правам человека**. Сто вторая сессия. Женева, 11-19 июля 2011 года. URL: <http://www.ujk.kz/sojuzsudey/?sid=360>

процесса его подготовки. Как становится понятно из общих комментариев уполномоченных должностных лиц основным разработчиком этого документа является Генеральная прокуратура Республики Казахстан.⁹⁹ При этом пока, к сожалению, нет сколько-нибудь внятных гарантий того, что при создании этого кодекса будет в должной мере услышан голос профессиональной защиты, а ведомственный эгоизм не приведет к принятию одностороннего, косметически отреставрированного, но сохранившего все старые недостатки и противоречия уголовно-процессуального закона.

В части, посвященной правовому статусу защитника в уголовном судопроизводстве, приходится признать, что разработчики проекта не балуют адвокатов новеллами, направленными на то, как усилить их позиции, а также поддержать состязательность и равенство сторон в процессе. Статьи, посвященные правам и обязанностям адвокатов, дополнены лишь малозначительными правками большей частью редакционного свойства.¹⁰⁰ В принципе весь проект УПК не содержит по настоящему кардинальных предложений по реформированию уголовного судопроизводства.

При этом обвинять авторов проекта в отсутствии других оригинальных идей явно не приходится. К числу таковых можно отнести отказ от стадии возбуждения уголовного дела (доследственной проверки), создание ранее упомянутого в настоящем исследовании нового субъекта уголовно-процессуальных отношений в лице «следственного судьи», введение «разумного» срока следствия по делу, составление обвинительного акта прокурором перед преданием обвиняемого суду и некоторые другие новеллы, на анализе которых мы остановимся ниже. Но, повторимся, достойного развития правовой статус защитника в предложенном для обсуждения на сегодняшний день проекте УПК, не получил. Хотя, как было упомянуто выше, на практике и в законодательстве давно назрели принципиальные вопросы, требующие своего скорейшего и эффективного разрешения. Полагаем необходимым от общего анализа ситуации перейти к рассмотрению этих конкретных проблем и выработке предложений по улучшению сложившегося положения вещей.

4. Совершенствование гарантий права на защиту

Очевидно, что обеспечение международных стандартов, действующих в этой области, процесс непростой и требующий всестороннего и глубокого исследования. Право на защиту с помощью опытного, компетентного и эффективного адвоката распадается на совокупность юридических возможностей, в целом определяющих полномочия профессионального защитника в уголовном процессе.¹⁰¹

⁹⁹ См.: Генпрокуратура РК: проект Уголовно-процессуального кодекса. URL: <http://www.zakon.kz/4457706-genprokuratura-rk-proekt-ugolovno.html>

¹⁰⁰ Единственным исключением из этого правила является предусмотренное ч. 3 ст. 232 проекта УПК предоставление адвокату свидетеля полномочий защитника. Однако, напрямую это позиций стороны защиты не усиливает и фактически является давно назревшим устранением пробела в действующем законодательстве.

¹⁰¹ «Право на защиту при помощи адвоката включает право быть информированным о праве на адвоката, право на доступ и конфиденциальное общение с адвокатом и право на помощь адвоката по своему выбору или квалифицированного назначенного адвоката». Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «Права человека». 2003 г. С. 110. Считаем, что в состав этого же права можно отнести возможности адвоката полноценно осуществлять свой профессиональный долг без запугивания, препятствий, в рамках справедливой и состязательной процедуры.

Считаем допустимым из общего числа проблем, возникающих в данном разделе правоприменительной практики, выделить наиболее важные, без разрешения которых невозможно говорить о полноценном обеспечении права на защиту и квалифицированную юридическую помощь.¹⁰² К числу таких принципиальных вопросов относятся:

1. Гарантии независимости и неприкосновенности защитника при осуществлении им своих полномочий.
2. Конкретизация и расширение полномочий защитника в процессе доказывания по уголовным делам.
3. Разъяснение правового положения, привлеченного к уголовной ответственности лица и своевременный доступ к адвокату по своему выбору.
4. Право на достаточное время и условия для подготовки защиты.
5. Гарантии прав личности при лишении свободы и производстве процессуальных действий.

4.1 Обеспечение процессуальной независимости защитника¹⁰³

Согласно п.п. а) п. 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, правительства должны обеспечить адвокатам возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства. Нормальная защита в уголовном процессе просто невозможна, если адвокаты не уверены в своей безопасности и неприкосновенности при участии в судопроизводстве.

Правовой статус адвоката составляют не только перечисленные в законе полномочия, но и совокупность юридических механизмов, позволяющих эти полномочия реализовать. К числу таких механизмов, помимо прочего, относятся гарантии независимости адвоката от правоприменительных органов государства при исполнении им своих профессиональных обязанностей.

Статья 17 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» содержит весьма обширный перечень гарантий этой деятельности, в числе которых помимо прочего запрет на воспрепятствование ее осуществлению, неприкосновенность адвокатского делопроизводства и связанных с ним материалов, запрет на отказ в предоставлении свиданий и многое другое.

Однако, к сожалению, практика показывает недостаточную эффективность этих механизмов. В действительности адвокаты порой также беззащитны перед произволом, как и представляемые ими лица. Офисы адвокатов могут быть подвергнуты несанкционированному обыску, сами адвокаты, в нарушение, гарантированного законом права на свидетельский иммунитет, иногда вызываются

¹⁰² Следует признать, что право на защиту и право на квалифицированную юридическую помощь – родственные, но не идентичные юридические возможности субъекта уголовно-процессуальных правоотношений. Вопрос их разграничения является весьма непростым и вряд ли относится к предмету настоящего исследования. Полагаем, что в гарантированном Пакте праве на защиту при помощи адвоката вышеупомянутые два права сливаются в одно и их концептуальные отличия не имеют в данном случае принципиального значения.

¹⁰³ Поскольку согласно действующего уголовно-процессуального законодательства (ч. 2 ст. 70 УПК) в качестве защитника приглашается адвокат, а иные лица могут быть признаны в качестве защитников только на факультативной основе, в настоящем анализе гарантии защиты, рассматриваются в непосредственной связи с гарантиями адвокатской деятельности.

на допрос об обстоятельствах, ставших им известными в связи с оказанием правовой помощи, в отношении адвокатов могут проводиться специальные оперативно-розыскные мероприятия.¹⁰⁴ Известны факты преследования адвокатов за высказывания по поводу законности действий правоохранительных органов.¹⁰⁵ Адвокаты до сих пор не могут беспрепятственно зайти в здания органов, ведущих уголовный процесс, а при входе порой подвергаются унижительным досмотрам, нарушающим личную неприкосновенность адвокатов и неприкосновенность их документации. Предметом гласности стали случаи применения физической силы в отношении адвокатов, в связи с их отказом сдать сотовые телефоны при входе в помещения органов внутренних дел.¹⁰⁶

В этих условиях многим адвокатам нелегко выполнять роль добросовестного, преданного и квалифицированного защитника.¹⁰⁷ К сожалению, иногда имеют место факты незаконного сотрудничества отдельных адвокатов с органами уголовного преследования в ущерб интересам подзащитных. Приходится признать, что адвокатура не свободна от крапивного семени¹⁰⁸ нечистых на руку предателей нравственных идеалов профессии.

Подтверждением этих фактов являются доводы Специального докладчика ООН по вопросу о пытках, который «получил множество жалоб, касающихся роли адвокатов в рассмотрении уголовных дел. По общему мнению, адвокаты являются коррумпированными, неэффективными, составляющими «часть системы» и не желающими отстаивать права своих клиентов. Что же касается «государственных адвокатов», то, как часто сообщают, они присутствуют только на слушаниях в суде и не пользуются доверием. Во многих случаях собеседники указывали, что их адвокаты просто игнорировали утверждения о пытках».¹⁰⁹

Очевидно, что ситуация нуждается в исправлении, в первую очередь на законодательном уровне. Следует развить не только в специальном законе, но и в УПК и прочих смежных нормативных актах эффективные механизмы обеспечения свободной и добросовестной адвокатской деятельности. В качестве таких правовых механизмов, предлагаем следующие дополнения в законодательство.

Следует ввести в законодательство об адвокатской и оперативно-розыскной деятельности прямой запрет на привлечение адвокатов к сотрудничеству с правоохранительными органами на конфиденциальной основе. Такое сотрудничество не только противоречит этическим стандартам профессии адвоката, аморально по своей природе, но и нарушает посредством создания нравственной

¹⁰⁴ См.: Р. Бахтигареев. Адвокатов угостили «финиками». URL: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=26095>, А.В. Розенцвайг. Прокурорский дуэлет. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.novgaz.com/index.php/2-news/317-прокурорский-дуэлет>

¹⁰⁵ См.: Франция/Казахстан. К визиту Николя Саркози в Астану. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.hrw.org/ru/news/2009/10/04>

¹⁰⁶ См. Р. Бахтигареев. Девушка, оставьте телефончик. // Общественно-политическая газета «Время» от 7 апреля 2012 г. URL: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=26747>

¹⁰⁷ См., например: Т. Гани. Недоверчивый Джакишев. // Общественно-политическая газета «Время» от 26 апреля 2012 г. URL: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=27056>

¹⁰⁸ Так в 19-м веке называли «ходатаев по делам», стряпчих, защищавших интересы представляемых лиц в судах до реформы 1864-66 г.г., – коррумпированное и низко профессиональное сословие, заслужившее в народе дурную славу. См. Л.А. Демидова, В.И. Сергеев. Адвокатура в России. URL: <http://yourlib.net/content/view/6262/74/>

¹⁰⁹ Пункт 57 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. URL: <http://www.zakon.kz/analytics/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>.

коллизии принцип состязательности и равенства сторон в уголовном процессе, фактически дезавуирует возможность доверительного общения адвоката с подзащитным.

Необходимо на законодательном уровне запретить производство в отношении адвокатов оперативно-розыскных мероприятий, в связи с осуществлением ими своих профессиональных обязанностей. Очевидно недопустимо внедрение сотрудников правоохранительных органов в адвокатуру, прослушивание служебных помещений и телефонов адвокатов, проведение в отношении адвокатов наружного наблюдения, негласных осмотров и тому подобных действий. Такая неприкосновенность нужна не адвокатам, которые в абсолютном большинстве случаев являются законопослушными гражданами своей страны, эта привилегия в первую очередь необходима для обеспечения таких фундаментальных институтов правового демократического государства как право на защиту и квалифицированную юридическую помощь, адвокатская тайна, охрана частной жизни, тайна телефонных и иных сообщений.

Коллегиям адвокатов следует предоставить право отказывать в приеме лицам, опорочившим себя при осуществлении предыдущей юридической практики¹¹⁰. Разумеется, такие решения коллегий должны быть надлежащим образом мотивированы и подлежать в случае необходимости обжалованию в судебном порядке. К сожалению, свободный доступ в профессиональное сообщество всех имеющих адвокатскую лицензию лиц, без оценки их морально-деловых качеств, ослабляет качественный состав адвокатуры, способствует формированию негативных коррупционных связей между отдельными сотрудниками правоохранительных органов и не всегда чистыми на руку их бывшими коллегами, вступившими в ряды адвокатов. При нынешнем порядке вещей адвокатура фактически превратилась в кладбище не всегда достойных прокурорских и следственных карьер, что не способствует сохранению этических стандартов профессии. Полагаем, что только передача вопроса о вступлении в профессиональное сообщество в руки самой адвокатуры, с сохранением контроля над этим процессом в руках гражданского общества, посредством создания открытых, честных и справедливых процедур, поможет решить указанную проблему.

Вопрос совершенствования системы правовой помощи, оказываемой за счет государственного бюджета, выходит за рамки настоящего исследования¹¹¹, мы сделаем замечание только в процессуальной части этой проблемы. К сожалению, в связи с низкой оплатой такого рода труда и сложностями организационного свойства, в некоторых регионах Казахстана имеют место трудности с обеспечением надлежащего качества и своевременности оказания такой правовой помощи. Наиболее острой является проблема сращивания некоторых адвокатов с правоохранительными органами.

Для устранения злоупотреблений при вступлении адвокатов в дела по назначению органов, ведущих уголовный процесс, необходимо предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в таких делах только на основании решения соответствующих уполномоченных органов коллегий адвокатов (президиумов или по поручению последних заведующих юридических консультаций), исключив практику самостоятельного инициативного

¹¹⁰ «Для полноценной юридической помощи необходима независимая и самоуправляющаяся адвокатура, а об этом не может быть и речи, если право приема в число адвокатов и дисциплинарная власть принадлежат органам государства, а не самой адвокатуре». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С. 76

¹¹¹ Более подробно см.: Бесплатная юридическая помощь в Казахстане: проблемы и перспективы развития. Алматы. Фонд Сорос Казахстан. 2010 г.

вхождения адвоката в дело без договора об оказании правовой помощи. В настоящее время, этот вопрос напрямую не урегулирован в законе и в отдельных регионах страны, некоторые недобросовестные адвокаты вступают в дела, оплачиваемые за счет государственного бюджета, по договоренности со следователями и дознавателями. Кроме коррупции, предательства интересов подзащитных и нарушения их прав такое сотрудничество более ни к чему не приводит.

Согласно п.п. в) п. 16 Основных положений о роли адвокатов, правительства должны обеспечить адвокатам невозможность наказания или угрозы такового и обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

В соответствии с п. 20 этих Положений адвокат должен обладать уголовным и гражданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом или административном органе.

Из содержания этих стандартов следует, что в законодательстве должны быть предусмотрены запреты на ограничение гражданских и экономических прав адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью. Очевидно, положения уголовного, административного и гражданского законодательства должны быть дополнены нормами, освобождающими адвокатов от ответственности за действия, указанные в п. 20 Основных положений о роли адвокатов.

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов должно находиться в исключительной компетенции органов адвокатского сообщества. К сожалению, в настоящее время этот вопрос в законодательстве урегулирован не достаточно ясно, что теоретически не исключает возможности давления на принципиальных адвокатов со стороны органов государственной власти. Такое положение вещей противоречит п. 28 Основных положений о роли адвокатов, согласно которому «Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой...». Полагаем необходимым конкретизировать порядок привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности, исключив при этом условия для вмешательства, давления или злоупотреблений со стороны органов исполнительной власти. Однако, порядок дисциплинарных производств также должен исключать безнаказанность, обусловленную корпоративностью адвокатского сообщества.

4.2. Защитник в процессе доказывания

Как было упомянуто в предыдущем разделе анализа, предварительное следствие в настоящее время носит инквизиционный характер и полномочия органов уголовного преследования, несмотря на все попытки либерализации законодательства в этой части, не сопоставимы с возможностями защиты. Даже продекларированные в Общей части УПК права защитников, например, на инициирование производства экспертиз, не конкретизированы в положениях соответствующих статей Особенной части кодекса и потому весьма затруднительны в практической реализации. То же самое можно сказать о процедуре производства опросов (фактически она в УПК не регламентирована) и иных действий по собиранию доказательств защитником. К сожалению, по проекту УПК досудебное производство по уголовным делам также остается в прежнем инквизиционном виде, где вся полнота власти сконцентрирована в руках органов уголовного

преследования, а защитник может выступать только в роли жалобщика и просителя, рассчитывающего на милость упомянутых органов.

Вместе с тем, как было указано выше, принцип состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты должен быть восстановлен не только на судебных стадиях процесса, но в ходе предварительного расследования. Этого требуют справедливость и здравый смысл. Объективное разрешение уголовно-правового спора невозможно, когда одна сторона выступает во всеоружии с самого начала судопроизводства, а вторая получает частично сопоставимые полномочия только с момента передачи дела в суд. При этом следует помнить, что в уголовном процессе личность находится в правовом конфликте с государством, обладающим практически неограниченными организационными и материальными ресурсами. Но гражданин защищен только квалификацией и принципиальностью своего адвоката. Очевидно, что сторона защиты в таких условиях нуждается в дополнительных гарантиях и компенсаторных механизмах, позволяющих хоть как-то уравнивать шансы на достижение справедливости.

Приходится признать, что система отчетности в деятельности правоохранительных органов и оценки качества их работы, не изменилась с советских времен и продолжает носить «палочный» характер: сколько преступлений зарегистрировано, сколько из них раскрыто, сколько уголовных дел возбуждено, сколько передано в суд, по скольким вынесены приговоры, сколько приговоров отменено вышестоящими инстанциями и т.д. В условиях, когда цифры намного важнее человеческих судеб, полиция иногда больше заинтересована в том, чтобы отрапортовать о раскрытии преступления, чем в том, чтобы найти настоящих преступников. При таком положении вещей только защитник может стать полноценным субъектом установления объективной истины по делу и борцом со следственными и судебными ошибками. В этой связи вопрос о способах и формах собирания доказательств защитником, имеет принципиальное значение.

Ни в действующем УПК ни в проекте нового Кодекса проблема создания полноценной процессуальной формы производства защитником действий, направленных на обнаружение, изъятие и фиксирование фактических данных, не решена. Так, например, в настоящее время сторона защиты на следствии не может самостоятельно допросить свидетеля, а вправе лишь сделать непонятный с точки зрения процессуальной формы и допустимости его результатов «опрос», либо подать соответствующее ходатайство о допросе следователем того или иного лица. Понятно, что ситуация, когда процессуальный противник решает проводить или не проводить необходимое тебе процессуальное действие, вряд ли может быть признана справедливой. В этой связи необходимо гарантировать право на вызов свидетелей стороной защиты, а также право на перекрестный допрос свидетелей обвинения на досудебных стадиях процесса посредством вызова их на допрос с использованием нижеописанной процедуры депонирования доказательств.

Депонирование доказательств стороной защиты

Единственным позитивным изменением в части конкретизации процедуры доказывания является предусмотренная ст. 235 проекта УПК процедура «депонирования доказательств», согласно которой подозреваемый и его защитник наряду с прокурором могут заявить ходатайство о допросе следственным судьей лица, являющегося потерпевшим, свидетелем, в случае, «если имеются основания, позволяющие полагать, что более поздний их допрос в ходе досудебного расследования либо судебного заседания может оказаться невозможным в силу

объективных причин (постоянное проживание за пределами Республики Казахстан, выезд за границу, тяжелое состояние здоровья, применение мер безопасности)».

В тоже время, проект УПК лишь предоставляет право ходатайствовать о производстве допроса, но не дает никаких гарантий того, что это право будет должным образом обеспечено. В действительности следственный судья, а не сторона защиты, принимает решение о производстве допроса и депонировании доказательств. В условиях недостаточной независимости судебной власти и неопределенности статуса «следственного судьи», степень эффективности права адвоката на сбор доказательств в рамках этой процедуры вызывает серьезные сомнения. Полагаем необходимым обязать судью во всех случаях подачи соответствующего ходатайства создавать условия для реализации стороной защиты права на допрос вызванного ею свидетеля. В данной ситуации такое обязывание судьи станет действительной гарантией принципа состязательности и равенства сторон на стадии предварительного расследования.

Следует отметить, что в соответствии с действующим законодательством (ч. 4 ст. 343 УПК РК), судья на стадии главного судебного разбирательства не может отказать в удовлетворении ходатайств о допросе в качестве специалистов или свидетелей лиц, явившихся в суд по инициативе сторон. Полагаем возможным, используя эту норму по аналогии, назначать судебные заседания по депонированию доказательств во всех случаях подачи соответствующих ходатайств, и допрашивать лиц, явившихся на эти судебные заседания, в том статусе, в котором они пребывают или будут заявлены сторонами на момент производства этих судебных действий.

Введение процедуры депонирования доказательств также требует уточнения процессуальной судьбы, предоставленного действующим законодательством¹¹² и предусмотренного проектом УПК¹¹³ права защитника опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу. Очевидно, следует детализировать процессуальную форму реализации этого права посредством описанного в ст. 235 проекта УПК порядка депонирования доказательств, разумеется, с использованием упомянутых выше гарантий.

Депонирование доказательств путем допроса следственным судьей всего лишь один из способов получения фактических данных, источниками которых являются живые лица. Однако, вопрос о собирании защитником вещественных доказательств, проведении им действий, связанных с розыском дополнительных сведений и объектов, могущих иметь значение для дела, в нормах проекта не нашел своего разрешения.

Вместе с тем, сама идея депонирования доказательств посредством вовлечения в процесс следственного судьи, в последующем свободного от рассмотрения дела по существу, заслуживает дальнейшей поддержки и развития. Вполне возможно, вовлечь следственного судью в процесс осмотра мест, предметов и документов, по мнению защиты, относимых и допустимых в качестве доказательств. Здесь также нужно закрепить в законе обязательность удовлетворения соответствующего ходатайства адвоката, разумеется, при его надлежащей мотивированности и обоснованности.

Проведение защиты экспертиз по уголовному делу

Давно назрел вопрос о совершенствовании процессуальной формы назначения экспертиз стороной защиты. В настоящее время указанное право упомянуто в ч. 3

¹¹² Пункт 4) ч. 3 ст. 125 УПК Республики Казахстан.

¹¹³ Пункт 4) ч. 3 ст. 112 проекта УПК.

ст. 125 УПК, однако, не обеспечено должными гарантиями. Полагаем необходимым, предусмотреть в нормах Особенной части нового УПК одинаковый для стороны обвинения и для стороны защиты порядок вынесения постановлений о производстве экспертиз, представления объектов для сравнительного исследования, а также обязательность исполнения этих постановлений экспертными учреждениями, разумеется, при выполнении защитой обязательств по оплате соответствующей работы. Постановления защитника о назначении экспертизы должны иметь для экспертных органов равное процессуальное значение с постановлениями следствия. Суды должны в одинаковой степени объективно относиться как к заключениям экспертов, представленным стороной защиты, так и к заключениям приобщенным к делу стороной обвинения.

Как средство обеспечения права на производство экспертиз, считаем целесообразным, предусмотреть возможность получения образцов для сравнительного исследования посредством использования ранее описанной процедуры депонирования доказательств. Так, например, получение образцов почерка, слюны, срезы ногтей и т.п., мог бы осуществлять суд в заседании по депонированию доказательств на основании мотивированного ходатайства стороны защиты.

Истребование документов

Истребование защитником документов и материалов, нужных для доказывания по делу, фактически обеспечено лишь положениями формального характера. В действительности у адвокатов нет достаточных механизмов принуждения к исполнению их запросов. В целях обеспечения полномочий защитника силой и авторитетом судебной власти, допустимо закрепить в законе процедуру получения защитником судебного приказа о предоставлении предприятиями, учреждениями, организациями и гражданами сведений, имеющих значение для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. К исполнению такого приказа адвокат должен иметь возможность привлекать судебных исполнителей (в том числе частных). Такой порядок стал бы полноценной гарантией права стороны защиты на собирание доказательств.

Защита и частная детективная деятельность

В целях выравнивания правовых возможностей стороны обвинения и защиты, полагаем целесообразным привлечь внимание к легализации частной детективной деятельности и урегулированию правовых форм сотрудничества адвоката с частными детективами. Безусловно, соответствующее законодательство должно подробно регламентировать не только организационные, технические детали такого сотрудничества, а также полномочия самих частных детективов по собиранию фактических данных, пригодных для использования в качестве доказательств, но и в некоторой степени очерчивать этические стандарты взаимодействия адвокатов и детективов, а также защиту частной жизни граждан. Пределы вторжения частных детективов в сферу охраняемых прав человека и гарантии законности такого вторжения, должны быть четко регламентированы.

4.3. Право на доступ к необходимой информации по делу и к адвокату по своему выбору

Разъяснение прав

Действующее законодательство, в соответствии с международными стандартами справедливого уголовного процесса, предусматривает разъяснение прав и сущности, имеющегося в отношении него подозрения (обвинения) привлеченному к уголовной ответственности лицу. Формально, такие действия выполняются следователями по большинству уголовных дел.

Однако, полагаем, что для полного исключения злоупотреблений и небрежности в этой части, следует детализировать процессуальную форму судопроизводства, отнеся основные действия по разъяснению вышеупомянутых обстоятельств к компетенции более объективного и менее заинтересованного в манипулировании действиями участников процесса органа – судьи по контролю за соблюдением законности и прав граждан.

Так, в частности было бы неплохо по аналогии с американским законодательством, официальное предъявление обвинения (подозрения) осуществлять в судебном заседании, на котором не только разъяснять сущность и объем такого обвинения (подозрения), но и одновременно давать оценку законности, примененного в отношении подозреваемого задержания (если таковое имело место быть), а также проверять соблюдение основных прав этого участника процесса, в частности, права на защиту посредством выбранного адвоката, права на телефонный звонок, на перевод материалов дела в соответствии с принципом языка судопроизводства и пр. Для начала, считаем целесообразным предусмотреть обязательное проведение такого судебного слушания по всем делам о тяжких и особо тяжких преступлениях.

Ознакомление с материалами дела

Порядок обеспечения права стороны защиты на ознакомление с материалами уголовного дела описан в ст. 275 УПК. Однако, как практикующий адвокат, автор настоящего исследования вынужден признать, что в действительности порой имеют место грубые нарушения этого права, состоящие в ненадлежащем соблюдении процедуры ознакомления, ограничении времени и возможности такого ознакомления. Иногда, материалы уголовного дела передаются для ознакомления в не прошитом и пронумерованном виде, не всегда в полном объеме. Порой следствие использует период ознакомления для восполнения пробелов и устранения недостатков в своей работе. Часто стороне защиты не предоставляется достаточного времени для изучения материалов уголовного дела.

Так, например, по одному из дел, по которому автор участвовал в качестве защитника, следствие установило срок ознакомления и обязало сторону защиты изучить более чем семьсот томов уголовного дела за 21 день. Согласно составленному следователем графику адвокат должен был читать ежедневно, в том числе, в выходные дни (субботы) от 11 до 14 томов, а в один из дней его обязывали ознакомиться сразу с 471 (четыреста семьдесят одним) томом уголовного дела. Требование следствия было нереальным и физически просто неисполнимым: поскольку каждый том дела состоял примерно из 250 страниц, значит защитник должен был читать более 2750 страниц в день. Указание ознакомиться в один день с 471 томом (примерно 117750 страниц) вообще носило просто гротескный характер -

даже если адвокат тратил бы по одной секунде на страницу, то и в этом случае было бы необходимо 32 часа непрерывной работы. Обжалование таких действий следователя в прокуратуру не дало никаких результатов. Только суд в порядке ст. 109 УПК отменил в итоге это постановление.¹¹⁴

К сожалению, и в судах, особенно при вступлении в дело на стадии главного судебного разбирательства, адвокат не всегда имеет достаточное время для ознакомления с материалами дела и согласование позиции со своим подзащитным. Довольно распространена иезуитская практика предоставления возможности ознакомления с делом в перерывах между судебными заседаниями. При этом, заседания могут назначаться почти каждый день и времени для выработки совместной защиты может вообще не остаться.

В целях устранения такого рода нарушений, предлагаем ознакомление с материалами дела, передать в компетенцию судьи по контролю за соблюдением законности и прав человека. В этом случае суд принимал бы от органа уголовного преследования материалы в прошитом и пронумерованном виде, а затем предоставлял бы их для ознакомления стороне защиты. Очевидно, что не связанный сроками следствия и ответственный только за обеспечение прав участников процесса суд просто не заинтересован в каких-либо нарушениях установленного законом порядка. Также следует запретить в законе начало главного судебного разбирательства, если сторона защиты утверждает, что не ознакомлена с материалами дела в полном объеме.

Доступ подзащитного к адвокату

В вопросе о доступе к адвокату наиболее важным аспектом является своевременность такого доступа. В силу естественной правоограничительной природы следствия, оно не заинтересовано в том, чтобы адвокат появился в деле незамедлительно. Только закон оберегает подозреваемого, обвиняемого от злоупотреблений в этой части. Однако, к сожалению, положения закона далеко не всегда сохраняют свою силу на практике.

Один из самых болезненных вопросов адвокатской деятельности – это доступ в здания правоохранительных органов, особенно тогда, когда адвокатам известно о том, что их подзащитные в это время находятся внутри указанных помещений. Именно в первоначальные этапы процессуальной деятельности по делу совершаются такие нарушения права на защиту, как склонение к отказу от защитника, навязывание коррумпированного адвоката и прочие неблагоприятные действия в отношении задержанных. При этом незамедлительный доступ к адвокату является одним из наиболее важных международных стандартов справедливого уголовного процесса. Комитет по правам человека особо обращает на это внимание.¹¹⁵ Специальный докладчик ООН по вопросам применения пыток рекомендует, чтобы каждому задержанному был предоставлен доступ к адвокату в течении 24 часов с момента задержания.¹¹⁶

Другой частью этой проблемы является доступ адвоката к своему задержанному или арестованному подзащитному. В настоящее время защитникам

¹¹⁴ Архив автора.

¹¹⁵ См. Заключительные комментарии Комитета ООН по правам человека Джорджия, UN Doc. CCPR/C/79Add.74, 9 апреля 1997 года, пар. 28. Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «Права человека». 2003 г. С. 41

¹¹⁶ См. Доклад Специального докладчика ООН по вопросам применения пыток. UN Doc. E/CN.4/1995/34, 12 января 1995 года, пар. 926. Международная амнистия. Руководство по справедливому правосудию. Москва. Издательство «права человека». 2003 г. С. 42

приходится получать от следствия и суда разрешения на посещения обвиняемых, подсудимых в условиях следственного изолятора. Это не только ограничивает своевременность получения квалифицированной юридической помощи, но и нарушает принцип равенства сторон в уголовном процессе, поскольку ставит адвоката в зависимость от его процессуальных оппонентов. Нет нужды говорить о том, что сами сотрудники правоохранительных органов в такого рода разрешениях для встреч с арестованными не нуждаются.

В целях обеспечения указанного права считаем необходимым в УПК и законодательство об адвокатской деятельности внести дополнения согласно которым, наделить адвокатов правом свободного доступа в помещения органов расследования и суда по предъявлению ордера и документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре (удостоверения). Также следует прекратить незаконную дискриминационную практику изъятия у адвокатов при входе в помещения правоохранительных органов сотовых телефонов, фото-видеокамер, компьютеров и носителей информации.

Недопустимые ограничения права на свободный выбор адвоката

Международный пакт о гражданских и политических правах прямо гарантирует каждому право быть защищенным адвокатом по своему выбору. Это право представляет собой одну из фундаментальных основ справедливого судебного процесса, поскольку обеспечивает главное условие полноценной защиты – доверие между обвиняемым и его адвокатом, а также исключает злоупотребления этим доверием и статусом профессионального защитника вообще. Возможность обратиться к адвокату по своему выбору не только способствует лучшей защите по конкретному уголовному делу, но и несет на себе социально полезную функцию, ибо ведет к повышению качества юридической помощи и сохранению этических стандартов профессии, поскольку повышает значимость таких ценностей как репутация и доброе имя адвоката.

К сожалению, в Казахстане в настоящее время продолжает применяться порочная советская практика нарушения права на свободный выбор адвоката по мотиву отсутствия у адвоката допуска к государственным секретам.¹¹⁷ Особенно часто нарушение указанного права встречается в следственной и судебной практике по делам, находившимся в производстве органов национальной безопасности. При этом закон не обязывает адвокатов получать такой допуск. К слову, в УПК нет ни одного упоминания о необходимости прохождения именно той процедуры, на которой на практике настаивают органы национальной безопасности. В законодательстве, регламентирующем охрану государственных секретов, адвокаты,

¹¹⁷ В истории советского уголовного судопроизводства наиболее постыдным примером злоупотребления допусками к госсекретам является дело правозащитника В. Буковского, которого после долгих лет заточения в специальных психбольницах и тюрьмах в 1976 г. обменяли на первого секретаря чилийской коммунистической партии Л. Корвалана. После того, как у адвоката, которому он доверяет, аннулировали допуск, Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях Буковский написал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов...» Цит. по: Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 435

как субъекты, обязанные получать допуск в связи с участием в уголовном судопроизводстве, также не называются. Порядок получения допуска к государственным секретам регламентирован в неопубликованной в открытых источниках инструкции, сам допуск предоставляется только по результатам специальной проверки адвоката, проводимой с участием органов национальной безопасности. Таким образом, органы предварительного расследования имеют возможность оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе. Негласный и непонятный для адвокатов порядок выдачи допусков дает возможность создавать препятствия защитникам, неугодным органу расследования, является неформальным фильтром для вхождения в дело, грубо и необоснованно нарушает право обвиняемого на выбор адвоката.

Укоренилась порочная практика составления неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс формирования этих списков носит абсолютно не транспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение явно сужает возможности гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор наиболее квалифицированного, по его мнению, адвоката.¹¹⁸ Не понятно кто, на каком основании составляет такие списки, и по каким именно критериям адвокаты в эти списки попадают. На самом деле эта практика является близкой не только к упомянутым выше методам советских чекистов, но и копирует в действия латиноамериканских военных хунт второй половины 20-го века.

Следует признать, что Комитет ООН по правам человека в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомочной. Так, например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.¹¹⁹

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

К сожалению, разработчики нового УПК, очевидно, пока не намерены решать обозначенную проблему. Исходя из анализа ст.ст. 39 и 57 проекта УПК становится понятно, что в проекте никаких идей по поводу приведения отечественного законодательства в соответствие с действующими в этой области международными стандартами не предложено. Считаем, что такое положение вещей нуждается в скорейшем исправлении.

По нашему мнению, дискриминационные негласные процедуры предоставления допусков под контролем органов уголовного преследования, нельзя

¹¹⁸ Более подробные аргументы по этому вопросу см.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам. URL: <http://www.advokatura.kz/news/591/>

¹¹⁹ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека (КПЧ ООН). URL: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

применять в отношении адвокатов.¹²⁰ Органы, ведущие уголовный процесс, должны ограничиваться получением у адвокатов подписки о неразглашении сведений, содержащих государственные секреты, ставших им известными в связи с оказанием юридической помощи по делу. При этом, объем и четкий перечень этих сведений должен быть конкретно определен и не должен охватывать информацию о соблюдении законности и прав участников уголовного судопроизводства.

4.4. Право иметь время и возможность общения с защитником в приемлемых условиях

Право на защиту реально только тогда, когда адвокат и обвиняемый могут спокойно обсудить сложившуюся по делу ситуацию, согласовать свои дальнейшие действия, изучить необходимые документы и совместно составить обращения в адрес органов, ведущих уголовный процесс. Эта сложная и кропотливая работа требует определенных условий, включающих в себя как элементарные бытовые удобства, состоящие в наличии специального помещения, мебели, достаточного освещения и вентиляции, но и предоставление необходимого времени для работы, а также свободу от вмешательства со стороны правоохранительных органов и иных лиц. Качество обеспечения этих условий характеризует степень уважения к международным стандартам справедливого уголовного процесса.

Конфиденциальность общения с адвокатом

Право на конфиденциальность общения подозреваемого, обвиняемого со своим защитником гарантирована действующим законодательством (ст. 68-69 УПК). С точки зрения нормативного регулирования, все представляется вполне нормальным. Однако, на практике, отсутствие прямого запрета на производство оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов, приводит к нарушению указанного права. В истории Алматинской городской коллегии адвокатов был случай, когда сотрудники правоохранительного органа прослушали конфиденциальную беседу адвоката с его подзащитным и на основе полученной таким образом информации, даже высказывали претензии в адрес этого адвоката. Только принципиальная позиция суда по этому вопросу позволила урегулировать

¹²⁰ Необходимо отметить, что Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении № 8-П от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 года «О государственной тайне» в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугрова и А.К. Никитина указал: «Из статьи 48 Конституции Российской Федерации следует право каждого на получение квалифицированной юридической помощи и право пользоваться помощью адвоката (защитника) на всех стадиях уголовного судопроизводства. В соответствии со ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, являющегося составной частью правовой системы Российской Федерации, каждый при рассмотрении предъявленного ему обвинения вправе сноситься с выбранным им самим защитником и защищать себя через его посредство. Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск...неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника...». Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами.

эту весьма удручающую с точки зрения гарантий адвокатской деятельности ситуацию.

Помимо оперативно-следственных вторжений в сферу конфиденциальности защиты, к сожалению, имеют место иные нарушения этого стандарта. Так, например, адвокат фактически не может конфиденциально переговорить со своим задержанным или арестованным подзащитным во время следственных действий за пределами следственного изолятора или изолятора временного содержания, поскольку подозреваемый, обвиняемый находится постоянно в сопровождении конвоира, который, как правило, категорически отказывается оставлять адвоката наедине с подзащитным.

Материально-организационные проблемы общения с адвокатом

К сожалению, далеко не все суды приспособлены для свиданий адвокатов с подсудимыми. В помещениях для содержания арестованных в некоторых судах просто нет комнат для свиданий, а сами эти помещения с точки зрения условий содержания и санитарии производят очень нехорошее впечатление. Переполненность камер, сумрак и грязь, отсутствие специальных комнат для бесед явно затрудняют возможность получения квалифицированной юридической помощи в зданиях некоторых судов.

Полагаем необходимым предусмотреть запрет на нарушение конфиденциальности переговоров адвокатов с подзащитными при любых обстоятельствах. Следует создать необходимые материально-бытовые условия для свиданий с арестованными в зданиях судов, а также обеспечить право на конфиденциальное общение с защитниками в зданиях правоохранительных органов без участия конвоя и других посторонних лиц.

4.4. Право на защиту при производстве процессуальных действий

Гарантии законности и соблюдения прав личности при производстве следственных действий являются краеугольным камнем судебно-правовой реформы. В этой связи, очень сильно настораживает метаморфоза, произошедшая с регулированием этого института в проекте УПК. Из проекта просто пропали такие следственные действия как прослушивание и запись переговоров, перехват сообщений и наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию. Очевидно, что эти способы собирания доказательств не исключены из арсенала правоохранительных органов, но почему порядок их производства не урегулирован в проекте УПК? И где этот порядок теперь будет описан? Отсутствие ответов на эти вопросы сильно затруднит действия защиты по оценке допустимости и достоверности собранных таким образом доказательств, ставит под угрозу принцип состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе. Очевидно, что любое упрощение процедуры ухудшает положение подозреваемых, обвиняемых, сокращает гарантии их прав.

С точки зрения соблюдения конституционных прав человека на неприкосновенность частной жизни и тайну сообщений, очень важно, чтобы формы, способы и сроки ограничения этих прав, а также гарантии защиты от их необоснованного ущемления были четко прописаны в законе. Необходимо, чтобы вопросы такого правоограничения регламентировались в нормативно-правовом акте, находящемся на вершине соответствующей иерархии. Иными словами, этот круг правоотношений однозначно должен быть в сфере действия Уголовно-процессуального кодекса, а не законов, имеющих меньшую силу. В этой связи,

сокращение норм в проекте УПК за счет процедурных правил производства следственных действий, связанных с посягательством на неприкосновенность частной жизни, тайну переговоров и иных сообщений, явно указывает на усиление инквизиционных начал в судопроизводстве и чревато откатом от демократических ценностей правового государства.

Право на защиту при ограничении личной свободы

Право на защиту в первую очередь направлено на обеспечение такого фундаментального института как личная свобода человека. Действующее законодательство не свободно от рудиментов советского репрессивного процесса, который не особо стеснял себя формальностями при ограничении этого права. К сожалению, в проекте УПК нет норм, направленных на усовершенствование процедуры санкционирования ареста.

Исследования проведенные в этой области выявили несовершенства действующего порядка применения ареста, состоящие в отсутствии проверки законности и обоснованности задержания во всех без исключения случаях, как это предусмотрено стандартом Habeas Corpus, слабом развитии и применении альтернативных аресту мер пресечения, проблемах с открытостью судебных заседаний по санкционированию ареста, трудностях с обеспечением прав на перевод, квалифицированной защитой и пр.¹²¹

Все эти недостатки пока просто законсервированы. По проекту УПК, как и прежде, суды рассматривают только ходатайства об избрании содержания под стражей, поступившие от органов уголовного преследования. Если следствие не применяет арест, суд не уполномочен давать оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу. Процесс оценки правомерности избрания ареста также формализован, суды не имеют права самостоятельно назначать альтернативные аресту меры пресечения.

Вызывает сожаление тот факт, что в проекте УПК положения, регламентирующие применение досудебного лишения свободы, не стали предметом гуманизации и развития. Так, например, перечень мер пресечения (ст. 123 проекта) остался практически неизменным по сравнению с ныне действующим. Это означает отсутствие дополнительных альтернатив аресту, узость и косность процессуальной формы, нехватку необходимых в разных жизненных ситуациях вариантов для принятия решений судьей и следователем в процессе обеспечения надлежащего поведения подозреваемого.

Исходя из анализа соответствующих положений проекта УПК¹²² можно сделать вывод о том, что сохраняется ныне существующий семидесятидвухчасовой срок задержания. Вместе с тем, вопрос о том, что этот срок является неоправданно большим, обсуждается давно и даже Специальный докладчик Организации Объединенных Наций по пыткам, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению и наказанию рекомендовал Республике Казахстан сократить этот срок до 48 часов.¹²³ Полагаем, что в таких деталях на самом деле могло бы проявиться желание авторов проекта УПК гуманизировать уголовно-процессуальное

¹²¹ Более подробно см.: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 4-5.

¹²² Часть 2 ст. 123 проекта УПК.

¹²³ Подпункт б) п. 81 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. URL: <http://www.zakon.kz/analytics/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

законодательство. Разумеется, если такое желание имеет место в действительности, а не является пустой декларацией.

Право на телефонный звонок

Право на защиту порой превращается в фикцию, если задержанный не может сообщить о себе тем, кому он небезразличен. Содержание инкоммуникадо, к сожалению, проблема, не обошедшая стороной отечественное правосудие. Формально, в соответствии с ч. 2 ст. 68 УПК РК каждому задержанному подозреваемому предоставлено право немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания. Однако, далее в законе эта возможность не обеспечена процедурными гарантиями и потому, на практике далеко не всегда право сделать такой телефонный звонок может быть свободно реализовано.

Считаем, что необходимо, во-первых, расширить это право, предоставив возможность сначала позвонить близким, а потом своему адвокату, если таковой имеется, или в профессиональную организацию адвокатов для выбора и приглашения защитника. Далее нужно закрепить в нормах нового УПК обязательное отражение в протоколах задержания и (или) допроса в качестве подозреваемого факта предоставления возможности сделать телефонный звонок, и описания последующих действий задержанного (произвел звонок, отказался и т.п.) и их результатов (кто ответил, во сколько и т.д.). Отражение этих действий в процессуальных документах гарантировало бы соблюдение данного права, а органам судебного контроля и прокурорского надзора позволило бы своевременно обнаруживать и пресекать его нарушение.

Вопросы гарантирования права на защиту относятся к числу наиболее сложных в юридической науке и практике. Очевидно, что для решения существующих в этой сфере проблем нужна политическая воля, искреннее признание приоритета прав и свобод человека перед ценностями иного порядка. Поскольку Республика Казахстан взяла на себя соответствующие международные обязательства, полагаем, что обеспечение основных прав человека в уголовном процессе - долг нашей страны перед мировым сообществом и собственным народом.

Пока, к сожалению, действующее законодательство и традиция его применения далеки от полного соответствия существующим в этой сфере международным стандартам. Ожидания, возникшие в связи с реформой уголовно-процессуального законодательства, пока не оправдываются. Анализ положений проекта УПК позволяет, к сожалению, констатировать тот факт, что необходимых и актуальных изменений в законодательство он не несет. Авторы нового Кодекса даже не смогли развить до конца тот ограниченный перечень идей по реформированию уголовного судопроизводства, который был изложен в Концепции проекта Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.¹²⁴ Возможно, такая ситуация сложилась вследствие того, что процесс разработки нового УПК был в некоторой степени монополизирован Генеральной прокуратурой, тогда как столь важные и актуальные на сегодняшний день институты судебного контроля и обеспечения права на защиту, относятся к сфере жизненных интересов судебной системы и адвокатуры, не имеющей пока возможности принимать активное участие в создании процессуального закона.

Надеемся, что законотворческий процесс будет более открытым и справедливым, а конструктивное взаимодействие ведомств, государственных

¹²⁴ URL: www.supcourt.kz/export/sites/default/rus/zakonoproekt/UPK.doc

органов и институтов гражданского общества поможет решить вышеуказанные и многие другие проблемы уголовного судопроизводства.

При этом желательно всем участникам законотворческого процесса помнить, что в таком важном деле как совершенствование уголовно-процессуального законодательства необходимо руководствоваться в первую очередь интересами граждан нашей страны, нуждающихся в справедливом и честном правосудии, а также в дополнительной защите их конституционных прав и свобод.

Предложения и рекомендации:

1. Рассмотреть вопрос об обеспечении состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе, посредством внедрения полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека при производстве по уголовным делам, для чего создать самостоятельное звено судебной системы, состоящее из судей, ответственных только за осуществление указанной функции на досудебных стадиях процесса.

2. К компетенции судей по контролю за законностью и соблюдением прав человека, помимо предложенных в проекте УПК полномочий, отнести санкционирование всех следственных и процессуальных действий, ограничивающих конституционные права человека, а также некоторые правообеспечительные процедуры, например, контроль за предъявлением обвинения, разъяснение прав и обязанностей в связи с участием в уголовном процессе, ознакомление с материалами уголовного дела и др.

3. Развить и конкретизировать в УПК полномочия адвокатов по собиранию доказательств, детально описав процессуальную форму депонирования фактических данных, допроса свидетелей, назначения и производства экспертиз, получения образцов для сравнительного исследования, истребования предметов и документов, использования возможностей частной детективной деятельности. Предусмотреть обязательность проведения судебных заседаний по депонированию доказательств при наличии соответствующего ходатайства защиты.

4. Привести в соответствие с международными стандартами процессуальный порядок задержания и ареста, а именно, сократить до 48 часов срок задержания и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного, предоставить судам право выбирать меру пресечения обвиняемому.

5. Расширить перечень альтернативных аресту мер пресечения.

6. Унифицировать в рамках единой процессуальной формы следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, и регламентировать эту форму только в уголовно-процессуальном законодательстве.

7. Предусмотреть в законе процедуру предъявления обвинения (подозрения) в судебном заседании под контролем суда, в ходе которого проводить разъяснение сущности и объема обвинения, оценку законности, примененного в

отношении подозреваемого задержания (если таковое имело место), а также проверку соблюдения права на защиту посредством выбранного адвоката, права на телефонный звонок, права на перевод материалов дела в соответствии с принципом языка судопроизводства и др.

8. Усилить и усовершенствовать гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности, в частности: установить запрет на прослушивание и запись телефонных переговоров адвоката, запретить любое вторжение в служебные и жилые помещения адвокатов, в том числе осуществление гласных и негласных осмотров, обысков, выемок и иных подобных следственных и оперативных мероприятий в отношении адвокатов.

9. Запретить в законе привлечение адвокатов в качестве лиц, сотрудничающих с правоохранительными органами на конфиденциальной основе.

10. Запретить ограничение гражданских и экономических прав адвокатов в связи с их профессиональной деятельностью.

11. Запретить на законодательном уровне любое уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за правомерные действия, совершенные ими в связи с оказанием юридической помощи, в том числе за публичные высказывания адвокатов в средствах массовой информации и в залах судебных заседаний.

12. Предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в делах по назначению органов, ведущих уголовный процесс, только на основании решения президиумов коллегий адвокатов.

13. Решить вопрос беспрепятственного допуска адвокатов к участию по делам всех категорий, включая дела, содержащие государственные секреты, вхождение в которые осуществлять посредством предоставления адвокатом подписки о неразглашении этих секретов.

14. Предусмотреть свободный допуск адвокатов к своим подзащитным, содержащимся в местах досудебного лишения свободы и местах отбывания наказания, на основании ордера адвоката, без необходимости получения соответствующих разрешений от органов уголовного преследования и суда.

15. Наделить адвокатов правом свободного доступа в помещения органов расследования и суда по предъявлению ордера и документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре (удостоверения). Прекратить незаконную практику досмотров адвокатов и изъятия у них при входе в помещения правоохранительных органов сотовых телефонов, фото-видеокамер, компьютеров, носителей информации и другого имущества.

16. Прямо запретить в законе нарушение конфиденциальности переговоров адвокатов с подзащитными при любых обстоятельствах. Создать необходимые материальные условия для свиданий адвокатов с арестованными в зданиях судов, а также обеспечить право на конфиденциальное общение с защитниками в зданиях правоохранительных органов без участия конвоя.

17. Расширить право на телефонный звонок, предоставив возможность звонить не только близким, но и адвокату. Закрепить в законе обязательное отражение в протоколах задержания и (или) допроса в качестве подозреваемого факта предоставления возможности совершить телефонные звонки.

18. Предоставить президиумам коллегий адвокатов право отказывать в приеме в члены коллегий лицам, имеющим лицензии, но в ходе своей предыдущей профессиональной деятельности скомпрометировавшим себя перед институтом адвокатуры и недостойным состоять в её рядах.

19. Закрепить в законе, порядок, в соответствии с которым дисциплинарное производство в отношении адвокатов относится к исключительной компетенции органов адвокатуры.

Сентябрь, 2012 г.

**ОТЧЕТ
ПО ПРИКЛАДНОМУ ИССЛЕДОВАНИЮ
«СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СУДОПРОИЗВОДСТВА С УЧАСТИЕМ
ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН»**

Введение

Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ ОБСЕ) в 2007-2008 гг. осуществило в сотрудничестве с Верховным судом Республики Казахстан проект по мониторингу суда с участием присяжных заседателей. Презентация результатов этого проекта прошла в Верховном суде 19 июня 2008 г. Данный проект был одним из многих успешных начинаний, которые были осуществлены БДИПЧ ОБСЕ в сотрудничестве с Верховным судом Республики Казахстан за последние 10 лет в области укрепления независимости судебной системы и повышения профессиональной подготовки судей. Ряд рекомендаций по итогам этого проекта уже нашли свое отражение в законодательных новеллах.

В целях продвижения рекомендаций БДИПЧ ОБСЕ по вопросам развития института суда присяжных в Казахстане Центр исследования правовой политики при содействии БДИПЧ ОБСЕ с ноября 2009 г. по март 2010 г.г. провел прикладное исследование по теме: «Совершенствование судопроизводства с участием присяжных заседателей в уголовном процессе Республики Казахстан».

В рамках исследования экспертами в судах первой инстанции было изучено около 40 архивных материалов по делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей за период с января 2007 г. по январь 2010 г. Также эксперты проекта посетили 19 заседаний по 9 отдельным судебным разбирательствам с участием присяжных заседателей в г.г. Астана, Алматы, Костанай, Кокшетау.

На основе изученных материалов экспертами был подготовлен настоящий отчет. Отчет содержит ряд рекомендаций по дальнейшему совершенствованию института присяжных заседателей, что особенно актуально в свете разработки проекта новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.

Центр исследования правовой политики благодарит всех экспертов принявших участие в подготовке настоящего отчета и надеется, что рекомендации отчета будут полезны в ходе реформирования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан.

Сводные рекомендации

1. Целесообразно обеспечить на законодательном уровне участие адвоката при разъяснении обвиняемому права на суд присяжных, поскольку он мог бы должным образом разъяснить обвиняемому лицу правовые последствия выбора такой формы судопроизводства. Такая процессуальная гарантия также исключала бы возможные злоупотребления со стороны органа, ведущего уголовного расследование, который иногда может быть не заинтересован в рассмотрении конкретного дела судом с участием присяжных заседателей.

2. Для того, чтобы обеспечить обвиняемому свободу выбора состава суда без оказания какого-либо давления со стороны следователя или прокурора необходимо ввести процедуру, согласно которой подсудимый ходатайствует о замене суда с участием присяжных заседателей на суд, состоящий только из профессиональных судей. Такое правило автоматически гарантировало бы обвиняемому право на суд с участием присяжных заседателей до тех пор, пока он не отказался от него.

3. Отказ от суда с участием присяжных должен удовлетворять двум обязательным условиям: добровольности и публичности. Добровольность означает, что обвиняемый должен заявить ходатайство об отказе от суда с участием присяжных без помощи или инициативы, исходящей от прокурора или судьи. Следователь, прокурор и судья должны быть освобождены от обязанности разъяснять обвиняемому его право на суд с участием присяжных заседателей, и лишены возможности влиять на обвиняемого. Публичность означает, что отказ может быть сделан только в открытом судебном заседании.

4. Представляется, что в целях обеспечения объективности и исключения каких-либо отступлений от принципов случайной выборки, следовало бы предусмотреть право сторон присутствовать при указанной процедуре. Такое участие исключило бы факты выражения сторонами какого-либо сомнения, недоверия по поводу непредвзятости и объективности такой выборки и соответствовало бы требованиям ст. 23 УПК РК.

5. При подготовке новой редакции УПК РК рассмотреть возможность внесения изменений, позволяющих сторонам лично опрашивать кандидатов на предмет выяснения их объективности. Следует предусмотреть полномочия суда снимать тот или иной вопрос, адресованный устно сторонами кандидатам в присяжные заседатели, если он задается в некоренной форме, не относится к предмету обсуждения вопроса о независимости или беспристрастности кандидатов.

6. В настоящее время актуально не только ввести официально форму анкеты, но и дополнить сведения о кандидатах, представляемые сторонам, информацией о роде их занятий. Это позволит оптимизировать процесс отводов и немотивированных отводов кандидатов в присяжные заседатели.

7. Следует исключить из УПК РК запрет на обсуждение в присутствии присяжных допустимости доказательств обвинения, поскольку оценка этих доказательств напрямую связана с оценкой обстоятельств самого уголовного дела, что в смешанной модели суда присяжных в равной степени относится как к компетенции присяжного, так и к компетенции профессионального судьи.

8. Целесообразно предусмотреть обязательное разъяснение председательствующим всем допрашиваемым лицам запрета на оглашение в присутствии присяжных сведений о прежней судимости подсудимого или его заболеваниях алкоголизмом или наркоманией. Разглашение подобной информации сторонами должна вести к инициированию соответствующих дисциплинарных разбирательств в отношении профессиональных участников, допустивших оглашение подобной информации в уголовном процессе с участием присяжных заседателей.

9. Полагаем необходимым, в новой редакции УПК РК прямо указать о недопустимости постановки вопросов перед присяжными, которые требуют от них юридической оценки содеянного подсудимым, уголовно-правовой квалификации его действий, с использованием юридических терминов и формулировок, для ответов на которые необходимо иметь юридическое образование. В целях соблюдения норм закона в вопросных листах не указывать факты, которые не подлежат рассмотрению

присяжными заседателями. В ходе обучающих мероприятий для судей необходимо проводить специальные учебные сессии по подготовке вопросных листов.

10. Представляется, что на предварительном слушании судьям следовало бы в обязательном порядке выяснять у сторон, были ли допущены в ходе расследования нарушения прав подсудимых, а также норм УПК РК, влекущие признание того или иного доказательства недопустимым.

11. Целесообразно включить в УПК РК право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей. Вместе с тем, либо законодатель, либо Верховный Суд РК в своем Нормативном постановлении должен предоставить четкое разъяснение в каких случаях состав коллегии присяжных может рассматриваться в качестве тенденциозного. Законодатель и/или Верховный Суд РК должны определить четкие критерии, которые могли бы быть использованы для выявления тенденциозности состава коллегии присяжных. Более того, следует также определить какое число присяжных в коллегии может обнаружить тенденциозность состава.

12. Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей и профессионального судьи на этапе установления вины обвиняемого и для того, обеспечить присяжных полной информацией, необходимой для вынесения соразмерного и справедливого наказания, казахстанскому законодателю следует разделить прения сторон на два отдельных слушания. Судья и присяжные должны присутствовать на обоих слушаниях. В ходе первого слушания, после рассмотрения всех доказательств, стороны должны иметь возможность выступить с заключительным словом относительно виновности или невиновности обвиняемого без обсуждения предыдущих судимостей подсудимого и других фактов его биографии. После первой стадии прений судья и присяжные удаляются в совещательную комнату для постановления вердикта о виновности или невиновности обвиняемого. Второе слушание проводилось бы только в случае признания подсудимого виновным, в каком-либо из инкриминируемых ему преступлений. При этом суд в полном составе, при участии присяжных заседателей, должен в таком случае заслушать доказательства, которые могут повлиять на меру наказания, включая отягчающие и смягчающие обстоятельства.

13. Следует предусмотреть запрет профессиональному судье брать с собой в совещательную комнату материалы дела. Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей необходимо дополнить УПК РК положением прямо запрещающим председательствующему судье обсуждать доказательства в совещательной комнате. Закон должен также запрещать судье брать с собой какие-либо документы в совещательную комнату за исключением текста обращения председательствующего к присяжным.

14. Для того, чтобы минимизировать возможное судебное давление на присяжных заседателей казахстанскому законодателю необходимо изменить нормы УПК РК в отношении совещания суда с участием присяжных заседателей. В частности, казахстанский УПК РК может заимствовать модель, которая до недавнего времени существовала в швейцарском кантоне Женева. Согласно этой модели суда присяжных председательствующий судья мог присутствовать в совещательной комнате и мог давать разъяснения законодательства, но не мог высказывать своего личного мнения относительно виновности или невиновности подсудимого. Если присяжные признавали подсудимого виновным, то судья и присяжные совещались и решали меру наказания совместно.

15. Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство необходимо изменить и дополнить нормой, согласно которой председательствующий судья

может присутствовать в совещательной комнате и может давать разъяснения законодательства, но ему запрещается, каким-либо образом высказывать свое личное мнение относительно виновности или невиновности подсудимого.

16. Так как ныне существующая процедура тайного голосования не обеспечивает независимости и беспристрастности присяжных либо подлинности голосов, рекомендуется упразднить систему тайного голосования и дополнить уголовно-процессуальное законодательство требованием для присяжных выносить мотивированные обвинительные вердикты и объяснять причины для вынесения соответствующей меры наказания.

17. Казахстанскому законодателю целесообразно рассмотреть вопрос включения в состав суда апелляционной инстанции также и непрофессиональных судей. Одним из возможных вариантов может быть модель суда с участием нескольких профессиональных судей и значительного числа присяжных заседателей, которые могли бы быть отобраны путем случайной выборки из областных списков кандидатов в присяжные заседатели.

18. Рекомендуется расширить права защиты на обжалование обвинительных приговоров на основаниях нарушений права и фактических ошибок.

19. Необходимо провести дополнительное обучение судей и судебных работников (секретарей судебных заседателей, судебных приставов, работников канцелярий. и др.) с тем чтобы обеспечить должное соблюдение законодательных положений, создать благоприятные условия для реализации гражданами права для участия в отправлении правосудия.

20. Законодателю необходимо ввести административную и уголовную ответственность за нарушение процедуры отбора присяжных заседателей в суде.

21. Обращение председательствующего всегда должно соответствовать основным требованиям полноты, ясности, объективности и точности в разъяснении закона и обстоятельств дела.

22. Приговоры суда, включая часть о мере наказания, должны быть всегда мотивированы и выносятся в письменной форме судом с участием присяжных заседателей.

23. Законодателю необходимо рассмотреть возможность расширения подсудности судов с участием присяжных заседателей.

24. Предлагается изучить целесообразность расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей по всем категориям дел, наказуемых сроком на десять лет лишения свободы, либо более суровым наказанием, а также по всем делам о политических преступлениях и преступлениях, связанных со средствами массовой информации.

Рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.», нашедшие отражение в законодательстве Республики Казахстан

Разъяснение обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей и заявление обвиняемым такого ходатайства (ст. 546 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан¹²⁵)

¹²⁵ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан № 206-1 от 13.12.1997 г. по состоянию на декабрь 2009 г. (Далее - УПК РК)

При введении института суда присяжных в Казахстане ст. 546 УПК РК было предусмотрено, что при ознакомлении обвиняемого по окончании предварительного следствия со всеми материалами дела следователь обязан разъяснить ему право ходатайствовать о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей, а также правовые последствия удовлетворения такого ходатайства, включая особенности обжалования и рассмотрения жалоб на приговоры суда с участием присяжных заседателей.¹²⁶

В 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало в целях более полного обеспечения права каждого предстать перед судом с участием присяжных заседателей, предусмотреть в действующем законодательстве разъяснение обвиняемому права на суд присяжных не только следователем по окончании расследования, но и судом в ходе проведения предварительного слушания на стадии назначения главного судебного разбирательства. Эксперты БДИПЧ ОБСЕ предлагали разъяснять право на суд с участием присяжных в присутствии защитника, а также предоставить право ходатайствовать о рассмотрении дела судом с участием присяжных на каждом из указанных этапов судопроизводства.¹²⁷

Впоследствии данная рекомендация в некоторой степени была учтена законодателем в Законе РК от 10 декабря 2009 г.¹²⁸ Права обвиняемого в части заявления ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей были расширены. В настоящее время обвиняемый имеет право заявлять ходатайство о рассмотрении дела судом с участием присяжных заседателей не только при объявлении ему об окончании предварительного следствия и о предъявлении для ознакомления всех материалов дела, но и в последующий период, в том числе и на предварительном слушании дела в суде, но до назначения судом главного судебного разбирательства.¹²⁹

Рекомендация об участии адвоката при разъяснении обвиняемому права на суд присяжных не была учтена законодателем и пока не нашла отражение в проекте

¹²⁶ См. УПК РК и Закон РК № 122 от 16.01.2006 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам введения уголовного судопроизводства с участием присяжных заседателей». (Далее - Закон РК № 122 от 16.01.2006 г.).

¹²⁷ См. Рекомендация 1. Отчет БДИПЧ ОБСЕ по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.» (Далее – Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.).

¹²⁸ Закон РК от 10 декабря 2009 г. № 227-IV «О внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы Республики Казахстан по вопросам совершенствования судебной системы». См. *Казахстанская правда*, 22 декабря 2009 г. (Далее - Закон РК от 10 декабря 2009 г.). Эти изменения в законодательство были внесены Парламентом РК после критической оценки УПК РК Конституционным Советом Республики Казахстан. В своем Нормативном постановлении от 18 апреля 2007 года № 4 Конституционный Совет РК указал, что нормы, ограничивающие право подсудимого заявлять ходатайство о рассмотрении его дела судом с участием присяжных на судебной стадии не согласуются с общими нормами УПК РК, регулирующими вопросы заявления ходатайств. Конституционный совет РК также указал, что «законодателю следовало бы предоставить возможность заявления обвиняемым (подсудимым) ходатайства о рассмотрении его дела судом с участием присяжных заседателей также и при производстве по уголовному делу в суде». См. «Об официальном толковании пункта 2 статьи 12, пунктов 2 и 8 статьи 62, пункта 1 статьи 76, подпунктов 3) и 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан» Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 апреля 2007 года № 4.

¹²⁹ Часть 3 статьи 546 УПК РК.

новой редакции УПК РК. В тоже время участие адвоката в таких случаях целесообразно, поскольку он мог бы должным образом разъяснить обвиняемому лицу правовые последствия выбора такой формы судопроизводства. Такая процессуальная гарантия также исключала бы возможные злоупотребления со стороны органа, ведущего уголовного расследование, который иногда может быть не заинтересован в рассмотрении конкретного дела судом с участием присяжных заседателей.

Еще более надежной гарантией права свободного выбора формы судопроизводства с участием присяжных заседателей является мера, предложенная некоторыми экспертами БДИПЧ. Так, например, известный эксперт по моделям суда присяжных Н.П. Ковалев в своей монографии пишет: «Для того, чтобы обеспечить обвиняемому свободу выбора состава суда без оказания какого-либо давления со стороны следователя или прокурора страны бывшего Советского Союза должны ввести процедуру, согласно которой подсудимый ходатайствует о замене суда с участием присяжных заседателей на суд, состоящий только из профессиональных судей. Такое правило автоматически гарантировало бы обвиняемому право на суд с участием присяжных заседателей до тех пор, пока он не отказался от него».¹³⁰ Ковалев указывает, что «отказ от суда с участием присяжных должен удовлетворять двум обязательным условиям: *добровольности* и *публичности*. Добровольность означает, что обвиняемый должен заявить ходатайство об отказе от суда с участием присяжных без помощи или инициативы, исходящей от прокурора или судьи. Следователь, прокурор и судья должны быть освобождены от обязанности разъяснять обвиняемому его право на суд с участием присяжных заседателей, и лишены возможности влиять на обвиняемого. Публичность означает, что отказ может быть сделан только в открытом судебном заседании».¹³¹

Участие второго судьи

С января 2007 г. по январь 2010 г. суд с участием присяжных заседателей в областном и приравненном к нему суде действовал в составе двух судей и девяти присяжных заседателей.¹³² Второй судья принимал участие при формулировании вопросного листа.¹³³ Сложившаяся практика судопроизводства с участием присяжных в Казахстане показала, что председательствующие единолично справлялись со своими обязанностями, не нуждаясь при этом в помощи второго судьи. В связи с чем, БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало рассмотреть вопрос о целесообразности отказа от участия второго профессионального судьи при рассмотрении дел с участием присяжных заседателей.¹³⁴

Законом РК от 10 декабря 2009 г. состав суда с участием присяжных заседателей был изменен. В настоящее время дела этой категории рассматриваются в межрайонном специализированном суде по уголовным делам и специализированном межрайонном военном суде по уголовным делам¹³⁵ в составе

¹³⁰ См. Nikolai Kovalev, *Criminal Justice Reform in Russia, Ukraine, and the Former Republics of the Soviet Union: Trial by Jury and Mixed Courts*. The Edwin Mellen Press. p. 278 (2010).

¹³¹ Там же.

¹³² Ст. 544 УПК РК по состоянию на декабрь 2009 г. и Закон РК № 122 от 16.01.2006 г.

¹³³ Часть 1 ст. 565 УПК РК по состоянию на декабрь 2009 г.

¹³⁴ См. Рекомендация 17. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹³⁵ Хотя дела, рассматриваемые судом с участием присяжных заседателей, отнесены к подсудности специализированного межрайонного уголовного суда, название ст. 543 УПК до ноября 2011 г. оставалось прежним: «Подсудность дел суду с участием присяжных

одного судьи и десяти присяжных заседателей. Однако дополнения и изменения были сделаны недостаточно аккуратно и до ноября 2011 года, ряд норм УПК РК предусматривал участие второго судьи.¹³⁶ Эти недочеты были устранены путем внесения изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства.¹³⁷

Проект новой редакции УПК РК сохраняет и полностью повторяет существующую в настоящий момент норму, касающуюся состава суда с участием присяжных заседателей.

Актуальные рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по итогам проекта «Мониторинг судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г.», не нашедшие последующее отражение в законодательстве Республики Казахстан

Рекомендации БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. по вопросам формирования списков кандидатов в присяжные заседатели в местных исполнительных органах Республики Казахстан

В 2007 г. мониторинг БДИПЧ ОБСЕ выявило ряд проблем:

- нарушение сроков составления списков кандидатов в присяжные заседатели;
- громоздкость системы списков;
- отсутствие четких критериев по определению количества лиц, необходимых для включения в списки кандидатов в присяжные;
- неэффективность существующего порядка проверки списков;
- плохо организованная процедура ознакомления со списками кандидатов в присяжные заседатели надлежащим образом.

В связи с выявленными проблемами БДИПЧ ОБСЕ разработало ряд рекомендаций по их устранению.¹³⁸ Наблюдения за процессами с участием присяжных заседателей, изучение практики формирования списков

заседателей в *областном и приравненном к нему суде*». Законом Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства» от 9 ноября 2011 года № 490-IV, было внесено изменение, согласно, которому статья была озаглавлена «Подсудность дел суду с участием присяжных заседателей» (Далее Закон РК от 9 ноября 2011 г.).

¹³⁶ Например: 1) ч. 3 ст. 557 УПК гласила: «Если в ходе судебного разбирательства, но до удаления присяжных заседателей и *судей* в совещательную комнату»; 2) ч. 5 ст. 562 УПК устанавливала: «Стороны без участия коллегии присяжных заседателей могут ходатайствовать об исследовании доказательств, исключенных ранее *судьями* из разбирательства дела... Выслушивание мнений участников судебного разбирательства по делу в связи с таким ходатайством производится *судьями*»; 3) в ч.ч. 1 и 2 ст. 567 указывалось: «Перед удалением *судей* и присяжных заседателей в совещательную комнату. При обращении к присяжным заседателям председательствующему запрещается в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей и *судей*.»; 4) ч. 1 ст. 565 УПК предусматривала: «С участием *второго судьи* ...»; 5) п. 1 ч. 1 ст. 571 УПК предписывала: «во вводной части приговора не указываются фамилии *второго судьи*...».

¹³⁷ См. Закон РК от 9 ноября 2011 года.

¹³⁸ Рекомендации 22 – 40. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

исполнительными органами в период с 2008 г. по 2010 г., проведенные в рамках настоящего исследования, свидетельствовали о том, что все проблемы, выявленные в ходе мониторинга 2007 г., продолжали иметь место. Законодательные и организационные пробелы формирования списков кандидатов в присяжные заседатели стали серьезным препятствием для эффективного отправления правосудия с участием присяжных заседателей.¹³⁹ Процедура отбора присяжных отличается громоздкостью и отсутствием дополнительных гарантий объективности отбора. Законодатель также не заявлял о внесении в Закон Республики Казахстан «О присяжных заседателях» каких-либо изменений по этому вопросу.¹⁴⁰

Случайная выборка кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного списков

После назначения главного судебного разбирательства по распоряжению председательствующего секретарь судебного заседания производит предварительную случайную выборку кандидатов в присяжные заседатели из находящихся в суде единого и запасного (годовых) списков.¹⁴¹ В Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. было отмечено, что УПК РК не регламентирует порядок производства случайной выборки в суде и не предусматривает каких-либо гарантий случайности отбора и достоверности сформированного списка. В связи с этим БДИПЧ ОБСЕ рекомендовало в целях обеспечения репрезентативности состава коллегии присяжных, а также объективности процесса ее формирования, урегулировать в УПК РК порядок производства случайной выборки в суде, предусмотрев такие гарантии случайности отбора и достоверности сформированного списка, как присутствие сторон при выборке, применение надежных технических инструментов, гарантирующих ее случайность и репрезентативность предварительного состава.¹⁴² Следует отметить, что данный подход используется во Франции, где председатель суда выбирает в открытом судебном заседании путем случайной выборки имена сорока присяжных из годовых списков кандидатов в присяжные, которые входят в состав суда в определенный период.¹⁴³ Примечательно, что законодатель Кыргызстана также ввел подобное требование в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Кыргызстан.¹⁴⁴

¹³⁹ См. Nikolai Kovalev and Gulnar Suleymenova, "New Kazakhstani quasi-jury system: Challenges, trends and reforms", *International Journal of Law, Crime and Justice*, 38, 261-278 (2010).

¹⁴⁰ Закон Республики Казахстан «О присяжных заседателях» от 16.01.2006 N 121-3 (Далее – Закон РК «О присяжных заседателях»).

¹⁴¹ Часть 2 ст. 550 УПК РК.

¹⁴² Рекомендации 2, 3. Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁴³ См. Code of Criminal Procedure of France, art. 266. Retrieved from. http://195.83.177.9/upl/pdf/code_34.pdf

¹⁴⁴ См. ч 1 ст. 331-5 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики от 30 июня 1999 года (В редакции Законов КР от 22.06.2001 г. №55, 28.06.2001 г. №62, 04.08.2001 г. №81, 20.03.2002 г. №41, 16.10.2002 г. №141, 13.03.2003 г. №61, 11.06.2003 г. №98, 05.08.2003 г. №192, 14.11.2003 г. №221, 24.03.2004 г. №47, 28.03.2004 г. №52, 24.05.2004 г. №68, 08.08.2004 г. №111, 22.07.2005 г. №112, 06.02.2006 г. №35, 19.07.2006 г. №123, 08.08.2006 г. №157, 24.11.2006 г. №188, 29.12.2006 г. №232, 09.02.2007 г. №13, 13.06.2007 г. №87, 25.06.2007 г. №91, 25.06.2007 г. №93, 14.07.2008 г. №142, 14.07.2008 г. №143, 05.08.2008 г. №193, 17.10.2008 г. №220, 17.07.2009 г. №225, 17.07.2009 г. №231, 17.07.2009 г. №234, 24.07.2009 г. №246, 12.10.2009 г. №267, 12.10.2009 г. №268, 26.10.2009 г. №288, 26.10.2009 г. №289, 10.02.2010 г. №27, 25.02.2010 г. №35, 11.07.2011 г. №89, 26.07.2011 г.

Однако, в Казахстане до сих пор этот вопрос остается неурегулированным законодателем. Представляется, что в целях обеспечения объективности и исключения каких-либо отступлений от принципов случайной выборки, следовало бы предусмотреть право сторон присутствовать при указанной процедуре. Такое участие исключило бы факты выражения сторонами какого-либо сомнения, недоверия по поводу непредвзятости и объективности такой выборки и соответствовало бы требованиям ст. 23 УПК РК.

Право сторон задавать вопросы кандидатам в присяжные заседатели

Согласно ч. 4 ст. 551 УПК РК: «в целях объективного решения вопроса об освобождении кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела председательствующий может при отборе присяжных заседателей задавать кандидатам вопросы, предложенные в письменной форме потерпевшим, обвиняемым и его защитником, а также другие вопросы по своему усмотрению, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей. Прокурор задает кандидатам вопросы самостоятельно и в устной форме». Ранее данное положение было оговорено следующим образом: «4. В целях объективного решения вопроса об освобождении кандидата в присяжные заседатели от участия в рассмотрении дела председательствующий может при отборе присяжных заседателей задавать кандидатам вопросы, предложенные в письменной форме прокурором, потерпевшим, обвиняемым и его защитником, а также другие вопросы по своему усмотрению, имеющие значение для формирования коллегии присяжных заседателей. Подобное разделение в возможностях сторон было установлено Законом РК от 9 ноября 2011 года и представляется нам не вполне справедливым. В данном положении закона нами усматривается нарушение принципа равенства сторон. Законодатель наделил прокуроров, как представителей стороны обвинения расширенными полномочиями в части отбора кандидатов. Судья по своему усмотрению может не оглашать все письменные вопросы поданные стороной защиты, в то время как прокурор волен задать любой вопрос в открытой форме.

На практике это требование выполняется не по всем делам. Например, судья по протоколам главного судебного разбирательства, изученным экспертами исследования за период с 2008 по 2010 г.г. в некоторых делах государственным обвинителем и защитником вопросы кандидатам в присяжные заседатели задавались устно.¹⁴⁵ Такие факты также были зафиксированы экспертами проекта в ходе наблюдения за судебными заседаниями в 2010 году. Так, по уголовному делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам г. Алматы, государственным обвинителем задавались вопросы кандидатам в устной форме.¹⁴⁶

Поскольку письменная форма опроса кандидатов в присяжные заседатели не гарантирует объективное и беспристрастное формирование коллегии присяжных заседателей, является громоздкой и не прижилась на практике, предлагается снова вернуться к рекомендации, высказанной экспертами БДИПЧ ОБСЕ по итогам

№141, 09.08.2011 г. №152, 27.10.2011 г. №186, 16.11.2011 г. №214, 01.03.2012 г. №10, 08.05.2012 г. №48, 12.07.2012 г. №105, 16.07.2012 г. №111, 16.07.2012 г. №114, 10.08.2012 г. №164). Принят Законодательным собранием Жогорку Кенеша Кыргызской Республики 24 мая 1999 года (Далее – УПК Кыргызстана).

¹⁴⁵ Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–26; уголовное дело № 08710203101455).

¹⁴⁶ Отчет № 09/02/2010/Almaty. См. также п. 3.3. пар. 3, Раздел I. Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

мониторинга 2007 г.¹⁴⁷ В частности, следует при подготовке новой редакции УПК РК рассмотреть возможность внесения изменений, позволяющих сторонам лично опрашивать кандидатов на предмет выяснения их объективности. Следует предусмотреть полномочия суда снимать тот или иной вопрос, адресованный устно сторонами кандидатам в присяжные заседатели, если он задается в некоренной форме, не относится к предмету обсуждения вопроса о независимости или беспристрастности кандидатов. Право сторон задавать вопросы кандидатам в присяжные закреплено в законодательстве Грузии, Кыргызстана и России. Однако законодательство Грузии позволяет судье изучать вопросы сторон до того как они будут заданы кандидатам в присяжные.¹⁴⁸

В ходе настоящего исследования было установлено, что продолжалась практика заполнения кандидатами в присяжные заседатели до процедуры отбора анкет, содержащих различные вопросы, касающиеся соответствия этих лиц требованиям ст. 10 Закона РК «О присяжных заседателях».¹⁴⁹ В 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ было отмечено, что использование таких анкет не регламентировано процедурой отбора и рекомендовало нормативно урегулировать практику использования анкет для опроса предварительного состава присяжных заседателей, порядок их заполнения и гарантии достоверности, изложенных в них сведений,¹⁵⁰ поскольку данная практика содействует упрощению процедуры отбора кандидатов в присяжные заседатели. В связи с чем, в настоящее время актуально не только ввести официально форму анкеты, но и дополнить сведения о кандидатах, представляемые сторонам, информацией о роде их занятий. Это позволит оптимизировать процесс отводов и немотивированных отводов кандидатов в присяжные заседатели.

Исключение фактических данных, недопустимых в качестве доказательств

Согласно ч.ч. 1, 3 ст. 560 УПК РК, если в ходе судебного разбирательства будут обнаружены фактические данные, недопустимые в качестве доказательств, председательствующий обязан решить вопрос об исключении их из числа таковых, а в случае исследования таких доказательств признать их, не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование недействительным. Судьи не должны знакомить присяжных заседателей с фактическими данными, недопустимыми в качестве доказательств.

Казахстанский законодатель заимствовал это правило из российского уголовно-процессуального законодательства, которое направлено на защиту интересов обвиняемого в суде присяжных.¹⁵¹ В связи с отсутствием четкого разъяснения со стороны законодателя или Верховного Суда Республики Казахстан до 2012 года¹⁵²

¹⁴⁷ См. Рекомендацию 9. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁴⁸ См. ст. 223 Уголовно-процессуального кодекса Грузии (Принят Парламентом Грузии 9 октября 2009 г.), ч. 8 ст. 328 Уголовно-Процессуальный Кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ (принят ГД ФС РФ 22.11.2001) (ред. от 29.11.2012) (Далее – УПК РФ) и ч. 7 ст. 331-6 УПК Кыргызстана.

¹⁴⁹ В 2007 г. было установлено, что подобные анкеты, например, заполнялись кандидатами в Северо-Казахстанском и Мангыстауском областных судах, а также в Суде г. Астаны.

¹⁵⁰ См. Рекомендацию 8. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁵¹ См. Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 269.

¹⁵² Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 23 августа 2012 г. «О практике применения судами законодательства регламентирующего производство по делам с участием присяжных заседателей» Верховный Суд РК постановил

эта норма УПК истолковывалась казахстанскими судьями по-разному. Не смотря на то, что Верховный Суд направил судебную практику в том то русле мы считаем это не оправданным.

С одной стороны, как было ранее отмечено в отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. некоторые судьи истолковывают это положение в широком смысле и не позволяют подсудимому опровергать достоверность и правдивость своих признательных показаний данных на предварительном следствии, а также других доказательств стороны обвинения в присутствии присяжных заседателей. В данных процессах каждый раз, когда подсудимые пытались объяснить, что они давали признательные показания в результате физического насилия или принуждения со стороны сотрудников правоохранительных органов в ходе предварительного расследования, судья прерывал подсудимых и просил присяжных не принимать слова подсудимых во внимание и удалиться в совещательную комнату.¹⁵³

Представляется, что данный подход был поддержан Верховным Судом РК как минимум в одном из апелляционных постановлений (дело Мукатова), в котором Верховный Суд усмотрел нарушения уголовного процесса в действиях защитника, который утверждал в присутствии присяжных, что полиция сфабриковала доказательства обвинения в ходе предварительного расследования. На этом основании Верховный Суд РФ отменил оправдательный приговор.¹⁵⁴

С другой стороны, как было отмечено в Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г., а также в ходе наблюдений за судебными слушаниями в 2010 г. некоторые судьи позволяли рассматривать так называемые «процессуальные вопросы» в присутствии присяжных.

Например, по уголовному делу, рассмотренному Атырауским областным судом, по обвинению К, М., К. и И., государственный обвинитель на заявление подсудимого о том, что его избивали сотрудники полиции и вымогали у него деньги, в присутствии

в п. 13: «13. Согласно части третьей статьи 560 УПК в судебном разбирательстве вопрос о допустимости доказательств разрешается без участия присяжных заседателей. По смыслу этой нормы стороны сообщают судье о наличии у них ходатайств юридического характера, не раскрывая их содержания в присутствии присяжных заседателей. При рассмотрении дела с участием присяжных заседателей стороны не вправе без разрешения судьи упоминать присяжным заседателям о наличии в деле доказательств, исключенных ранее решением суда. Судья, руководствуясь статьями 560 и 562 УПК, обязан принять необходимые меры, исключающие возможность ознакомления присяжных заседателей с недопустимыми доказательствами, а также исследования вопросов, не входящих в их компетенцию. Если исследование недопустимых доказательств состоялось, то обсуждение вопроса о признании их не имеющими юридической силы, а состоявшееся их исследование – недействительным, производится в отсутствие присяжных заседателей, и впоследствии им разъясняется содержание принятого решения. Аналогичным образом судья должен поступить в случае, когда до присяжных заседателей доведена информация, не относящаяся к фактическим обстоятельствам дела, например, сведения о судимости подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом и т.п. Если в ходе судебного заседания подсудимый заявит о применении к нему в ходе предварительного следствия недозволенных методов (принуждение к даче показаний, пытки), судья в отсутствие присяжных заседателей исследует показания подсудимого, осуществляет допрос указанных им лиц. Если факты о применении недозволенных методов следствия не подтвердились, суд извещает об этом присяжных заседателей. В случае если факты о применении недозволенных методов в ходе предварительного следствия подтвердились, судья признает полученные таким способом доказательства недопустимыми».

¹⁵³ См. § 4.1 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

¹⁵⁴ Постановление Коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан от 27 мая 2008 года № 2а-153-08.

присяжных, стал выяснять у него, кто его избивал, были ли ему причинены телесные повреждения, знает ли он фамилии избивавших его лиц.¹⁵⁵

По делу, рассмотренному Алматинским городским судом, председательствующим спросил у подсудимого: «Правильно ли вел дело следователь Б.? были какие-либо обиды или ссоры с ним?». При этом, защитник, в присутствии коллегии присяжных, заявил ходатайство о вызове следователя, поскольку, по его мнению, на подсудимого во время следствия было оказано моральное давление. Затем председательствующий также поинтересовался мнением сторон по данному ходатайству защитника.¹⁵⁶

По делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам г. Алматы, председательствующий позволил подсудимым в присутствии присяжных заседателей не только рассказать в подробностях о применении к ним оперативными сотрудниками полиции психического и физического насилия (с использованием противогаза, перекрытия шланга для препятствия поступлению воздуха и др. действий, чтобы они признались в совершении убийства), но и разрешил государственному обвинителю задать вопросы по поводу этих утверждений подсудимых.¹⁵⁷

Полагаем, что запрет на обсуждение допустимости доказательств обвинения не оправдан, поскольку оценка этих доказательств напрямую связана с оценкой обстоятельств самого уголовного дела, что в смешанной модели суда присяжных в равной степени относиться как к компетенции присяжного, так и к компетенции профессионального судьи.¹⁵⁸

По мнению некоторых экспертов, хотя ч. 3 ст. 560 УПК РК запрещает судьям и сторонам представлять недопустимые доказательства в присутствии присяжных, «закон прямо не запрещает сторонам заявлять ходатайства в присутствии присяжных, либо опровергать действительность и добровольность признательных показаний обвиняемого данных, которые представлены стороной обвинения в качестве доказательств вины подсудимого».¹⁵⁹ Более того, эксперты также утверждают, что практика удаления присяжных в совещательную комнату в момент выступлений подсудимого о применении пыток и других незаконных методов давления со стороны полиции «нарушает право обвиняемого защищать себя в суде средствами и способами, не противоречащими закону» закрепленное в ст. 69 УПК РК.¹⁶⁰

Запрет на исследование с участием присяжных обстоятельств, способных вызвать в отношении подсудимого предубеждение присяжных заседателей

¹⁵⁵ Отчет №12/10/2007/АТЫРАУ/9-KZ.

¹⁵⁶ Архив Алматинского городского суда за 2009 г. (уголовное дело № 0975120311001).

¹⁵⁷ См.: AL-1-K-R, AL-2-K-R.

¹⁵⁸ В Отчете БДИПЧ ОБСЕ 2007 г. эта позиция изложена следующим образом: «В целях обеспечения прав граждан на свободу от пыток, бесчеловечного, жестокого и унижающего человеческое достоинство обращения и наказания, а также реализации принципов законности, презумпции невиновности и свидетельского иммунитета, предусмотреть разрешение вопроса об устранении из материалов дела фактических данных, не допустимых в качестве доказательств, в присутствии присяжных. Сторона защиты при этом должна иметь право разъяснить причины изменения показаний, а также сообщить присяжным обо всех случаях применения в отношении подсудимых пыток и иных видов неправомерного воздействия» (Рекомендация 13. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.).

¹⁵⁹ Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 270.

¹⁶⁰ Там же.

В соответствии с ч. 6 ст. 562 УПК РК исследованию с участием присяжных заседателей не подлежат обстоятельства, связанные с прежней судимостью подсудимого, о признании его хроническим алкоголиком или наркоманом, а также иные обстоятельства, способные вызвать в отношении подсудимого предубеждения присяжных заседателей. Однако игнорирование этого правила носит достаточно распространенный характер. Об этом свидетельствуют как данные мониторинга БДИПЧ 2007 года, так и наблюдение за процессами с участием присяжных заседателей в 2010 г. Например, в ходе исследования были выявлены следующие примеры.

По делу, рассмотренному Специализированным межрайонным судом по уголовным делам Костанайской области, прокурор выяснял у потерпевшего, как часто подсудимый употреблял спиртные напитки, а также является ли подсудимый конфликтным человеком.¹⁶¹

По уголовному делу, рассмотренному Акмолинским областным судом, в присутствии присяжных заседателей государственным обвинителем и адвокатом-защитником исследовались такие вопросы: покупал ли подсудимый спиртные напитки, лечился ли он в психиатрической больнице, состоит ли он на учете в психиатрическом диспансере. Причем председательствующий даже спросил у свидетеля «...запах алкоголя слышали?», устанавливая факт злоупотребления алкоголем со стороны подсудимого¹⁶².

По делу, рассмотренному Атырауским областным судом, в присутствии присяжных оглашались справки с наркологического и психиатрического диспансера, а также характеризующие подсудимого материалы (копия приговора в отношении подсудимого), постановление о назначении судебно-наркологической экспертизы.¹⁶³ К сожалению, такие действия со стороны участников процесса судьями не пресекались.

В целях неразглашения информации, которая может вызвать предубеждение присяжных, в процедуре судебного следствия, БДИПЧ ОБСЕ в 2007 г. рекомендовал предусмотреть обязательное разъяснение председательствующим всем допрашиваемым лицам запрета на оглашение в присутствии присяжных сведений о прежней судимости подсудимого или его заболеваниях алкоголизмом или наркоманией.¹⁶⁴ По-видимому, разглашение подобной информации сторонами должна вести к инициированию соответствующих дисциплинарных разбирательств в отношении профессиональных участников, допустивших оглашение подобной информации в уголовном процессе с участием присяжных заседателей.

Формулирование вопросов в вопросном листе

Поскольку присяжные не обладают юридическими познаниями, то недопустима постановка в вопросном листе вопросов с использованием юридической терминологии. Вопросы должны формулироваться в доступных и понятных для них выражениях с использованием общеизвестной терминологии, не требующей познаний в области права. В этой связи, показателен зарубежный опыт. Например, Верховный Суд Российской Федерации, обращая внимание судов на особенности формулирования вопросного листа указал, что «перед коллегией присяжных

¹⁶¹ См.: ОЧЕТ № 04/02/2010/KOSTANAY.

¹⁶² См.: Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108).

¹⁶³ Архив Атырауского областного суда за 2998 г. (уголовное дело № 1-03-08).

¹⁶⁴ Рекомендация 14. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

заседателей не могут ставиться вопросы, требующие от присяжных заседателей юридической квалификации статуса подсудимого, а также собственно юридической, то есть уголовно-правовой оценки при вынесении присяжными заседателями своего вердикта¹⁶⁵, «недопустима постановка вопросов с использованием таких юридических терминов, как умышленное или неосторожное убийство, умышленное убийство с особой жестокостью, умышленное убийство из хулиганских или корыстных побуждений, умышленное убийство, совершенное в состоянии сильного душевного волнения, убийство при превышении пределов необходимой обороны, изнасилование, разбой и т.п.», а также «не должны ставиться вопросы о вероятности доказанности и виновности подсудимого в совершении деяния»¹⁶⁶.

Однако, казахстанская судебная практика идет по другому пути: в вопросных листах по всем изученным архивным уголовным делам¹⁶⁷ на разрешение присяжных заседателей ставились вопросы с использованием юридических терминов и формулировок, требующие от них юридической оценки содеянного подсудимым, а также в нарушение ч. 10 ст. 569 УПК РК¹⁶⁸, ставились вопросы о том, является ли деяние преступлением и какому наказанию подлежит подсудимый, т.е. вопросы, для ответа на которые необходимо иметь юридическое образование.

Извлечения из вопросных листов по уголовному делу по обвинению М., К., И, Ку., Т., М.¹⁶⁹, рассмотренным Алматинским городским судом:

«Доказано ли, что М. тайно похитила личное имущество Ы. после совершения убийства» - Тем самым, суд констатирует, что подсудимая виновна в совершении убийства.

«Имело ли место недонесение о достоверно известном готовящемся или совершенном особо тяжком преступлении – убийства Ы.?»¹⁷⁰

«Доказано ли, что имело место покушение на умышленное убийство М., в группе с А. из корыстных побуждений?»¹⁷¹

«Доказано ли, что М. без цели хищения было совершено неправомерное завладение чужим автомобилем по предварительному сговору? Доказано ли, что М., действуя согласованно с К. С единым умыслом, совершил убийство И. в связи с

¹⁶⁵ Пункт 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 20 декабря 1994 г. «О некоторых вопросах применения судами уголовно-процессуальных норм, регламентирующих производство в суде присяжных»

¹⁶⁶ Пункт 29 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 23 от 22 ноября 2005 г. «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих судопроизводство с участием присяжных заседателей».

¹⁶⁷ За исключением одного дела, рассмотренного Акмолинским областным судом (Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–26).

¹⁶⁸ Часть 10 ст. 569 УПК устанавливает: «В случае если вопрос о вине подсудимого решен положительно, то судья разрешает вопрос о том, является ли деяние преступлением и каким именно уголовным законом оно предусмотрено (статья, часть, пункт), а также разъясняет присяжным заседателям, какие меры наказания предусмотрены за эти деяния».

¹⁶⁹ Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 077751303130376 по обвинению М., К., И, Ку., Т., М. (т. 8, л.д. 128–146).

¹⁷⁰ См. также Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-03–08), там же (уголовное дело № 1-03–08), Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 08710203101455), Там же (уголовное дело № 1-17), Там же (уголовное дело №. 08710203101415), Там же (уголовное дело № 08710203101415), Там же (уголовное дело №. 077110303101403), Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108, т.3), Там же (уголовное дело № 1–24/2009).

¹⁷¹ Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 077110303101403).

осуществлением потерпевшим *служебной деятельности*, при совершении *разбоя, группой лиц по предварительному сговору?*»¹⁷²

Аналогичные вопросы содержались в вопросных листах и по другим делам.¹⁷³

В некоторых вопросных листах на разрешение присяжных заседателей ставились вопросы о фактах, которые не подлежат рассмотрению присяжными заседателями, а также вопросы, могущие вызвать у них предубеждение против подсудимого. Например, такие вопросы: «Доказано ли, что после наступления смерти потерпевшего Р., по указанию А. для сокрытия трупа была выкопана яма неустановленным следствием лицом совместно с К, в отношении которого вопрос о виновности решен приговором Алматинского городского суда от 23 мая 2005 г., труп Р. был закопан, а затем впоследствии 04.05.2004 г. труп Р. обнаружен в указанном К. месте захоронения и извлечен»¹⁷⁴; «Доказано ли, что подсудимый совершил умышленное убийство, как лицо, совершивший ранее убийство?»¹⁷⁵

К сожалению, за последние несколько лет, не удалось улучшить практику формулирования вопросных листов. Полагаем необходимым, в новой редакции УПК РК прямо указать о недопустимости постановки вопросов перед присяжными, которые требуют от них юридической оценки содеянного подсудимым, уголовно-правовой квалификации его действий, с использованием юридических терминов и формулировок, для ответов на которые необходимо иметь юридическое образование.¹⁷⁶ В целях соблюдения норм закона в вопросных листах не указывать факты, которые не подлежат рассмотрению присяжными заседателями. В ходе обучающих мероприятий для судей необходимо проводить специальные учебные сессии по подготовке вопросных листов.

В тоже время следует обратить внимание, что данное правило, не должно носить абсолютный характер. В определенных случаях использование общедоступных правовых терминов оправдано, так как позволяет в большей мере избежать искажения смысла, чем, если бы такие понятия излагались на обыденном уровне. Возможно, что перечень таких терминов мог быть разработан и предложен Верховным судом РК на основе анализа практики по конкретным делам, рассмотренным с участием присяжных заседателей.

Текущие проблемы процедуры рассмотрения дел с участием присяжных заседателей и рекомендации по их устранению

Проблемы предварительного слушания

В ходе настоящего исследования были подтверждены многочисленные случаи, когда суды не исследовали доказательства, в отношении которых заявлены ходатайства о признании их недопустимыми. Например, на предварительном

¹⁷² Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 1–24/2009).

¹⁷³ Архив суда г. Астана за 2009 г. (уголовное дело № 8710203101415), Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 077751303130376), там же (уголовное дело № 07751303112108), там же, 2009 г. (уголовное дело № 0975120311001), Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-24/08), Архив суда г. Астана (уголовное дело № 1-17), Архив Акмолинского областного суда за 2009 г. (уголовное дело № 08111003101108).

¹⁷⁴ Архив Алматинского городского суда за 2008 г. (уголовное дело № 047502030488).

¹⁷⁵ Архив Атырауского областного суда за 2008 г. (уголовное дело № 1-24/08).

¹⁷⁶ См. также рекомендацию 20 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

слушании дела в Восточно-Казахстанском областном суде по обвинению Е. в совершении преступлений, предусмотренных п.п. «д», «ж», «з» и «к» ч. 2 ст. 96 п. «а», «в», «г», «д» ч. 2 ст. 179 УК РК, защитником А. были заявлены ходатайства о признании фактических данных недопустимыми в качестве доказательств¹⁷⁷, а также об изменении меры пресечения подсудимому Е. Судом было принято решение, оставить указанные ходатайства открытыми и по ним решения принять в совещательной комнате. Однако данные ходатайства не были разрешены.¹⁷⁸

Представляется, что на предварительном слушании судьям следовало бы в обязательном порядке выяснять у сторон, были ли допущены в ходе расследования нарушения прав подсудимых, а также норм УПК РК, влекущие признание того или иного доказательства недопустимым.

Это предложение обусловлено тем, что по большинству из изученных архивных дел стороной защиты в ходе главного судебного разбирательства, заявлялись ходатайства о признании некоторых доказательств недопустимыми, поскольку они были получены в результате применения недозволённых методов ведения следствия.

Тенденциозность коллегии присяжных заседателей

УПК РК не предусматривает право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей.¹⁷⁹ В этой связи представляется, что отсутствие такой нормы может привести в некоторых случаях к необъективной и предвзятой оценке присяжными заседателями обстоятельств рассматриваемого уголовного дела и, соответственно, – их пристрастным ответам на поставленные вопросы в вопросном листе. Например, когда по делу об изнасиловании в составе присяжных оказываются одни женщины, или наоборот; либо, когда состав присяжных состоит из лиц одной национальности или профессии с подсудимым или потерпевшим лицом и т.п.

В связи с этим целесообразно включить в УПК РК право сторон при окончании формирования коллегии присяжных заседателей обсудить вопрос о тенденциозности состава присяжных заседателей. Вместе с тем, либо законодатель, либо Верховный Суд РК в своем Нормативном постановлении должен предоставить четкое разъяснение в каких случаях состав коллегии присяжных может рассматриваться в качестве тенденциозного.

Как показывает судебная практика Верховного Суда РФ тенденциозность состава коллегии присяжных не была подтверждена в делах, где, например, подсудимый мусульманин и этнический азербайджанец утверждал, что состав коллегии присяжных по его делу является тенденциозным в связи с отсутствием присяжных мусульман в коллегии.¹⁸⁰ Верховный Суд РФ также отказался удовлетворить кассационное представление прокурора против оправдательного приговора, постановленного на вердикте присяжных на основании того, что 11 из 12 присяжных, отобранных в данном деле, были одной национальности с подсудимым.¹⁸¹

¹⁷⁷ Явку с повинной, протокола допроса в качестве обвиняемого Е., очной ставки и др.

¹⁷⁸ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

¹⁷⁹ Как это регламентировано, например, ст. 441 УПК РФ.

¹⁸⁰ См. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 12 апреля 2005 г. № 37-005-01сп. URL: http://www.vsrif.ru/stor_pdf.php?id=114278

¹⁸¹ См. Кассационное определение Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 22-007-17сп. URL: http://www.vsrif.ru/stor_pdf.php?id=185720

Законодатель и/или Верховный Суд РК должны определить четкие критерии, которые могли бы быть использованы для выявления тенденциозности состава коллегии присяжных. Более того, следует также определить какое число присяжных в коллегии может обнаружить тенденциозность состава.¹⁸²

Несоответствие норм УПК РК казахстанской модели суда с участием присяжных

Регламентация судебных прений

Судебные прения состоят из двух отличающихся друг от друга частей, как по времени их произнесения, так и по содержанию. В первой части прений стороны излагают свои позиции по поводу доказанности вины подсудимого. Во второй части прений, в отсутствие присяжных, стороны излагают свои позиции по вопросам квалификации действий подсудимого, назначения наказания, гражданского иска.¹⁸³

Однако такая конструкция представляется неудачной, поскольку непонятно каким образом присяжные будут впоследствии в совещательной комнате высказывать свое мнение по поводу квалификации действий подсудимого, если не допускается упоминать сторонами о его прежней судимости. Это положение принципиально, поскольку наличие судимости является в ряде случаев квалифицирующим обстоятельством, которое влияет как на квалификацию деяния, так и на меру наказания. Некоторые эксперты также утверждают, что без знанияотягчающих и смягчающих обстоятельств, как, например, рецидив, состояние здоровья или семейный статус обвиняемого, а также состоялась ли добровольная компенсация материального и морального вреда, причиненного в результате совершения преступления, существует риск того, что присяжные могут голосовать за несправедливую меру наказания.¹⁸⁴

Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей и профессионального судьи на этапе установления вины обвиняемого и для того, обеспечить присяжных полной информацией, необходимой для вынесения соразмерного и справедливого наказания, казахстанскому законодателю следует разделить прения сторон на два отдельных слушания. Судья и присяжные должны присутствовать на обоих слушаниях.

В ходе первого слушания, после рассмотрения всех доказательств, стороны должны иметь возможность выступить с заключительным словом относительно виновности или невиновности обвиняемого без обсуждения предыдущих судимостей подсудимого и других фактов его биографии. После первой стадии прений судья и присяжные удаляются в совещательную комнату для постановления вердикта о виновности или невиновности обвиняемого. Второе слушание проводилось бы только в случае признания подсудимого виновным, в каком-либо из инкриминируемых ему преступлений. При этом суд в полном составе, при участии присяжных заседателей, должен в таком случае заслушать доказательства, которые могут повлиять на меру наказания, включая отягчающие и смягчающие обстоятельства. Такой вид процесса называется раздвоенным или бифуркационным

¹⁸² См. больше о тенденциозности состава суда присяжных в российском уголовном процессе Nikolai Kovalev, *Jury Trials in Violent Hate Crimes in Russia: Is Russian Justice Only for Ethnic Russians?* *Chicago-Kent Law Review*, 86, 669-736 (2011).

¹⁸³ Статья 563 УПК РК.

¹⁸⁴ См. John D. Jackson and Nikolai P. Kovalev, *Lay Adjudication and Human Rights in Europe*, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, pp. 83, 110-111 (2006).

процессом и используется в США в суде присяжных по делам о смертной казни, а иногда и в других случаях.

Как полагают некоторые эксперты бифуркационная система вынесения решений судом присяжных, во-первых, обеспечит то, что присяжные, при вынесении решения о виновности или невиновности подсудимого, не будут предубеждены в отношении обвиняемого с учетом информации, содержащейся в его характеристике, а во-вторых, предотвратит вынесение присяжными слишком мягких приговоров профессиональным преступникам и слишком суровых наказаний случайным правонарушителям.¹⁸⁵

Обращение председательствующего к присяжным заседателям

Обращение председательствующего к присяжным заседателям, предусмотренное ст. 567 УПК характерно для модели, где присяжные принимают вердикт самостоятельно, без судьи. Представляется, что в казахстанской модели судопроизводства с участием присяжных заседателей такое обращение было предусмотрено с тем, чтобы служить дополнительной гарантией обеспечения свободного (от профессионального мнения судьи) обсуждения присяжными вопросного листа в совещательной комнате. При этом профессиональные участники и присяжные получают напоминание обо всех исследованных доказательствах без какой-либо их оценки со стороны судьи.

Следует отметить что ч. 2 ст. 569 УПК РК устанавливает, что: «В совещательной комнате присяжные заседатели вправе получать от председательствующего разъяснения по возникшим у них неясностям в связи с поставленными вопросами», что ограничивает право судьи в совещательной комнате только уточнять конкретные формулировки вопросного листа. В любом случае, судья при этом не должен выходить за пределы своего ранее публично озвученного обращения к присяжным.

Однако, такая дополнительная гарантия будет иметь смысл только, если в законодательстве будет установлен прямой запрет на дальнейшее обсуждение изученных доказательств со стороны профессионального судьи. В этой связи, можно также предусмотреть запрет профессиональному судье брать с собой в совещательную комнату материалы дела, за исключением текста обращения председательствующего к присяжным заседателям. Это также было бы направлено на предотвращение разглашения судьями информации относительно предыдущих судимостей и других доказательств, которые не должны рассматриваться судом до вынесения вердикта о виновности или невиновности подсудимого.

Для того, чтобы обеспечить беспристрастность присяжных заседателей необходимо дополнить УПК РК положением прямо запрещающим председательствующему судье обсуждать доказательства в совещательной комнате. Закон должен также запрещать судье брать с собой какие-либо документы в совещательную комнату за исключением текста обращения председательствующего к присяжным.

Постановление приговора судом с участием присяжных заседателей

Предусмотренный ст. 569 УПК РК порядок совещания судьи и присяжных заседателей имеет ряд недостатков. Этот порядок предполагает, что вопросы и квалификации, и наказания разрешается *только судьей*, а свое решение он

¹⁸⁵ Kovalev, указ. соч. сноска 5 at 499.

предлагает для голосования присяжным заседателям. Причем, как видно из текста этой статьи, присяжным даже не предоставляется право задавать вопросы, высказывать свое мнение по этим вопросам. Вполне очевидно, что при таком порядке невозможно исключить влияние на присяжных профессионального суждения судьи, высказанного при обсуждении вопросов, подлежащих разрешению.¹⁸⁶

Следует указать, что ч.ч. 1 и 2 ст. 569 УПК, предоставляющие право председательствующему руководить совещанием присяжных заседателей и разъяснять возникшие у присяжных неясности в связи с поставленными вопросами, находятся в коллизии с ч. 2 ст. 567 УПК, устанавливающей запрет для председательствующего в какой-либо форме выражать свое мнение по вопросам, поставленным перед коллегией присяжных заседателей. В этой связи, интересно предложение высказанное судьями Восточно-Казахстанского областного суда об исключении проведения в совещательной комнате обсуждения судьей с присяжными основных вопросов во избежание влияния председательствующего на присяжных с целью склонения их к принятию того или иного решения¹⁸⁷.

Действительно, как известно, у судей-профессионалов вследствие наличия опыта судейской работы формируется стереотипное профессиональное поведение. Вследствие этого, принятие совместно с присяжными заседателями решения по делу неизбежно влечет влияние судьи-профессионала на характер его разъяснений по вопросам о виновности, квалификации, меры наказания и др., – вольно или невольно он может навязать присяжным свое мнение, доводы.

Для того, чтобы минимизировать возможное судебное давление на присяжных заседателей казахстанскому законодателю необходимо изменить нормы УПК РК в отношении совещания суда с участием присяжных заседателей. В частности, казахстанский УПК РК может заимствовать модель, которая до недавнего времени существовала в швейцарском кантоне Женева. Согласно этой модели суда присяжных председательствующий судья мог присутствовать в совещательной комнате и мог давать разъяснения законодательства, но не мог высказывать своего личного мнения относительно виновности или невиновности подсудимого.¹⁸⁸ Если присяжные признавали подсудимого виновным, то судья и присяжные совещались и решали меру наказания совместно.

Казахстанское уголовно-процессуальное законодательство необходимо изменить и дополнить нормой, согласно которой председательствующий судья может присутствовать в совещательной комнате и может давать разъяснения законодательства, но ему запрещается, каким-либо образом высказывать свое личное мнение относительно виновности или невиновности подсудимого.

¹⁸⁶ Следует отметить, что многими судьями неоднозначно оценивается эта форма судопроизводства. Так, в ходе опроса проведенного в рамках исследования на вопрос: «Считаете ли Вы, что действующий порядок судопроизводства с участием присяжных заседателей гарантирует самостоятельность и независимость коллегии присяжных заседателей?» - судьи дали следующие ответы: да – 41 (39%), нет – 28 (26%), затрудняюсь ответить – 33 (31%).

¹⁸⁷ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

¹⁸⁸ Jackson & Kovalev, *supra* note 58 at 113; Malsch, M. (2009). Democracy in the Courts. Lay Participation in European Criminal Justice Systems. Ashgate, p. 54.

Мотивированный обвинительный приговор и тайное голосование

Статья 569 УПК РК не предусматривает, что присяжные заседатели должны каким-либо образом мотивировать свои решения. Они обязаны только голосовать путем дачи односложных ответов «да» или «нет» на вопросы вопросного листа. В этой связи, приговор суда не содержит каких-либо объяснений в отношении оснований, по которым подсудимый признан виновным, что может вызвать сомнения относительно справедливости процесса и подотчетности суда с участием присяжных заседателей закону.

Хотя ни один из международных документов не требует от судов выносить мотивированные решения, Европейский суд по правам человека в некоторых своих решениях указал, что недостаточная ясность в обосновании обвинительного приговора может рассматриваться в качестве нарушения права обвиняемого на справедливое правосудие. Европейский суд по правам человека признал, что существует общее правило, согласно которому суды, состоящие только из профессиональных судей «должны с достаточной ясностью указывать на основания на которых они опираются в своих решениях».¹⁸⁹ Однако, уголовные суды не обязаны давать «детальный ответ на каждый спорный вопрос».¹⁹⁰ В отличие от суда, состоящего только из профессиональных судей, суды с участием присяжных заседателей обычно не выносят мотивированных вердиктов.¹⁹¹ Как указывают некоторые эксперты, недостаток мотивировки решений в суде присяжных может быть восполнен другими дополнительными гарантиями как, например, право выбора между судом с участием только профессиональных судей и судом присяжных, право на повторное судебное разбирательство специальным апелляционным судом с участием народных заседателей. Следует отметить, что подобные гарантии приняты в некоторых европейских странах, например, в Греции, Италии, Франции и Норвегии.¹⁹²

Хотя казахстанское законодательство дает подсудимому право выбрать между судом с участием судьи профессионала и судом с участием присяжных заседателей оно не предоставляет таких же гарантий, доступных в странах, где принята англо-американская модель суда присяжных. Так, например, в России обвиняемый имеет право отказаться от суда присяжных в пользу суда, состоящего только из профессиональных судей, и, хотя российские присяжные также не обязаны мотивировать свои решения, они абсолютно независимы от председательствующего судьи в ходе совещания. В России председательствующему судье не позволено присутствовать в совещательной комнате, и он не имеет возможности наблюдать и контролировать процесс обсуждения и принятия решения присяжными заседателями. Таким образом, судья не знает основных причин принятия присяжными вердикта.

В отличие от российского суда присяжных, казахстанские судьи совещаются с присяжными совместно и, в связи с этим, способны слышать аргументы предлагаемые присяжными в ходе обсуждения фактов и доказательств по делу. При этом, как утверждает ряд экспертов, существует возможность, что «если профессиональные судьи согласны с обвинительным вердиктом присяжных они могут помочь присяжными в составлении решения, а в случаях, когда они не

¹⁸⁹ Hadjianastassiou v. Greece, App. No. 12945/87, 16 Eur. H.R. Rep. 219, 237 (1993).

¹⁹⁰ Van de Hurk v. the Netherlands, 19 April 1994, § 61, Series A n. 288.

¹⁹¹ За исключением Испании и до 2011 – швейцарского кантона Женевы.

¹⁹² Jackson & Kovalev, указ. Соч. сноска 55 at 116.

согласны с таким решением, они могут написать свое особое мнение, которое может быть рассмотрено апелляционным судом».¹⁹³

В Испании присяжные должны представить «краткую формулировку оснований для вердикта, указывая на доказательства, на которых базировалось решение, а также основания, почему некоторые факты были установлены или не установлены».¹⁹⁴ Статья 327 Уголовно-процессуального кодекса Женевы, который был в силе до января 2011 г., требовала от присяжных указать на «причины, по которым присяжные принимали во внимание или игнорировали основные доказательства по делу и правовые причины, по которым был принят вердикт, а также вынесено наказание и приняты другие меры, указанные в приговоре».¹⁹⁵

Казахстанскому законодателю следует рассмотреть вопрос о целесообразности включения в УПК РК подобных требований в отношении обвинительного приговора и мер наказания, выносимых судом с участием присяжных заседателей.

В связи с последней рекомендацией возникает два дополнительных вопроса. Во-первых, следует ли требовать от присяжных мотивировки их оправдательных вердиктов? Во-вторых, будет ли требование представлять мотивированные решения противоречить существующему положению о тайном голосовании присяжных. В отношении первого вопроса представляется, что присяжные не должны быть обязаны указывать причины для оправдательных вердиктов. Одним из основных аргументов, почему присяжные не должны быть обременены обязанностью указывать на причины своих оправдательных приговоров, заключается в принципе презумпции невиновности и правиле, что все сомнения толкуются в пользу обвиняемого, что гарантировано Конституцией Республики Казахстан¹⁹⁶ и УПК РК. Присяжных не следует обременять обязанностью, мотивировать свой оправдательный вердикт какими-либо доказательствами, так как обвиняемый считается невиновным до приговора суда, что гарантировано положениями Конституции. С другой стороны суд обязан объяснить, какие из доказательств доказывают виновность подсудимого, и почему у суда нет никаких сомнений в его виновности, которые могут быть истолкованы в его пользу для вынесения оправдательного приговора.

Что касается второго вопроса, то эта рекомендация действительно будет противоречить системе тайного голосования членов суда. В самом деле, присяжные вряд ли могут мотивировать вердикт без указания своего голоса относительно виновности или невиновности подсудимого. В связи с этим, рекомендуется упразднить систему тайного голосования в интересах требования обязательной мотивировки обвинительного вердикта и назначения наказания. Хотя тайное голосование было заимствовано из французского законодательства, с целью обеспечить дополнительные гарантии независимости и беспристрастности

¹⁹³ Там же.

¹⁹⁴ *Tahquet v. Belgium*, 16 November 2010, § 57.

¹⁹⁵ Там же, параграф 58.

¹⁹⁶ Согласно ст. 77 п. 3 Конституции Республики Казахстан от 30 августа 2005 г., присяжные должны руководствоваться следующими принципами: (1) «лицо считается невиновным в совершении преступления, пока его виновность не будет признана вступившим в законную силу приговором суда»; (6) «обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность»; (8) «любые сомнения в виновности лица толкуются в пользу обвиняемого». Конституции Республики Казахстан принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года. Вступила в силу 5 сентября 1995 года в день опубликования результатов республиканского референдума. Внесены изменения и дополнения Законом Республики Казахстан от 7 октября 1998 года, Законом Республики Казахстан от 21 мая 2007 года, Законом Республики Казахстан от 2 февраля 2011 года (Далее – Конституция РК).

присяжных, эта процедура в существующей форме в Казахстане, не исключает возможности манипуляции и незаконного воздействия на присяжных со стороны председательствующего судьи.

Более того, как отмечают некоторые эксперты в отличие от французской системы казахстанская система: (1) «не позволяет считать незаполненные бюллетени в пользу обвиняемого, что значит, что председательствующий судья имеет полномочия требовать повторного голосования, до тех пор пока присяжные не проголосуют в пользу обвинения или подсудимого»; (2) «хотя председательствующий судья подсчитывает бюллетени в присутствии присяжных, присяжным не предоставляется право самим удостовериться в подлинности результатов голосования, что повышает риск того, что председательствующий судья может ввести присяжных в заблуждение относительно содержания бюллетеней и настоять на переголосовании, если он не доволен результатами первоначального голосования»; (3) «закон требует, чтобы копии бюллетеней были прикреплены в опечатанном конверте к материалам уголовного дела, что создает опасность того, что председательствующий судья или секретарь судебного заседания может сфальсифицировать бюллетени после окончания судебного разбирательства».¹⁹⁷

Так как ныне существующая процедура тайного голосования не обеспечивает независимости и беспристрастности присяжных либо подлинности голосов, рекомендуется упразднить систему тайного голосования и дополнить уголовно-процессуальное законодательство требованием для присяжных выносить мотивированные обвинительные вердикты и объяснять причины для вынесения соответствующей меры наказания.

Право обжалования обвинительного приговора

В отличие от Франции, Италии, Греции и некоторых других стран, которые позволяют обжалование приговоров, выносимых судом с участием народных (присяжных) заседателей по фактическим основаниям или обжалование нарушений уголовного материального права, Казахстан ограничивает возможность обжалования приговоров постановленных судом с участием присяжных заседателей только в случаях нарушения уголовно-процессуального законодательства.¹⁹⁸

Хотя основания для обжалования оправдательных приговоров должны быть ограничены случаями нарушений уголовно-процессуального права, право защиты на обжалование обвинительных приговоров должно быть расширено по всем основаниям. Если законодатель дополнит УПК РК нормой, требующей от присяжных мотивировать обвинительные вердикты, что обсуждалось в предыдущем пункте данного документа, то, суд апелляционной инстанции в дополнение к правовым аргументам, мог бы рассмотреть обоснованность такой мотивировки обвинительного приговора. Это изменение предоставило бы обвиняемым дополнительные гарантии от судебной ошибки присяжных заседателей и осуждения невиновного.

Согласно ч. 3 ст. 58 и ч. 3 ст. 291 УПК РК три профессиональных судьи областного или приравненного к нему суда рассматривают в качестве апелляционной инстанции приговоры суда с участием присяжных заседателей.

Казахстанскому законодателю целесообразно рассмотреть вопрос включения в состав суда апелляционной инстанции также и непрофессиональных судей. Одним из возможных вариантов может быть модель суда с участием нескольких

¹⁹⁷ See Kovalev, указ. соч. сноска 5 стр. 486; Kovalev & Suleymenova, указ. соч. сноска 13 стр. 274-275.

¹⁹⁸ УПК РК, ст. 575.

профессиональных судей и значительного числа присяжных заседателей, которые могли бы быть отобраны путем случайной выборки из областных списков кандидатов в присяжные заседатели.

Эта модель используется в таких странах как Франция, Греция и Италия. Французская модель Апелляционного ассизного суда (*Cour d'assises d'appel*) состоит из трех судей и двенадцати присяжных заседателей, что означает, что число присяжных заседателей в суде апелляционной инстанции превышает число присяжных в первой инстанции.¹⁹⁹ Итальянский Апелляционный ассизный суд (*Corte di assise di appello*) состоит из того числа профессиональных судей и народных заседателей, что и суд первой инстанции: два профессиональных судьи и шесть народных заседателей.²⁰⁰ Греческий смешанный апелляционный суд также состоит из того же числа профессиональных и непрофессиональных судей: три профессиональных судьи и четыре народных заседателя.²⁰¹ Вторым возможным вариантом введения непрофессиональных судей в состав апелляционной инстанции это рассмотреть возможность дополнить основной состав из трех профессиональных судей как минимум четырьмя учеными юристами, которые не работают в правоохранительных органах или судебной системе.

Рекомендуется также расширить права защиты на обжалование обвинительных приговоров на основаниях нарушений права и фактических ошибок.

Основные нарушения порядка рассмотрения дел с участием присяжных заседателей, выявленные в ходе исследования

Формирование коллегии присяжных заседателей

БДИПЧ ОБСЕ в рамках проекта по мониторингу судебных заседаний с участием присяжных заседателей в 2007 г. отмечало наличие множественных нарушений допущенных при формировании коллегии присяжных заседателей.²⁰²

Необходимо отметить, что в 2010 г. также были допущены нарушения в этой части процедуры.

Ярким примером, иллюстрирующим проблемы формирования коллегии присяжных заседателей является дело, рассмотренное в Специализированном межрайонном суде по уголовным делам г. Алматы. До начала главного судебного разбирательства в зале судебных заседаний и в коридоре (поскольку не хватало мест в зале) собралось около 90 кандидатов в присяжные заседатели. В зал вошел человек, одетый в куртку и с шапкой на голове, и представился председателем суда. Он стал разъяснять кандидатам порядок их отбора в присяжные и сообщил, что их явилось слишком много, а достаточно 27 человек. Он также информировал кандидатов в присяжные заседатели о том, кто может быть освобожден от участия в судебном заседании. После чего стал проводить процедуру освобождения кандидатов от их участия в процессе без участия председательствующего по делу, попросив поднять руки тем, кто не хотел-бы стать присяжным.

¹⁹⁹ Craig Bradley, *Criminal Procedure. A Worldwide Study*. Second Ed. (Carolina Academic Press 2007) стр. 236; Code of Criminal Procedure of France, art. 296, 380-1 to 380-15.

²⁰⁰ Bradley, *указ. соч.* сноска 69 стр. 331.

²⁰¹ Jackson & Kovalev, *указ. соч.* сноска 55 стр. 98 и 118.

²⁰² См. Пар.3 Отчета БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

Граждане стали выкрикивать с места причины отказа от участия в деле. По ходу отбора председатель суда объявил кандидатам в присяжные заседатели, что дело простое, бытовое, а именно, что «двое напились и друг друга убили». Находившийся с председателем человек, который не представился, по указанию председателя записывал желающих отказаться от участия в судебном процессе. В результате «отбора» остался 31 кандидат. После чего председатель удалился, а человек, как оказалось впоследствии секретарь судебного заседания, продолжил излагать оставшимся кандидатам процедуру отбора. В это время подходили все новые кандидаты, некоторые из которых просили секретаря их отпустить, и секретарь освобождал их. Все это время за происходящим наблюдали защитники подсудимых. Они выразили свое несогласие с тем, что лица, не имеющие полномочий, занимаются отбором кандидатов, в то время как это должно происходить в ходе судебного заседания. Между адвокатами и секретарем произошла словесная перепалка, в которую были вовлечены и отдельные кандидаты. После этого секретарь согласилась вписывать всех еще прибывающих кандидатов в список. В последующем, в подготовительной части судебного заседания, на вопрос судьи о явке кандидатов в присяжные заседатели, секретарь объявил, что в списке 34 кандидата²⁰³.

Данный пример не является единичным. В той или иной форме во всех посещенных экспертами уголовных процессах с участием присяжных заседателей возникали проблемы организационно-процессуального плана в момент формирования коллегии присяжных заседателей. В этой связи, учитывая важность данного этапа судопроизводства с участием присяжных, требуется обратить внимание на то, чтобы эта процедура проводилась в полном соответствии с законом.

Необходимо провести дополнительное обучение судей и судебных работников (секретарей судебных заседателей, судебных приставов, работников канцелярий. и др.) с тем чтобы обеспечить должное соблюдение законодательных положений, создать благоприятные условия для реализации гражданами права для участия в отправлении правосудия.

Законодателю необходимо ввести административную и уголовную ответственность за нарушение процедуры отбора присяжных заседателей в суде.

Обращение председательствующего к присяжным заседателям

Обращение председательствующего к присяжным заседателям должно отвечать требованиям, предъявляемым ч.ч. 2 и 3 ст. 567 УПК. Однако не по всем уголовным делам председательствующими они выполняются.

Так, реализуя предписания ч. 3 ст. 567 УПК председательствующими по некоторым делам допускались две крайности: 1) они ограничивались только перечислением доказательств; или 2) излагали содержание каждого доказательства.

В соответствии с п. 3 ч. 3 ст. 567 УПК председательствующий обязан напомнить об исследованных в суде доказательствах как уличающих подсудимого, так и

²⁰³ Отчет № 09/02/2010/ALMATY. Один из интервьюированных защитников в рамках данного проекта сообщил, что по делу, в котором он принимал участие в порядке ст. 71 УПК, на предварительном слушании в отсутствие его и другого адвоката (они не явились, поскольку не были надлежащим образом уведомлены), со слов подсудимых, председательствующий предложил подсудимым отказаться от рассмотрения их дела с участием присяжных в обмен на назначение наказания «по минимуму».

оправдывающих его, не выражая при этом своего отношения к этим доказательствам и не делая выводов из них. Однако, это требование выполняется не во всех случаях: председательствующий лишь напоминает о доказательствах, но не акцентирует, какие из них являются уличающими, а какие – оправдывающими, а в некоторых случаях – ограничивается только лишь их перечислением.

Например, по уголовному делу, рассмотренному Акмолинским областным судом, председательствующий в обращении к присяжным не напомнил об исследованных в суде доказательствах, как того требует п. 3 ч. 3 ст. 567 УПК, а только перечислил их (сослался только на фамилии допрошенных свидетелей, заключения экспертиз)²⁰⁴.

По другому делу, председательствующий не только ограничился перечислением доказательств, но и не дал разъяснения сущности принципа презумпции невиновности; положения о толковании неустранимых сомнений в пользу подсудимого; положения о том, что выводы присяжных могут быть основаны лишь на тех доказательствах, которые непосредственно исследованы в судебном заседании, что никакие доказательства для них не имеют заранее установленной силы, и что их выводы не могут основываться на предположениях, а также на доказательствах, признанных судом недопустимыми²⁰⁵.

По другим делам председательствующие в своих обращениях допускают другую крайность: излагают полностью содержание доказательств. Более того, в некоторых обращениях сами председательствующие указывали данные о подсудимых, о которых присяжные не должны знать, либо которые могут вызвать у них предубеждение против подсудимого.

Например, по делу, рассмотренному Алматинским областным судом в отношении Х., председательствующий в обращении, приведя содержание обвинения, указал, что подсудимому, «ранее совершившему убийство, предъявлено обвинение в убийстве потерпевшего из хулиганских побуждений». Тем самым, председательствующим указано на обстоятельство, не подлежащее согласно ст. 562 УПК исследованию в присутствии присяжных заседателей²⁰⁶.

По некоторым делам в обращении председательствующим допускалось необъективное изложение позиции сторон и доказательств (например, упоминалось только об уличающих или оправдывающих подсудимого доказательствах).

Необходимо обратить внимание, что не по всем делам содержание обращений председательствующих к присяжным заседателям соответствовало требованиям, предъявляемым ч.ч. 2 и 3 ст. 567 УПК (указывались данные о подсудимом, которые могли вызвать предубеждение против него у присяжных, не упоминалось об исследованных в суде доказательствах, указывалось на обстоятельства, не подлежащие рассмотрению присяжными заседателями).

По ряду дел стороны ссылались на недопустимые доказательства, а также на данные о подсудимом, которые в силу ч. 6 ст. 562 УПК, не подлежат исследованию с участием присяжных заседателей. Однако по этим делам председательствующие в своих обращениях (перед удалением в присяжных заседателей в совещательную комнату) не напоминали присяжным заседателям о том, чтобы они при ответе на вопросы вопросного листа не должны принимать во внимание эти обстоятельства, поскольку, согласно закону, их оценка и выводы не могут быть основаны на доказательствах, признанных недопустимыми.

²⁰⁴ Там же (уголовное дело № 08111003101108 (т. 3, л.д. 117-125).

²⁰⁵ Там же (уголовное дело № 1–26).

²⁰⁶ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел с участием присяжных заседателей коллегией по уголовным делам Верховного Суда РК от 15 декабря 2008 г.

Таким образом, выдвинутая в Отчете БДИПЧ 2007 г. рекомендация о том, что обращение председательствующего всегда должно соответствовать основным требованиям полноты, ясности, объективности и точности в разъяснении закона и обстоятельств дела, продолжает, сохранять актуальность и по сей день.²⁰⁷

Необходимо также отметить, что стороны недостаточно используют предоставленное им право: 1) на высказывание ими своих замечаний по содержанию и формулировке вопросов и внесению предложений о постановке новых вопросов,²⁰⁸ 2) на заявление в судебном заседании возражений в связи с содержанием обращения председательствующего по мотивам нарушения им принципа объективности²⁰⁹. Так, в ходе изучения архивных материалов и непосредственном наблюдении за такими процессами не было установлено ни одного такого случая.²¹⁰

Постановление приговора судом с участием присяжных заседателей

Исследование установило, что имело место вынесение приговора по обвинительному вердикту, основанному на результатах вопросного листа, в котором ответы на большинство вопросов присяжными не были даны (из 17 вопросов на 11 вопросов против ответов: «да доказано» и «нет не доказано» указано – «без ответа»). Причем, данный вопросный лист находился не в деле, а отдельно и был представлен секретарем после того, как эксперт разъяснил, что вопросный лист обязательно должен приобщаться к делу.²¹¹

Чтобы исключить подобные случаи в будущем приговоры суда, включая часть о мере наказания, должны быть всегда мотивированы и выносятся в письменной форме судом с участием присяжных заседателей.

Подсудность суду с участием присяжных заседателей

В 2011 году депутат Мажилиса Парламента, экс-министр юстиции Балиева З.Я. предложила упразднить судопроизводство с участием присяжных заседателей по следующим категориям дел: квалифицированное похищение человека (ч. 3 ст. 125 УК РК), квалифицированный разбой (ч. 3 ст. 179 УК РК), квалифицированное вымогательство (ч. 3 ст. 181 УК РК) и квалифицированное незаконное распространение наркотических средств (ч. 3 ст. 259 УК РК).²¹² Основные аргументы депутата Балиевой заключались в следующем: (1) процессы затягиваются и «сам подсудимый порой не понимает для чего он пригласил присяжных»; (2) «присяжные которые участвуют по указанным делам теряют всякий интерес к их рассмотрению, считая, что виновность этих лиц определена самим фактом возбуждения и расследования и вопросы обеспечения законности полностью перекладывают на плечи председательствующего».²¹³ Следует отметить, что данные предложения не

²⁰⁷ См. Рекомендацию 21. Отчет БДИПЧ ОБСЕ 2007 г.

²⁰⁸ Часть 2 ст. 565 УПК РК.

²⁰⁹ Часть 4 ст. 567 УПК РК.

²¹⁰ Картина соответствует данным, представленным в Отчете БДИПЧ ОБСЕ в 2007 г. п.5.5. Пар. 5.Раздел I.

²¹¹ Уголовное дело № 1–10.

²¹² См. Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования уголовного и уголовно-процессуального законодательства». Алматы, 2011. стр. 310.

²¹³ Там же, стр. 311-312.

были приняты Мажилисом по причине отрицательного заключения Правительства РК.

Хотя мы приветствуем решение Правительства и Парламента не сокращать подсудность судов с участием присяжных заседателей, в то же время считаем, что законодателю наоборот следует рассмотреть возможность расширения подсудности этих судов.

Некоторые эксперты, например, бывший председатель уголовной коллегии Верховного суда РК, Р.Н. Юрченко, предлагала, чтобы дела о принудительных мерах медицинского характера должны быть также включены в подсудность судов с участием присяжных заседателей.²¹⁴

Другой эксперт, Н.П. Ковалёв, полагает, что право на суд с участием присяжных заседателей должен быть гарантирован в уголовных делах, где подсудимому грозит заключение на срок десять лет лишения свободы либо более суровое наказание.²¹⁵ В частности, Н.П. Ковалёв утверждает, что расширение подсудности суда с участием присяжных заседателей «предотвратит случаи, когда обвинение умышленно занижает квалификацию по многим особо тяжким преступлениям с целью избежать суда с участием присяжных заседателей и гарантировать суровое наказание».²¹⁶ Н.П. Ковалёв также предлагает ввести судебное разбирательство с участием присяжных заседателей и по другим делам, наказание по которым составляет менее десяти лет лишения свободы из-за значительного общественного интереса в исходе данных дел и высокого риска давления со стороны органов государственной власти на профессиональных судей.

Согласно Н.П. Ковалёву, данные категории дел должны в обязательном порядке включать все преступления политического характера, а также преступления, связанные со средствами массовой информации. Примечательно, что в некоторых странах, включая Бельгию, Данию, Австрию и Швецию, либо обе эти категории дел либо одна из них рассматриваются судом с участием присяжных заседателей.²¹⁷

Казахстанский законодатель не включил в подсудность суда с участием присяжных заседателей многие серьезные политические преступления, хотя, они находятся в категории особо тяжких преступлений, наказуемых пожизненным заключением, например, государственная измена, шпионаж и терроризм. Так как власть может иметь значительный интерес в исходе дел политического характера, и поэтому может попытаться повлиять на суд, включение присяжных в состав суда по данным категориям - является важной гарантией справедливого судебного разбирательства.

В связи с этим предлагается изучить целесообразность расширить подсудность суда с участием присяжных заседателей по всем категориям дел, наказуемых сроком на десять лет лишения свободы, либо более суровым наказанием, а также по всем делам о политических преступлениях и преступлениях, связанных со средствами массовой информации.

Декабрь, 2012 г.

²¹⁴ Р.Н. Юрченко, «Уголовно-процессуальные аспекты выбора модели суда присяжных для Республики Казахстан». В книге Нурумов Д.И. . (под ред.). Судопроизводство с участием присяжных заседателей и перспективы его введения в Республике Казахстан. Алматы: ОБСЕ (2005). Стр. 134.

²¹⁵ See Kovalev *supra* note 5 at 286.

²¹⁶ Там же.

²¹⁷ See Jackson and Kovalev, *supra* note 56 at 95-96.

МИЛЛЕР А.

Директор филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности г. Костанай

**ЭКСПЕРТНЫЙ ОБЗОР
ПО ИСПОЛНЕНИЮ ГОСУДАРСТВЕННЫМИ ОРГАНАМИ РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН НАЦИОНАЛЬНОГО ПЛАНА РК В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА
НА 2009-2012 ГГ.²¹⁸**

Право на свободу от пыток и других жестоких или унижающих достоинство видов обращения и наказания за период 2009-2012 г.

I. Введение

Данный экспертный обзор является вторым документом, анализирующим выполнение государственными органами положений Национального Плана РК в области прав человека на 2009-2012 гг. в сфере соблюдения права на свободу от пыток и других жестоких или унижающих достоинство видов обращения и наказания за период 2009-2012 г. Документ в большей части не содержит общей информации, которая была представлена в первом экспертном обзоре. Задача данного исследования – описать проблемы законодательства и правоприменительной практики, в свете реализации Национального плана в области прав человека.

В обзоре использованы: результаты деятельности Коалиции НПО Казахстана против пыток (далее Коалиция)²¹⁹, данные предоставленные государственными органами, судебные решения, решения конвенционных органов ООН и другие документы, имеющиеся в открытом доступе.

²¹⁸ Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках партнерского проекта «Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности» (КМБПЧ и СЗ), Международного центра журналистики MediaNet и Центра исследований правовой политики LPRC «Мониторинг исполнения Республикой Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 гг.» при поддержке Европейского Союза. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Европейского Союза.

²¹⁹ Коалиция НПО Казахстана против пыток объединяет ведущие казахстанские правозащитные организации: Казахстанское международное бюро по правам человека и соблюдению законности, Общественный фонд «Хартия за права человека», Международный центр журналистики MediaNet, Центр исследования правовой политики LPRC, Центр развития и адаптации «Феникс», Южно-казахстанская ассоциация юристов, ОНК по ЮКО, ОО «Региональный центр новых информационных технологий», ОНК по СКО, Общественный Фонд «Аман-саулык», Феминистская Лига, Детский Фонд Казахстана, Общественный фонд "Международная Правовая Инициатива", Комитет по мониторингу уголовной реформы и правам человека, а также независимых экспертов Т. Чернобил, Г. Салимбаеву. Партнерами Коалиции, в частности, являются Представительство Международной тюремной реформы в Центральной Азии, Правовая инициатива Института Открытого Общества, Представительство Фридом Хаус в Казахстане.

II. Описание ситуации по рассматриваемому вопросу

С 1998 года Казахстан является участником Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, но ситуация с вопросами противодействия и искоренения пыток остается сложной.

В мае 2009 года, после визита в Казахстан, Специальный докладчик ООН по вопросу пыток заключил, что в Казахстане «применение пыток и жестокое обращение однозначно выходят за рамки отдельных случаев». В ежегодном докладе Международной Амнистии «Права человека в современном мире» за 2011 год отмечено, что из Казахстана как и прежде поступало большое количество сообщений о пытках и «...Подобные нарушения прав человека по-прежнему оставались безнаказанными...».

Согласно данным Коалиции, количество обращений по факту применения пыток в Казахстане по-прежнему не снижается. Если за 2011 год Коалиция НПО Казахстана против пыток зафиксировала 411 обращений от граждан, подвергшихся жестокому обращению, то за 5 месяцев 2012 года уже зарегистрировано 115 таких сообщений (для сравнения: в 2010 году – 263 жалобы, в 2009 году - 286 жалоб, в 2008 г. – 212, в 2007 г. – 178, в 2006 г. – 137). Как отмечается – большая часть заявлений – это жалобы на пытки со стороны сотрудников полиции, а целью пыток в таких случаях представляется получение признательных показаний и «явок с повинной». Вторая большая часть жалоб продолжает поступать из исправительных учреждений, где целью пыток, жесткого обращения является принуждение к совершению каких-либо действий (принуждение к неоплачиваемому труду, сотрудничеству с администрацией ИУ с целью доноса на других заключенных и т.д.), а так же с целью унижить, запугать; нередко заключенные сообщают о преследовании за подачу жалоб.

В тоже время можно отметить, что за время реализации Национального плана был достигнут некоторый прогресс в вопросе расследования фактов пыток, жестокого обращения, и привлечения лиц, виновных в данных преступлениях, к уголовной ответственности. Согласно информации Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной прокуратурой РК за 2009 год по статье «Пытки» было возбуждено три уголовных дела, из них по двум вынесен обвинительный приговор. В 2010 году по статье «Пытки» возбуждено уже 13 уголовных дел, а за 6 месяцев 2011 года возбуждено 5 уголовных дел в отношении сотрудников органов уголовного преследования.

За период реализации Национального плана был принят ряд изменений направленных на борьбу с пытками и их превенцию, но, к сожалению, они мало повлияли на правоприменительную практику.

28 декабря 2009 года принято Нормативное постановление Верховного Суда РК № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания». Данный документ принят в целях правильного и единообразного применения в уголовном судопроизводстве норм Конституции и законов Республики Казахстан, обеспечивающих личную свободу и неприкосновенность достоинства человека, а также надлежащего выполнения обязательств, вытекающих из Конвенции ООН против пыток.

А в марте 2012 года в Конституционный Совет РК поступило обращение Премьер–Министра РК, которое касалось понятия «задержание», использованного в

пункте 2 статьи 16 Конституции, и порядка исчисления конституционных сроков. Постановлением Конституционного Совета от 29 марта 2012 года № 3/1 под «задержанием» в конституционно-правовом значении следует понимать меру принуждения, выражающуюся в кратковременном, не более семидесяти двух часов, ограничении личной свободы человека в целях пресечения правонарушения или обеспечения производства по уголовным, гражданским и административным делам, а также применения иных мер принудительного характера, и осуществляемую уполномоченными государственными органами, должностными и иными лицами на основании и в порядке, предусмотренными законом. При этом Конституционный Совет отмечает, что законодателем могут быть установлены и меньшие, в пределах семидесяти двух часов, сроки для принятия соответствующего решения.

Началом срока задержания является тот час, с точностью до минуты, когда ограничена свобода задержанного лица, включая свободу передвижения – принудительное удержание в определенном месте, принудительное доставление в органы дознания и следствия (захват, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т. д). Моментом окончания этого срока является истечение семидесяти двух часов, исчисляемых непрерывно со времени фактического задержания.

К сожалению, на практике распространено нарушение сроков составления протокола, нередко факты когда человека необоснованно доставляют в РОВД «для установления личности», содержат в патрульной машине или в кабинете без процессуального статуса и разъяснения соответствующих прав. Закон не обязывает полицейских объявлять человеку о его статусе задержанного, или уведомлять о причинах задержания и правах.

В целях повышения эффективности прокурорского надзора за соблюдением конституционных прав и свобод граждан в уголовном процессе 1 февраля 2010 года Генеральным прокурором Республики Казахстан был издан приказ «Об утверждении Инструкции о проверке заявлений о пытках и иных незаконных методах, связанных с жестоким обращением с лицами, вовлеченными в уголовный процесс и содержащихся в специализированных учреждениях, и их предупреждению». Инструкция предусматривает по делам о пытках, вызвавшим «широкий общественный резонанс» проведение проверки специальными прокурорами.

В целях своевременного и качественного медицинского освидетельствования на предмет наличия телесных повреждений в январе - феврале 2010 года утвержден совместный приказ Министерства здравоохранения РК, Министерства юстиции РК, Комитета национальной безопасности, Министерства внутренних дел РК «Об обеспечении обязательного участия специалистов в области судебной медицины в проведении медицинского освидетельствования на предмет наличия телесных повреждений у лиц, находящихся в изоляторах временного содержания, следственных изоляторах и учреждениях уголовно-исполнительной системы». Документ устанавливает, что медицинское освидетельствование проводится специалистами РГКП «Центр судебной медицины» Министерства здравоохранения РК.

Но на практике данные документы практически не работают. Например, члены Коалиции в Астане отмечают, что правоохранительными органами, в том числе прокуратурой, не принимаются эффективные меры по расследованию заявлений о пытках, закрепленные в вышеназванных документах. Такой вывод сделан на основании анализа обращений филиала КМБПЧ и СЗ в г. Астана в правоохранительные органы по фактам пыток: все без исключения ответы имеют одно содержание - доводы заявителей о применении к ним физического и

психологического насилия не нашли своего подтверждения. В связи с чем, возникает обоснованный вопрос качества подобных проверок.

В феврале 2010 года принят совместный приказ Генеральной прокуратуры, Министерства внутренних дел, Министерство юстиции, Комитета национальной безопасности и Агентства по борьбе с экономической и коррупционной преступностью «О взаимодействии правоохранительных органов и субъектов гражданского общества при осуществлении проверок жалоб о пытках и иных недозволенных методах ведения дознания и следствия, а также уголовного преследования по данным фактам, направленный на обеспечение всестороннего и объективного рассмотрения заявлений и сообщений о пытках и иных недозволенных методах ведения следствия и дознания». Документ допускает участие Общественных наблюдательных комиссий (далее ОНК) в совместных проверках по фактам пыток, а также предусматривает приобщение к материалам проверки собранные ОНК в ходе посещения материалы, которые должны учитываться при принятии процессуального решения.

К сожалению, данные нормативно-правовые акты слабо повлияли на правоприменительную практику. Например, члены Коалиции из г. Уральск, Западно-Казахстанской области отметили, что при каждом обращении в органы прокуратуры ссылаются на вышеназванный приказ о сотрудничестве, ходатайствуя о включении их в проверку по фактам пыток. Но их ходатайства пока не были удовлетворены (за 5 месяцев 2012 года таких обращений было 17).

За период реализации Национального плана статья Уголовного кодекса, предусматривающая ответственность за пытки претерпела изменения. Законом РК от 18 января 2011 года «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и усиления гарантий законности в уголовном процессе» была перенесена из главы «Преступления против правосудия и порядка исполнения наказаний» в главу «Преступления против конституционных и иных прав человека и гражданина». В определение «Пытки» был внесен квалифицирующий признак за пассивное применение пыток. Однако, никаких изменений касательно увеличения срока наказания по-прежнему не последовало.

Вышеназванным законом также были внесены изменения в статью 192 Уголовно-процессуального кодекса РК, определяющую подследственность уголовных дел. Так по статье 141-1 УК РК «Пытки» предварительное следствие производится органами внутренних дел или финансовой полиции, возбудившими уголовное дело в отношении лица, не являющегося сотрудником этого органа.

На практике, уголовные дела за применение пыток чаще возбуждаются по статье «Превышение власти или должностных полномочий», а доследственная проверка проводится региональными службами Департаментов собственной безопасности МВД. Такие проверки носят конфиденциальный, закрытый, внутриведомственный характер, а заявитель лишен доступа к материалам проверки. Как правило, такие проверки заканчиваются отказом в возбуждении уголовного дела.

В качестве примера здесь можно привести ответ прокуратуры г. Рудный по запросу членов Коалиции из г. Костанай о проведении проверки по заявлению о пытках в полиции независимым органом – Департаментом по борьбе с экономической и коррупционной преступностью. И.о. прокурора г. Рудный отметил, что положения ст. 192 УПК РК «применимы лишь при наличии возбужденного уголовного дела, тогда как сотрудниками УСБ ДВД Костанайской области проведена

доследственная проверка»²²⁰. Таким образом, даже после внесения изменений в Уголовно-процессуальный кодекс заявления о пытках и жестоком обращении в полиции, направляют для проведения доследственной проверки и принятия процессуального решения в органы полиции. К сожалению, в данном случае, более чем трехмесячная проверка не принесла результатов. Жалобы в Генеральную прокуратуру также не были эффективными - «причинной связи между телесными повреждениями и признательными показаниями ... установлено не было».

По-прежнему остается открытым вопрос соразмерности и справедливости наказания за пытки, тяжести совершенного преступления. Так, например, старший оперуполномоченный отделения криминальной полиции Центрального отдела полиции УВД г. Костанай – Мухаметкалиев А., принуждал двух задержанных признаться в угоне автомобиля. Для этого, с неустановленным следствием лицами, он пытал задержанных, нанося удары по различным частям тела. Жертвы сообщили, что их били резиновой дубинкой по ногам, а так же в грудь и солнечное сплетение, надевали на голову пакет, перекрывая доступ воздуха. Один из потерпевших в суде рассказал, что его ударили в лоб, от чего он упал, но избиения не прекратились, а продолжились с новой силой с двух сторон, после этого он потерял сознание «Пришел в себя от того что замерз, т.к. лежал на бетонном полу»²²¹.

Экс-полицейский Мухаметкалиев А. был признан виновным по статье 141-1 части 2 пункту «а» УК РК (пытки, совершенные группой лиц или группой лиц по предварительному сговору) и ему было назначено наказание 1 год 6 месяцев лишения свободы условно, с лишением права занимать должности в правоохранительных органах сроком на 2 года. В ходе судебного заседания потерпевшие отказались от каких-либо претензий и просили не лишать подсудимого свободы. Суд апелляционной инстанции изменил приговор, и экс-полицейский за пытки получил полтора года лишения свободы в колонии общего режима.

Со времени передачи в августе 2011 года системы исполнения наказаний в ведение Министерства внутренних дел — Коалиция отмечает увеличение трудностей в работе ОНК. Участились факты, когда Комиссиям незаконно отказывают в посещении мест лишения свободы.

Государственные органы до сих пор не выполнили ряд рекомендаций Специального докладчика ООН против пыток. В частности, в исправительных учреждениях отсутствует предусмотренный международными стандартами «доступный канал подачи жалоб». В тех редких случаях, когда такие каналы формально существуют, жалобы изымаются и подвергаются цензуре.

С недавних пор (согласно письма №14/12-2-4-888 от 21.04.2011г. за подписью председателя Комитета Уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции РК С. Кусетова) членам Коалиции запрещен «перекрестный мониторинг» мест лишения свободы, при котором ОНК одной области проводят мониторинг учреждений другой области. В прошлом, такой мониторинг доказал свою эффективность, выявив пытки, приведшие к наказанию сотрудников УИС в Акмолинской области и ряд нарушений прав заключенных в колониях Северо-Казахстанской области.

²²⁰ См в приложении ответ и.о. прокурора г. Рудного А. Курманова от 05.12.2011 исх№ 15/1080-11.

²²¹ См. в приложении приговор Костанайского городского суда №2 от 28 марта 2012 года.

III. Оценка выполнения национального плана РК в области прав человека на 2009-2012 годы

Национальный план содержит анализ национального законодательства и правоприменительной практики на предмет соответствия международным стандартам о правах человека, а также формирует основные направления внешней и внутренней политики в сфере прав человека. В разделе «Право на свободу от пыток и других жестоких или унижающих достоинство видов обращения и наказания» дается обзор законодательных, практических и институциональных изменений в Казахстане по данному вопросу за годы независимости страны, а также поднимаются проблемные вопросы в борьбе с пытками. Документ содержит перечень из 10 мероприятий, которые государство планирует осуществить за 2009-2012 годы.

Как отмечалось в предыдущем обзоре, плохое освещение в СМИ вопросов связанных с исполнением Национального Плана, отрицательно сказывается на совершенствовании механизмов реализации конституционных прав граждан, которые обозначены в Национальном Пlane как конечный результат всех мероприятий. К сожалению, в ходе подготовки данного обзора, не удалось найти отдельного отчета государства о реализации мероприятий, обозначенных в Национальном плане. Кроме того, данные мероприятия слабо повлияли на правоприменительную практику.

1. Одно из первых мероприятий обозначенных в Пlane - Подготовить и принять постановление Правительства РК о реализации рекомендаций Комитета ООН против пыток

Постановление было принято 4 февраля 2010, практически все рекомендации Комитета ООН против пыток от 2008 года нашли отражение в этом документе.

2. Проведение международной конференции по обсуждению рекомендаций Комитета ООН против пыток по результатам рассмотрения доклада Республики Казахстан о выполнении Конвенции против пыток и возможных моделей национальных превентивных механизмов предотвращения пыток, создание которых в течение года предусмотрено Факультативным протоколом к Конвенции против пыток.

За время реализации Плана прошел ряд мероприятий по вопросам создания НПМ, которые были организованы по инициативе и финансовой поддержке международных и неправительственных организаций, где государственные органы выступили партнерами.

3. Разработать законодательные предложения по внесению изменений и дополнений в уголовное и уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан, в том числе по приведению определения «пытки» в соответствие со ст.1 Конвенции против пыток, гарантиям соблюдения всех прав задержанных с момента задержания, обеспечению эффективных средств правовой защиты лиц, которым угрожает выдворение, депортация, высылка или выдача.

Как отмечалось выше, статья УК РК «Пытки» была реформирована и перенесена в главу «Преступления против конституционных и иных прав человека и гражданина», однако, как было отмечено в разделе 2 данного обзора — далеко не всегда акты пыток квалифицируются по данной статье, а наказание соответствует тяжести преступления.

Законом РК от 18.01.11 г. № 393-IV статья 532 Уголовно-процессуального кодекса РК «Отказ в выдаче» дополнена пунктом 5, в соответствии с которым: «выдача не допускается, если: ... имеются основания полагать, что лицо может быть подвергнуто угрозе применения пыток в запрашивающем государстве».

К сожалению, на практике данная норма не работает. В Комитете ООН по правам человека и Комитете ООН против пыток рассматривается на данный момент ряд дел по вопросам экстрадиции, произведенной в нарушение международного и национального законодательства в такие страны как Узбекистан, Кыргызстан, Китай. За 2011 и 2012 годы вынесено уже два решения против Республики Казахстан по незаконной экстрадиции.

Так, в Комитет ООН по правам человека обратился Аршидин Исраил, гражданин Китая уйгурского происхождения, который содержался под стражей в одном из следственных изоляторов Казахстана в ожидании экстрадиции в Китай после получения отказа в предоставлении ему убежища в Казахстане. «Комитет, действуя через своего Специального докладчика по новым сообщениям и временным мерам, обратился к государству-участнику с просьбой не экстрадировать г-на Исраила в Китай до завершения рассмотрения его дела»²²². Во время регистрации сообщения его автор утверждал, что в случае экстрадиции, он будет подвергнут пыткам и приговорен к смертной казни в Китае. Но Казахстан проигнорировал просьбу Комитета и выдал заявителя Китаю. По данному делу 1 декабря 2011 года Комитет ООН по правам человека вынес решение, в котором, в том числе установил, что выдав заявителя в Китай, Казахстан нарушил право заявителя на жизнь, право на свободу от пыток. Комитет рекомендовал Казахстану «...обеспечить автору сообщения эффективное средство правовой защиты, включая надлежащую компенсацию.» и «...предотвращать подобные нарушения в будущем».

1 июня 2012 года против Казахстана вынесено решение Комитетом ООН против пыток по делу об экстрадиции в прошлом году в Узбекистан 29 искателей убежища. Комитет против пыток признал, что в данном деле Казахстан нарушил статью 3 (запрет выдачи в страну, если существуют серьезные основания полагать, что человеку может угрожать там применение пыток) Конвенции ООН против пыток. В своем решении Комитет принял всю аргументацию заявителей, включая просьбу о возврате 29 узбекских беженцев в Казахстан и выплату им компенсаций.

4. Разработка законодательных предложений (проекта Закона) по созданию национальных превентивных механизмов по предотвращению пыток.

В Плане законопроектных работ Правительства на 2012 год представление в Парламент законопроекта «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам создания национальных превентивных механизмов, направленных на предупреждение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» было намечено на март 2012 года.

19 апреля в Мажилисе Парламента РК офисом Международной тюремной реформы в Центральной Азии, в партнерстве с Комитетом по законодательству и судебно-правовой реформе Мажилиса Парламента РК, Институтом открытого общества проведена презентация двух законопроектов: «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам создания национального превентивного механизма, направленного на предупреждение пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания» - обновленный вариант законопроекта разработанного Министерством юстиции РК и законопроект «Об общественном контроле за соблюдением прав человека в местах принудительного содержания», подготовленный экспертами Международной тюремной реформы.

²²² См в приложении решение Комитета ООН по правам человека по данному делу - Сообщение № 2024/2011 CCPR/C/103/D/2024/2011.

В мае 2012 года была сформирована Рабочая группа по вышеназванному законопроекту Министерства юстиции, в которую вошли депутаты различных Комитетов. Приглашенными членами рабочей группы стали Министерство юстиции, Верховный суд, Генеральная прокуратура, Министерство внутренних дел, Комитет уголовно-исполнительной системы, Министерство образования и науки, Комитет национальной безопасности, финансовая полиция, Министерство финансов, партия «Нур Отан», ряд международных и неправительственных организаций.

В целом, предлагаемый законопроект вызывает критику со стороны международных и неправительственных организаций по целому ряду вопросов, можно отметить наиболее актуальные:

- проект закона вносит изменения и дополнения в ряд нормативных правовых актов. Данная методология может привести к ограничению мандата НПМ, возникновению противоречий, что в общем, крайне негативно отразится на работе НПМ в целом;

- финансирование деятельности НПМ через систему государственного социального заказа - такая схема финансирования противоречит принципам ФКПП и «Руководящим принципам, касающимся национальных превентивных механизмов²²³», когда «НПМ должен пользоваться полной финансовой и функциональной самостоятельностью при выполнении своих функций». Также Подкомитет по предупреждению пыток отметил, что подобный способ финансирования может затронуть независимость НПМ и доступность необходимых ресурсов;

- ряд учреждений, которые по смыслу Факультативного протокола к Конвенции ООН против пыток должны подпадать под мандат НПМ (воинские учреждения, детские учреждения, психиатрические больницы, социальные учреждения ит.д.) не охватываются предложенным законопроектом. Согласно комментариям Подкомитета ООН по предупреждению пыток от 18 июня 2012 года, представленным по запросу правозащитных организаций, места посещения НПМ необходимо понимать весьма широко. Подкомитет отметил - это означает, что термин включает (но не ограничивает) например такие учреждения как: тюрьмы (гражданские и военные), отделения полиции, следственные изоляторы, психиатрические учреждения и центры психического здоровья, ювенальные места заключения, места заключения мигрантов и учреждения социального обслуживания. Таким образом, в сегодняшнем виде законопроект будет препятствовать надлежащему исполнению обязательств по Факультативному протоколу.

5. Разработать проект Закона по приведению института Уполномоченного по правам человека (Омбудсмана) в соответствие с Парижскими принципами относительно национальных учреждений по правам человека.

К сожалению, ни в Плане законопроектных работ Правительства на 2012 год, ни в Перспективном плане законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2012 - 2013 годы не упоминается о данном законопроекте.

6. Разработка инструктивного и методического материала для сотрудников правоохранительных органов, пенитенциарной системы, общественных мониторов, касающегося деятельности национальных превентивных механизмов по предотвращению пыток.

По данным мероприятиям нет никакой информации. Общественные мониторы не получали какого-либо методического материала, касающегося деятельности

²²³ Подкомитет по предупреждению пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Двенадцатая сессия. Женева, 15-19 ноября 2010 года. САТ/ор/12/5.

НПМ, и не привлекались к обсуждению проектов подобных материалов. Также, например, не обсуждались и данные вопросы на уровне Академии Комитета уголовно-исполнительной системы МВД РК.

7. Обсуждение проектов законов по созданию национальных превентивных механизмов по предотвращению пыток и приведению института Уполномоченного по правам человека (Омбудсмана) в соответствие с Парижскими принципами относительно национальных учреждений по правам человека с проведением круглого стола (конференции)

Данное мероприятие перекликается с мероприятиями 4 и 5, информация о ходе их реализации приведена выше. Данное мероприятие выполнено частично. Нет информации об обсуждении проекта закона по приведению института Уполномоченного по правам человека в соответствие с Парижскими принципами.

8. Создание национальных превентивных механизмов по предотвращению пыток в соответствии с обязательствами Республики Казахстан по Факультативному протоколу к Конвенции против пыток.

Как указывалось выше, механизм (ы) по-прежнему не создан (ы), хотя в Национальном плане отмечен срок реализации данного мероприятия - 2010 год; продолжается широкое обсуждение проекта закона; есть предположения, что НПМ будет создан в 4 квартале 2012 года.

9. Осуществление комплексного обучения сотрудников правоохранительных органов, пенитенциарной системы, прокуратуры, судебных органов, общественных мониторов в рамках национальных превентивных механизмов по предотвращению пыток международным стандартам и процедурам защиты от пыток.

По данному мероприятию нет никакой информации. Также нет информации о том, чтобы общественные мониторы привлекались к подобному обучению.

10. Проведение широкой разъяснительной кампании по разъяснению порядка создания и принципов деятельности национальных превентивных механизмов по предупреждению пыток.

Данное мероприятие не было реализовано. Учитывая, что до сих пор идут споры по ряду концептуальных вопросов, априори проведение мероприятий по разъяснению порядка создания и принципов деятельности в ПНМ не возможно. Хотя, можно было бы начать работу в этом направлении, поднимая международные стандарты и обсуждая практики других стран.

IV. Рекомендации

1. Национальный план в области прав человека был широко презентован государством, но к сожалению, его реализация такого освещения не получила, поэтому необходимо проводить в СМИ широкое освещение реализуемых мероприятий, а также рассмотреть возможность подготовки и презентации отдельного государственного доклада с анализом выполнения данного Плана;

2. Для более эффективной реализации Плана необходимо назначить ответственных лиц, которые после сроков, установленных в плане, сообщали о том, удалось ли реализовать данное мероприятие, и если нет – в чем причина;

3. Государству необходимо в ближайшее время назначить один или несколько НПМ, которые бы в полной мере соответствовали ФПКПП;

4. Необходимо вернуться к обсуждению отдельного законопроекта об Уполномоченном по правам человека и его институциональной реформе;
5. Государству следует строго следовать нормам национального и международного законодательства по вопросам экстрадиции;
6. Любой факт пытки должен быть расследован в соответствии со статьей 12 Конвенции ООН против пыток: быстро, независимо и эффективно;
7. По всем принятым изменениям и дополнениям в законодательстве в рамках реализации Плана, необходимо улучшать правоприменительную практику.

Июнь, 2012 г.

ВОЛОЧАЙ Е. В.
*Директор по развитию SeLeV Consulting Group,
независимый эксперт по вопросам компенсации вреда
жертвам нарушений прав человека,
эксперт OSJI по вопросам компенсации морального вреда
жертвам пыток в Центральной Азии*

ВОПРОСЫ КОМПЕНСАЦИЙ В СПРАВЕДЛИВОМ СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ²²⁴

Вопрос компенсации жертвам нарушений прав человека и компенсации вреда отдельным категориям жертв правонарушений является актуальным для многих стран, особенно для стран молодых демократий, ставших на путь формирования правовых государств. Также вопросам компенсаций жертвам правонарушений уделяется постоянное внимание в деятельности международных организаций.

Вопросы компенсации актуальны для жертв нарушений всех прав и свобод, однако для жертв пыток и жестокого обращения, жертв торговли людьми²²⁵, жертв незаконных арестов, судебных ошибок он имеет особое значение. Ликвидация пыток и жестокого обращения является одним из наиболее далеко идущих идеалов, которые стремится достичь ОБСЕ. Международные организации, которые целью своей деятельности определили предотвращение пыток, включают структуры и подразделения ООН, занимающиеся правами человека, куда входит, в частности, Специальный докладчик по вопросам пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих человеческое достоинство обращений или наказаний, Комитет против пыток²²⁶, созданный в рамках Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания²²⁷. Европейский Комитет по предотвращению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания²²⁸.

В частности, положениями статьи 14 Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих человеческое достоинство видов обращения и наказания предусмотрено право жертвы пыток на справедливую и адекватную компенсацию, а именно:

²²⁴ Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке посольства Нидерландов в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении не отражают официальную точку зрения Посольства Нидерландов в Казахстане. В обзоре использован опыт одного из авторов (Волочай Е.В.) в проекте по поддержке жертв пыток OSJI. Также использован опыт участия в рабочей группе по разработке предложений к новому УПК Украины UBA (Ассоциации Юристов Украины), а также в Европейской программе по компенсации вреда жертвам торговли людьми «Компенсация в действии» (COMP.ACT), которая проходит под эгидой таких организаций как Anti-slavery и La Strada International и в которой один из авторов настоящего обзора (Волочай С.П.) принимает участие как международный эксперт.

²²⁵ Семинар по человеческому измерению, который состоялся 14-16 мая 2012 года в Варшаве, был посвящен теме «Правовая основа для борьбы с торговлей людьми», а вопросу компенсации было посвящено заседание рабочей группы III «Жертва в рамках уголовного судопроизводства»

²²⁶ URL: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>

²²⁷ URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/torture.shtml

²²⁸ URL: <http://www.cpt.coe.int/russian.htm>

Каждое Государство-участник обеспечивает в своей правовой системе, чтобы жертва пыток получала возмещение и имела подкрепляемое правовой санкцией право на справедливую и адекватную компенсацию, включая средства для возможно более полной реабилитации. В случае смерти жертвы в результате пытки право на компенсацию предоставляется его иждивенцам. 2. Ничто в настоящей статье не затрагивает любого права жертвы или других лиц на компенсацию, которое может существовать согласно национальному законодательству.

Право на компенсацию от государства за нарушение прав человека закреплено также в части 6 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП)²²⁹, которая гласит:

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.

Однако необходимо отметить, что данное право – право на компенсацию – отражено не в отдельной и самостоятельной статье, а является одной из частей статьи 14, гарантирующей право на справедливый судебный процесс. Поэтому представляется целесообразным при описании содержания права на компенсацию обратиться к тем гарантиям справедливого судебного процесса, вследствие нарушения которых и возникает указанное право на компенсацию, и которые составляют основной массив статьи 14 МПГПП.

В этой связи уместно отметить, что положение статьи 14 МПГПП о праве на компенсацию было одним из самых спорных при разработке проекта данной статьи. Так, правительство Филиппин еще в 1949 году внесло предложение о внесении в проект статьи 14 МПГПП права на компенсацию в случае судебной ошибки. Однако это предложение подверглось активным возражениям и оказалось наиболее спорным относительно целесообразности как его включения в проект статьи 14 МПГПП. После включения указанного положения в проект статьи 14 МПГПП продолжались дискуссии о целесообразности сохранения этой нормы в проекте данной статьи. Наибольшую активность по исключению положения о компенсации из проекта статьи 14 МПГПП проявляли представители Аргентины, Соединенного Королевства, Нидерландов. Их позиции были поддержаны многими другими странами, но в конечном итоге норма о компенсациях все-таки устояла, хотя и с небольшим перевесом голосов: 25 – за, 19 – против, 29 – воздержались. Примечательно, что в группу «За» и «Против» попали страны с различными правовыми системами и уровнем соблюдения прав человека и основных свобод. Так, представители Норвегии, Бельгии, Франции, США, Греции настаивали на включении нормы о компенсации. Представители Великобритании, Турции, Испании, Нидерландов, Канады, Австралии, Новой Зеландии, Ирландии возражали против этой нормы и требовали ее исключения из проекта статьи 14 МПГПП. Не

²²⁹ URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

определились со своей позиции в данном противостоянии представители таких стран как Дания, Швеция, Финляндия, Португалия, Австрия, Италия, а также все страны бывшего социалистического лагеря²³⁰.

Исходя из опыта правоприменения данной нормы о компенсации в судах стран СНГ, можно предположить, что правительства стран-участниц не спешили брать на себя международные обязательства в части компенсаций за допускаемые нарушения прав человека и основных свобод, предпочитая в этом вопросе оставить приоритетными нормы национального права и практику его применения. На эту мысль наводит то обстоятельство, что все попытки дополнения статьи 14 МПГПП о праве на компенсацию положением о том, что в случае исполнения смертного приговора, который впоследствии был признан незаконным, право требования компенсации переходило к родственникам жертвы правонарушения, не получило поддержки у большинства представителей стран-участниц²³¹.

Справедливости ради следует отметить, что в первоначальной редакции право на компенсацию родственникам жертвы не было включено в аналогичную по содержанию статью 6 Европейской Конвенции по правам человека. Также данное право не было отражено и в статье 8 Американской Конвенции по правам человека, принятой в 1969 году. Лишь только в 1984 году, после принятия Дополнительного протокола № 7 к Европейской Конвенции по правам человека, право на компенсацию было закреплено в статье 3 «Компенсация в случае судебной ошибки» указанного протокола, а именно:

Если какое-либо лицо на основании окончательного решения было осуждено за совершение уголовного преступления и если впоследствии вынесенный ему приговор был пересмотрен, или оно было помиловано на том основании, что какое-либо новое или вновь открывшееся обстоятельство убедительно доказывает, что имела место судебная ошибка, то лицо, понесшее наказание в результате такого осуждения, получает компенсацию согласно закону или практике соответствующего государства, если только не будет доказано, что ранее неизвестное обстоятельство не было своевременно обнаружено полностью или частично по его вине.

Примечательно, что вышеуказанная формулировка, примененная в статье 3 Дополнительного протокола № 7, практически дословно воспроизводит формулировку, содержащуюся в п. 6 статьи 14 МПГПП.

Следует также отметить, что содержание статьи 14 МПГПП вообще и пункта 6, в частности, является постоянным объектом внимания юристов, правозащитников, в том числе дважды становилось предметом обсуждения на уровне Комитета по правам человека ООН²³², результаты которых были отражены в замечаниях общего порядка № 13, принятых на 21-й сессии в 1984 году²³³, и в замечаниях общего порядка № 32 (CCPR/C/GC/32), принятых на 90-й сессии 23 августа 2007 года²³⁴.

Так, в указанных замечаниях общего порядка № 32 вопросу компенсации в случае судебной ошибки посвящен раздел VIII «Компенсация в случаях судебной ошибки», в котором указано следующее:

²³⁰ Nowak M.U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2-nd, rev ed. Kehl; Strasbourg; Arlington, 2005, page 352.

²³¹ Nowak M.U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2-nd, rev ed. Kehl; Strasbourg; Arlington, 2005, page 353.

²³² URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9Volumell_ru.pdf

²³³ URL: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom13.html>

²³⁴ URL: <http://www1.umn.edu/humanrts/russian/gencomm/Rhrcom32.html>

52. В соответствии с пунктом 6 статьи 14 Пакта выплачивается, согласно закону, компенсация лицам, которые были окончательным решением осуждены за уголовное преступление и понесли наказание как следствие такого осуждения, если вынесенный приговор был впоследствии отменен или им было даровано помилование на том основании, что какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказывает наличие судебной ошибки. Необходимо, чтобы государства-участники принимали закон, обеспечивающий, чтобы требуемая на основании этого положения компенсация действительно могла быть выплачена и чтобы такая выплата была произведена в разумные сроки.

53. Данная гарантия не применяется в тех случаях, если доказано, что указанное неизвестное обстоятельство не было в свое время обнаружено исключительно или отчасти по вине подсудимого; в этих случаях обязанность доказывания ложится на государство. Кроме того, компенсация не положена, если осуждение снято по результатам обжалования, т.е. до того, как судебное решение становится окончательным, или вследствие помилования, гуманитарного или дискреционного по своему характеру, или мотивированного соображениями справедливости, не подразумевающего, что имело место судебная ошибка.

Практическое наполнение права на компенсацию в случае судебной ошибки, закрепленное в статье 14 МПГПП, и практику его правоприменения можно более детально понять по решениям Комитета по правам человека в соответствии с факультативным протоколом²³⁵. Поэтому для целей настоящего обзора предметом нашего анализа будет соблюдение гарантий справедливого судебного процесса в аспекте права на компенсацию в случае возникновения судебной ошибки в практике Комитета по правам человека ООН. При этом будет использоваться наш собственный опыт судебно-экспертной деятельности по обоснованию и оценке морального (неимущественного) вреда для судов Украины, Российской Федерации, Молдовы, стран Центральной Азии.

Исходя из формулировки части 6 статьи 14 МПГПП, можно выделить следующие правовые предпосылки возникновения права на компенсацию вреда, причиненного жертве незаконного осуждения в результате судебной ошибки:

1. Осуждение за уголовное правонарушение окончательным решением суда.
2. Отмена вынесенного приговора или помилование осужденного на основе: а) наличия доказанной судебной ошибки; б) отсутствия вины осужденного в судебной ошибке.
3. Компенсация может быть выплачена только: а) тому лицу, которое понесло наказание; и б) только в том случае, когда осужденное лицо реально понесло наказание.
4. Право на компенсацию должно быть установлено национальным законом государства-участника.

Рассмотрим, как применяются выделенные условия на практике.

²³⁵ URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6ru.pdf>

1. Осуждение за уголовное правонарушение окончательным решением суда

Одним из условий возникновения права на компенсацию в случае судебной ошибки является то, что решение суда должно быть окончательным. Понятие «**окончательное решение**» суда означает такое решение, которое уже никоим образом не может быть обжаловано и, соответственно, является окончательным решением по делу в исполнении завершающей, самой последней из всех возможных в процессуальной цепочке, судебной инстанцией.

Из этого следует, что если лицо было осуждено судом низшей инстанции, но впоследствии обвинительный приговор был отменен судом высшей инстанции с оправданием осужденного лица, то в этом случае не возникает факта судебной ошибки, и у осужденного, а потом оправданного лица, соответственно, не возникает права на компенсацию. Такой случай имел место в деле «Терри Ирвинг против Австралии» (Сообщение № 880/1999)²³⁶, когда заявитель был осужден окружным судом, приговор которого был подтвержден апелляционным судом, и заявитель даже отбыл достаточно большую часть наказания, но впоследствии был оправдан Высоким судом Австралии в качестве кассационной инстанции. Обстоятельства дела следующие.

«2.1. Присяжные заседатели окружного суда Кернса 8 декабря 1993 года признали автора виновным в вооруженном ограблении отделения банка ANZ в Кернсе, совершенном 19 марта 1993 года. Он был приговорен к восьми годам лишения свободы. Автор обратился с просьбой об оказании ему юридической помощи в подаче апелляции на вынесенное решение, однако Управление по оказанию юридической помощи Квинсленда отклонило его просьбу. Во время слушания его дела в Апелляционном суде Квинсленда (*суд апелляционной инстанции – примечание автора*), который отклонил его апелляцию 20 апреля 1994 года, он не был представлен адвокатом.

2.2. Автор 3 мая 1994 года обратился с просьбой о предоставлении ему юридической помощи для получения особого разрешения на подачу апелляции в Высокий суд Австралии (*суд кассационной инстанции – примечание автора*). 28 мая 1994 года Управление по оказанию юридической помощи Квинсленда отклонило эту просьбу автора. В июле 1994 года автор еще раз обратился в Комитет по рассмотрению дел, связанных с оказанием юридической помощи, с просьбой пересмотреть это решение. В августе 1994 года окружной комитет в очередной раз отказал ему в предоставлении юридической помощи. Автор затем безуспешно подавал прошения в другие органы, включая Комиссию по уголовному правосудию Квинсленда, Общество права Квинсленда и управление омбудсмана Квинсленда.

2.3. Автор еще раз подал прошение в Комитет по рассмотрению дел, связанных с оказанием юридической помощи, с целью получения особого разрешения на апелляцию. В январе 1995 года Комитет предоставил юридическую помощь с целью передачи вопроса адвокату для получения консультации о перспективах подачи апелляции. В апреле 1995 года автору было отказано в дальнейшей юридической помощи. 17 июля 1995 года Служба оказания юридической помощи заключенным Квинсленда отказала автору в его просьбе об оказании такой помощи. 28 августа 1995 года Управление по оказанию юридической помощи АСТ отклонило ходатайство автора о предоставлении ему такой помощи.

2.4. В августе 1995 года автору был вручен документ, в котором он фигурировал в качестве ответчика в деле о компенсации, начатому тремя кассирами

²³⁶ URL: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol7ru.pdf>, стр. 24.

банка ANZ, обвинение в ограблении которого он не признает. 22 сентября 1995 года, участвуя в судебном разбирательстве по этому делу, автор заявил, что его несправедливо обвинили в совершении этого преступления. 24 ноября 1995 года ему было отказано в представлении дальнейших устанавливающих личность доказательств в этом судебном разбирательстве и было принято решение о компенсации.

2.5. Исчерпав все известные ему возможные способы представительства и юридической помощи, автор пришел к выводу, что у него нет иного выхода, кроме как представлять себя самого в Высоком суде Австралии, несмотря на предыдущую неудачную попытку выступать в качестве представляющего самого себя заявителя в Апелляционном суде Квинсленда. 2 мая 1996 года Высокий суд принял собранную находящимся под стражей автором документацию для получения особого разрешения на подачу апелляции. 8 декабря 1997 года, ровно четыре года спустя после вынесения автору первоначального обвинительного приговора, Высокий суд удовлетворил его ходатайство о получении особого разрешения на подачу апелляции, разрешил подать ее, отменил приговор и вынес решение о проведении нового судебного разбирательства. Во время слушания дела Суд учел признание обвинения, что во время первоначального судебного разбирательства в отношении автора была допущена несправедливость. Суд указал, что у него имеются «самые серьезные сомнения в отношении обстоятельств данного дела», что «создалась вызывающая очень серьезные опасения ситуация» и что «в течение всего времени обвиняемому было отказано в предоставлении юридической помощи для подачи апелляции». 11 декабря 1997 года автор был освобожден из тюрьмы под залог. 2 октября 1998 года главный общественный обвинитель Квинсленда заявил об отказе проведения нового судебного разбирательства и вынес решение о прекращении производства дела.

2.6. Автор 6 июля 1998 года обратился к Генеральному прокурору Квинсленда с просьбой о выплате ему компенсации *ex gratia* за судебную ошибку, послужившую причиной незаконного лишения его свободы в течение свыше четырех с половиной лет. Он обратился также с просьбой о создании независимой комиссии по расследованию обстоятельств его незаконного осуждения и лишения свободы. 10 августа 1998 года, 18 сентября 1998 года и 21 декабря 1998 года автор еще раз обращался к Генеральному прокурору Квинсленда.

2.7. Департамент юстиции Квинсленда 11 января 1999 года препроводил заявления о неправомерных действиях государственных служащих в этом деле в Комиссию по уголовному правосудию Квинсленда. 19 марта 1999 года автор подал иск в Верховный суд Квинсленда на проводившего расследование следователя и власти штата Квинсленд, требуя возмещения убытков за злоумышленное судебное преследование и присуждение штрафной компенсации.

2.8. Автор 25 июля 1999 года снова пытался добиться компенсации у Генерального прокурора Квинсленда. В августе 1999 года Комиссия по уголовному правосудию ответила, что дело автора не дает оснований для оправданных подозрений в отношении неправомерных действий официальных должностных лиц. После этого автор опять пытался добиться компенсации у Генерального прокурора. В сентябре 1999 года старший советник Генерального прокурора по вопросам политики информировал автора, что, «учитывая мнение Комиссии по уголовному правосудию и Ваше решение начать судебный процесс, Генеральный прокурор более не будет рассматривать Ваше заявление о выплате компенсации *ex gratia*, а будет ожидать результатов этого судебного процесса». 15 августа 2000 года автор подал жалобу в Парламентский комитет по уголовному правосудию Квинсленда. К началу февраля 2002 года никакого ответа из Парламентского комитета на его

жалобу получено не было. Вопрос, как сообщается, все еще находится на рассмотрении».

В своей жалобе заявитель утверждает, что является жертвой судебной ошибки и что он исчерпал все внутренние средства правовой защиты:

«3.1. Автор утверждает, что он исчерпал все возможные эффективные внутренние средства правовой защиты и что он безуспешно пытался, в соответствии с пунктом 2 b) статьи 5 Факультативного протокола, добиться у Генерального прокурора Квинсленда выплаты ему компенсации за незаконное лишение свободы.

3.2. Автор утверждает, что он выполнил все требования для получения компенсации в соответствии с условиями, предусмотренными в пункте 6 статьи 14. Во-первых, 8 декабря 1993 года он был осужден за уголовное преступление. Во-вторых, впоследствии 8 декабря 1997 года вынесенный ему приговор был отменен Высоким судом Австралии. В-третьих, решение Высокого суда было окончательным. В-четвертых, как утверждает автор, вынесенный ему приговор был отменен на основании того, что новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказало совершение судебной ошибки: в частности, он был лишен права на справедливое судебное разбирательство и у суда имелись самые серьезные сомнения в отношении обстоятельств данного дела. И наконец, как утверждает автор, не было доказано, что необнародованный неизвестный факт, о котором шла речь, в полной мере или частично имеет отношение к нему. Поскольку выполнены все необходимые условия для выплаты компенсации согласно пункту 6 статьи 14, власти Квинсленда обязаны выплатить ему компенсацию. Поскольку этого не сделано, нарушен пункт 6 статьи 14».

Такова были факты в изложении заявителя и логика автора заявления. Однако у правительства Австралии были возражения относительно того, что заявитель не исчерпал все эффективные способы защиты на национальном уровне, а именно: обе судебные процедуры, инициированные им, находятся на момент обращения в КПЧ ООН на рассмотрении, для чего действительно потребуется определенное время, но не чрезмерное, так что у автора нет оснований утверждать, что он реализовал все возможные способы эффективной судебной защиты:

«4.1. По вопросу о приемлемости сообщения государство-участник в своем представлении от октября 2000 года заявило следующее:

– автор не исчерпал все возможные и эффективные внутренние средства юридической защиты. На момент представления сообщения он предъявил два разных иска: один – в отношении проводившего расследование полицейского и властей Квинсленда за злоумышленное судебное преследование и выплаты штрафной компенсации и второй – требующий через Генерального прокурора Квинсленда выплаты компенсации за незаконное лишение свободы. Согласно заявлению государства-участника, оба иска тщательно рассматриваются и таким образом считаются эффективными. Нет никаких особых обстоятельств, которые мешали бы автору использовать эти средства в полной мере. Государство-участник утверждает, что при тщательном рассмотрении окончательное решение по этим жалобам займет от года до полутора лет; оно отрицает, что суды Квинсленда безосновательно затягивают решение вопроса о получении автором компенсации;

– автор не смог доказать нарушение пункта 6 статьи 14, поскольку окончательное решение по его делу, то есть, решение Высокого суда Австралии, не являлось первоначально вынесенным ему приговором и не подтверждало его. Поскольку, в соответствии с пунктом 6 статьи 14 Пакта, окончательное решение должно подтвердить первоначально вынесенный приговор, а в данном случае Высокий суд его не поддержал, пункт 6 статьи 14 в данном случае неприменим, и эта жалоба должна быть признана неприемлемой *ratione materiae*.

4.2. Что касается вопросов существования утверждений автора, то государство-участник заявляет, что:

– пункт 6 статьи 14 Пакта не был нарушен, поскольку автор не был осужден на основании «окончательного решения» по смыслу данного положения. Государство-участник напоминает, что в отношении «окончательного решения» апелляция не может быть подана. В соответствии с механизмами австралийской системы пересмотра судебных решений в отношении вынесенного автору приговора апелляция могла быть подана в любой момент. В Австралии в целом и в Квинсленде в частности решение суда первой инстанции об осуждении какого-либо лица не является, по крайней мере первоначально, окончательным, поскольку осужденное лицо всегда имеет право на подачу апелляции. Как отмечает государство-участник, успешная подача автором апелляции в Высокий суд опровергает любое утверждение о том, что решение Верховного суда Квинсленда явилось окончательным».

В итоге решением Комитета было отказано заявителю в обоснованности жалобы на том основании, что его осуждение состоялось не на основании «окончательного» решения суда в смысле части 6 статьи 14 МПГПП:

«8.1. Прежде чем рассматривать какие-либо претензии, содержащиеся в том или ином сообщении, Комитет по правам человека на основании правила 87 своих правил процедуры должен решить, является ли оно приемлемым в соответствии с Факультативным протоколом к Пакту.

8.2. Изложенные в сообщении факты, которые не опровергались государством-участником, показывают, что г-н Ирвинг стал жертвой явной несправедливости. По-видимому, эти факты поднимают серьезный вопрос о соблюдении государством-участником пункта 3 d) статьи 14 Пакта, поскольку г-ну Ирвингу было неоднократно отказано в предоставлении юридической помощи в деле, в котором, даже по мнению Высокого суда Австралии, интересы справедливости требуют предоставления такой помощи. Поэтому г-н Ирвинг, очевидно, имеет право на компенсацию. Единственная высказанная автором сообщения претензия касается пункта 6 статьи 14 Пакта; поэтому Комитет должен решить вопрос о приемлемости данной претензии.

8.3. Комитет напоминает условия применения пункта 6 статьи 14: «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».

8.4. Комитет замечает, что вынесенный автору обвинительный приговор в окружном суде Кернса 8 декабря 1993 года был подтвержден Апелляционным судом Квинсленда 20 апреля 1994 года. Г-н Ирвинг подал ходатайство о разрешении опротестовать это решение в Высоком суде Австралии. Ему было дано разрешение на апелляцию, и 8 декабря 1997 года Высокий суд Австралии аннулировал вынесенный ему приговор на основании того, что судебное разбирательство его дела не было справедливым. Поскольку в отношении решения Апелляционного суда Квинсленда была подана апелляция (хотя и с разрешения) на обычных основаниях, представляется, что до решения Высокого суда Австралии обвинительный приговор автору не может рассматриваться «окончательным решением» по смыслу пункта 6 статьи 14. Однако, даже если бы считалось, что решение Апелляционного суда Квинсленда рассматривалось «окончательным» для целей пункта 6 статьи 14, апелляция автора в Высокий суд Австралии была принята на том основании, что

первоначальное судебное разбирательство являлось несправедливым, а не на основании того, что какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство неоспоримо доказывало наличие судебной ошибки. Учитывая эти обстоятельства, Комитет считает, что в данном деле пункт 6 статьи 14 не может быть применен и эта претензия в соответствии со статьей 3 Факультативного протокола является неприемлемой *ratione materiae*».

2. Отмена вынесенного приговора или помилование осужденного на основе: а) наличия доказанной судебной ошибки; б) отсутствия вины осужденного в судебной ошибке

При обсуждении проекта статьи 14 МПГПП государствами-участниками обсуждался аспект помилования и правовые последствия этого акта. Некоторые выражали мнение, что помилование может быть одним из оснований для компенсации. В свою очередь, противники этого обосновано возражали, что обычно помилование не отменяет приговор и не оправдывает осужденного, а лишь освобождает его (частично или полностью) от ответственности по не реабилитирующим основаниям, в частности, по соображениям гуманности. Поэтому в Пакте было сделано уточнение относительно условий возникновения права на компенсацию в случае помилования, необходимых для квалификации судебной ошибки. В этой связи можно привести дело «Мухонен против Финляндии» (Сообщение №89/1981)²³⁷.

В данном деле фабула такова: заявитель, будучи убежденным пацифистом, отказался от прохождения службы в армии и попросил об альтернативной службе. Однако, он не явился на заседание специальной комиссии, которая была полномочна вынести решение по его вопросу. В итоге комиссия, исходя только лишь из предоставленных заявителем документов не смогла убедиться в наличии у него оснований для освобождения от службы в армии. Соответственно, дело было передано в суд, который признал заявителя виновным в уклонении от воинской повинности и вынес обвинительный приговор. Уже отбывая наказание, заявитель инициировал рассмотрение своего дела в вышеупомянутой специальной комиссии, прибыл на ее заседание и непосредственно пояснил свою позицию по вопросу воинской службы. Эти аргументы были приняты и комиссия пришла к выводу о возможности освобождения заявителя от службы в армии в связи с его убеждениями. В результате заявитель был оправдан и освобожден из мест заключения. Впоследствии заявитель обратился с жалобой на судебную ошибку и потребовал компенсации.

Теперь обратимся к материалам сообщения, выбрав необходимые и опуская второстепенные для целей настоящего доклада.

«1. Автором сообщения (первоначальное представление от 28 марта 1981 г., последующие представления от 20 сентября 1981 г. и 25 января 1982 г.) является Пааво Мухонен, гражданин Финляндии, 17 февраля 1950 г. рождения, работающий библиотекарем в Финляндии. Он утверждает, что имеет идейные убеждения, согласно которым не может проходить воинскую службу, ссылаясь на этические убеждения, которые порицаются финскими властями. Автор сообщения утверждает, что стал жертвой нарушения права на свободу убеждений, которое предусматривается п. 1 ст. 18 Международного пакта о гражданских и политических правах. Существо дела будет описано ниже.

²³⁷ URL: www.lawtrend.org/ru/data/611/

2. В августе 1976 г., во время военного призыва, г-н Мухонен подал в Комиссию по вопросам призыва на воинскую службу (далее – Комиссия) заявление об альтернативной гражданской службе вместо прохождения воинской службы на основании своих убеждений и существующего закона (О разоружении и альтернативной службе, 1969 г.). Решением от 18 октября 1977 г. Комиссия отклонила заявление г-на Мухонена на основании отсутствия серьезных моральных убеждений, которые базируются на этических основаниях и препятствующих прохождению воинской службы и обязала заявителя к прохождению воинской службы. Изначально рассмотрение заявления г-на Мухонена в Комиссии было совершено в письменной форме. **Г-н Мухонен не воспользовался возможностью предстать лично перед Комиссией по двум причинам** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*): во-первых, для него было невозможным приехать издалека ради слушаний и, во-вторых, Комиссия заверила его, что решение будет принято в его отсутствие. Поэтому г-н Мухонен решил, что его личное присутствие не является необходимым и не повлияет на решение данного вопроса. Неудовлетворенный принятым Комиссией решением (и имеющий все законные основания), заявитель подал апелляцию на решение Комиссии в Министерство юстиции. В своем решении от 21 ноября 1977 года Министерство юстиции заверило, что «в рассмотренном Комиссией по вопросам призыва на воинскую службу решении нет обстоятельств для пересмотра» и оно удовлетворяет принятое Комиссией решение. Также в своем решении Министерство юстиции сообщает, что согласно законодательству решение обжалованию не подлежит.

2.2. 13 февраля 1978 г. Пааво Мухонен повторно направил в Комиссию по вопросам призыва на воинскую службу заявление об отказе держать в руках оружие. Комиссия в своем решении от 1 сентября 1978 г. не приняла к рассмотрению заявление г-н Мухонена, сославшись на «ранее вынесенное решение Министерства юстиции». Г-н Мухонен снова подал прошение в Министерство юстиции с просьбой замены воинской службы альтернативной. В своем заключении от 3 ноября 1978 г. Министерство юстиции, принимая во внимание тот факт, что Комиссия не должна была оставить заявление г-на Мухонена без рассмотрения, решило не возвращать заявление в Комиссию для рассмотрения по существу (в силу того, что обстоятельства дела уже были разъяснены ранее), а рассмотреть его непосредственно. В результате было вынесено окончательное решение, согласно которому не было найдено оснований для пересмотра решения, которое Комиссия вынесла 18 октября 1977 г., равно как и для пересмотра решения от 21 ноября 1977 г. по апелляции в Министерство юстиции. И вновь, Министерством юстиции было определено, что решение обжалованию не подлежит.

2.3. Между тем, то есть, до рассмотрения ходатайства Комиссией и Министерством юстиции, был издан нормативный акт от 13 февраля 1978 г., согласно которому г-н Мухонен призывался на воинскую службу (15 февраля 1978 г.). Он заявляет, что в воинской части, куда он был отослан, отказался выполнять какие-либо воинские приказы. Ему было разрешено покинуть воинскую часть в тот же день. Уголовный суд возбудил судопроизводство против г-на Мухонена за невыполнение воинских приказов, и суд первой инстанции приговорил его к 11 месяцам тюремного заключения решением от 13 декабря 1978 г. Высший суд восточной Финляндии подтвердил данный приговор решением от 26 декабря 1979 г., вследствие чего г-н Мухонен начал отбывать наказание 4 июня 1980 г.

2.4. Осенью 1980 г. г-н Мухонен подал новое прошение на слушания в Комиссию, которая вынесла решение в пользу г-на Мухонена. В своем решении от 2 февраля 1981 г. Комиссия заключила следующее:

«Комиссия по вопросам призыва на воинскую службу, изучив все документы, касающиеся изначального отказа от ношения оружия, которое находится в ведении Министерства юстиции, предоставляя возможность г-ну Пааво Юхани Мухонену лично мотивировать свои убеждения перед Комиссией, рассматривая заявление Мухонена и проведя личную беседу, заявляет о возможности этических убеждений, которые нашли отражение в Законе «О разоружении и альтернативной службе» (132/69), что позволяет ему не выполнять военные и невоенные приказы в армии, и достигнув 30 лет, может не призываться на воинскую службу».

В соответствии с этим, обстоятельства данного дела не требуют принятия каких-либо дальнейших действий от Комиссии по вопросам призыва на воинскую службу.

5.5. К этому моменту (2 февраля 1981 г.) г-н Мухонен отбыл срок своего 11-месячного тюремного заключения с 4 июня 1980 г. Было установлено, что большое количество людей обращались к Президенту о помиловании по данному делу, и как следствие — данное дело было передано из Министерства юстиции Верховному суду Финляндии и, в результате г-н Мухонен был помилован 27 марта 1981 г. и выпущен на свободу на две недели раньше. Утверждается, что г-н Мухонен не получил какой-либо финансовой компенсации за действия, от которых он пострадал, несмотря на то, что г-н Мухонен предпринял все действия, необходимые для получения компенсации.

5.6. Как было отмечено ранее (в параграфе 1) г-н Мухонен утверждает, что те факты, которые были описаны, делают его жертвой нарушения Финляндией права, которое предусмотрено ч. 1 ст. 18 Международного пакта о гражданских и политических правах...

Комитет считает, что, так как решениями Комиссии по вопросам призыва на воинскую службу и Министерства юстиции 1977 и 1978 г. г-ну Мухонену было отказано в замене воинской службы альтернативной на основании его этических убеждений, встал вопрос о соответствии п. 1 ст. 18 Международного пакта последующего решения Комиссии от 2 февраля 1981 г., которое дало ответ на этот вопрос и, следовательно, никаких дальнейших вопросов о нарушении Международного пакта не поднималось. Факт нарушения п. 1 ст. 18 Международного пакта, тем не менее, не был установлен, но был поднят вопрос о нарушении п. 6 ст. 14 Международного пакта, что и предстояло выяснить Комитету.

6.1. Когда принималось решение о допустимости сообщения, Комитет отметил, что согласно п. 2 (б) ст. 15 Международного пакта непринятие к рассмотрению по существу дела государством-участником должно рассматриваться как недопустимое на том основании, что исключительные средства правовой защиты не применяются. Во-первых, автор сообщения при первом обращении до конца не осознавал возможность последующих средств правовой защиты. Во-вторых, принимая во внимание ограниченное количество исключительных средств правовой защиты по данному вопросу, государство-участник не предоставило доказательства эффективности средств правовой защиты в отношении данного дела.

6.2. В отношении существа дела государство-участник заявляет, что п. 6 ст. 14 Международного пакта в данном деле неприменим, на что Комитет отметил, что данный вопрос станет предметом рассмотрения данного сообщения по существу.

7. 6 апреля 1984 г. Комитет по правам человека вынес решение:

...2. Данное сообщение является приемлемым, в свете нарушения п. 6 ст. 14 Международного пакта;

3. В соответствии с п. 4 ст. 2 Факультативного протокола, Комитет истребует у государства-участника предоставления в течение 6 месяцев после передачи

данного решения, письменных объяснений и пояснений по данному вопросу, в том числе и о средствах правовой защиты и мерах, которые могли быть приняты.

8. Предоставленные документы, согласно п. 2 ст. 4 Факультативного протокола, датированные 22 октября 1984 г., государство-участник пересмотрело заявленные факты и постановило:

«Автор сообщения №89/1981 на основании закона был приговорен судом к наказанию за невыполнение воинского долга. Законность данного приговора была пересмотрена и подтверждена судебным учреждением высшей инстанции. Своим решением от 2 февраля 1981 г. Комиссия по вопросам призыва на воинскую службу полагает, что признание виновным истца доказано и не указывает на принятые ранее решения и решение Министерства юстиции, которое могло быть ошибочным. И ни при каких условиях юридическая сила судебного решения не может подвергаться сомнению».

В соответствии с частью 1 статьи 29 Конституции (94/19), если, в связи с изменением обстоятельств, подчинение **действующему судебному решению** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*) не соответствует принципам справедливости, Президент в индивидуальном порядке может, получив мнение Верховного суда, помиловать лицо или назначить более мягкое наказание. Именно это и произошло в данном случае в отношении автора сообщения №89/1981.

10. Комитет по правам человека исследовал все предоставленные ему сторонами обстоятельства данного дела, как это предусматривается в пункте 1 статьи 5 Факультативного протокола.

11.1. Рассмотрев дело по существу, принимая решение о приемлемости, Комитет по правам человека, принимая во внимание предоставленную законодательством Финляндии возможность для граждан право выбора альтернативной службы вместо службы в вооруженных или невооруженных войсках Финляндии. Поскольку законодательство Финляндии предусматривает такое исключение, Комитет признает, что только власти Финляндии правомочны оценивать заявления на предмет такого исключения согласно законодательству Финляндии.

11.2. Задача Комитета сведена к тому, чтобы определить, в обстоятельствах дела г-на Мухонена, имел ли он право на получение компенсации в соответствии с пунктом 6 статьи 14 Пакта. Право на компенсацию может возникнуть в связи с уголовным разбирательством, если приговор, вынесенный в отношении лица, был в дальнейшем отменен, или если он/она «были помилованы в результате вновь открывшихся обстоятельств, которые окончательно доказали наличие судебной ошибки». С момента предоставления первой альтернативы, Комитет отмечает, что признание виновным г-на Мухонена согласно вынесенному решению городского суда г. Йоенсу (Joensuu) от 13 декабря 1978 г., подтвержденному Верховным судом восточной Финляндии от 26 октября 1979 г., которое отменило ранее вынесенное решение. Более того, г-н Мухонен не был помилован, потому что было установлено, что обвинительный приговор основывался на ошибочном приговоре. Принимая во внимание положения финского законодательства, в частности, нормы законодательного акта (23/72), который предусматривает ответственность новобранцев за невыполнение приказов, если эти граждане не были признаны лицами, отказывающимися от прохождения воинской службы по соображениям совести, Комиссия по вопросам призыва на воинскую службу признала совершение правонарушения. Это означает, что право на отказ от прохождения воинской службы не возникает автоматически, а признается таковым уполномоченным административным органом после рассмотрения этических мотивов. В соответствии с этим **помилование Президента не подразумевало, что была совершена судебная**

ошибка (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*). Как отметило государство-участник, предоставляя документы от 22 октября 1984 г., г-н Мухонен был помилован из соображений справедливости.

11.3. Безусловно, вынесение обвинительного приговора г-ну Мухонену явилось результатом решения, вынесенного Комиссией по вопросам призыва на воинскую службу от 18 октября 1977 г., которое отрицало правовой статус отказа от воинской службы в силу наличия идейных убеждений. Данное решение основывалось на обстоятельствах, которые ранее установила Комиссия. Г-н Мухонену удалось убедить Комиссию в своих этических соображениях, которые противоречат воинской службе, **только после возобновления рассмотрения его дела осенью 1980 г., когда он лично предстал перед Комиссией** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*), до этого, в 1977 г., у него не было такой возможности.

12. В результате всего вышеизложенного, Комитет по правам человека решил, что г-н Мухонен не имеет права на компенсацию, которую власти Финляндии не выплатили, а, следовательно, в данном случае не было нарушения ст. 14 (б) Международного пакта».

Таким образом, в данном случае заявитель не получил права на компенсацию как жертва судебной ошибки, поскольку обстоятельства в данном деле не прошли двуединый тест: во-первых, заявитель был помилован президентом Финляндии, исходя из общих соображений справедливости и в силу большого количества обращений за помилованием от осужденных за аналогичные правонарушения, а не на основании выявленной судебной ошибки. Во-вторых, даже если бы была констатирована судебная ошибка, то, по мнению Комитета, заявитель является частично виновным в этом, поскольку он не явился лично на заседание специальной комиссии, вследствие чего комиссия не имела возможности опросить непосредственно заявителя, чтобы убедиться в наличии у него достаточных оснований для освобождения от службы в армии, и вынесла свое решение только на основании присланных заявителем документов.

То есть, заявитель не будет иметь права на компенсацию как жертва судебной ошибки, если будет установлено, что некоторое, ранее неизвестное суду обстоятельство, не было доведено к сведению суда исключительно или отчасти по вине самого заявителя. Данная поправка была внесена по инициативе Франции²³⁸, поскольку возникла потребность найти правовое решение в ситуациях, когда лицо, не виновное в совершении преступления, сознательно оговаривает себя, чтобы не выдать сообщников или для получения личной выгоды от виновного лица за не понесение последним положенной по закону ответственности. При этом обязанность доказывания того, что осужденное лицо полностью или частично виновно в своем осуждении, возлагается на государство.

3. Компенсация полагается лишь лицу, которое понесло наказание в результате осуждения

Как уже указывалось, предложения о распространении права на компенсацию в случае судебной ошибки на родственников жертвы, даже в случае исполнения смертного приговора, впоследствии признанного незаконным, не получили поддержки большинства стран-участников МПГПП. Поэтому при прочтении данного условия получения права на компенсацию ударение делается на определении

²³⁸ Nowak M.U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2-nd, rev ed. Kehl; Strasbourg; Arlington, 2005, page 354.

«**лишь лицу**», которое понесло наказание. Также вторым акцентом в данной формулировке является определение – «которое **понесло** наказание», поскольку возможны ситуации, когда лицо, осужденное к определенному наказанию, было впоследствии оправдано и реально не понесло присужденного наказания.

О такой ситуации идет речь в деле «W.J.H. против Нидерландов» (Сообщение 408/1990)²³⁹. В указанном деле заявитель был признан виновным в совершении ряда преступлений, включая мошенничество и подлог, и приговорен к лишению свободы. Однако суд апелляционной инстанции отменил обвинительный приговор суда первой инстанции в отношении заявителя и освободил его из зала суда, поскольку было установлено, что доказательства, свидетельствующие о виновности заявителя, были получены с нарушением национального процессуального законодательства. Соответственно, заявитель, будучи приговоренным к лишению свободы, не приступил к отбыванию этого наказания и был освобожден из СИЗО, в котором находился на период судебного процесса.

Тем не менее, заявитель обратился с заявлением в Комитет, основываясь на том, что, находясь в СИЗО, он был лишен свободы в течение трех месяцев, поэтому является жертвой судебной ошибки.

Комитет, рассмотрев материалы дела, признал данное заявление неприемлемым, поскольку содержание заявителя в СИЗО было обосновано с правовой точки зрения, и он не оспаривал законность своего содержания в СИЗО. В то же время, будучи приговоренным судом первой инстанции к лишению свободы, **реально** заявитель не понес наказания и поэтому у него нет права на компенсацию как жертвы судебной ошибки.

Таким образом, на примере решения Комитета по данному сообщению мы видим, что одним из условий для получения права на компенсацию в случае судебной ошибки является понесение наказания в реальности. Соответственно, одного только вынесения решения суда о лишении свободы жертве судебной ошибки не достаточно для получения права на компенсацию.

Собственно говоря, в данном случае есть еще одно обстоятельство – осуждение окончательным решением суда. Как видно из описания обстоятельств дела, заявитель был осужден к лишению свободы только приговором суда первой инстанции, в последствие отмененным в апелляции. Но даже в случае, если бы суд апелляционной инстанции подтвердил обвинительный приговор суда первой инстанции, то и в таком случае заявитель не смог бы получить правовой статус жертвы судебной ошибки, поскольку решение апелляционной инстанции не может считаться в понимании части 6 статьи 14 Пакта «окончательным решением суда» – ведь это решение может быть успешно обжаловано в суде третьей инстанции, и так далее, включая все возможные эффективные внутренние способы правовой защиты, вплоть до получения такого решения суда, которое невозможно будет обжаловать и которое и станет фактически и юридически окончательным решением суда.

239

URL:

<http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/ac824e16154a0621c1256d3d003321f6/ffccea31178a2f8741256d550046ef8e?OpenDocument>

4. Компенсация должна быть установлена законом

В отличие от всех вышеприведенных решений Комитета в следующем примере было констатировано нарушение части 6 статьи 14 Пакта – заявление Мишеля Дюмона против Канады (Сообщение № 1467/2006)²⁴⁰. Это дело представляет собой интерес по нескольким аспектам, поэтому заслуживает на детальное внимание. Кроме того, в данном деле имеются ссылки Комитета на аргументацию, приведенную в своих более ранних решениях, в том числе и указанных в предыдущих разделах настоящего доклада, поэтому есть смысл остановиться на нем подробнее.

Фабула дела такова, что заявитель был осужден за изнасилование, отбыл часть наказания и был освобожден условно-досрочно. Однако впоследствии обнаружилось, что жертва преступления подписала документ, в котором выражала сомнение в том, что нападавший на нее человек похож на заявителя, но этот документ не был представлен в суде. На этом основании заявитель считает, что в отношении него была допущена судебная ошибка, и требовал соответствующей компенсации.

«2.1. 25 июня 1991 года автор был признан Судом Квебека виновным в изнасиловании, совершенном в городе Буабриане, и приговорен к 52 месяцам тюремного заключения. Он обжаловал это решение в Апелляционном суде Квебека, который 14 февраля 1994 года отклонил его апелляцию, поскольку автор не сослался ни на какую юридическую ошибку. Еще до рассмотрения апелляции автора жертва изнасилования подписала 23 июня 1992 года официальное заявление о том, что она ошиблась в отношении личности напавшего на нее человека, однако это заявление не было упомянуто в ходе слушания по апелляции. Автор оставался в тюрьме до мая 1997 года, когда было принято решение о его условно-досрочном освобождении. Таким образом, он провел в тюрьме 34 месяца. Правительство поручило комиссии по расследованию представить доклад о ходатайстве автора о пересмотре его дела, с которым он обратился на основании статьи 690 Уголовного кодекса. Авторы доклада, опубликованного 15 июля 1998 года, пришли к заключению о том, что заявление, сделанное жертвой изнасилования, вызывает разумные сомнения в отношении виновности автора сообщения. Это дело было, таким образом, передано в Апелляционный суд Квебека. 22 февраля 2001 года Апелляционный суд Квебека отменил обвинительный приговор, вынесенный Судом Квебека, и снял с автора все обвинения».

Таким образом, было установлено, что действительно имела место судебная ошибка, которая возникла абсолютно не по вине заявителя, и он реально понес наказание в виде лишения свободы. Казалось бы, есть все основания для получения заявителем компенсации как жертве судебной ошибки. Но в действительности ситуация оказалась не такой однозначной:

«2.2. 21 августа 2001 года автор подал в Высший суд Квебека гражданский иск против, в частности, генерального прокурора Квебека с целью получения финансовой компенсации за ущерб, причиненный ему и его семье... Наконец, 15 июня 2006 года данное дело было зарегистрировано для расследования и слушания в Суде. Автор также направил в различные инстанции многочисленные письма с требованием о выплате компенсации за судебную ошибку, от которой он пострадал.

²⁴⁰ URL: <http://www.hr-lawyers.org/index.php?id=1297439175>

3.1. Автор считает себя жертвой нарушения пункта 6 статьи 14 Пакта. Несмотря на то, что его осуждение было отменено, потому что новое или вновь открывшееся обстоятельство показало, что имела место судебная ошибка, компенсация автору не была выплачена в соответствии с «Руководящими принципами выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму». Эти руководящие принципы, принятые в 1988 году министерствами юстиции и федеральными и провинциальными прокурорами, предусматривают, что для выплаты компенсации требуется выполнение следующих условий: заявитель был заключен в тюрьму, открылось новое обстоятельство, было доказано совершение судебной ошибки и было принято решение в соответствии со статьей 690 Уголовного кодекса. Компенсация выплачивается соответствующими провинциальными органами власти. Если лицо имеет право на компенсацию, проводится судебное или административное расследование с целью вынесения рекомендации в отношении суммы компенсации.

3.2. Автор считает, что он отвечает трем критериям, установленным в этих руководящих принципах для выплаты компенсации. Поскольку не существует никакого официального вопросника, он просто написал несколько раз письма соответствующим органам с просьбой о получении компенсации. Все его просьбы были отклонены. Министерство юстиции Квебека предложило ему обратиться в гражданские суды. Автор поясняет, что в «Руководящих принципах» ничего не говорится о том, что для получения компенсации необходимо подавать иск в гражданские суды, и он утверждает, что у него нет для этого финансовых средств. Он уточняет, что со времени введения этой программы в 1988 году компенсацию в Квебеке получил только один человек – г-н Р.П. Он был оправдан в 1986 году и получил компенсацию лишь в 2001 году, то есть, после 15 лет ожидания. По мнению автора, г-ну Р.П. удалось получить компенсацию лишь потому, что омбудсмен оказал давление на тогдашнего министра юстиции».

В ответ на все усилия по получению компенсации в ситуации явной судебной ошибки правительство Канады заявило Комитету возражения по формальным основаниям, а именно – о неприемлемости сообщения в связи с неисчерпанием автором всех внутренних средств правовой защиты в части получения компенсации:

«4.1. 7 июля 2006 года государство-участник оспорило приемлемость сообщения. Оно утверждает, что 21 августа 2001 года, то есть, через шесть месяцев после оправдания автора, он подал в Высший суд Квебека гражданский иск против, в частности, правительства Квебека с целью получения финансовой компенсации. Это дело было зарегистрировано 15 июня 2006 года для расследования и слушания в Суде. Государство-участник поясняет, что автор мог зарегистрировать его дело уже 13 августа 2002 года, после представления Квебеком аргументации в свою защиту, чего он не сделал. Поэтому государство-участник утверждает, что автор не исчерпал внутренних средств правовой защиты и что его дело будет заслушано в ближайшее время. Если требование автора будет отклонено, то государство-участник напоминает, что автор может подать апелляцию в Апелляционный суд Квебека и, в конечном счете, по разрешению, в Верховный суд Канады.

4.2. Государство-участник также напоминает, что 22 марта 2006 года автор также подал жалобу омбудсмену Квебека и что эта процедура также продолжается. Хотя автор утверждает, что у него нет необходимых финансовых средств для предъявления исков о взыскании убытков, государство-участник напоминает, что обращение к омбудсмену не влечет финансовых последствий и что в любом случае простого утверждения об отсутствии денег недостаточно, чтобы позволить автору уклониться от обязанности, касающейся исчерпания внутренних средств правовой защиты».

Убежденность правительства Канады в необходимости исчерпания заявителем всех внутренних средств правовой защиты исходила из существовавшего на то время подзаконного акта «Руководящие принципы выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму». Согласно этому документу, лицо, ставшее жертвой судебной ошибки и ошибочно осужденное, **обязано дополнительно доказать свою действительную невиновность** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*). В этой связи автор сообщения обвинил Канаду в невыполнении своих обязательств согласно части 6 статьи 14 МПГПП и заявил следующее:

«5.1. 17 октября 2006 года автор отмечает, что, с одной стороны, государство-участник утверждает, что его сообщение является неприемлемым, потому что он подал иск, в частности, против генерального прокурора Квебека. С другой стороны, государство-участник утверждает, что этот иск также является неприемлемым. Во всяком случае, автор утверждает, что его иск не имеет ничего общего с его правом на получение компенсации в качестве жертвы судебной ошибки в соответствии с пунктом 6 статьи 14 Пакта. В своем иске он стремится доказать, что полиция и Корона допустили ошибки.

5.2. Автор утверждает, что государство-участник не соблюдает своих обязательств по Пакту, поскольку единственной мерой, которую оно приняло в целях осуществления пункта 6 статьи 14, является принятие «Руководящих принципов выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму». Он напоминает, что в этом документе государство-участник само признало, что «следует отметить, что механизм компенсации, который будет основываться исключительно на этих руководящих принципах, скорее всего, позволит Канаде лишь частично выполнить обязательства, возложенные на нее Международным пактом, поскольку право на компенсацию не будет основываться на законодательстве, как это предусмотрено статьей 14 (6) Международного пакта». Согласно этому же документу жертва судебной ошибки в Канаде, даже в случае отмены приговора, как это предусмотрено в пункте 6 статьи 14 Пакта, **должна однозначно доказать свою невиновность** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*), чтобы получить компенсацию. В этой связи автор ссылается на ответ, направленный ему помощником заместителя министра юстиции Квебека 24 февраля 2006 года, в котором он заявляет, что его анализ данного дела не позволяет ему сделать убедительный вывод о фактической невиновности автора и что это убеждение в его невиновности необходимо для применения «Руководящих принципов выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму». Он напоминает, что он был оправдан Апелляционным судом 22 февраля 2001 года и что он должен в **полной мере пользоваться презумпцией невиновности** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*).

В свою очередь, правительство Канады настаивало на неприемлемости заявления, поскольку автор в своих исках изменил требования и, в частности, ставит вопрос о выплате ему компенсации. Следовательно, вопрос о выплате компенсации пребывает на рассмотрении и может быть удовлетворен с помощью внутренних средств правовой защиты. Фактически, правительство Канады поставило выполнение обязательств по выплате компенсации жертве судебной ошибки в зависимость от успешности прохождения гражданских тяжб, связанных с обстоятельствами незаконного осуждения:

«6.1. 6 февраля 2007 года государство-участник отмечает, что в гражданском иске автора, поданного в Высший суд Квебека, автор ставит в упрек генеральному прокурору Канады конкретные ошибки, совершенные в период его содержания под стражей в учреждении федеральной тюремной системы. Эти утверждения не были

представлены на рассмотрение Комитета. Именно в связи с этими утверждениями правительство Канады настаивает на неприемлемости сообщения. В том же иске, поданном в Высший суд Квебека, автор требует, кроме того, выплаты компенсации за ущерб, который был якобы причинен его семье в результате его осуждения и тюремного заключения.

6.2. Хотя автор утверждает, что его иск «не имеет ничего общего с его правом на получение компенсации в качестве жертвы судебной ошибки в соответствии с пунктом 6 статьи 14 Пакта», государство-участник отмечает, что автор изменил свое первоначальное заявление, включив в него отдельный раздел, касающийся конкретно его права на компенсацию на основании Канадской хартии прав и свобод и Хартии прав и свобод человека, которые и в том, и в другом случае связаны с Пактом. Таким образом, вопреки тому, что автор, как представляется, утверждает в своем сообщении Комитету, государство-участник считает, что поданный им иск может привести к выплате ему компенсации за судебную ошибку, от которой он якобы пострадал. Соответственно, государство-участник утверждает, что этот иск может оказаться для автора средством правовой защиты, которой он пытается добиться от Комитета, а именно: он может привести к выплате автору компенсации за судебную ошибку, от которой он якобы пострадал, причем независимо от бремени доказывания, которое лежит на авторе в результате предъявления этого иска и которое присуще любому гражданскому иску. Кроме того, государство-участник напоминает, что автор должен в любом случае доказать, что он удовлетворяет условиям применения пункта 6 статьи 14, и, в частности, предоставить доказательства того, что имела место судебная ошибка». В качестве аргументации данного утверждения правительства Канады ссылались на соображения Комитета, принятые по вышеуказанным сообщениям (Сообщение № 89/1981, «Мухонен против Финляндии», а также Сообщение № 408/1990, «W.J.H. против Нидерландов»), в которых было указано на неприемлемость данных сообщений.

В дальнейших аргументах правительство последовательно возражало против всех пунктов заявителя, основываясь на аргументах процессуального характера внутреннего законодательства, а также указывая, что заявитель все еще имеет возможность удовлетворить свои требования о компенсации как сторона в гражданском процессе. Кроме того, в упрек автору ставилось то обстоятельство, что он делал слишком большие паузы и долго не осуществлял никакой активности для защиты своих интересов:

«6.3. Государство-участник считает, что доводы автора, касающиеся «Руководящих принципов», к делу не относятся.

6.4. Что касается жалобы, поданной омбудсмену Квебека 22 марта 2006 года, то государство-участник отмечает, что в июне 2006 года она была признана омбудсменом неприемлемой на том основании, что Закон об омбудсмене запрещает всякое вмешательство омбудсмена в случае, если заявитель подал жалобу в судебный орган.

7.1. 27 мая 2007 года государство-участник отмечает, что иск, поданный автором в Высший суд Квебека, еще не заслушивался и что дата суда еще не назначена. С момента регистрации иска для расследования и заслушания 15 июня 2006 года этот иск продолжает проходить обычную процедуру. Регистрация с целью расследования и заслушания означает, что дело подготовлено и что может быть назначена дата судебного разбирательства. Стороны спора встретились с Судом в марте 2007 года, чтобы назначить дату процесса, но Суд отложил назначение даты до 29 июня 2007 года, с тем чтобы принять некоторые меры по облегчению хода судебного процесса, посчитав, что в деле участвуют несколько сторон и что судебное разбирательство займет долгое время. Следует отметить, что сроки

процессуальных действий с того момента, как дело было зарегистрировано для расследования и заслушания в июне 2006 года, являются обычными в данных обстоятельствах.

7.2. Государство-участник также напоминает, что автор прождал 18 месяцев после представления Квебеком доводов защиты, то есть, до 17 февраля 2004 года, чтобы приобщить к делу в Суде измененное заявление. Затем он прождал еще 28 месяцев, прежде чем зарегистрировать 15 июня 2006 года дело для расследования и заслушания, то есть, после того, как Квебек принудил его к этому посредством соответствующей процедуры. Таким образом, прошло почти четыре года между датой, когда Квебек приобщил доводы защиты к находившемуся на рассмотрении Суда делу, и датой, когда автор зарегистрировал дело для расследования и заслушания».

В завязавшемся в дальнейшем обмене возражениями автор указывал правительству на то, что его заявления в суды общей юрисдикции не имеют перспективы быть удовлетворенными в части компенсации ему как жертве судебной ошибки, поскольку законодательство Канады не содержит такой нормы, а перерывы в ведении дела были вынужденными и были вызваны его надеждами на возможность дружественного урегулирования спора и выплатой ему надлежащей компенсации как жертве судебной ошибки в порядке дружественного урегулирования. В свою очередь, правительство последовательно оспаривало обоснованность его исковых требований о компенсации в судах внутренней юрисдикции. Поскольку это не имеет прямого отношения к цели настоящего доклада, эту часть соображений мы опустим и перейдем к позиции Комитета относительно приемлемости сообщения относительно части 6 статьи 14 Пакта:

«13.2. Комитет отметил, что осуждение автора Судом Квебека 25 июня 1991 года было оставлено в силе Апелляционным судом Квебека 14 февраля 1994 года. Автор не обжаловал этого решения в Верховном суде Канады, но он обратился к министру юстиции Канады на основании статьи 690 Уголовного кодекса. В результате этого обращения министр юстиции Канады распорядилась вернуть это дело в Апелляционный суд, так как ей стали известны некоторые сведения, которые могли повлиять на решение относительно виновности или невиновности автора. 22 февраля 2001 года Апелляционный суд Квебека снял с автора все предъявленные ему обвинения. Поэтому Комитет счел, что пункт 6 статьи 14 в данном случае применим.

13.3. Что касается исчерпания внутренних средств правовой защиты, то Комитет принял к сведению утверждения государства-участника о том, что в результате возбуждения дела в Высшем суде Квебека автор может получить компенсацию за судебную ошибку, от которой он якобы пострадал. Вместе с тем Комитет отметил, что автор уже обращался, пока что безуспешно, во многие инстанции за получением компенсации. Согласно «Руководящим принципам выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму», провинциальный или федеральный министр, ответственный за уголовное правосудие, должен был бы назначить комиссию по юридическому или административному расследованию для изучения вопроса о выплате компенсации автору. Однако такая комиссия так и не была создана. В любом случае, Комитет отметил, что государство-участник само призналось в «Руководящих принципах», что «механизм компенсации, который будет основываться на этих руководящих принципах, скорее всего, позволит Канаде лишь частично выполнить обязательства, возложенные на нее Международным пактом, поскольку право на компенсацию не будет основываться на законодательстве, как это предусмотрено статьей 14 (6) Международного пакта».

13.4 Комитет отметил, что 21 августа 2001 года автор подал гражданский иск против генерального прокурора Квебека с целью получения компенсации. Это производство, которое еще не завершилось, продолжается уже шесть лет. Комитет отметил, что, хотя автор изменил 17 февраля 2004 года свое первоначальное заявление, его дело не могло быть зарегистрировано для расследования и заслушания в Высшем суде Квебека до 15 июня 2006 года, так как генеральный прокурор Канады представил свои доводы защиты лишь 8 июня 2006 года. Кроме того, Комитет отметил, что автор надеялся на полюбовное урегулирование спора вплоть до 24 февраля 2006 года, когда заместитель министра ему, наконец, сообщил, что такого урегулирования не будет (см. выше пункт 9). Поэтому Комитет счел, что автор не может нести исключительную ответственность за задержку. В этих обстоятельствах Комитет пришел к выводу, что государство-участник не продемонстрировало, что судопроизводство является эффективным, и объявил сообщение приемлемым, поскольку оно поднимает вопросы, касающиеся пункта 6 статьи 14».

Тем не менее, правительство Канады продолжало настаивать на неприемлемости сообщения на основании того, что автором не были исчерпаны внутренние средства защиты. Кроме того, правительство ссылалось на факты из материалов в уголовном деле, которые, по мнению правительства, не свидетельствовали о невиновности автора в инкриминированном ему преступлении и что обвинительный приговор в отношении автора сообщения был отменен лишь в связи с обоснованными сомнениями в его виновности, но никак не в связи с его истинной невиновностью.

«14.1. 29 апреля 2008 года государство-участник представило замечания относительно приемлемости и существа сообщения и просило Комитет пересмотреть его решение о приемлемости в соответствии с пунктом 4 статьи 99 его Правил процедуры и объявить сообщение неприемлемым в силу того, что не были исчерпаны внутренние средства правовой защиты. В дополнение к этому государство-участник просило Комитет констатировать приемлемость *ratione materiae* сообщения на том основании, что автор не доказал, что он отвечает требованиям пункта 6 статьи 14 Пакта, или отклонить сообщение по существу в виду отсутствия нарушения пункта 6 статьи 14.

14.2. Государство-участник напоминает факты по данному делу и уточняет, что 23 июня 1992 года жертва вменяемых автору деяний, ошибочно полагая, что автор находится в тюрьме, заявила, что где-то в конце марта 1992 года она увидела двойника автора в пункте проката видеокассет. Это заявление было якобы направлено адвокату автора в письме от 3 июля 1992 года. Сообщается, что в период с 1994 по 1997 год потерпевшая несколько раз заявляла, что она продолжает сомневаться в отношении личности нападавшего, однако она так и не отказалась от ранее данных показаний. Поэтому в своем решении от 22 февраля 2001 года Апелляционный суд Квебека пришел к выводу, что сделанные потерпевшей заявления вызывают разумное сомнение в отношении виновности автора сообщения. Суд, однако, не принял решения в отношении невиновности автора.

14.3. Государство-участник утверждает, что гражданский иск, поданный автором в Высший суд Квебека, может в полной мере возместить ущерб, от которого якобы пострадал автор. Учитывая, что это дело еще находится на рассмотрении, государство-участник утверждает, что автор не исчерпал всех применимых и эффективных внутренних средств правовой защиты. Оно уточняет, что гражданский иск, если автор выиграет дело, позволит в полной мере возместить ущерб, который был якобы причинен автору.

14.6. В связи с вопросом о создании комиссии по юридическому или административному расследованию в соответствии с «Руководящими принципами выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму», государство-участник оспаривает также замечания Комитета, содержащиеся в пункте 13.3, и уточняет, что такая комиссия создается только в том случае, если лицо удовлетворяет критериям приемлемости. Однако одним из критериев приемлемости является доказательство того, что лицо не совершило преступления, за которое оно было осуждено, в отличие от лица, признанного виновным. В данном случае автор был оправдан, учитывая, что новое доказательство, то есть, заявление потерпевшей, не могло позволить осмотрительному суду присяжных прийти, вне всякого разумного сомнения, к заключению о виновности автора. Апелляционный суд в принципе не заявлял, что автор не совершал преступления, за которое он был осужден, поэтому в отсутствие такого заявления допустимость применения «Руководящих принципов» была рассмотрена в рамках административного расследования, в результате которого был сделан вывод о том, что доказательство того, что автор не совершал преступления, за которое он был осужден, предоставлено не было. Поэтому назначать комиссию по расследованию для определения суммы компенсации не было необходимости.

14.7. В связи с выражением «согласно закону» в статье 14 (6) Пакта государство-участник утверждает, что значение этого выражения не оказывает никакого практического или конкретного влияния на вопрос, являющийся предметом данного сообщения, полагая, что критерий фактической невиновности для выплаты компенсации не изменится от того, будут ли «Руководящие принципы» применяться на основании административных мер или в соответствии с законом. Оно утверждает, что в свете статьи 2 (2) Пакта «Руководящие принципы» обеспечивают права, закрепленные в статье 14 (6), так как эти принципы являются публичными и достаточно точными и подробными, чтобы позволить лицу предусмотреть критерии, согласно которым будет рассматриваться его заявление.

14.8. Помимо этого, если Комитет оставит без изменения соображения от 13 июля 2007 года, то сообщение, по утверждению государства-участника, должно быть объявлено неприемлемым *ratione materiae* на основании статьи 3 Факультативного протокола, поскольку автор якобы не доказал, что он отвечает условиям применения статьи 14 (6). Кроме того, автор якобы не сумел доказать, что его осуждение было отменено в результате какого-либо нового или вновь обнаруженного обстоятельства, учитывая, что заявление, в котором потерпевшая выражает неуверенность в отношении личности автора, было препровождено адвокату автора в 1992 году, то есть, в период между рассмотрением дела судом первой инстанции и подачей апелляции. Кроме того, государство-участник утверждает, что даже если заявление, сделанное потерпевшей в 1992 году, будет рассматриваться как новое или вновь обнаруженное обстоятельство, что отрицается, то автору будет полностью или частично вменено в вину неразглашение этого обстоятельства в должное время, так как автор не упомянул о нем во время заслушания в Апелляционном суде Квебека 14 февраля 1994 года. Государство-участник напоминает, что, согласно практике Комитета, оно не может нести ответственность за действия или бездействие адвоката автора.

14.9. В заключение государство-участник утверждает, что автор не сумел доказать, что он стал жертвой судебной ошибки по смыслу статьи 14 (6). Оно напоминает, что в ходе подготовительной работы некоторые государства определяли цель статьи 14 (6) как выплату компенсации лицам, **не виновным** в совершении преступлений (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*), за которые они были осуждены. Оно также напоминает, что, согласно практике

Комитета, принцип презумпции невиновности, на который ссылается автор, не применяется к производству по делу о компенсации. Автор якобы не доказал, на основе наличия большей вероятности, что он не совершал данного преступления, а поэтому он не доказал и своей фактической невиновности. Неуверенность потерпевшей в отношении личности нападавшего, которая привела к оправданию автора, **не доказывает его фактической невиновности** (*примечание – жирным шрифтом выделено автором*). Кроме того, потерпевшая никогда не отказывалась от своих показаний и в ходе предварительного следствия и судебного разбирательства ни разу не выразила сомнения в том, что автор был тем человеком, который на нее напал. Апелляционный суд, пересмотревший решение, не обнаружил никакого нарушения, упущения, злоупотребления правом или отказа в правосудии в ходе полицейского расследования или привлечения к ответственности».

В свою очередь, автор сообщения настаивал, что вполне соответствует критериям жертвы судебной ошибки, поскольку вследствие вновь открывшегося доказательства с него были сняты все выдвинутые обвинения. Также автор сообщения возражает против утверждений правительства о том, что положения «Руководящих принципов» соответствуют положениями статьи 14 (6) Пакта, вновь ссылаясь на содержание этих «Руководящих принципов», поскольку эти принципы обязывают автора сообщения доказать свою истинную невиновность, хотя в статье 14 (6) Пакта такое положение отсутствует. При этом автор сообщения ссылался на прецедент с господином С.Т., который был оправдан в 2007 году и, хотя он не был объявлен невиновным, получил компенсацию в 2008 году:

«15.1. 29 июня и 9 июля 2008 года автор повторяет, что он удовлетворяет всем критериям для выплаты компенсации в соответствии с «Руководящими принципами», а также на основании статьи 14 (6) Пакта, считая, что в результате нового доказательства в форме заявления, в котором потерпевшая говорит о своей ошибке в отношении личности нападавшего, его окончательное осуждение в уголовном порядке было впоследствии аннулировано и что с него были сняты все выдвинутые против него обвинения.

15.3. Автор оспаривает утверждения государства-участника, касающиеся соответствия «Руководящих принципов» статье 14 (6) Пакта, и утверждает, что в самом тексте «Руководящих принципов» содержится утверждение государства-участника о том, что в отсутствие закона эти принципы не в полной мере отвечают обязательствам по Пакту. Он добавляет, что в отличие от «Руководящих принципов» статья 14 (6) не налагает на жертв судебной ошибки обязанности доказать их фактическую невиновность.

15.4. Кроме того, автор утверждает, что, передавая его дело в Апелляционный суд, министр юстиции упомянула о его невиновности, отметив, что «эта жалоба является исключительной мерой, которая используется только в том случае, когда министр убеждается в вероятности судебной ошибки». Автор утверждает, что Апелляционный суд вынес, по сути, решение о его невиновности, отменив его осуждение и оправдав его. Если бы было сомнение в отношении его невиновности, то Апелляционный суд мог бы распорядиться о проведении нового судебного разбирательства. Учитывая, что в материалах полицейского расследования не содержится ни экспертизы отпечатков пальцев, ни анализов ДНК, автор был осужден исключительно на основе утверждений потерпевшей, которая, с другой стороны, не раз заявляла о его невиновности, в том числе публично. Автор оспаривает также описание нападавшего, предоставленное государством-участником, и указывает на некоторые различия в описании, содержащиеся в полицейском протоколе, составленном в момент подачи потерпевшей жалобы.

15.5. Автор также подчеркивает, что Апелляционный суд принял к рассмотрению в качестве нового доказательства шесть заявлений пострадавшей после рассмотрения дела в суде первой инстанции и утверждал, что это новое доказательство было предоставлено достаточно оперативно, относилось к делу, заслуживало доверия и было способно повлиять на приговор. Принятие к рассмотрению заявлений пострадавшей привело к отмене решения, вынесенного 25 июня 1991 года. Он утверждает, что таким образом Апелляционный суд установил, что автору не может вменяться в вину нераскрытие этого нового обстоятельства. Автор, впрочем, отрицает препровождение его адвокату заявления пострадавшей от 23 июня 1992 года и подчеркивает, что государство-участник не предоставило уведомления о вручении письма от 3 июля 1992 года. Кроме того, он утверждает, что государство-участник было обязано включить эту информацию в дело, касающееся апелляции».

В порядке дополнительных замечаний сторон по вопросу о приемлемости и по существу правительство Канады резюмировало свою позицию таким образом, что оправдательный приговор выносится в рамках стандартов «наличия разумных сомнений» в виновности лица, в то время как компенсация жертве судебной ошибки предполагает доказанность невиновности этого лица «вне всяких сомнений». Кроме того, правительство утверждало, что в рамках текущего судебного разбирательства не было указано, что задержка с появлением новых показаний жертвы изнасилования была допущена не по вине самого автора сообщения, и что при этом все-таки нет достоверного доказательства относительно фактической невиновности автора в инкриминируемом ему преступлении:

«16.1. 19 декабря 2008 года государство-участник вновь заявляет, что «доказательство фактической невиновности является необходимым условием для применения статьи 14 (6) и «Руководящих принципов» (см. выше пункт 3.1) и ключевой составляющей судебной ошибки». Концепция судебной ошибки, которая была применена к передаче министром юстиции дела в Апелляционный суд, имеет целью определить, должно ли осуждение, в свете дополнительных доказательств, быть оставлено в силе вне всякого разумного сомнения, тогда как компенсация за судебную ошибку основывается на фактической невиновности автора. Государство-участник также повторяет, что оправдание автора основывалось на неуверенности пострадавшей в личности напавшего на нее человека и на выраженном в этой связи разумном сомнении, однако это оправдание не может истолковываться как доказательство фактической невиновности автора.

16.2. Что касается утверждений автора, касающихся получения заявления пострадавшей в 1992 году, то государство-участник подтверждает свои замечания от 29 апреля 2008 года и утверждает, что эти заявления автора рассматриваются Высшим судом Квебека в рамках гражданского иска. В решении Апелляционного суда 2001 года не установлено, что неразглашение в должное время заявления, сделанного пострадавшей в 1992 году, не будет полностью или частично вменяться автору в вину.

16.3. В связи с заявлением потерпевшей государство-участник уточняет, что оно не может служить аргументом для оправдания автора, так как в нем утверждается, что пострадавшая видела в пункте проката человека, «которым мог быть Дюмон». В последующих заявлениях не устанавливается, путем предоставления более веских доказательств, фактической невиновности автора.

16.5. Государство-участник также оспаривает тот факт, что описание пострадавшей напавшего на нее человека ставится под вопрос, и подчеркивает, что ни в 1994, ни в 2001 году автор никак не оспорил это описание, сделанное во время разбирательства дела в суде первой инстанции».

В свою очередь, автор сообщения указывал на свою фактическую невиновность, аргументируя это тем, что сама потерпевшая публично заявила, что он не виновен в совершении преступления и что сомнение, высказанное потерпевшей относительно личности нападавшего на нее человека, было сообщено следователю, но эта информация не была доведена к сведению заявителя или его адвоката:

«17. 10. февраля 2009 года автор повторяет свои комментарии от 29 июня 2008 года и подчеркивает, что пострадавшая публично заявила, что он не виновен в совершении данного преступления.

20. 23 августа 2009 года автор утверждает, что сомнение, высказанное пострадавшей в отношении напавшего на нее человека, было сообщено следователю на следующий день после предполагаемой встречи в видеоклубе в марте 1992 года, однако эта информация не была доведена до сведения автора или его адвоката. Кроме того, он утверждает, что решение от 17 июля 2009 года содержит явные ошибки, так как судья, например, основывался на заявлении об установлении личности нападавшего, сделанном пострадавшей, которая хотела, помимо фотографии автора, посмотреть и на его руки, так как на руках напавшего на нее человека имелась татуировка. Однако пострадавшая так и не видела рук автора. Не было также и сцены преступления, так как пострадавшая сообщила о совершенном на нее нападении только спустя два дня после инцидента. Кроме того, необычно то, что пострадавшая уже в сентябре 1994 года сообщила исправительным службам о ее сомнении в отношении напавшего на нее человека, и еще более непонятно, почему власти не взяли на себя инициативу с целью возобновить рассмотрение дела. Наконец, автор утверждает, что государство-участник и правительство Квебека отказываются признать свою ответственность за судебную ошибку, от которой он якобы пострадал, и что он получил от города Буабриана и его страховых компаний лишь часть запрошенной компенсации».

К данному моменту коммуникаций автора сообщения с правительством закончилось рассмотрение гражданского иска заявителя в Высшем суде Квебека, который отклонил требования истца о компенсации. Позиция Высшего суда Квебека полностью совпадала с позицией правительства, поэтому решение суда было использовано правительством как решающий аргумент для обоснования требований правительства о неприемлемости сообщения ввиду отсутствия судебной ошибки, поскольку на момент вынесения обвинительного приговора у суда были все основания для такого решения и отсутствовали какие-либо основания для сомнений в виновности подсудимого:

«21.1. 25 сентября 2009 года государство-участник сообщило Комитету, что автор подал апелляцию на решение Высшего суда Квебека от 17 июля 2009 года и что решения Апелляционного суда следует ожидать не раньше, чем через несколько месяцев. Государство-участник повторяет, что цель гражданского иска автора является по сути той же, что и цель сообщения, направленного Комитету, и что гражданский иск является применимым и эффективным средством защиты, которое еще не было исчерпано.

21.2. Государство-участник поясняет, что Высший суд Квебека отклонил иск автора за отсутствием вины со стороны как генерального прокурора Квебека, так и генерального прокурора Канады. Суд пришел к выводу, что в момент предъявления обвинений автору в 1990 году у генерального прокурора Квебека были разумные и вероятные основания считать, что автор был виновен в совершении данного преступления и что никаких доказательств злого умысла, злоупотреблений или недобросовестности со стороны генерального прокурора Квебека не было. Выводы, к которым пришел этот Суд, подтверждают позицию государства-участника, которое

утверждает, что оно не совершило никакой ошибки в ходе производства по делу автора. Суд также пришел к выводу, что не было установлено, что ни сам автор, ни его адвокат не получили следственного заключения, содержащего заявления, в которых пострадавшая выражала свое сомнение в отношении напавшего на нее человека, и что генеральный прокурор Квебека не совершил ошибки, не упомянув о заявлении пострадавшей во время рассмотрения апелляции, так как он выполнил свою обязанность по раскрытию этой информации и ему не надлежало вмешиваться в доказательства защиты.

Наконец, государство-участник утверждает, что заключение Высшего суда Квебека о том, что существуют признаки того, что человеком, которого пострадавшая видела в видеоклубе в марте 1992 года, мог быть автор сообщения, подтверждает его позицию, согласно которой автор не установил своей фактической невиновности для применения пункта 6 статьи 14 Пакта».

В создавшейся ситуации чаша весов качнулась в сторону правительства Канады и Комитет принял аргументы государства о необходимости пересмотра своего решения о приемлемости сообщения. Взвесив доводы сторон, Комитет все-таки пришел к выводу о том, что никаких новых оснований для пересмотра решения о приемлемости сообщения государство не предоставило и приступил к рассмотрению сообщения по существу:

«22.1. Комитет принимает к сведению просьбу государства-участника пересмотреть его решение о приемлемости от 13 июля 2007 года в соответствии с пунктом 4 статьи 99 Правил процедуры Комитета и объявить сообщение неприемлемым, поскольку не были исчерпаны внутренние средства правовой защиты.

22.2. Комитет отмечает, что государство-участник признает, что комиссия по правовому или административному расследованию, предусмотренная «Руководящими принципами выплаты компенсации лицам, ошибочно осужденным и заключенным в тюрьму», не была создана для рассмотрения дела автора по той причине, что автор не отвечал критериям приемлемости, требующим доказательства его невиновности. Его ходатайство было поэтому отклонено. Он также отмечает, что 17 июля 2009 года Высший суд Квебека отклонил в первой инстанции гражданский иск, поданный 21 августа 2001 года автором на генеральных прокуроров Квебека и Канады с целью получения компенсации за судебную ошибку, и что это производство, однако, еще не завершено спустя девять лет после оправдания автора сообщения. В свете объяснений сторонами причин задержки гражданского судопроизводства автор не может нести исключительной ответственности, поскольку его информировали о том, что полюбовного урегулирования не будет только 24 февраля 2006 года.

22.3. Комитет отмечает, что государство-участник не предоставило новых доказательств, которые могли бы привести к пересмотру его решения о приемлемости. Следовательно, он повторяет, что данное сообщение является приемлемым, и приступает к его рассмотрению по существу».

В процессе рассмотрения сообщения по существу Комитет подтвердил свою позицию, отраженную в соображениях общего порядка № 32, а также в предыдущих соображениях по некоторым сообщениям, в том числе и тем, которые были проанализированы выше («Мухонен против Финляндии», «W.J.H. против Нидерландов», «Терри Ирвинг против Австралии»). Исходя из сложности дела представляется необходимым привести полный текст итогового решения Комитета:

«23.2. Комитет напоминает условия применения пункта 6 статьи 14 Пакта, согласно которым лицу, которое было окончательным решением осуждено за уголовное преступление и понесло наказание как следствие такого осуждения,

выплачивается компенсация согласно закону, если вынесенный приговор был впоследствии отменен или ему было даровано помилование на том основании, что какое-либо новое или вновь обнаруженное обстоятельство доказывает наличие судебной ошибки.

23.3. В данном случае автор был окончательно осужден по уголовному делу и приговорен к 52 месяцам тюремного заключения. Он пробыл в тюрьме в общей сложности 34 месяца. 22 февраля 2001 года Апелляционный суд Квебека снял с автора все выдвинутые против него обвинения, «учитывая, что новое доказательство не могло бы позволить разумному и правильно информированному суду присяжных прийти к выводу, вне всякого разумного сомнения, о виновности заявителя [автора]».

23.4. Комитет отмечает довод государства-участника о том, что не было установлено, что автор не совершал данного преступления, и что его фактическая невиновность, следовательно, не доказана. Государство-участник утверждает, что, по его мнению, судебная ошибка по смыслу статьи 14 (б) Пакта происходит только в том случае, если осужденное лицо на деле невиновно (фактическая невиновность) в совершении преступления, вменяемого ему в вину. Оно также поясняет, что в традиционной канадской уголовной системе общего права последующее оправдание лица, признанного виновным, не означает, что оно невиновно, если только суд прямо не заявляет об этом в результате предоставления неоспоримого доказательства.

23.5. В данном случае, без ущерба для позиции Комитета в отношении точности толкования государством-участником пункта 6 статьи 14 Пакта и его последствий для принципа презумпции невиновности, Комитет отмечает, что осуждение автора основывалось главным образом на заявлениях пострадавшей и что сомнение, выражавшееся пострадавшей, начиная с марта 1992 года, в отношении напавшего на нее человека, привели к отмене 22 февраля 2001 года обвинительного приговора в отношении автора. Он, кроме того, отмечает, что в государстве-участнике никакая процедура не позволяет в случае оправдания подсудимого начать новое расследование с целью пересмотра дела и возможной идентификации настоящего преступника. Комитет поэтому считает, что автор не может нести ответственность за эту ситуацию.

23.6. Следовательно, автор не мог – отчасти из-за этого недостатка, отчасти из-за задержек в гражданском судопроизводстве, которое продолжается в течение девяти лет, – располагать эффективным средством правовой защиты, которое позволило бы ему установить его невиновность, как того требует государство-участник, для получения компенсации, предусмотренной пунктом 6 статьи 14. Поэтому Комитет констатирует нарушение пункта 3 статьи 2 в совокупности с пунктом 6 статьи 14 Пакта.

24. Комитет по правам человека, действуя в соответствии с пунктом 4 статьи 5 Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, заявляет, что, по его мнению, представленные ему факты свидетельствуют о нарушении пункта 3 статьи 2 в совокупности с пунктом 6 статьи 14.

25. В соответствии с положениями пункта 3 (а) статьи 2 Пакта государство-участник обязано обеспечить автору эффективное средство правовой защиты в виде адекватной компенсации. Государство-участник обязано также принять меры к недопущению подобных нарушений в будущем».

В дополнение к сказанному, необходимо отметить особо, что государства-участники, взявшие на себя обязательства по соблюдению прав человека и основных свобод в рамках МПГПП, также взяли на себя обязанности обеспечить реализацию этих прав и свобод на национальном уровне. В случае же, если

государства-участники не были согласны с какими-либо положениями Пакта, они должны были сделать отдельные исключения, поскольку отсутствие в национальном законодательстве закона, предусматривающего, например, возможность компенсации жертвам судебной ошибки, не освобождает государство от необходимости выполнять обязательства, предусмотренные Пактом.

В данной ситуации так поступили государства Мальта и Тринидад и Тобаго, которые оказались не в состоянии обеспечить компенсацию жертвам судебной ошибки и поэтому при подписании Пакта эти государства сделали соответствующую оговорку. Поскольку Канада такой оговорки не сделала, следовательно, на это государство распространяется действие части 6 статьи 14 как норма международного права, имеющая приоритет над нормами национального права.

Обоснование исковых требований о компенсации морального вреда

Компенсация морального (неимущественного) вреда, причиненного физическому лицу, является действенным способом восстановления нарушенного права. Этот способ применяется как в отношении жертв уголовных правонарушений, так и в гражданских, административных и хозяйственных спорах. В ряде международных документов это право выписано отдельно и конкретизировано в определенных нормах. Так, кроме известной нам статьи 14 МПГПП, право на компенсацию морального вреда указано в статье 14 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания²⁴¹, в статьях 5 (5) и 41 Конвенции о защите прав человека и основных свобод²⁴².

При реализации права на компенсацию, как правило, основным вопросом является сумма заявленной компенсации. При этом в современной судебной практике существует ошибочный подход, в рамках которого предпринимается попытка «привязать» причиненный моральный вред к тяжести правонарушения. Иными словами – предпринимается попытка обосновать размер материального эквивалента морального вреда квалификацией правонарушения или составом преступления. Мы называем такой подход «деликтным», или «деликто-центрическим». В соответствии с таким подходом, любому человеку, ставшему жертвой определенного вида правонарушения, будет «положена» компенсация морального вреда, предопределенная составом данного правонарушения. При этом, в обоснование морального вреда приводится сам деликт, его обстоятельства и не уделяется должное внимание тому, какие негативные последствия это правонарушение повлекло для реального человека в его реальной жизни. К сожалению, такой подход является глубоко ошибочным, и с таким подходом нельзя согласиться.

В качестве более эффективного подхода можно использовать личностный (лично-центрический), с помощью которого можно успешно обосновать причинение морального вреда путем индивидуального психологического обследования жертвы правонарушения. В ходе психологического обследования можно легко выявить индивидуально значимые стресс-факторы, связанные с обстоятельствами правонарушения, а также обосновать психотравмирующее воздействие выявленных стресс-факторов личностными особенностями данной конкретной жертвы правонарушения. Как уже было сказано, такой подход мы

²⁴¹ URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/torture.shtml

²⁴² URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2440800/2440800-002.htm>

называем «личностным», или «лично-центрированным». Он позволяет взвешенно подойти к каждому случаю правонарушения в отношении конкретного человека и выявить действительно существующие стресс-факторы и их реальное психотравмирующее воздействие на конкретного человека, ставшего жертвой правонарушения.

Немаловажным является и то обстоятельство, что в рамках личностного (лично-центрического) подхода становится невозможной аггравация якобы полученных моральных страданий со стороны недобросовестных жертв правонарушений, возможная в рамках деликтоцентрического подхода, когда жертвы правонарушения, прикрываясь особенностями деликта, могут заявить о причинении им значительного морального вреда и потребовать компенсации на значительные суммы, при этом реально не претерпевая значительных моральных страданий. Или, что также немаловажно, некоторые жертвы правонарушений получают компенсацию, исходя только из их процессуального статуса потерпевших, но в материалах дела нет никаких доказательств причинения морального вреда этим потерпевшим. Тем самым судебная практика движется по тупиковому направлению некачественного правосудия, вынесения решений о компенсации «на глазок», без достаточного обоснования соответствующими доказательствами.

Таким образом, деликто-центрический подход не способствует качественному отправлению правосудия и дискредитирует эффективный правовой механизм восстановления нарушенного права – компенсацию морального вреда. В то же время личностный (лично-центрический) подход позволяет выявить личностные особенности каждого человека, ставшего жертвой правонарушения, и обоснованно сделать вывод о причинении/непричинении этому человеку моральных страданий (морального вреда) вследствие тех или иных обстоятельств правонарушения, действительно являющихся для этого человека психотравмирующими.

В качестве примера ошибочности деликто-центрического подхода и преимуществ личностного (лично-центрического) подхода можно сослаться на нашу многолетнюю экспертную практику по оценке морального вреда.

Так, гражданин Б. был похищен неизвестными лицами и удерживался похитителями с целью получения выкупа. Во время нахождения у похитителей по отношению к гражданину Б. применялись угрозы убить, физическое и психическое насилие с целью вынудить его к немедленной выплате выкупа через его родственников. В момент получения выкупа злоумышленники были задержаны, а похищенный гражданин Б. был освобожден.

Впоследствии, в ходе уголовного расследования гражданин Б. заявил требования о компенсации морального вреда. Но в качестве обоснования причинения морального вреда гражданин Б. указал отнюдь не само похищение и жестокое обращение с ним со стороны похитителей, как следовало бы согласно деликто-центрическому подходу, а совсем иные – личностные обстоятельства. В частности, в ходе психологического обследования гражданин Б. пояснил, что он в прошлом имеет опыт воинской службы в специальных подразделениях и, соответственно, имеет специальную физическую подготовку, опыт действий и навыки поведения в экстремальных ситуациях. Поэтому само похищение, угрозы со стороны похитителей и их физическое насилие не произвели на задержанного должного психотравмирующего воздействия, на что рассчитывали похитители. По утверждению обследованного Б., он все время сохранял душевное равновесие и самообладание и даже профессионально отмечал, что похитители явно не являются опытными преступниками, имеют плохую физическую подготовку, неорганизованы и, скорее всего, совершают это преступление впервые.

Что же тогда причинило моральный вред гражданину Б. в данном деле? Ответ находим в материалах упомянутого индивидуального психологического обследования, в ходе которого обследованный Б. пояснил, что вследствие похищения пострадала его профессиональная карьера. Он занимал высокое положение в одном из силовых ведомств, и в отношении него готовились документы на очередное повышение по службе. Но в связи с похищением его документы были сняты с представления на повышение, и в отношении него была назначена специальная процедура внутреннего служебного расследования. Выводы этого расследования были нейтральными в отношении гражданина Б., но в итоге дальнейший карьерный рост все равно оказался невозможным в силу особенностей данного ведомства.

Именно это негативное последствие, связанное с похищением, и причинило для гражданина Б. наибольшие моральные страдания, поскольку он всю жизнь стремился к своей нынешней деятельности и связывал с этой деятельностью свою профессиональную карьеру и личную жизнь.

Таким образом, в данном случае мы видим пример того, что полагаться на деликто-центрический подход для обоснования морального вреда является безосновательным и ошибочным, поскольку мы никогда не сможем утверждать достаточно обоснованно, каким именно обстоятельством деликта был причинен моральный вред каждой конкретной жертве правонарушения. Как мы увидели на предыдущем примере, только личностный (личностно-центрический) подход предоставляет принципиальную возможность выявить реальные (а не предполагаемые, приписываемые, «деликтные») психотравмирующие обстоятельства для конкретной жертвы правонарушения и обосновать психотравмирующее воздействие данных обстоятельств личностными особенностями жертвы правонарушения, объективно выявленными в ходе психологического обследования.

Еще более показательным является пример, когда одно и то же нарушение прав происходит в отношении нескольких человек.

Так, гражданин В. и гражданин О. были осуждены за организованное убийство и грабеж к длительным срокам лишения свободы. Спустя более шести лет нахождения в тюрьме осужденные О. и В. были оправданы и освобождены, поскольку было установлено их абсолютное алиби. Так, гражданин О. в момент совершения преступления проходил службу в рядах Советской Армии и постоянно находился отдаленном гарнизоне за несколько тысяч километров от места преступления. В отношении гражданина В. тоже были неоспоримые доказательства его непричастности к совершенному преступлению. Это было установлено следствием, но впоследствии эти документы из материалов следствия непонятным образом «исчезли».

В данном деле это обстоятельство возымело свое значение, поскольку в ходе психологического обследования и гражданин В., и гражданин О. обосновывали свои моральные страдания, в том числе, и тем, что они знали о своей невинности и знали, что доказательства их невинности были предоставлены следствию, но следователи сознательно уничтожили эти доказательства невинности, вследствие чего граждане В. и О. были осуждены за преступление, которого не совершали не вследствие абстрактной судебной ошибки, а вследствие противоправных действий конкретных сотрудников следствия и прокуратуры.

В ходе обследования для оценки морального вреда было выявлено, что у каждого обследованного были свои индивидуальные переживания, свои индивидуальные стресс-факторы и свои индивидуальные негативные последствия незаконного осуждения. То есть, при одном и том же деликте – абсолютно

одинаковом незаконном осуждении и одинаковом сроке отбытого наказания – у каждого из осужденных были свои индивидуальные особенности реагирования, и у каждого свои личностные особенности и индивидуальные психотравмирующие обстоятельства, которые предопределили то, что каждый из них воспринимал одно и то же правонарушение по-своему, в силу своих индивидуальных особенностей, и, соответственно, у каждого из них в одной и той же психотравмирующей ситуации были свои моральные страдания (моральный вред).

В качестве иллюстрации к данному утверждению можно привести еще один пример незаконного осуждения. В этом случае также два человека были незаконно обвинены в организации и исполнении покушения на убийство. Впоследствии оба были оправданы в связи с отсутствием события преступления. Вскоре после оправдания и освобождения оба оправданных обратились с исками о компенсации морального вреда и прошли психологическое обследование для выявления моральных страданий и оценки морального вреда.

Как значимое обстоятельство здесь необходимо указать, что с момента освобождения до момента обследования прошло совсем немного времени, так что можно утверждать, что оба обследованных не были компенсированы в своих моральных страданиях за счет пребывания на свободе, в кругу семьи, в обществе родных и близких и т.д. и все еще пребывали в актуальном состоянии психотравмы.

Здесь уместно привести материалы обследования двух разных обследованных по одному делу, чтобы убедиться, что в одной и той же ситуации разные люди испытывают абсолютно разные негативные эмоции в связи со своими индивидуальными особенностями (особенности характера, темперамента, привычек, личных ценностей, убеждений проч.) и в связи со своими личными обстоятельствами (в семейной жизни, в общественном положении, обладание имуществом проч.).

Так, обследованный К. в качестве основных стресс-факторов назвал следующее (даты и местоположение изменены):

1. *Положение жены – беременность, скоро роды, нужен уход, спокойствие, а тут слежка, грабеж, прослушка, охота за мной, все было ей во вред.*

2. *Отец больной, нуждался в моем уходе, второй брат не мог помочь, сам лежал в больнице в другом государстве.*

3. *Когда был в тюрьме, 7 мая 2009 года отец умер. Так получилось, что я ему звонил в 12:00, а в 12:15 он умер. Я впал в ступор, просто 4 дня ни с кем не говорил. Я просился на похороны, но никто ничего.*

4. *Когда задерживали – бежал, а в меня стреляли. Никаких мыслей не было – просто адреналин и страх.*

5. *Распускали среди знакомых слухи, что я наркоделец, убил много людей, 10 человек, украл 10 миллионов долларов, но это тоже все мелочи по сравнению с тем, что меня лишили моей нормальной жизни. Я тогда как бы уже умер. Все мое существование стало бессмысленным.*

6. *Во время отсидки меня постоянно переводили из камеры в камеру. Подъем в 7 утра, садят в холодный или душный воронок, везут в суд – это всегда стресс. Потом в ночь, обессиленного, меня переводили в другую камеру. И так было всегда – перед выездом в суд всегда ночь была бессонной, переселяли, чтобы я обессилен. Однажды я отказался выходить из камеры, уже было больше 22 часов, мне положено спать. Тогда в следующий раз мне запретили заходить в камеру, выволокли все мои вещи и заставили идти в другую камеру.*

7. *Однажды пришел врач, я жаловался на плохое самочувствие, но вместо помощи этот врач взял у меня образец биоматериалов – сказал,*

откройте рот, я открыл, а он мазнул тампоном и забрал его. Потом вдруг оказалось, что мои биологические следы обнаружили на мотоциклетном шлеме (по версии обвинения, не месте преступления остался мотоциклетный шлем, который был на преступнике в момент покушения – примечание автора) – это была явная, ничем не прикрытая фальсификация.

8. Четыре месяца я провел не в тюрьме, а в ИВС, где хуже условия. Обычно в ИВС держат 10 суток, потом отправляют на СИЗО, там лучше условия, есть присмотр. Но мне говорили, что меня хотят убить, поэтому меня держат в ИВС.

9. Адвокат П. (адвокат жертвы покушения – примечание автора) написал статью в газете «Х», указал мои инициалы и все регалии, и указал, что меня как организатора покушения должны убить. Зачем моей семье про это знать?

10. Вообще газета «Х» писала про меня явную неправду. Я им писал и звонил – спросите меня, дайте я сам вам скажу. Но они «морозились». Дошло до того, что на их откровенную ложь я на второй день после освобождения пошел в газету, чтобы дать опровержение, но они сказали, что им ничего не будет, с них никто ничего не взыщет, не заставят. Их публикации показывали, что я якобы виноват, это оказывало давление на суд. Я опасался, что суд займет предвзятую позицию, это постоянный стресс.

11. Наибольшее потрясение, что ребенок родился с необходимостью проведения операции на сердце, и я уверен, что это следствие того, что со мной происходило. Есть чувство вины, ладно я – занимался политикой. А ребенок и жена из-за этого пострадали.

12. Милиция продала мою квартиру – однокомнатную в Киеве. Они изъяли из дела документы и все состряпали. Они настолько были уверены, что они уже «боги», что я уже не вернусь, что меня нет в живых. Квартира была оформлена на тестя. Я потерял свою квартиру в Киеве, в красивом месте, на набережной Днепра.

13. Есть чувство наказать милиционеров, квартиру я куплю, денег еще заработаю. Но пусть те сотрудники милиции, которые организовывали это все, они пусть испытают те же эмоции.

14. Никакие материальные возмещения меня не удовлетворяют. Деньги я заработаю. Но следователи извинялись и мне говорили, что извините, но докажите это в суде. А все документы «ваяли» милиционеры, они, нагло мне в глаза глядя, делали свое черное дело.

15. Особый стресс – жизнь по тюремным стандартам. Начинаешь их принимать – ждешь, когда должна быть баня, передача. Все ценности специфичные – наличие какой-то вещи делает человека выше или ниже. Начинаешь воспринимать эту искривленную систему ценностей. Все в тюрьме более-менее знают, за что они здесь и воспринимают просто как неудобство. А я не мог это воспринимать, потому что я этого не делал. Но все равно в тюрьме было спокойнее. А на воле те четыре месяца я был в бегах и еще старался бороться. Все на словах соглашались помочь, но потом отказывались. А что это судьба человека – это никого не интересовало.

16. Каждое утро с просыпанием – ужас, что все это есть в действительности, тюрьма. Уснуть было счастье – не видеть, не знать. А после просыпания – уныние и ступор.

17. Я буду хотеть, я все время буду хотеть наказания для тех, кто делал незаконно относительно меня. Тут мораль!

18. *Отдельный стресс – я знаю тех сотрудников милиции, кто делал все, чтобы меня незаконно осудить, вижу их лица. Одно дело – не знаешь, кто, что и как. Но здесь с самого начала со мной в лицо говорили и не прятались, знали, что я не виноват, но я знаю этих людей, и я знаю, что они не ответят за свое беззаконие, останутся безнаказанными и довольными жизнью, а я всю жизнь буду носить в себе эти психотравмы».*

Обследованный Ж., незаконно обвиненный в том же правонарушении, в качестве обстоятельств психотравмы указывал на свои личные, индивидуальные переживания в той же ситуации, в которой находился обследованный К. (имена, даты и местоположение изменены):

• *«Я ощутил с первого момента задержания, и постепенно шло давление со стороны милиционеров, что я буду содержаться под стражей до конца своих дней. Никогда не увижу жену и ребенка, жена уйдет к другому, что жене предоставят кино-фото съемку всех сексуальных оргий с моим участием (якобы), а из меня сделают инвалида, в семье есть ребенок инвалид первой группы. И поэтому я должен дать нужную информацию. Это было в первый день задержания, 28 октября 2007 года в городе М. Это было на улице, возле моего дома около 11 часов дня. Я шел по улице, они стояли, с машиной, их было трое. Я попытался позвонить жене, они забрали телефон: «Миша – тихо! Тихо!». По дороге в село Головач, где живет мой шеф, стали задавать вопросы, угрожать, что в СИЗО со мной сделают что захотят, что начальник СИЗО – это родственник одного из сотрудников милиции, который меня задерживал. Но я больше боялся, что в семье начнутся проблемы без меня – весь дом на мне, жена при ребенке, без меня не справится.*

Страх пришел, когда приехали в село Ж, меня привязали к дереву за руки, наручниками, «Беркут», и сказали, что я здесь буду стоять до тех пор, пока все скажу. И в этом же лесу они ждали, пока выйдет из дома мой руководитель. Его тоже задержали, «Беркут». А меня отправили в город У, в райотдел.

Состояние – переживал, внутренний стресс, беспокойство, холодные руки. В своей жизни я человек планирования, на месяц. А тут – неизвестность, шок, воздействие их слов, что будет со мной дальше – я проведу всю свою жизнь в тюрьме, я выйду инвалидом, что по такой тяжелой статье я потеряю здоровье, что меня уже на этом свете нет – ни в доме, ни в семье. По приезде в город У – снова те же вопросы, те же угрозы.

Под деревом стоял весь день, до 18 часов вечера. Из села Ж выехали под сумерки, около 21 часа. К 4-5 часов утра приехали в город У. Сразу же заместитель начальника стал «работать» со мной. Я все время просил позвонить жене, он отказал, задавал вопросы – чем занимается мой шеф, куда ездит, с кем встречается? Сказал, в чем мы подозреваемся, и что с нами будет: «Шефа убьют, его тело найдут в реке, а ты подумай, что будет с тобой, и зачем это тебе надо?».

10 июля 2009 года меня отправили в ИВС, и тут на меня нашло какое-то помрачение, в этих четырех стенах. Это выразалось в страхе, осознании своего полного бессилия, невозможности помочь и что-то

объяснить своим родным. Я уже думал, что это такой рок, что я уже никого действительно не увижу. Неконтролируемое движение мысли – я был готов на все, я был похож на какое-то животное, загнанное в угол. Со мной никогда раньше такого не было – тут был какой-то всеохватывающий страх от совокупности мелких страхов, я не контролировал себя, я метался в мыслях, ничего нормального не приходило в голову. Я готов был дать любые показания – любые, лишь бы отсюда выйти! Физически меня никто не трогал, потому что оперативники были «мастера» своего «дела», давили психически. Я их слова воспринимал как реальные, зная нашу судебную систему и видя, как в открытую, незаконно со мной поступают. В ИВС каждый день вызывали на допрос, каждый день давили.

Потом отвезли в СИЗО и сказали, что я им не нужен, а нужен мой шеф, и что меня отпустят. Я немного успокоился, когда это узнал. Но потом на допросе сказали, что меня не отпустят и отвезли обратно в СИЗО. Там соседи по камере казали, что это минимум на полгода. Я не мог осознать себя, два дня не вставал с постели, ни с кем не общался, со мной не общался также никто, серьезные обвинения в покушении на убийство, никто не хотел со мной говорить, я был в изоляции. Когда вышел на третий день на прогулку, посмотрел вверх, увидел клетку, одну и другую, и подумал, что вот, на этом может все и закончиться. Мысли были разные, какие-то увечья я себе делать не собирался, но ничего не хотелось.

Там я пересмотрел все свои взгляды, думал, что это, может быть, за мои какие-то грехи, что я за что-то кем-то наказан, пересмотрел свои поступки за всю жизнь.

Мне говорили в первые дни в СИЗО, что меня как бывшего милиционера посадят к уголовникам, меня будут «опускать», делать, что хотеть, что я буду как растение жить, никому не нужным, в камере пожизненника (после суда), а в камере меня сделают подопытным наркоманом. Я в этом не сомневался, я практически был уверен, что оттуда не выйду, буду сидеть, независимо ни от чего. В СИЗО сказали, что если сидишь в СИЗО, то это значит, что какую-то статью пришьют. И я знал – что эти «хозяева» скажут, так оно и будет, и так оно и было. Мой шеф во время очных ставок все время говорил, что все будет нормально. Но по тону вопросов, по тому, как следователь переформулировал ответы, было видно, что ничего хорошего не будет.

Потом судебно-психиатрическая экспертиза – был ли вменяемым, и сама экспертиза... Я понимал, что меня осудят, думал, как жена станет жить, был готов, чтобы она строила свою личную жизнь иначе. Мне было уже незачем жить и не для кого жить.

Самое большое негативное – когда снова вернули в СИЗО. Эти первые десять дней каждый день была какая-то надежда на лучшее, что все изменится. Но когда снова вернули в СИЗО – снова надежда погасла. Плюс открылись язвы, острые боли, врача нет, жена передавала таблетки, но мысль была, что – все, стационарного лечения нет, врачей

нет, уже немолодой, не 20 лет, уже не переживешь, невозполнимые потери для организма. Эти мысли роились в голове постоянно, не мог спать, от них не было спасения. Старался уйти в сон, но когда просыпался и видел над собой бетонный потолок, понимал, что все плохо, жизнь закончилась, действительно, как растение. Там был загнанный, ужасное состояние. Просыпался – над тобой плита бетонная, кровать приварена к полу. Насколько это было стыдно, унижительно – обращение конвоиров, как к собакам, людей за людей не считают. Реально сам начинаешь становиться злым, неуравновешенным. До этого я характеризую себя как спокойного, не вспыльчивого. Но сейчас я стал раздражительным, готовым к каким-то неадекватным действиям, грубо ответить. Всех своих друзей я на 70% отбросил своей агрессией, я за незначительные поступки разрывал отношения с другими людьми. Я потерял свою былую уравновешенность. И в быту, и в семье тоже. Жена это понимает и старается не противиться, хотя раньше за мной такого не было, я говорил – «все хорошо!», закрывал глаза на ситуации, но сейчас этого нет.

Когда проходил психиатрическую экспертизу боялся входить в эту комнату, боялся, что начнут колотить что-то. Их вопросы – зачем вы хотели убить эту женщину? Я начинаю срываться, хотел им доказать, объяснить. Они опять за свое – почему вы кричите? Отвели в какую-то отдельную комнату, потом стали задавать какие-то вопросы про зверей.

И на суде, видя как все идет, я не сомневался в негативном исходе, как все шло к осуждению. Как судья вел себя при допросе свидетелей, делал уклон на обвинительное содержание, например, «присмотритесь получше, это же он, вы что, не узнаете? Вы точно – не узнаете? А вы присмотритесь!».

Первый состав суда дошел до дебатов. А второй состав – только слушали. Но я думал, что уже, видимо, есть вердикт, и уже никто ничего не слушает и не спрашивает.

Жена очень сильно морально пострадала. Она из хорошей семьи, родители порядочные люди. Она им первые два месяца не говорила. Сейчас плохо спит, вся на нервах, похудела, потеряла в весе, сейчас тоже в негативе, а я тогда еще сильнее себя корил, я ведь в тюрьме от одной только мысли, что я тут, а жена без меня, может, думает, что я занимался какими-то плохими делами, может, у нее есть какие-то сомнения. И то, что она теряет в меня веру, мне было очень плохо.

Я до сих пор не верю, что это решение окончательное, я постоянно говорю своему шефу, чтобы он больше занимался этим делом, закрывал его надежнее, чтобы потом никто никак не мог снова все начать заново. Этим я донимаю и его, и себя, но для меня все еще эта ситуация не закрыта. Я не знаю, как дальше с этим жить. Я на 60% сомневаюсь, что все закончилось, я живу с этим страхом.

При малейшем напряжении дергается правое веко, было воспаление тройничного нерва – после напряжения, бывает, начинает сразу дергаться.

Я хочу взыскать сумму морального вреда именно с милиционеров, которые были со мной «в контакте». Если бы начальник райотдела принес мне какую-то сумму, извинился и попросился никуда не обращаться, я бы так и поступил. К Н. (жертве мнимого преступления – примечание автора) я не имею зла, я к нему претензий не имею. Но вред моральный мне причинили сотрудники милиции, которые запугивали, допрашивали, старались мне сделать хуже. Они в этом преуспели. И суд».

Как видно из материалов психологического обследования, даже при идентичных квалификациях правонарушения (деликтах) у каждого человека возникают свои, индивидуальные негативные переживания, predetermined личностными особенностями этих людей и индивидуальными обстоятельствами, связанными с их личной и семейной ситуацией, а также профессиональной, общественной и т.п. жизнью и активностью. Тем самым, при одном и том же деликте, при одних и тех же незаконных действиях, одних и тех же правонарушениях у разных людей будут разные стресс-факторы, разные психотравмы и, соответственно, разные материальные эквиваленты причиненных моральных страданий.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что моральные страдания (моральный вред), причиненный жертвам правонарушения, зависит от личностных особенностей каждого человека и не может быть обоснован только квалифицирующими признаками правонарушения, например, пытками и жестоким обращением, незаконным задержанием и арестом, судебной ошибкой и т.п. Моральные страдания не имеют специфической predeterminedности от вида правонарушения, моральные страдания всегда predeterminedены только личностными особенностями жертвы какого-либо правонарушения. В таком случае становится понятным, что для эффективного обоснования требований компенсации морального вреда предметом доказывания являются личностные особенности жертвы правонарушения и негативные реакции на обстоятельства правонарушения, а не обстоятельства или состав правонарушения.

Соответственно, личностный подход является единственным адекватным методом для выявления личностных особенностей жертв правонарушения, имеющих правовое значение как аргументы для обоснования причиненных моральных страданий и обоснования размеров компенсации причиненного морального вреда.

В этой связи становится актуальным вопрос о том, какие специалисты могут проводить подобные индивидуальные обследования. По нашему глубокому убеждению, основанном на многолетнем опыте обследований жертв правонарушений и изучении материалов сотен дел, включая заключения судебно-медицинских и судебно-психиатрических экспертиз, таким специалистом является исключительно специалист-психолог. Поскольку сферой компетенции врачей-психиатров является только выявление психопатологии и диагностика конкретного психического заболевания. Но если подэкспертное лицо является психически здоровым, то в этой ситуации в компетенцию врача-психиатра входит только подтвердить факт отсутствия психического заболевания у обследованного лица, не более.

В то же время объектом исследования специалиста-психолога являются психически здоровые лица, пережившие некую психотравмирующую ситуацию, во всем их бесконечном индивидуальном разнообразии и своеобразии. Соответственно, надлежащим специалистом для выявления личностных особенностей психически здорового человека, является только специалист-

психолог, который в состоянии провести психологическое обследование и выявить имеющиеся у обследуемого человека индивидуальные особенности и закономерности психологических реакций на те или иные лично значимые обстоятельства правонарушения.

Процессуальные особенности назначения судебно-психологической экспертизы жертв судебной ошибки

Немаловажным является аспект назначения и проведения психологического обследования жертв правонарушений в случае, когда правонарушение совершено со стороны государственных органов или конкретных должностных лиц этих государственных органов. Как можно убедиться по вышеуказанным материалам обследования конкретных жертв правонарушений, они пострадали от незаконных действий сотрудников правоохранительных органов и не доверяют выводам экспертам государственных экспертных учреждений.

Что касается проведения судебно-психологической экспертизы по оценке морального вреда в случае, когда имеет место незаконное задержание, незаконный арест, незаконное содержание под стражей, незаконное привлечение к уголовной ответственности, незаконное осуждение, то в этих случаях ответчиком являются представители государства и проведение судебной экспертизы в государственных же экспертных учреждениях не может восприниматься жертвами правонарушения как действительно объективное и независимое исследование.

Соответственно, жертвы правонарушений со стороны сотрудников правоохранительных органов нуждаются в обращении к действительно независимым специалистам, не являющимся сотрудниками государственных экспертных учреждений и действительно не связанными в своих выводах никакими рамками «чести мундира» или превратно понимаемой «корпоративной сплоченности», а в реальной действительности – порочной практикой покровительства и круговой поруки.

Однако действующее законодательство в сфере экспертного обеспечения правосудия, в частности, Закон «О судебной экспертизе» Республики Казахстан²⁴³ не предполагает правовой возможности привлечения в качестве экспертов действительно независимых специалистов, прямо указывая, что при проведении судебных экспертиз приоритет отдается сотрудникам государственных специализированных учреждений, или лицам, имеющим специальное разрешение (лицензию) и включенным Министерством юстиции в специальный реестр, или судебным экспертам других государств, но никак не иным специалистам в соответствующих областях знаний – специалистам-психологам своей страны:

Глава 2. Субъекты судебно-экспертной деятельности

Статья 12. Профессиональные и квалификационные требования, предъявляемые к судебному эксперту

1. Судебный эксперт должен иметь высшее образование и специальные научные знания в деленного вида судебной экспертизы.

2. Производство судебной экспертизы может быть поручено:

1) сотрудникам органов судебной экспертизы;

²⁴³ URL: <http://www.sudexpert.kz/ru/legislation/laws/25--q-q.html>

2) лицам, осуществляющим судебно-экспертную деятельность на основании лицензии;

3) в разовом порядке иным лицам в случаях, предусмотренных пунктом 3 настоящей статьи.

3. Производство экспертизы в разовом порядке может быть поручено в случаях:

1) назначения судебной экспертизы, не предусмотренной перечнем видов судебных экспертиз, установленным законодательством Республики Казахстан;

2) привлечения в качестве эксперта специалиста иностранного государства в соответствии со статьей 49 настоящего Закона;

3) удовлетворения отводов всем судебным экспертам соответствующей специальности, являющимся сотрудниками органов судебной экспертизы, а также осуществляющим судебно-экспертную деятельность на основании лицензии, либо мотивированного отстранения от производства судебной экспертизы органа судебной экспертизы в целом.

По смыслу части 3 (3) указанной статьи, для того, чтобы получить право в разовом порядке назначить экспертом независимого специалиста, необходимо предварительно добиться обоснованного отвода всех существующих судебных экспертов государственных органов судебной экспертизы и экспертов, осуществляющих свою деятельность на основании лицензии. Практически это представляется крайне маловероятным.

В то же время законодательство о судебно-экспертной деятельности других государств СНГ предусматривает возможность разового назначения экспертом любого специалиста в соответствующей сфере знаний без условия обязательного отвода существующим экспертам государственных экспертных учреждений или частнопрактикующим экспертам. В частности, часть 4 статьи 7 Закона Украины «О судебной экспертизе»²⁴⁴ предполагает возможность разового назначения судебным экспертом любого специалиста в соответствующей сфере деятельности. По ходатайству стороны орган, уполномоченный его рассмотреть, может вынести решение о назначении экспертизы и поручении ее проведения указанному стороной специалисту в соответствующей сфере знаний, предварительно предупредив специалиста, назначаемого экспертом, о соответствующей уголовной ответственности:

Статья 7. Субъекты судебно-экспертной деятельности

Судебно-экспертную деятельность осуществляют государственные специализированные учреждения, а также в случаях и на условиях, определенных настоящим Законом, судебные эксперты, не являющиеся работниками указанных учреждений.

К государственным специализированным учреждениям относятся:

- научно-исследовательские учреждения судебных экспертиз Министерства юстиции Украины;
- научно-исследовательские учреждения судебных экспертиз, судебно-медицинские и судебно-психиатрические учреждения Министерства здравоохранения Украины;
- экспертные службы Министерства внутренних дел Украины, Министерства обороны Украины, Службы безопасности Украины и Государственной пограничной службы Украины.

Исключительно государственными специализированными учреждениями осуществляется судебно-экспертная деятельность,

²⁴⁴ URL: <http://www.juriskonsult.com.ua/analitica-i-praktika/176-zakon-o-sudebnoy-ekspertize>

связанная с проведением криминалистических, судебно-медицинских и судебно-психиатрических экспертиз.

Для проведения некоторых видов экспертиз, которые не осуществляются исключительно государственными специализированными учреждениями, по решению лица или органа, которые назначили судебную экспертизу, **могут привлекаться кроме судебных экспертов также другие специалисты из соответствующих областей знаний.**

Как показывает наш опыт и судебная практика, привлечение в качестве судебных экспертов для оценки морального вреда независимых специалистов-психологов, позитивно сказывается на полноте досудебного следствия, сокращении общих сроков судебного следствия, эффективному восстановлению прав жертв правонарушений и улучшении качества правосудия в целом.

Исходя из вышесказанного, в целях обеспечения практической реализации права жертв правонарушений, в том числе жертв судебной ошибки, на компенсацию, можно сформулировать следующие рекомендации для внесения в проект УПК Республики Казахстан, суть которых заключается в упрощении доступа жертвам правонарушений и их законным представителям к экспертному обеспечению своей правовой позиции, а также в расширении круга субъектов судебно-экспертной деятельности за счет:

- предоставления права проведения судебных экспертиз высококвалифицированным независимым специалистам на основании разовых назначений;

- предоставления права высококвалифицированным специалистам в своих отраслях знаний проводить исследования и формулировать соответствующие заключения специалиста по вопросам, входящим в сферу их компетенции и имеющим правовое значение, на основании личного обращения жертвы правонарушения или запроса адвоката;

- предоставления права адвокатам непосредственно назначать проведение судебных экспертиз на основании запроса адвоката в соответствующий орган судебной экспертизы или эксперту, действующему на основании лицензии.

Рекомендации к проекту УПК Республики Казахстан

Статья 7. Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе

Содержащиеся в настоящем Кодексе понятия имеют, если нет особых указаний в законе, следующее значение:

6) «специальные научные знания» - область специальных знаний, содержание которой составляют научные знания, в том числе реализованные в методиках судебно-экспертных исследований;

10) «научно-технические средства» - приборы, специальные приспособления, материалы, исследовательские и диагностические методы и методики, правомерно применяемые для обнаружения, фиксации, изъятия и исследования доказательства;

21) «иные лица, участвующие в уголовном судопроизводстве» - секретарь судебного заседания, переводчик, свидетель, понятой, эксперт, специалист, судебный пристав;

Статья 14. Неприкосновенность личности

8. Вред, в том числе моральный (неимущественный), причиненный гражданину в результате незаконного лишения свободы, содержания в условиях, опасных для жизни и здоровья, жестокого обращения с ним, подлежит возмещению в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом.

Статья 15. Охрана прав и свобод граждан при производстве по уголовным делам

2. Вред, в том числе моральный (неимущественный), причиненный гражданину в результате нарушения его прав и свобод при производстве по уголовному делу, подлежит возмещению по основаниям и в порядке, предусмотренным настоящим Кодексом.

Статья 24. Объективное исследование обстоятельств дела

2. Органы уголовного преследования выявляют фактические данные, на основе которых устанавливаются обстоятельства, имеющие значение для дела, в том числе весь вред, причиненный жертве правонарушения.

Статья 33. Общие условия осуществления уголовного преследования

1. В целях выполнения задач уголовного судопроизводства орган уголовного преследования обязан в пределах своей компетенции в каждом случае обнаружения признаков преступления принять все предусмотренные законом меры к установлению события преступления, изобличению лиц, виновных в совершении преступления, их наказанию.

2. Орган уголовного преследования обязан обеспечить потерпевшему доступ к правосудию и принять меры к возмещению вреда, в том числе морального (неимущественного), причиненного преступлением.

Статья 35. Возмещение вреда

Лицо вправе в порядке гражданского судопроизводства требовать возмещения имущественного и морального (неимущественного) вреда, причиненного незаконным процессуальным действием и/или незаконным решением, а также восстановления в трудовых, пенсионных, жилищных и иных правах.

Статья 39. Сохранение конфиденциальности

7. Вред, в том числе моральный (неимущественный), причиненный лицу в результате нарушения неприкосновенности частной жизни, разглашения личной или семейной тайны, подлежит возмещению в порядке, предусмотренном законом.

Статья 61. Потерпевший

1. Потерпевшим в уголовном процессе признается лицо, в отношении которого есть основание полагать, что ему непосредственно преступлением причинен моральный, физический или имущественный вред.

4. Потерпевшему обеспечивается возмещение имущественного и морального (неимущественного)

вреда, причиненного преступлением, а также расходов, понесенных в связи с его участием в уголовном процессе, включая расходы на представителя, по правилам, установленным настоящим Кодексом.

Статья 63. Гражданский истец

1. Гражданским истцом признается физическое лицо, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что непосредственно преступлением ему

причинен физический вред, имущественный или моральный (неимущественный) вред, или юридическое лицо, в отношении которого имеются достаточные основания полагать, что непосредственно преступлением ему причинен имущественный ущерб, предъявившее требования о его возмещении. Гражданский истец может предъявить иск и для имущественной компенсации морального вреда. Прокурор в предусмотренных законом случаях вправе признать по собственной инициативе гражданским истцом физическое или юридическое лицо.

Статья 70. Специалист

2. При необходимости проведения исследования и получения заключения в досудебном производстве может быть привлечен сотрудник уполномоченного подразделения органов внутренних дел Республики Казахстан в качестве специалиста, или иной высококвалифицированный специалист в соответствующей сфере знаний.

Статья 102. Обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу

1. По уголовному делу подлежат доказыванию:

7) характер и размер вреда, в том числе морального (неимущественного), причиненного преступлением;

Статья 201. Порядок назначения экспертизы

3. Судебная экспертиза производится государственными судебными экспертами и иными экспертами из числа лиц, обладающих специальными знаниями, а также на основании разовых назначений – высококвалифицированными специалистами в соответствующих сферах знаний.

Статья 202. Лица, которым может быть поручено производство судебной экспертизы

1. Производство судебной экспертизы может быть поручено:

1) сотрудникам органов судебной экспертизы;

2) лицам, осуществляющим судебно-экспертную деятельность на основании лицензии;

3) в разовом порядке на основании постановления лица осуществляющего досудебное расследование и суда иным лицам в соответствии с требованиями закона. – необходимо внести дополнения к Закону РК «О судебной экспертизе», изложив часть 3 (3) в следующей редакции: 3) «по решению лица или органа, назначившего экспертизу, кроме судебных экспертов иным высококвалифицированным специалистам в соответствующих сферах знаний».

Статья 207. Присутствие участников процесса при производстве судебной экспертизы

7. Производство судебной психиатрической, судебной психолого-психиатрической и судебной психологической экспертизы осуществляется в условиях конфиденциальности.

Статья 209. Объекты экспертизы

1. Объектами экспертизы могут являться вещественные доказательства, документы, тело, индивидуальные психологические особенности и состояние психики человека, трупы, животные, образцы, а также относящиеся к предмету экспертизы сведения, содержащиеся в материалах уголовного дела.

Статья 212. Содержание заключения эксперта

1. После производства необходимых исследований, с учетом его результатов эксперт (эксперты) от своего имени составляет письменное заключение, удостоверяет его своей подписью, а эксперт (эксперты), осуществляющие свою деятельность на основании лицензии, и личной печатью, направляет в орган, назначивший экспертизу. В случае проведения экспертизы органом судебной экспертизы подпись эксперта (экспертов) заверяется печатью указанного органа.

2. В заключении эксперта должны быть указаны: дата его оформления, сроки и место производства экспертизы; основания производства судебной экспертизы; сведения об органе, назначившем экспертизу; сведения об органе судебной экспертизы и (или) эксперте (экспертах), которым поручено производство экспертизы (фамилия, имя, отчество, образование, экспертная специальность, стаж работы по специальности, ученая степень и ученое звание, занимаемая должность); сведения о специалисте в случае разового назначения его экспертом (фамилия, имя, отчество, образование, стаж работы по специальности, при наличии – ученая степень и ученое звание, адрес проживания, место работы и занимаемая должность); отметка, удостоверенная подписью эксперта (экспертов) о том, что он предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения; вопросы, поставленные перед судебным экспертом (экспертами); сведения об участниках процесса, присутствовавших при производстве экспертизы, и о данных ими пояснениях; объекты исследования; содержание и результаты исследований с указанием использованных методик; оценка результатов проведенных исследований, обоснование и формулировка выводов по поставленным перед экспертом (экспертами) вопросам.

Статья 216. Дополнительная и повторная экспертизы

1. Дополнительная экспертиза назначается для восполнения имеющихся в заключении эксперта (комиссии экспертов) пробелов и производится тем же или другим экспертом (комиссией экспертов). При назначении дополнительной экспертизы перед экспертом могут быть поставлены новые вопросы или уточняются предыдущие.

2. Повторная экспертиза назначается, когда заключение эксперта (комиссии экспертов) необоснованно или его правильность вызывает сомнения либо признаны недостоверными доказательства, положенные в его основу, или были существенно нарушены процессуальные правила производства экспертизы. При повторной экспертизе на разрешение эксперта выносятся те же вопросы, что и в первичной экспертизе, и той же формулировке.

Статья 375. Экспертиза в судебном разбирательстве

1. По ходатайству сторон или по собственной инициативе суд вправе назначить экспертизу.

2. Экспертизу проводит эксперт (эксперты), давший заключение в ходе предварительного расследования, либо другой эксперт (эксперты), назначенный судом. В качестве эксперта также могут быть привлечены на основании разового назначения высококвалифицированные специалисты в соответствующих сферах знаний.

Статья 517. Участие педагога и психолога

1. При производстве процессуальных действий с участием несовершеннолетнего подозреваемого не достигшего шестнадцатилетнего возраста,

а также достигшего этого возраста, но имеющего признаки отсталости в психическом развитии, участие педагога или психолога соответствующей специализации обязательно.

Статья 518. Комплексная психолого-психиатрическая и психологическая экспертиза несовершеннолетнего

2. Для выяснения уровня интеллектуального, волевого, психического развития, иных социально-психологических черт личности несовершеннолетнего подозреваемого может быть назначена психологическая экспертиза с привлечением в качестве экспертов высококвалифицированных специалистов в соответствующих сферах знаний.

Статья 555. Вызов и допрос свидетеля, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей, эксперта, специалиста.

1. Свидетель, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, эксперт, специалист, находящиеся за пределами территории Республики Казахстан, могут быть вызваны с их согласия для производства следственных или судебных действий на территории Республики Казахстан соответствующим должностным лицом, в производстве которого находится уголовное дело.

Заключение

Как уже отмечалось автором во время Четвертого Форума по реформе уголовной юстиции в Центральной Азии, состоявшегося в Алматы в октябре 2012 года, широко раскрыв двери залов судебных заседаний для представителей научных и исследовательских кругов, мы тем самым создадим необходимые предпосылки привлечения в сферу осуществления правосудия поистине независимых и обладающих необходимыми современными познаниями в соответствующих сферах знаний специалистов.

Эта своего рода новая степень открытости привнесет ту необходимую свободу и ответственность в уголовный процесс в части его экспертного обеспечения, без которых справедливое правосудие невозможно почти в той же степени, как оно невозможно без независимых и профессиональных судей.

В то же время обеспечение прав участников уголовного процесса, и возможность восстановления их нарушенных прав, особенно жертв уголовных преступлений и нарушений прав человека, подчеркнут для общества в целом устремленность на пути к реальным реформам.

Декабрь, 2012 г.

САЛАМАТОВ Е.А.

кандидат юридических наук, доцент

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА КОНЦЕПЦИЮ ПРОЕКТА УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (НОВАЯ РЕДАКЦИЯ)²⁴⁵

Необходимость пересмотра Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (далее - УИК) обусловлена начавшимся процессом разработки проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан новой редакции (далее - УК), Концепция которого уже одобрена Президентом страны²⁴⁶. Несмотря на то, что уголовно-исполнительное законодательство имеет самостоятельный предмет регулирования, оно, как известно, является производным от уголовного законодательства, и поэтому, своевременное ее обновление и приведение в соответствие с уголовным законодательством способствует их общему гармоничному совершенствованию и качественной взаимосвязи в практической плоскости. Соответствующее положение о комплексной и взаимосвязанной коррекции уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права и правоприменения закреплено и в Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 года²⁴⁷, на что, вполне обоснованно ссылаются авторы Концепции проекта УИК новой редакции (далее - Концепция).

Вместе с тем, пока не разработан сам проект УК новой редакции, с учетом озвученных в Концепции к нему революционных положений относительно уголовной ответственности юридических лиц и уголовного проступка, а также нет полной ясности в части обновленной системы уголовных наказаний, составляющей ядро уголовно-исполнительного законодательства, любые попытки сконструировать хотя бы скелет будущего проекта УИК обречены на неудачу. Исходя из круга и характера вопросов, затронутых в Концепции к УИК, это видимо прекрасно понимают и сами разработчики.

Тем не менее, анализ представленной Концепции в части предложений по обновлению УИК вызывает в целом одобрение, хотя данные предложения носят тезисный характер и многие из них лишены обоснования. Это, в свою очередь, придает Концепции некую недосказанность и сужает поле для ее обсуждения. Не смотря на это, попытаемся это сделать логически исходя из того что имеем.

1. Первое, с чем предлагают нам ознакомиться авторы Концепции проекта УИК, это его будущая структура. Она почти копирует структуру действующего УИК, за исключением некоторых моментов. Один из них касается преобразования первых

²⁴⁵ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

²⁴⁶ Официальное название – Концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция).

²⁴⁷ Утвержденной, Указом Президента РК 24 августа 2009 года № 858.

трех глав, входящих в единственный раздел общей части действующего УИК в самостоятельные три раздела в будущем УИК. Авторы не поясняют с чем связано данное структурное изменение, и оно кажется на первый взгляд непринципиальным.

Однако, эта реструктуризация выглядит вполне оправданной если учесть, что в обновленном УИК предлагается закрепить такие важные аспекты, как: разъяснение используемых в УИК терминов, соотношение национального законодательства и положений международных договоров относящихся к исполнению наказания и обращению с осужденными, принципы уголовно-исполнительного законодательства, порядок исчисления сроков наказаний, механизм применения мер взыскания и поощрения к ним, обновленные механизмы осуществления общественного контроля за деятельностью учреждений и органов, исполняющих уголовные наказания.

Все эти положения по своей природе являются элементами общей части УИК, поэтому, как нам представляется, преобразование действующих глав в разделы связано с их будущим расширением и неизбежной внутренней разбивкой разделов на главы.

2. Вызывает поддержку стремление разработчиков Концепции детализировать в самостоятельных статьях будущего УИК содержание основных принципов уголовно-исполнительного законодательства. Значение принципов сложно переоценить, они крайне важны, как с точки зрения исходных положений для соблюдения единообразной правоприменительной практики в отношении осужденных лиц, так и обеспечения логической последовательности при совершенствовании УИК. Поэтому, помимо сохранения действующих принципов, с учетом накопившихся проблем и перспектив развития, не будет лишним изучить вопрос о потребности в дополнительных принципах.

К примеру, многочисленные изменения последних лет в Уголовно-исполнительный и Уголовный (прежде всего) кодексы существенно ослабили правовые механизмы стимулирования осужденных к правопослушному поведению. Это касается запрета на условно-досрочное освобождение (УДО) лиц, ранее уже освобождавшихся по этому основанию, либо нераспространение амнистии на лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, даже путем частичного снижения срока наказания²⁴⁸, также запрета на перевод из закрытых колоний в колонии-поселении осужденных, отбывающих лишение свободы за совершение особо тяжких преступлений и т.п. Получается, что с одной стороны законодатель ставит перед пенитенциарной системой задачу исправить преступника, но с другой стороны лишает этого преступника стимула к исправлению. Поэтому, следует закрепить в будущем УИК такой принцип, как стимулирование осужденных к правопослушному поведению (встречается во многих кодексах других стран, в том числе СНГ).

Кроме того, в правоприменительной практике встречаются ситуации, когда непреодолимые противоречия в законодательстве негативно сказываются на правах и интересах осужденных лиц. Например, такое противоречие имелось между ранее действовавшей до 9 ноября 2011 года редакцией статьи 169 УИК и Нормативным постановлением Верховного суда РК «Об условно-досрочном освобождении от наказания и замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания» от 25 декабря 2007 года. Если норма УИК предполагала принятие решения об УДО исключительно в суде, то Нормативное постановление Верховного суда РК разрешало прокурорам отказывать в УДО не доводя материалы до суда. Поэтому, в

²⁴⁸ На июль 2012 года в исправительных учреждениях республики 94,3% осужденных содержатся за совершение тяжких и особо тяжких преступлений.

каждом регионе (районе или городе) республики данный вопрос решался по своему, исходя из личных убеждений субъектов правоприменения, что уже само по себе создает условия для злоупотреблений.

В связи с чем, представляется оправданным и необходимым в целях усиления механизмов защиты прав и законных интересов осужденных, при возникновении спорных ситуаций придерживаться такого толкования законодательства, которое позволяло бы смягчить, улучшить их положение. Это можно сделать через раскрытие в новом УИК принципа законности, указав, что неустранимые сомнения, возникающие при применении законодательства в отношении осужденного лица относительно отбывания наказания, должны толковаться в его пользу.

3. Предлагаемое в структуре будущего УИК название раздела «Помощь осужденным, освобожденным от отбывания наказания, и контроль за ними» требует некоторого осмысления. Из буквального толкования следует, что будущий УИК будет регламентировать в объеме самостоятельного раздела вопросы оказания помощи тем, кто уже освобожден от отбывания наказания.

Во-первых, правильней в этом случае будет говорить не об осужденных, а просто о лицах, так как они уже не отбывают наказание, даже если в отношении них после освобождения применены меры уголовно-правового воздействия (например, возложение на условно-досрочно освобожденных обязанностей).

Во-вторых, и это главное, не является ли регламентирование постпенитенциарных вопросов выходом за пределы компетенции Уголовно-исполнительного кодекса, у которого предметом регулирования являются, и по определению должны быть, аспекты исполнения уголовных наказаний? Во всяком случае, исходя из названия самого кодекса.

Следует напомнить, что по действующему законодательству функция по оказанию помощи бывшим осужденным возложена на местные исполнительные органы, что прямо закреплено в Законе РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» от 23 января 2001 года и упоминание об этом имеется в статье 178 УИК: «Акимат района (города областного значения), города республиканского значения, столицы оказывает содействие в трудовом и бытовом устройстве, а также в предоставлении других видов социальной помощи лицам, освобожденным от отбывания наказания».

Если предположить, что авторы Концепции на самом деле преследуют цель возложить эти функции на пенитенциарную систему и урегулировать эти вопросы в будущем кодексе, тогда перед ними автоматически встает концептуальная задача по изменению его названия, так как он уже будет охватывать не только уголовно-исполнительные, но еще и социальные вопросы.

Не увлекаясь предположениями относительно намерений авторов Концепции, отметим, что рациональней для уголовно-исполнительной системы, исходя из ее устоявшихся функций и реальных возможностей, будет ограничиться оказанием помощи осужденным, освобождаемым от отбывания наказания. Именно в таком смысле сформулирована глава 23 действующего УИК «Помощь осужденным, освобождаемым от отбывания наказания, и контроль за ними». Другое дело, что эта помощь должна быть более объемной, нежели в настоящее время, и не должна ограничиваться банальной оплатой проезда до места жительства. Но, на этом важном аспекте остановимся отдельно несколько ниже.

4. В Концепции ставится задача по упрощению порядка исполнения наказания в виде привлечения к общественным работам, что полностью оправданно с учетом большого положительного потенциала данного наказания в связи с его ярко

выраженной социальной направленностью и крайне низкой практикой его применения. Например, согласно данным Комитета УИС: на 1 января 2010 года общественные работы выполняли 523 осужденных (0,68% в общей структуре отбывающих уголовные наказания), на 1 января 2011 года 654 (0,92%), на 1 января 2012 года 174 (0,27%).

При этом, разработчики Концепции в части способа решения данной проблемы ссылаются исключительно на видение разработчиков Концепции проекта УК новой редакции, где говорится: «... установить, что общественные работы относятся к видам работ, не требующим какой-либо квалификации от осужденного, создания особых условий по технике безопасности, что исключало бы возможность получения осужденным профессиональных травм и заболеваний при выполнении общественных работ. При этом объекты таких работ будут находиться, как правило, в общественных местах, назначение таких работ должно приносить пользу обществу, а их выполнение осужденным будет являться общеизвестным фактом для большинства граждан, проживающих в данной местности, что будет являться действенной мерой по профилактике правонарушений».

Сама по себе цель по расширению условий для применения общественных работ вызывает одобрение, но для правильного избрания способов достижения этой цели, прежде всего, нужно знать причины низкой востребованности данного вида наказания.

В последний раз попытка улучшить практику назначения судами общественных работ была предпринята с помощью Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 18 января 2012 года, которым в статью 30 УИК было введено положение, что списки объектов общественных работ ежеквартально представляются в суды местными исполнительными органами по согласованию с уголовно-исполнительной инспекцией. Однако, с момента принятия этих поправок ситуация не улучшилась, так как само по себе составление списка объектов общественных работ и предоставление его в суды никак не способствует увеличению самих объектов. Так, на 1 июля 2012 года отбывающих общественные работы по всей стране было всего 94 осужденных.

Так в чем же кроется истинная причина незаинтересованности работодателей в осужденных к общественным работам? Если проанализировать законодательство и вспомнить все предыдущие неоднократные заверения Комитета УИС, то все упирается в финансовый вопрос. То есть, общественные работы, которые по определению должны быть абсолютно бесплатными, являются таковыми только для осужденных, но не для работодателей. Именно на это указывается в пункте 3 статьи 30 действующего УИК: «Уголовно-исполнительная инспекция: ... контролирует своевременное поступление финансовых средств за выполненные осужденными работы в соответствующий бюджет». Из этого следует, что работодатель, например, в лице местного исполнительного органа, в любом случае должен начислять заработную плату осужденному лицу, которую должен перечислить в соответствующий бюджет, то есть самому себе, при этом нести затраты на банковских операциях.

Объективно говоря, это и есть единственная причина непривлекательности общественных работ для работодателей и при таких условиях осужденные к этому наказанию никогда не будут востребованы на рынке труда. И никакие изменения в УИК по упрощению требований к квалификации и технике безопасности для осужденных к общественным работам, как предлагают разработчики Концепций проектов УК и УИК, не приведут к широкому применению этого наказания, как это имеется во многих зарубежных странах.

Далее, авторы Концепции проекта УИК отмечают буквально следующее: «Контролем исполнения общественных работ будет табель учета рабочего времени, составляемый местными исполнительными органами и организациями, являющимися объектами общественных работ. Местные исполнительные органы могут использовать осужденного по благоустройству населенного пункта, отпадет необходимость сохранения специального рабочего места, для исполнения этого наказания. Объекты общественных работ появятся во всех населенных пунктах без исключения, что расширит их применение».

Во-первых, если вникнуть в суть первого предложения, то логически не исключается возложение контроля за выполнением общественных работ на тех, кто составляет табель учета рабочего времени. В данном случае это местные исполнительные органы и организации, являющиеся объектами общественных работ. Учитывая, что функция по контролю за осужденными, независимо от вида уголовного наказания, всегда являлась и по определению должна являться прерогативой уголовно-исполнительной системы, а не работодателей, указанное положение требует доработки и уточнения.

Во-вторых, не совсем понятно, что означает «отпадет необходимость сохранения специального рабочего места». В действующей редакции статьи 42 УК установлено: «Общественные работы состоят в выполнении осужденным в свободное от основной работы или учебы время бесплатных общественно полезных работ...». То есть действующее законодательство не ущемляет осужденное лицо в праве продолжать имеющиеся трудовые правоотношения на оплачиваемой основе. А вот авторы Концепции предлагают «использовать осужденного по благоустройству населенного пункта» лишив его специального рабочего места. Остается непонятным, чем продиктован такой репрессивный подход к трудоустройству осужденных, поэтому трудно согласиться с такой позицией.

С учетом всего вышеизложенного относительно имеющихся проблем с организацией общественных работ и предлагаемых в Концепции путей их решения, выглядит, по крайней мере, наивным абсолютное утверждение, что «объекты общественных работ появятся во всех населенных пунктах без исключения».

5. В тексте рассматриваемой Концепции имеется дважды ссылка на Концепцию проекта УК относительно необходимости отказа от такого уголовного наказания как исправительные работы. Приводится следующее объяснение: «...правоприменительная практика свидетельствует о слабой востребованности данной меры государственного принуждения и отсутствия перспективы его развития, что обусловлено переходом к рыночной экономике и изменению условий применения исправительных работ. Проблемы исполнения наказания возникают при сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные».

Следует согласиться, что исправительные работы крайне редко назначаются судами в качестве уголовного наказания, о чем также свидетельствует статистика Комитета УИС: на 1 января 2010 года по всей республике было всего 78 осужденных к исправительным работам (0,10% в общей структуре отбывающих уголовные наказания), на 1 января 2011 года - 93 осужденных (0,13%), на 1 января 2012 года - 70 осужденных (0,11%).

Вместе с тем, нужно уточнить причины слабой востребованности данного вида наказания, ибо они кроются вовсе не в «сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные». Проведенные ранее исследования по этому вопросу показали, что невостребованности исправительных работ способствует неудачная, а точнее устаревшая и не отвечающая современным условиям, законодательная конструкция данного вида наказания.

Так, согласно статьи 43 УК и главы 7 УИК исправительные работы отбываются по месту работы осужденного с удержанием части заработной платы в доход государства. В современных рыночных условиях, когда большинство рабочих объектов находится в частной собственности, работодателю не представляет особого труда уволить привлекаемого к уголовной ответственности работника, что и происходит зачастую на практике. Психологически такого работодателя понять можно, сам факт его вызова в правоохранительные органы с целью получения от него характеризующих обвиняемое лицо данных, вызывает естественное желание поскорее избавиться от такого работника. Поэтому, к моменту вынесения приговора часто бывает что подсудимый, который еще недавно имел работу, становится безработным и у суда нет правового основания назначать исправительные работы. Иными словами, следует говорить не о «сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные», а о банальном увольнении работника, привлекаемого к уголовной ответственности.

С учетом изложенного, следует ли соглашаться с авторами Концепции проекта УИК в том, что у исправительных работ отсутствуют перспективы развития? В рамках существующей законодательной конструкции данного наказания – да, бесспорно. Но, если посмотреть на опыт других стран, в частности постсоветского пространства, то, кое какие перспективы все же можно разглядеть. Например, статья 39 УИК Российской Федерации устанавливает, что «исправительные работы отбываются в местах, определяемых органами местного самоуправления по согласованию с уголовно-исполнительными инспекциями, но в районе места жительства осужденного».

Как видно, указанный подход в исполнении исправительных работ не лишает его перспектив развития, так как нахождение места отбывания наказания является не проблемой осужденного, как в нашем случае, а государства в лице местного исполнительного органа и уголовно-исполнительной инспекции. Также важно здесь то, что исправительные работы позволяют использовать квалифицированных специалистов по профессии, не привлекая их к низкоквалифицированному труду, как это имеет место при общественных работах.

Таким образом, с учетом положительного опыта других стран исправительные работы как вид уголовного наказания можно реанимировать путем улучшения ее законодательной конструкции.

6. Отдельные положения Концепции, к сожалению, ограничиваются простой постановкой вопроса. В частности: «Как известно, ограничение свободы состоит, в наложении на осужденного судом обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту жительства под надзором уголовно-исполнительной инспекции. Вместе с тем, данный вид наказания конкурирует с институтом условного осуждения, который также состоит в надзоре специального органа по месту жительства с наложением на условно осужденного определенных обязанностей».

На этом мысль прерывается, и разработчики Концепции резко переходят к другой теме. Поэтому, данный фрагмент требует своего логического завершения, хотя, забегаая вперед, следует сказать, что между ограничением свободы и условным осуждением имеются как сходства, так и принципиальные отличия.

7. Отдельное внимание в Концепции уделено аспектам покамерного содержания заключенных, что вполне логично и своевременно с учетом ориентира Казахстана на общепризнанные международные стандарты в области содержания заключенных и обращения с ними.

Следует отметить, что покамерное содержание заключенных (как правило, по 1 - 2 человека в отдельной камере) во многих развитых странах является обычным стандартом. При таком содержании заключенных существуют идеальные условия для: а) индивидуализации процесса отбывания наказания; б) персональной психолого-воспитательной работы с заключенными; в) эффективного лечения больных заключенных, особенно заразной формой болезни; г) минимизации негативного психологического влияния отрицательно настроенных заключенных на положительно характеризующихся заключенных; д) обеспечения физической безопасности одних заключенных от других при возникновении межличностных конфликтах, так как всегда есть возможность изолировать потенциальную жертву; е) реализации заключенным естественного человеческого желания к уединению, что очень важно в условиях тюрьмы для сохранения своих жизненно-приобретенных положительных индивидуально-личностных характеристик; и т.д.

Покамерное содержание вовсе не означает круглосуточную изоляцию человека в отдельной камере, хотя такое практикуется в отношении злостных нарушителей с обязательной ежедневной прогулкой. Для большинства заключенных степень изоляции зависит главным образом от их поведения в тюрьме, при положительном поведении они имеют право больше времени находиться вне камер, с условием участвовать в различных тюремных программах по их ресоциализации.

В Казахстане с советских времен сохранилась отрядная форма содержания осужденных к лишению свободы. Ее суть заключается в содержании в одном помещении (бараке) одного отряда количеством от 50 до 100 человек, в зависимости от наполнения колонии на конкретный период времени. Ни о какой эффективности индивидуально-воспитательной работы с осужденными с целью их исправления, что является ежедневной обязанностью сотрудников исправительной колонии, в таких условиях говорить не стоит. Очень тяжело в таких условиях обеспечить безопасность заключенных при неизбежных и частных конфликтах между ними, особенно в ночное время, когда они остаются в закрытом помещении без постоянного надзора. Отсюда и разделение осужденных между собой на различные касты по степени привилегированности. Именно при отрядно-барачной форме содержания осужденных появились так называемые «воры в законе», «авторитеты», «смотрящие» и т.п., чего нет в европейских тюрьмах с покамерным содержанием заключенных.

Как известно, идеология советского образа жизни заключалась в коллективном сосуществовании людей, поэтому эта модель была перенесена и на пенитенциарную систему. К тому же, во времена массовых репрессий она не требовала больших материальных затрат, необходимых как в случае строительства тюрем с покамерным содержанием.

Таким образом, отрядная форма содержания заключенных сегодня является главным негативным наследием советской пенитенциарной системы и источником укоренившейся тюремной субкультуры с ее внутренними устойчивыми правилами и иерархией криминальных субъектов. И без реального перехода к покамерному содержанию заключенных никакие реформы в пенитенциарной системе не приблизят ее к международным стандартам в области содержания заключенных.

В связи с чем, обозначение в Концепции процесса перехода к покамерному содержанию осужденных как перспективного направления вызывает безоговорочное одобрение. При этом отмечается: «...задача повышения эффективности уголовных наказаний не может быть решена только реорганизацией существующих ныне исправительных колоний в тюрьмы. Это возможно лишь при одновременной проработке и решения ряда вопросов, затрагивающих всю уголовно-исполнительную деятельность».

Соглашаясь в принципе относительно масштабности задачи по совершенствованию уголовно-исполнительной деятельности, лишь выразим некоторые сомнения по поводу целесообразности реорганизации существующих ныне исправительных колоний в тюрьмы.

Подавляющее большинство исправительных колоний республики было построено еще в советское время и их инфраструктура изначально предполагала отрядную форму содержания осужденных. Данная форма подразумевает не только содержание одного отряда количеством 50-100 человек в одном спальном помещении, но и расположение нескольких отрядов в одном локальном участке, а также коллективное питание в столовой, причем столовая может вмещать сразу всех осужденных данной колонии или несколько отрядов, общее построение всех осужденных колонии на плацу для проверки и др. В общем, ежедневный быт отбывающих лишение свободы в сегодняшних исправительных колониях ориентирован, за небольшим исключением, на принцип коллективизма.

Учитывая такую системную архитектуру действующих исправительных колоний, многие из которых к тому же уже выработали свой физический ресурс, выглядит нецелесообразным какая-либо их реорганизация в тюрьмы, так как инфраструктура тюрьмы (по современным международным стандартам) в корне отличается от колонийской, о чем уже отмечалось выше. Поэтому, с практической и финансовой точки зрения рационально построить «с нуля» тюрьму с покамерным содержанием, чем заниматься реорганизацией действующих морально и физически устаревших исправительных колоний.

8. Авторы Концепции предлагают «на законодательном уровне детализировать правовое регулирование порядка исполнения лишения свободы без отсылки к подзаконному урегулированию таких правоотношений, предусмотрев отдельную главу, регламентирующую порядок содержания осужденных в камерах», что является верным с правовой точки зрения.

Вместе с тем, так как полный переход к покамерному содержанию осужденных не произойдет одномоментно, перенос из подзаконных актов на уровень кодекса важнейших положений, касающихся прав и интересов осужденных, а также их раскрытие, является не менее актуальным и для отрядной формы содержания осужденных.

Например, в «Правилах проведения воспитательной работы с осужденными к лишению свободы», утвержденных приказом МВД РК от 30 марта 2012 года №184, используются такие критерии, как: «встал на путь исправления», «твердо встал на путь исправления», «доказал свое исправление», «не встал на путь исправления». Однако, эти понятия нигде не раскрыты, и это при том, что степень исправления осужденного учитывается при принятии таких важных решений, как его перевод из одних условий содержания в другие внутри колонии, условно-досрочное освобождение, замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания, перевод в колонию-поселение, помилование и др.

И таких моментов в действующем уголовно-исполнительном законодательстве не мало. Поэтому указанный процесс «экстрадиции» из подзаконных актов на уровень кодекса положений, касающихся прав и свобод осужденных, должен быть не фрагментарный, а системный, чтобы результаты этого процесса распространялись на всех осужденных, а не только на тех, кто будет отбывать лишение свободы в покамерных условиях.

9. Утверждение, что «для полного перехода на камерное содержание осужденных необходимо строительство 25 «новых» исправительных учреждений с

лимитом 1500 мест каждое... если каждые 2 года строить хотя бы по пять таких учреждений, то к 2025 году возможен 100% переход на камерное содержание осужденных» требует своего осмысления.

Несложно подсчитать, что по мнению разработчиков данной Концепции общее количество отбывающих лишение свободы к 2025 году будет составлять порядка 37500 человек. Заметим, что это без следственно-арестованных, так как речь идет именно об исправительных учреждениях.

Интересно, откуда такие прогнозы и на чем они основаны? Корреспондируются ли эти прогнозы с текущим процессом гуманизации уголовного законодательства, динамикой численности заключенных и положениями Концепции проекта Уголовного кодекса РК новой редакции?

К сожалению, ни о чем этом не говорится рассматриваемом документе, поэтому попробуем это сделать самостоятельно из собственного видения ситуации.

Итак, текущий процесс гуманизации в стране берет свое начало 29 января 2010 года, когда Президент Республики Казахстан обратился с ежегодным Посланием народу Казахстана, в котором подверг жесткой критике судебную и правоохранительную системы и прямо сказал: «Этот сектор сохранил многие изъяны прошлой системы... Основным же видом наказания остается лишение свободы... Необходимо гуманизировать наши законы, повысить их качество». С того момента, а именно с января 2010 года по июль 2012 года, то есть за два с половиной года, по данным Комитета УИС количество отбывающих лишение свободы и следственно-арестованных в республике уменьшилось с 63450 до 48400 либо на 15 тысяч человек. При этом, из 48400 человек: 41850 являются отбывающими лишение свободы, соответственно, 6550 следственно-арестованными. И эта динамика, с учетом принятия за эти два с половиной года ряда законов, направленных на сужение сферы применения лишения свободы, еще сохранится некоторое время.

В Концепции проекта Уголовного кодекса новой редакции нет прогноза об увеличении или уменьшении «тюремного населения» в будущем. Но, в нем четко прослеживается мысль о необходимости расширения условий для назначения альтернативных лишению свободы видов наказаний и предлагается не назначать лишение свободы за деяния, которые в новом УК будут отнесены к уголовным проступкам.

Нужно еще учесть стремление Казахстана уменьшить свой индекс тюремного населения²⁴⁹ в мировом рейтинге. К примеру, по данным Международного центра тюремных исследований наш тюремный индекс к концу 2011 года составлял 316 заключенных.

Вместе с тем, в странах Европы, куда мы ориентированы, тюремный индекс значительно ниже, например: в Исландии - 47, в Финляндии - 59, в Швеции - 70, в Норвегии - 73, в Германии - 83, в Нидерландах - 87, в Бельгии - 100, во Франции - 101, в Австрии - 104, в Италии - 109, в Греции - 111, в Португалии - 126, в Великобритании – 154 и т.д.

На территории постсоветского пространства тюремный индекс к концу 2011 года составлял: в Таджикистане - 130, в Армении - 146, в Узбекистане - 152, в Кыргызстане - 181, в Молдове - 182, в Туркменистане - 224, в Эстонии - 252, в Латвии - 304, в Литве - 314, в Украине - 336, в Азербайджане - 407, в Беларуси - 438, в России - 511 и в Грузии - 524250.

²⁴⁹ Количество заключенных на 100 тыс. населения в отдельно взятой стране.

²⁵⁰ Данные Международного центра тюремных исследований по итогам 2011 года.

Как известно, бесспорным лидером по индексу «тюремного населения» являются США – 730 заключенных на 100 тыс. населения, но при этом у них доля отбывающих тюремное заключение в общей структуре осужденных составляет 30%. В европейских же странах доля отбывающих тюремное заключение, в среднем, не превышает 10%. А в Казахстане на 1 июля 2012 года этот показатель в общей структуре отбывающих уголовные наказания составлял 78,1%.

Как видно, в Казахстане лишение свободы все еще остается доминирующим видом наказания. Поэтому есть еще резерв для дальнейшей гуманизации уголовного (в первую очередь) и уголовно-исполнительного законодательства, что повлечет еще большее снижение «тюремного населения» и снимет необходимость создания такого количества тюремных мест в стране, о котором говорится в Концепции к проекту УИК новой редакции.

10. В Концепции отмечается: «Уголовно-исполнительный кодекс требует анализа на наличие внутренних противоречий, дублирующих норм и пробелов, минимизации отсылочных норм. Целый ряд положений уголовно-исполнительного законодательства нуждается в тщательной, серьезной ревизии на предмет их соответствия предписаниям Конституции, уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Все еще имеются устаревшие нормы, нормы способствующие совершению коррупционных правонарушений, а также положения, требующие своего пересмотра с точки зрения приближения их к общепризнанным международным стандартам».

Замечание справедливое, поэтому достойно своего комментария.

В части противоречий. В пункте 12 статьи 169 УИК говорится: «Условно-досрочно освобожденные, а также осужденные к наказанию в виде ограничения свободы, если они были направлены в исправительные учреждения в случаях, предусмотренных законом, могут быть вновь представлены к условно-досрочному освобождению от отбытия наказания или замене неотбытой части наказания более мягким не ранее чем по истечении одного года со дня вынесения судом решения об отмене условно-досрочного освобождения». А часть 8 статьи 70 УК РК прямо и без исключений указывает, что «условно-досрочное освобождение не применяется ... лицу, ранее условно-досрочно освобождавшемуся».

В части норм, способствующих совершению коррупционных правонарушений. Пункт 2 статьи 84 УИК гласит: «Краткосрочные свидания предоставляются с родственниками или иными лицами в присутствии представителя администрации исправительного учреждения. Длительные свидания предоставляются с правом совместного проживания с супругом (супругой), близкими родственниками (родители, дети, усыновители, усыновленные, братья, сестры, дедушка, бабушка, внуки), в исключительных случаях с разрешения начальника исправительного учреждения - с иными лицами».

То, что краткосрочное свидание может предоставлять с иными лицами, помимо родственников, является вполне нормальным явлением и тоже практикуется во многих зарубежных тюрьмах, с условием, что заключенный предварительно указал их в специальном списке и обосновал. Но, предоставление длительного свидания (от одних до трех суток – п.1 ст.84 УИК) с иными лицами с правом совместного проживания на территории исправительного учреждения вызывает, как минимум, недоумение. Не сложно представить, кто может приходить на такое «свидание» к осужденному в колонию, что, в общем то, и происходит реально на практике.

Поэтому указанная норма требует совершенствования. Исключение из числа не родственников можно оставить только лицам, не состоящим в официальном браке с

осужденным, но имеющим с ним совместных детей, при условии предоставления официальных подтверждающих документов об этом.

В части устаревших норм. Статья 48 УИК обязывает проведение воспитательной работы с лицами, отбывающими наказание в виде ограничения свободы, причем оговаривается, что активное участие осужденных в проводимых мероприятиях воспитательного характера поощряется и учитывается при определении степени исправления. Данное положение закладывалось в действующий УИК еще в период его разработки в середине 90-х годов прошлого столетия, так как предполагалось исполнение ограничения свободы в специальных исправительных центрах (о чем прямо говорилось в УИК), а также наличие в этих центрах квалифицированных специалистов по воспитательной работе. Однако, исправительные центры так и не были созданы, а Законом РК от 21 декабря 2002 года статья 45 УК была изменена и изложена следующим образом: «Ограничение свободы состоит в наложении на осужденного судом определенных обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного органа без изоляции от общества...».

Поэтому, на сегодняшний день требования по проведению с осужденными к ограничению свободы мероприятий воспитательного характера выглядят нелепыми, так как осужденный отбывает наказание по месту своего жительства и проведение с ним мероприятий подобного рода в присутствии членов семьи, в том числе детей, ничего кроме как унижения не несет. Конечно, можно проводить такие мероприятия вне места жительства осужденных, но сама целесообразность их проведения вызывает большие сомнения на предмет эффективности, так как они будут восприниматься осужденными скорее в качестве принудительных мер, чем воспитательных.

Объективности ради отметим, что сотрудники уголовно-исполнительных инспекций в реальности не обременяют себя организацией мероприятий воспитательного характера, так как помимо статьи 48 УИК больше нигде, ни в одном подзаконном акте, детализирующих их деятельность, нет упоминания об этом. Соответственно, нет воспитательных аппаратов в структуре уголовно-исполнительных инспекций и нет требования к проведению таких мероприятий.

Однако, само существование статьи 48 УИК уже создает условия для злоупотреблений. Нигде не дается понятия мероприятия воспитательного характера для рассматриваемой категории осужденных, поэтому при желании всегда можно манипулировать, требованием участвовать в каких-нибудь мероприятиях, например в организовываемых городскими властями спортивно-массовых мероприятиях, а в случае отказа осужденного учесть это, как сказано в законе, при определении степени его исправления.

В части недействующих норм. В пункте 3 статьи 117 УИК «Условия отбывания наказания в исправительных колониях общего режима» закреплено следующее: «Осужденным, отбывающим наказание в льготных условиях, в целях успешной адаптации к жизни на свободе разрешается по постановлению начальника исправительной колонии проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором...».

Такое же законодательное право проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором закреплено в статье 119 УИК «Условия отбывания наказания в исправительных колониях строгого режима». А в статье 129 УИК «Условия отбывания наказания в воспитательных колониях» при закреплении аналогичного положения уже применяется термин «как правило».

Однако, в реальной действительности таких специальных общежитий сегодня в Казахстане не существует и нет никаких предпосылок для их образования. Учитывая

множество других нерешенных проблем в пенитенциарной системе, вопрос об их строительстве вообще не стоит даже в перспективе. Да и с рациональной точки зрения их строительство не целесообразно, так как в каждой области республики имеются колонии-поселения, куда в рамках статьи 73 УИК осуществляется перевод положительно характеризующихся осужденных. Учитывая, что условия отбывания наказания в колонии-поселении по сравнению с закрытыми колониями намного мягче, по сути, при законодательном закреплении за ними соответствующей функции, они вполне могли бы целенаправленно заниматься адаптацией осужденных к жизни на свободе (об этом более развернуто будет сказано ниже).

Приведенные выше примеры не исчерпывают проблемы внутреннего качества действующего Уголовно-исполнительного кодекса Казахстана. Требуется обстоятельная и скрупулезная работа по его приведению не только в соответствие с международными стандартами, а элементарно, в состояние адекватности реальному положению вещей в системе исполнения наказаний.

На этом анализ представленной Концепции проекта УИК новой редакции можно завершить, так как других положений заслуживающих комментария нами не усматривается. Однако, сам процесс разработки документа такого уровня является уникальным моментом, как для возможности комплексного решения накопившихся проблем, так и для создания правовых основ дальнейшего приближения системы исполнения уголовных наказаний к общепризнанным международным стандартам. В связи с чем, изложим свое видение относительно ряда положений действующего уголовно-исполнительного законодательства, хоть и не затронутых в Концепции, но заслуживающих обсуждения.

1. Исходя из того, что вся деятельность уголовно-исполнительной системы априори нацелена на достижение целей наказания, последние имеют центральное значение, как для внутренней архитектуры Уголовно-исполнительного кодекса, так и для направленности практики исполнения наказаний. Согласно действующему законодательству (ст.ст. 38 УК и 2 УИК) целями наказания являются: а) восстановление социальной справедливости, б) исправление осужденного, в) предупреждение совершения новых преступлений как осужденным, так и иными лицами. Анализ же действующего УИК в купе со всей сопутствующей подзаконной нормативной правовой базой выявляет, что идея всего уголовно-исполнительного законодательства построена на достижении одной цели - это исправление осужденного лица.

Вместе с тем, в современной юридической литературе на основе результатов научных достижений в области психологии и передового опыта пенитенциарных систем зарубежных стран уже давно ставится под сомнение реальная возможность исправления человека в условиях изоляции. Очень метко подмечено: «Здравый смысл подсказывает, что задача по исправлению и перевоспитанию в условиях изоляции от общества недостижима... Действительно, ставя цель по приспособлению человека к жизни в обществе, его отделяют от этого общества; желая научить его полезному активному поведению, содержат в обстановке, где каждый шаг расписан, что вырабатывает пассивность; думая заменить в сознании человека вредные привычки полезными, его содержат среди себе подобных, что способствует взаимному заражению, и т.п.»²⁵¹.

Даже если предположить возможность исправления человека в местах лишения свободы, то сам по себе этот процесс является сугубо внутренним,

²⁵¹ Хохряков Г.Ф. Парадоксы тюрьмы («Проблемы, дискуссии, предложения»). – М.: Юрид.лит., 1991. -224с.

психологически сложным, означает моральное «перерождение» осужденного и положительное изменение его сознания, наличие и истинность которого зачастую невозможно определить. Внешнее поведение осужденного в условиях изоляции, вынужденного подстраиваться под правила внутреннего распорядка и требования администрации учреждения, не является истинным показателем степени его исправления. Тем не менее, термин «исправление» в таких сочетаниях, как «встал на путь исправления», «твердо встал на путь исправления», «доказал свое исправление», «не встал на путь исправления» является определяющим критерием при принятии решения о переводе осужденного внутри колонии из одних условий содержания в другие, условно-досрочном освобождении, замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания, переводе в колонию-поселение, помиловании и др., о чем уже отмечалось выше.

Справедливо звучит вопрос и в несколько иной плоскости: как быть с теми, которые не исправились, так как имеют взыскания, но у них закончился срок наказания или наоборот, своим примерным поведением «доказал свое исправление», но в соответствии с фактически отбытым сроком не может быть освобожден условно-досрочно, не говоря уже о полном освобождении? А в отношении осужденных к пожизненному лишению свободы или смертной казни цель по их исправлению вообще не применима.

Такая цель наказания как предупреждение совершения новых преступлений тесно связана с исправлением, так как вытекает из нее и дополняет в смысле желаемого результата. Однако, если обратиться к статистике Комитета УИС, в настоящее время в исправительных колониях республики 41% осужденных являются ранее судимыми, в их числе 2/3 ранее уже отбывали лишение свободы. Указанные цифры отчетливо показывают, насколько неэффективна деятельность пенитенциарной системы по исправлению преступников в условиях колоний, именуемых исправительными.

Поэтому в законодательстве и практике многих зарубежных стран, далеких от догм советской пенитенциарной науки, вообще не ставится цель по исправлению преступников с помощью содержания в тюрьмах. Например, в Законе ФРГ «Об исполнении наказания в виде лишения свободы» от 16 марта 1976 года закреплено: «Исполнение наказания служит цели научить заключенного жить в будущем с социальной ответственностью без совершения преступлений». То есть цель наказания не связана с морально-психологическим «перерождением» преступника в тюрьме, а обращена в будущее и заключается в его подготовке к социально-ответственной жизни после освобождения. Иными словами целью наказания является ресоциализация заключенного.

В криминологии термин «ресоциализация» означает процесс повторного вживания преступника в систему представлений о ценностях, существующих в обществе. В отличие от «исправления» термин «ресоциализация» шире, поскольку не ограничивается только лишь изменением сознания осужденного, но и предполагает его включение в положительные социальные связи после отбытия наказания. Представляется, что даже искреннее «исправление» осужденного, когда он отказывается от совершения новых преступлений в силу кардинальной положительной нравственной переориентации, еще не гарантирует возвращения в общество личность, способную адаптироваться к реалиям свободной жизни. Между тем государство, наказывая лицо за совершение преступления, должно нацелить уголовное наказание и систему исполнения наказаний на возвращение в общество не просто законопослушного, но и активно-полезного индивида. В противном случае, бывший осужденный не желающий нарушать закон, но не смогший положительно

адаптироваться в обществе, вновь станет перед необходимостью переступить закон²⁵².

Именно возвращение в общество человека, способного реинтегрироваться в него и отказывающегося от совершения новых преступлений, должно определяться в качестве целей наказания. Это полностью согласуется с требованиями статьи 58 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, принятых Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с заключенными 30 августа 1955 года, в которой указывается, что по отбытии срока заключения правонарушитель должен быть готовым и способным подчиниться законодательству и обеспечивать свое существование.

Конечно, сама по себе корректировка целей наказания с включением в них ресоциализации еще не решает указанную задачу. Нужна сквозная реконструкция всего уголовно-исполнительного законодательства, чтобы подчинить ее достижению этой цели. По опыту прежде всего европейских стран, необходимы разработка и применение в пенитенциарных учреждениях индивидуальных программ по ресоциализации осужденных, основанных на психологической диагностике личности преступника, учете среды его обитания до совершения преступления, а также уровня образования, профессиональных навыков, способностей и склонностей, характера совершенного преступления, отношения к жертве преступления и т.д. Причем, у них во всей этой деятельности активно участвуют как социальные службы местных исполнительных органов, так и аккредитованные общественные организации, что тоже, вполне возможно организовать в наших условиях через специальные государственные гранты.

Безусловно, организация такого подхода к исполнению наказания является очень не простой и трудоемкой, сопряжена на начальном этапе с фундаментальным пересмотром многих положений УИК и переориентацией пенитенциарной системы на достижение новой цели, результаты которой, в отличие от исправления, являются более осязаемыми.

2. Несмотря на всю сложность разворота пенитенциарной системы в сторону ресоциализации, отдельные правовые механизмы достижения данной цели уже сегодня можно заложить в казахстанское уголовно-исполнительное законодательство.

Так, в системе исправительных учреждений функционируют колонии-поселения, в которых согласно пункту 3 статьи 69 УИК отбывают наказание осужденные к лишению свободы за преступления, совершенные по неосторожности и лица, впервые осужденные за совершение умышленного преступления к лишению свободы на срок до одного года, а также положительно характеризующиеся осужденные, переведенные из исправительных колоний общего и строгого режимов. Всего в республике 18 колоний-поселений, имеются они в каждой области, общий лимит мест в них настоящее время составляет всего 3860, при общей численности отбывающих лишение свободы во всех учреждениях республики 41850 человек (на июль 2012 года).

Благодаря текущему процессу гуманизации законодательства количество отбывающих лишение свободы за неосторожные преступления в колониях-поселениях резко уменьшилось и эта тенденция сохраняется. По опыту европейских стран целесообразно внести в УК изменения с тем, чтобы за неосторожные преступления, не повлекшие особо тяжкие последствия, изначально назначались

²⁵² Аккулев А.Ш. Уголовно-исполнительная политика Республики Казахстан: понятие, цели, принципы: Учебное пособие. - Астана, 2010. - С.84

наказания не связанные с изоляцией от общества и лишь в том случае они заменялись на лишение свободы, если осужденный уклоняется от наказания или не выполняет возложенные судом обязанности. Такая перспектива имеет мощное воздействие на сознание осужденного в плане правопослушного поведения.

Что касается лиц, впервые осужденных за совершение умышленного преступления к лишению свободы на срок до одного года, то их число также не значительно и вместо колоний-поселений они могли бы отбывать наказание в следственных изоляторах, общий лимит которых сегодня составляет 13720 мест, при фактическом содержании в два раза меньше (на 1 июля 2012 года - 6550). Кстати, в 2010 году в следственных изоляторах уже создавались изолированные от следственно-арестованных локальные участки для содержания в камерах, осужденных к аресту. Безусловно, что условия содержания в следственных изоляторах значительно строже, чем в колониях-поселениях, но именно этот фактор кратковременной жесткой изоляции лиц, впервые совершивших именно умышленные преступления, закладывался в свое время в наказание в виде ареста. Так сказать, чтобы привыкнуть не успели, но и осознали отрицательные последствия совершения преступления.

В отношении положительно характеризующихся осужденных помимо перевода в колонию-поселение еще шире применяется условно-досрочное освобождение, например в 2011 году из закрытых колоний в колонии-поселения переведено 2782 осужденных, а условно-досрочно освобождено 7339 человек. Такая поощрительная мера, как замена неотбытой части лишения свободы более мягким видом наказания применяется хоть и реже, например в 2011 году в отношении 1280 осужденных, но, при желании и наличии осужденных заслуживающих ее, ничего не мешает расширить и эту правоприменительную практику.

Из всего этого следует, что колонии-поселения можно без особого труда освободить от нынешнего контингента осужденных и на их базе создать аналоги европейских полуоткрытых тюрем (реабилитационных центров), куда переводятся заключенные на заключительном этапе лишения свободы для подготовки их к освобождению и постепенному возвращению в общество. Например, в Нидерландах в такие заведения переводятся за 6 месяцев до окончания срока наказания. В наших условиях, с учетом законодательно установленных чрезмерно длительных по сравнению с европейскими стандартами сроков лишения свободы, это можно делать за один год до освобождения, при этом обязательно направлять в регион предполагаемого будущего проживания. Учитывая, что большинство колоний-поселений находится вблизи областных центров, режим полусвободы в них создает идеальные условия для подготовки осужденных к освобождению, то есть их ресоциализации.

В течение годичного срока с такими лицами можно было бы организовать содержательную работу по их подготовке к освобождению, с привлечением заинтересованных служб местных исполнительных органов и неправительственных организаций. Главной задачей таких учреждений было бы, прежде всего, оказание содействия осужденному в восстановлении утраченных социально-общественных связей. Еще до полного своего освобождения осужденный получал бы необходимую и полезную информацию о произошедших изменениях за время его изоляции, имел бы возможность заранее трудоустроиться, восстановить утраченные документы, восстановить родственные и другие связи, в конце концов, спланировать свою жизнь после освобождения.

Такой алгоритм отбывания лишения свободы также согласуется с рекомендациями статьи 60 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, в которой говорится: «Желательно, чтобы перед завершением срока

наказания принимались меры к постепенному возвращению заключенного к жизни в обществе».

К сожалению, нынешняя практика наших пенитенциарных учреждений в части подготовки осужденных к освобождению в связи с окончанием срока наказания, далека от всего этого. Все ограничивается, согласно статьи 176 УИК, информированием за шесть месяцев местных исполнительных органов о предстоящем освобождении лица, наличии у него жилья, его трудоспособности и имеющихся специальностях. Также говорится, что с осужденным проводится интенсивная воспитательная работа с целью подготовки его к освобождению, разъясняются его права и обязанности. Однако, подобная подготовка к освобождению, априори, не может быть качественной, так как теория в данном случае лишена практики.

Если обратиться к статистике Комитета УИС, то в 2011 году из учреждений УИС освободилось 15185 человек, из которых 12648 из колоний закрытого типа и только 2537 из колоний-поселений. Проблема подготовки осужденных к освобождению предстает еще более актуальной, если учесть, что примерно треть осужденных отбывают лишение свободы в других областях, где и освобождаются.

Таким образом, предложенная выше схема постепенной реинтеграции осужденных в общество, широко применяемая во многих развитых странах, имеет все шансы быть внедрена и в наше уголовно-исполнительное законодательство и практику. Ожидаемый эффект - это более успешная адаптация бывших заключенных в свободном обществе и снижение уровня рецидива преступлений.

3. В деятельности пенитенциарных учреждений имеются проблемы, которые возникли в результате перекосов в гуманизации законодательства. Для стабильного их функционирования очень важно, чтобы любое изменение в УИК в части гуманизации вносилось через призму практической целесообразности. Тем не менее, анализ всех изменений и дополнений в УИК за последние годы говорит, что не всегда просчитываются вероятные риски. И одна из таких проблем заключается в следующем.

В соответствии со статьей 117 УИК осужденные, отбывающие наказание в колониях общего режима и содержащиеся в обычных условиях имеют право на получение в течение года шести посылок или передач и шести бандеролей. Содержащиеся в облегченных условиях имеют право на получение в течение года двенадцати посылок или передач и двенадцати бандеролей. Содержащиеся на льготных условиях вообще не имеют ограничений в количестве посылок, передач или бандеролей. Даже злостные нарушители порядка отбывания наказания или совершившие умышленные преступления уже в местах лишения свободы, которые содержатся в строгих условиях, тоже имеют право на получение в течение года трех посылок или передач и трех бандеролей.

В колониях строгого и особого режимов количество разрешаемых посылок, передач и бандеролей несколько меньше, но их количество тоже не ограничивается на льготных условиях строгого режима (статья 119 УИК).

К чему это привело на практике? Сразу оговоримся, что речь идет исключительно о закрытых учреждениях, но не о колониях-поселениях, где законодательно существует режим т.н. полусвободы, позволяющий положительно характеризующимся осужденным даже проживать за пределами учреждения, с вытекающими отсюда последствиями.

Огромное количество посылок и передач, преимущественно с продуктами питания, приводит к элементарной антисанитарии в колониях. Поступаемые продукты питания хранятся в спальнях помещениях, в которых не везде имеются

холодильные установки. Осужденные отказываются ходить в столовую для приема пищи, что является причиной регулярного конфликта между ними и администрацией учреждения. Учитывая отрядную форму содержания в наших колониях, часть содержимого посылок (бандеролей) вынужденно передается осужденными в т.н. «общак» при колонии, которым пользуются и распределяют более продвинутые в тюремной иерархии личности, именуемые в данном случае «смотрящими». Конечно, такая ситуация не во всех колониях, но она реально существует.

Нужно еще учесть существующие возможности колонии тщательно проверять содержимое поступающих посылок, передач и бандеролей. Режимность объекта требует высокого качества проверки поступающих предметов, например, как в аэропортах. Однако, из-за отсутствия специальных технических устройств (сканеров и др.) проверка осуществляется вручную. При этом доходит до абсурда, когда контролеры с целью обнаружения запрещенных предметов вынуждены вскрывать пакеты и пересыпать сыпучее содержимое (напр., крупы, чай, сахар и т.п.), либо переливать жидкости из одной емкости в другую (напр., варенье, соленье и пр.) и т.п.

В тоже время, указанные действия, несмотря на понятный протест осужденных, являются оправданными. По официальной статистике Комитета УИС в 2011 году только при попытке передачи в колонии и следственные изоляторы скрытым способом запрещенных предметов было изъято 11 млн. 125 тыс. тенге, 11163 литра спиртных напитков, 6496 колюще-режущих предметов, 3245 средств мобильной связи, 127 кг. наркотических средств.

Говоря об истории и роли продуктовых посылок в жизни осужденных, следует признать их анахронизмом советского образа бытия, когда в стране существовал дефицит элементарных продуктов питания, а качество питания в исправительных учреждениях оставляло желать лучшего. Поэтому, стремление родственников осужденного передать ему домашней еды было вполне понятным по человеческим соображениям.

Следует сказать, что в современной истории впервые законодательное увеличение количества посылок, бандеролей и передач произошло в 1997 году с принятием действующего УИК. Тогда, в условиях экономического кризиса в стране и переполненных пенитенциарных учреждений такая мера была оправданной, хотя преподносилась как гуманный акт. Сегодня же ситуация с питанием осужденных несоизмеримо лучше. В среднем, на содержание одного осужденного к лишению свободы государство тратит в месяц 45 тыс. тенге, а на содержание следственно-арестованного 70 тыс. тенге. Это значительно больше, чем размер минимальной пенсии в стране.

Следовательно, наступило время ограничить их количество до пределов разумного. Можно сделать при этом отдельные исключения, например для медикаментов, которыми пенитенциарное учреждение не может обеспечить осужденного в силу их особой специфики.

В целом, уголовно-исполнительной системе Казахстана давно уже пора переходить на современные стандарты в этом вопросе. В частности, в европейских и американских тюрьмах вообще не практикуются продуктовые посылки и передачи, хотя отдельные законодательства допускает их в очень ограниченном количестве. Заключение имеют специальные счета, куда родственники могут направлять им деньги, а они в свою очередь могут на них приобретать в тюремных магазинах необходимые предметы и продукты питания. Приходя на свидание, родственники также в этих тюремных магазинах могут приобретать необходимые товары для

передачи заключенному, что упрощает процедуру их обыска при пропуске на территорию тюрьмы. При желании, все это можно организовать и в наших условиях.

В завершение отметим, что за двадцать с лишним лет независимости Казахстана в структуре правоохранительного сектора уголовно-исполнительная система подверглась наименьшему реформированию. На это влияет, прежде всего, отсутствие четкого стратегического видения вектора ее развития. Вышеизложенные предложения по ее совершенствованию отражают лишь небольшую часть тех проблем, решение которых позволит говорить о реальном приближении пенитенциарной системы страны к общепризнанным международным стандартам. И сегодня, когда идет процесс обновления уголовного и уголовно-исполнительного законодательства, есть уникальная возможность придать ей цивилизованность.

Сентябрь, 2012 г.

РАХИМБЕРДИН К.
*Директор филиала Казахстанского международного бюро
по правам человека и соблюдению законности г. Оскемен*
К.Ю.Н.

ЭКСПЕРТНЫЙ ОБЗОР ВЫПОЛНЕНИЯ РЕКОМЕНДАЦИЙ НАЦИОНАЛЬНОГО ПЛАНА ДЕЙСТВИЙ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН ЗА 2009-2012 ГОДЫ²⁵³

Права осужденных

Введение

Существующий Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы является документом стратегического значения, отражающим парадигму совместных усилий государства и гражданского общества по обеспечению и продвижению ценностей защиты прав человека. В этом русле важное значение имеют права, свободы и законные интересы осужденных. Актуальность подобной проблемы представляется вполне очевидной, поскольку осужденные – это лица, существенно ограниченные в своем правовом статусе, находящиеся под контролем государства, и от того, насколько соблюдаются их основные права и насколько соответствуют требованиям закона ограничения в их правах и свободах, во многом зависит успешность реинтеграции осужденных в общество, безопасность в учреждениях, исполняющих наказания, а также безопасность иных граждан, взаимодействующих с осужденными.

Целью настоящего обзора является правовой анализ уровня и глубины реализации Национального плана в области права человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы в отношении осужденных, содержащихся в пенитенциарных учреждениях и равно находящихся на свободе. Состояние показателей защищенности прав осужденных и решения проблем обеспечения прав человека в процессе применения наказаний и иных мер уголовного правового воздействия в Республике Казахстан. Данная цель обуславливает необходимость постановки следующих **задач** обзора:

1. Характеристика правового статуса осужденных в контексте гуманизации деятельности уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан.
2. Выявление основных путей обеспечения прав, свобод и законных интересов осужденных.
3. Оценка состояния прав осужденных в свете имплементации международно-правовых актов, посвященных правам человека, в национальное законодательство и уголовно-исполнительную политику Республики Казахстан.
4. Разработка рекомендаций по совершенствованию механизма реализации правовых гарантий защищенности осужденных, их ресоциализации и обеспечения

²⁵³ Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках партнерского проекта «Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности» (КМБПЧ и СЗ), Международного центра журналистики MediaNet и Центра исследований правовой политики LPRC «Мониторинг исполнения Республикой Казахстан Национального плана действий в области прав человека на 2009-2012 гг.» при поддержке Европейского Союза. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Европейского Союза.

конституционно-правового статуса человека и гражданина в Республике Казахстан применительно к осужденным.

В процессе подготовки настоящего обзора использовались такие методы научного познания социально-правовой проблематики защиты прав осужденных, как системно-логический, сравнительно-правовой, проблемно-поисковый, конкретно-социологический, эвристический, а также контент-анализ, обобщение выводов по вопросам реализации правового статуса осужденных. Необходимо отметить, что при выполнении обзора были задействованы статистические показатели, отражающие динамику уголовной и уголовно-исполнительной политики Республики Казахстан, численность осужденных, находящихся под различными формами посткриминального контроля, справочный материал и монографические исследования, связанные с комплексом проблем, рассматриваемых в данном обзоре.

Описание ситуации

В течение 2011-2012 годов в Республике Казахстан последовательно реализовывался путь на гуманизацию уголовной и уголовно-исполнительной политики, модернизацию законодательства в сфере борьбы с преступностью, внедрение новых моделей и технологий ресоциализирующего предупредительного воздействия на осужденных. Подобные процессы проявились в следующих направлениях:

1. Реализация традиционных классических средств снижения численности тюремного населения Республики Казахстан. В русле данного направления была проведена седьмая амнистия осужденных²⁵⁴, показатели которой можно проиллюстрировать следующим образом. По состоянию на 11 июня 2012 года в рамках реализации Закона «Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан» места лишения свободы покинули 2511 человек. Постановлением суда еще 665-ти осужденным сокращены сроки наказания, а также по различным причинам отказано судом 60 осужденным. Что касается лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы, то на 1 июня т.г. судами принято без малого 8 тысяч положительных решений об их освобождении от дальнейшего отбывания наказания, в том числе 1156 женщин и 160 несовершеннолетних²⁵⁵.

Амнистия предполагает освобождение от наказания, его дальнейшего отбывания и означает не только «разгрузку» пенитенциарных учреждений Комитета уголовно-исполнительной системы МВД Республики Казахстан, но и прекращение уголовно-правовых отношений, восстановление в полном объеме конституционно-правового статуса осужденных, обусловленного их освобождением от наказания.

2. Следующим стратегическим направлением законодательных изменений в реализации прав и законных интересов осужденных стала деятельность по созданию национальной модели системы пробации в Республике Казахстан. Этому предшествовала кропотливая содержательная работа, интегрировавшая усилия казахстанской и зарубежной юридической науки, опыт реформирования уголовно-исполнительной системы, имеющийся у ее руководства, ресурсы международных и

²⁵⁴ Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2011 года № 521-IV Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан. URL: <http://adilet.minjust.kz/rus/docs/Z1100000521#z52>

²⁵⁵ URL: <http://kuis.kz/ru/news/542>

национальных правозащитных общественных объединений по продвижению в уголовно-исполнительную практику ценностей пробации как уникального метода ресоциализации правонарушителей, широко используемого в различных современных государствах. Созданию нормативно-правовых основ пробации предшествовали обсуждение данной проблематики в казахстанской научной и периодической печати; организация круглых столов, в том числе с участием зарубежных экспертов; проведение научно-практических конференций международного уровня, дискуссии относительно форм и содержания деятельности службы пробации, выбора ее наиболее оптимальных средств посткриминального контроля и ресоциализации в отношении осужденных, ведомственной принадлежности и системной подчиненности службы пробации. Итогом этой работы, отразившим совместные усилия государственных институтов и гражданского общества Казахстана, стало принятие Закона Республики Казахстан от 15 февраля 2012 года № 556-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам службы пробации». На основании данного закона были созданы правовые основы системы пробации в Республике Казахстан и появилась благоприятная возможность формирования собственного национального опыта пробационной модели в Казахстане, как в одном из крупнейших государств региона Центральной Азии. Несомненно, что пробация, будучи внедренной в практику казахстанской уголовно-исполнительной системы, предполагает фактическую смену парадигмы ее деятельности, поскольку миссия пробации, как показывают исследования различных отечественных и зарубежных авторов, заключается в обеспечении безопасности общества и реинтеграции правонарушителей с использованием гуманитарных социально-правовых технологий некарательного, восстановительного воздействия. Служба пробации фактически сочетает меры контроля и социальной защиты правонарушителей и абсолютно лишена милитаризованного контекста, свойственного уголовно-исполнительным системам большинства государств СНГ. Необходимо отметить, что указанные законодательные изменения проявились, в частности, в институционализации термина «пробация», закреплении пробационного надзора в отношении лиц, осужденных условно, с отсрочкой отбывания наказания и к наказаниям, не связанным с лишением свободы. Наряду с этим были закреплены юридические основания проведения социально-психологического исследования личности «адресата» пробации.

3. Следующим направлением законодательных изменений, способствующих либерализации уголовной политики Республики Казахстан, стала модернизация структуры составов преступлений в экономической деятельности, предусмотренных Уголовным кодексом Республики Казахстан²⁵⁶. В данном русле заслуживают внимания такие проявления, как частичная декриминализация названной главы УК РК и ее депенализация, выразившаяся в расширении возможностей применения имущественных санкций (штрафа, конфискации), с сужением сферы наказания в виде лишения свободы за экономические преступления. Например, за незаконное предпринимательство, за злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности и др.

Таким образом, существует выраженная доминанта гуманизации уголовной политики и деятельности по исполнению уголовных наказаний, что в свою очередь

²⁵⁶ Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2011 года № 490-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства». URL: <http://adilet.minjust.kz/rus/docs/Z1100000490>

непосредственно влияет на состояние прав и свобод граждан, находящихся в орбите уголовной юстиции. Это проявляется и в осуществляемой в настоящее время работе по подготовке проектов новых Уголовного кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, в которых также должна найти последовательное выражение идея защиты прав человека.

Вместе с тем нельзя не отметить и существование целого ряда проблем и противоречий в реализации законодательных изменений в области уголовной и уголовно-исполнительной политики Казахстана, затрагивающих сферу и прав, и свобод человека. К ним относятся:

1. Нечеткость концептуальной модели амнистии, в которой должны сочетаться не только вопросы освобождения осужденных от наказания или отбывания, но и постепенная ресоциализация осужденных, вопросы их материально-бытового устройства, трудовой адаптации, восстановления утраченных социально полезных связей и отношений. Лишь при решении данного комплекса сложных вопросов институт амнистии осужденных будет соответствовать своему назначению, а социально-юридическая защищенность осужденных после освобождения из пенитенциарных учреждений станет важным противодействием рецидиву преступлений с их стороны.

2. Институционализация пробации в Казахстане не должна свестись к банальному ребрендингу, т.е. механическому изменению наименований уголовно-исполнительных инспекций на службу пробации²⁵⁷. Должны произойти содержательные изменения в деятельности УИИ, прежде всего касающиеся обеспечения приоритета воспитательной, социальной работы с осужденными. Для внедрения в практику социального исследования правонарушителя нужны четкие организационно-правовые механизмы осуществления такого исследования, а они в настоящее время законом не созданы. Не целесообразно также делить пробацию на приговорную и досудебную, поскольку с учетом мирового опыта пробация должна осуществляться с начального этапа уголовного процесса, когда служба пробации готовит для суда социальный доклад о личности правонарушителя. Наряду с этим необходимо создание надлежащих правовых основ участия институтов гражданского общества в осуществлении пробационного надзора и мер по ресоциализации правонарушителей, находящихся на пробации.

3. Что касается нормативной конструкции состава преступлений в сфере экономической деятельности, то необходимо учитывать, что любые законодательные изменения в данной области должны быть социально и криминологически обоснованы. Декриминализации должны подлежать только те составы преступлений в УК РК, существование которых, ввиду отсутствия необходимости уголовно-правовой охраны соответствующих объектов, лишено смысла. Что касается депенализации данных преступлений, то необходимо принять меры к тому, чтобы были исключены случаи нарушения прав граждан на равенство перед законом и судом в связи с их имущественным положением. Совершенно нежелательны ситуации, когда виновный в экономических преступлениях может избежать лишения свободы только потому, что платежеспособен и готов уплатить крупный штраф, в то время как малоимущие граждане будут подвергаться более строгим мерам уголовно-правового воздействия, поскольку имущественные наказания станут для них непосильным бременем.

²⁵⁷ Служба пробации или ребрендинг уголовно-исполнительных инспекций Казахстана? / К.Х. Рахимбердин // Евразийский юридический журнал. – 2011. - №6. – С. 24-26.

Названные проблемы правового регулирования и законодательных изменений носят институциональный характер, и от степени их решения зависит не только имплементация международных стандартов прав человека в законодательство и уголовно-исполнительную практику, но и позитивные изменения в правовом положении осужденных уже в настоящее время, когда процессы упомянутой имплементации выглядят далеко не завершенными.

В связи с этим важное значение имеет состояние защищенности прав осужденных в наиболее строгом виде уголовно-правового воздействия – к лишению свободы. Вполне очевидно, что изоляция осужденных от общества создает повышенные риски, нарушения прав человека в пенитенциарных учреждениях, увеличивает вероятность пыток и жестокого обращения по отношению к осужденным. Для снижения уровня подобных рисков в мировой практике апробированы такие способы, как подготовка персонала тюремных учреждений, убежденного в этических ценностях человеческого достоинства, уважения личности осужденных, гуманного обращения с ними, и осуществление независимого общественного контроля, выступающего составной частью Национального превентивного механизма предупреждения пыток и жестокого обращения. С учетом данных положений представляется необходимым дальнейшее осуществление демилитаризации уголовно-исполнительной системы, особенно значимое в связи с тем, что Комитет уголовно-исполнительной системы после десяти лет реформ и ориентации на соблюдение международных стандартов прав осужденных передан из гражданского ведомства – Министерства юстиции Республики Казахстан, в ведомство силовое – Министерство внутренних дел Республики Казахстан²⁵⁸.

Поэтому остается актуальной задача подготовки сотрудников УИС как профессионалов в области социальной работы с осужденными, способных решать задачи их исправления, применять психолого-педагогические технологии и средства разрешения конфликтов, обеспечивать безопасность осужденных, неприкосновенность их человеческого достоинства, подготовленных к успешной практической деятельности в учреждениях, исполняющих уголовные наказания.

Другим стратегическим направлением в защите прав человека при отбывании наказания выступает общественный контроль, полагаем, что с учетом зарубежного опыта подобного контроля следует расширить юридические возможности его применения в Республике Казахстан. Это можно сделать путем расширения субъектного состава. В казахстанской юридической науке отмечается участие в общественном контроле не только общественно-наблюдательных комиссий (ОНК), но и других институтов гражданского общества (общественных и религиозных объединений, СМИ, высших образовательных учреждений, адвокатуры и др.)²⁵⁹. Следует преодолеть риск бюрократизации общественных наблюдательных комиссий, так как действующее законодательство делает их зависимыми от должностных лиц УИС и не создает механизма учета рекомендаций ОНК в деятельности органов и учреждений, исполняющих наказания. По-видимому, целесообразно предусмотреть право на внезапные визиты представителей ОНК в пенитенциарные учреждения, так как подобные визиты могут стать хорошим стимулом работы администрации пенитенциарных учреждений по предупреждению пыток и жестокого обращения. Кроме того, в орбиту общественного контроля необходимо включить не только исправительные учреждения, но и УИИ,

²⁵⁸ Указа Президента Республики Казахстан от 26 июля 2011 года № 129 «О пенитенциарной системе Республики Казахстан». <http://adilet.minjust.kz/rus/docs/U1100000129#z4>

²⁵⁹ Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. – Усть-Каменогорск: Либриус, 2010. – 218 с.

исполняющие наказания и меры уголовно-правового воздействия без лишения свободы.

Большое значение имеют также вопросы реализации осужденными конституционного права на свободу совести, в этом русле имеются явные очевидные достижения, связанные с тем, что крупнейшие религиозные конфессии Казахстана с начала осуществления реформ УИС получили возможность установления контакта с осужденными и оказания им духовной помощи в последующей ресоциализации. Кроме того, представители религиозных традиционных конфессий (ислама, православного христианства и др.) могут способствовать не только исправлению осужденных, но и предупреждению религиозного экстремизма, имеющего выраженную опасность для личности, общества и государства. В связи с этим является нелогичным решение руководства Комитета уголовно-исполнительной системы о закрытии молельных комнат и мест отправления религиозных обрядов в пенитенциарных учреждениях²⁶⁰. Фактически оно нарушает права осужденных на реализацию права на отправления религиозных обрядов. Чем бы ни мотивировалось подобное решение, в результате оно снижает возможность администрации пенитенциарных учреждений опираться на помощь и поддержку духовенства, представляющего мировые религии в Казахстане, в социальной работе с осужденными и противодействию религиозному экстремизму, который в настоящее время проник в среду осужденных, находящихся в условиях изоляции от общества²⁶¹.

Заслуживает внимание и такое направление, связанное с обеспечением прав осужденных, как модернизация системы исполнения наказаний в виде лишения свободы. В этом русле в настоящее время обсуждается вопрос о переходе к покамерным условиям содержания осужденных в пенитенциарных учреждениях. Фактически это означает трансформацию колониальной модели исполнения наказания в тюремную. Как отмечается в юридической науке, наиболее оптимальным является путь конвергенции, т.е. постепенного сближения и взаимопроникновения «колониальной» и «тюремной» моделей. Незамедлительное внедрение покамерного содержания без учета коллективистского менталитета большинства осужденных может оказаться весьма болезненным процессом. Более того, следует учесть и такие следующие факторы, как экономические затраты общества и государства на обеспечение покамерного содержания всех осужденных к лишению свободы²⁶² и проблему обеспечения социально полезных контактов с внешним миром, которая при переходе на покамерные условия содержания приобретет еще большую актуальность.

Утвержденная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 9 июня 2012 года № 775 Программа развития уголовно-исполнительной системы в Республике Казахстан на 2012 - 2015 годы, несомненно, имеет позитивное значение, так как выражает определенную концепцию процесса развития УИС, однако приоритетом этого развития программа практически закрепляет приоритет развития

²⁶⁰ В связи с реализацией норм Закона Республики Казахстан от 11 октября 2011 года № 483-IV «О религиозной деятельности и религиозных объединениях».

²⁶¹ По данным старшего научного сотрудника НИИ Академии Комитета уголовно-исполнительной системы МВД Г. Кужабаевой в настоящее время в исправительных колониях страны содержатся 65 террористов и почти 300 экстремистов. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4493817-zhangazy-kunserkin-v-kazakhstan.html

²⁶² Так по данным МВД РК предусматривается разработка типового проекта специализированного исправительного учреждения с камерным содержанием на 1500 мест, ориентировочно на строительство одного такого учреждения потребуется 12 млрд. тенге. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4493232-segodnja-iz-76-ispravitelnykh.html

наказания в виде лишения свободы и переход к покамерному содержанию осужденных, предусматривая на эти цели значительные объемы финансирования. Данное обстоятельство создает определённую вероятность отношения к наказаниям и мерам без изоляции от общества как к чему-то второстепенному и менее важному, что совершенно недопустимо²⁶³.

Нельзя не отметить и такой вопрос, как привлечение осужденных в местах лишения свободы к труду. Традиционно в казахстанской уголовно-правовой доктрине еще с советского времени труд рассматривался как важнейшее средство обеспечения исполнения наказаний. Действующее уголовно-исполнительное законодательство Казахстана рассматривает труд как одно из средств исправления осужденных, приобщения к ценностям социальной жизнедеятельности человека на свободе. В то же время нельзя абсолютизировать значение труда, поскольку в местах лишения свободы он носит, как правило, неквалифицированный, лишенный творческих начал характер. В современных условиях невозможно обеспечить реализацию труда соответствующей колониальной модели исполнения лишения свободы советского времени²⁶⁴. Недопустимо использовать труд осужденных в целях извлечения прибыли. Этот труд, исходя из международно-правовых актов, должен быть сориентирован на сохранение у осужденных социально полезных навыков, мотивации к труду и умения организации собственного времени. Поэтому представляется необходимым, чтобы труд осужденных был связан с учетом не только их возраста и состояния здоровья, но также уровня образования, квалификации, способности к определённым видам труда и творческой составляющей этого труда.

Рекомендации

Подводя итог настоящему обзору, представляется необходимым обозначить следующие рекомендации, связанные с реализацией Национального плана действий в области прав человека в отношении лиц, отбывающих наказания и иные меры уголовно-правового воздействия:

1. Обратить внимание государственных органов в сфере исполнения наказаний, здравоохранения, социальной защиты, а также неправительственных организаций на необходимость принятия мер по содействию ресоциализации осужденных, освобожденных от наказания и его отбывания на основании акта амнистии. Данные меры, к которым могут относиться квотирование рабочих мест на предприятиях, беседы психологов и социальных работников, поощрение участия в реализации социальных проектов, содействие в восстановлении семейных связей и

²⁶³ В 2011 году по учетам уголовно-исполнительных инспекций КУИС МВД РК прошло 41105 человек, из них 6643 женщины и 1466 несовершеннолетних. <http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html>

²⁶⁴ Эту проблему признает и КУИС МВД РК, так согласно официальным данным в настоящее время из 26061 трудоспособного осужденного заняты трудом всего 11714 человек или 44,9%, из них 6234 работают на предприятиях уголовно-исполнительной системы, 3005 - на хозяйственном обслуживании и 2475 - на других оплачиваемых работах. Функционирующие при исправительных учреждениях республиканские государственные предприятия «Енбек», «Енбек-Караганда», «Енбек-Оскемен» из-за устаревших производственных мощностей, не могут в достаточном количестве обеспечить рабочими местами всех трудоспособных осужденных. URL: <http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html>

др., призваны уменьшить вероятность рецидива преступлений и риск криминальных конфликтов амнистированных лиц с иными гражданами.

2. Для наиболее оптимального решения проблем криминализации и декриминализации, пенализации и депенализации преступлений в сфере экономической деятельности в УК РК целесообразно объединить усилия казахстанской юридической науки, общественности и государственных органов Республики Казахстан посредством проведения круглых столов, конференций и обсуждения в научной печати проблем, связанных с изменениями уголовного законодательства об экономических преступлениях. В этой связи необходимо создать Рабочую группу по подготовке изменений УК РК в отношении определения преступности и наказуемости общественно опасных деяний, посягающих на отношения в сфере экономической деятельности. В состав Рабочей группы необходимо включить представителей академической науки, НПО, бизнес-структур, национальных и зарубежных экспертов.

3. Продолжить деятельность по созданию и развитию национальной системы пробации в Казахстане посредством:

- 1) формирования эффективно действующего института общественных помощников с определением их правового статуса;
- 2) совершенствования форм пробационного надзора и внедрения в его практику современных электронных технологий (электронные браслеты);
- 3) разработки и внедрения алгоритма социально-правового исследования личности адресата пробации, удобного для практического осуществления сотрудниками службы пробации, утвердив данный алгоритм приказом МВД РК.

4. Продолжить деятельность по созданию новых форм общественного контроля, соответствующих требованиям НПМ, предупреждения пыток и жестокого обращения. В связи с этим необходимо:

- 1) расширить субъектный состав общественного контроля, предоставив полномочия по его осуществлению общественным и религиозным объединениям, СМИ и другим лицам;
- 2) дополнить перечень объектов общественного контроля в законодательстве, включив в него службу пробации, исполняющих условное осуждение, отсрочку отбывания наказания, наказания, не связанные с лишением свободы;
- 3) расширить полномочия ОНК и разработать механизм обеспечения результатов их деятельности;
- 4) внести соответствующие институциональные изменения, посвящённые общественному контролю, в законодательство Республики Казахстан.

5. В целях совершенствования форм и методов воспитательного воздействия на осужденных необходимо уйти от существующей в современных условиях модели самодеятельных организаций осужденных в исправительных учреждениях, позволяющей администрации учреждений УИС использовать самодеятельные организации *в качестве инструментария решения задач управления и контроля.*

6. Разработать и апробировать модели трудовой занятости осужденных в исправительных учреждениях, мотивации осужденных к труду. Подготовить предложения в уголовно-исполнительное законодательство Республики Казахстан по совершенствованию правового регулирования привлечения осужденных к труду.

7. Комитету УИС МВД РК внедрять в уголовно-исполнительную практику современные технологии социальной работы с осужденными, переориентировав исправительные учреждения на решение задач ресоциализации осужденных и на преодоления милитаризованного уклада организации жизнедеятельности осужденных в условиях изоляции их от общества.

8. Создать взаимодействие «колонийских» и «тюремных» элементов в исполнении наказаний в виде лишения свободы, обеспечив конвергенцию данных элементов для эффективного решения задач ресоциализации осужденных.

9. Оптимизировать образовательную, профессиональную подготовку сотрудников КУИС МВД РК на основе изучения практикоориентированных дисциплин, знаний, умений и навыков в сфере ресоциализации осужденных, учета рекомендаций международных стандартов прав человека и изучения отечественного опыта в области методики воспитательного воздействия на лиц, отбывающих наказания и иные меры уголовно-правового воздействия.

10. Образовать экспертную группу по осуществлению независимой общественной экспертизы проектов новых УК, УПК, УИК РК с участием представителей академической науки, правозащитных организаций и иных институтов гражданского общества Казахстана, национальных и международных экспертов в сфере, регулируемой уголовным, уголовно-процессуальным и уголовно-исполнительным законодательством. Регулярно освещать деятельность экспертной группы в СМИ Казахстана и обеспечить ознакомления с ее оценками и рекомендациями членов Рабочей группы по подготовке новых кодексов РК.

11. Содействовать созданию и развитию НПМ по предупреждению пыток и жестокого обращения посредством гармонизации уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства РК, формирования института «тюремного» омбудсмана, совершенствования форм и методов общественного контроля за соблюдением прав человека в пенитенциарных учреждениях (проведение внезапных посещений в учреждения, расширения состава участвующих в общественном контроле и др.).

12. Разработать алгоритм перехода исправительных учреждений КУИС МВД РК на покамерные условия содержания осужденных с учетом возможных рисков, конфликтных ситуаций, обусловленных подобным переходом, а также принятием во внимание особенностей менталитета сотрудников УИС и влияния покамерного содержания на достижение цели наказания и решение задач ресоциализации осужденных. В связи с этим целесообразно провести мониторинг потребностей и ожиданий осужденных, персонала УИС по поводу перехода на покамерные условия изоляции от общества, организовать круглые столы по данной проблеме с участием психологов, социальных работников и представителей гражданского общества. Провести тренинги для сотрудников УИС обучающего характера, связанные с взаимодействием с осужденными, находящимися в условиях покамерного режима содержания.

13. Разработать методические рекомендации по социальной работе с осужденными, находящимися в группе повышенного риска (ВИЧ-инфицированные,

больные туберкулёзом, страдающие тяжелыми формами заболевания и др.²⁶⁵). Подготовить алгоритм проведения воспитательной работы с осуждёнными и сотрудниками КУИС МВД РК по повышению толерантности к осужденным, находящимся в группе риска, с целью предупреждения их дискриминации, жестокого обращения и иных форм криминальной виктимизации личности.

14. Обратить внимание на необходимость предупреждения и пресечения ситуаций неинституциональной стратификации осужденных и использования администрацией исправительных учреждений средств манипулирования осужденными, провоцирующих нарушения равенства осужденных перед законом и ущемления прав и свобод человека в пенитенциарных учреждениях.

15. Восстановить в исправительных учреждениях молельные комнаты и другие места для отправления религиозных обрядов осужденных. КУИС МВД РК заключить Меморандум с руководством традиционных для Казахстана религиозных конфессий, обеспечив возможность участия исламского и православного духовенства и других священнослужителей, представляющих другие религии, в осуществлении духовно-нравственного воздействия на осужденных, в предупреждении религиозного экстремизма среди осужденных, в решении задач по ресоциализации лиц, отбывающих наказания.

16. Органам государственной власти Республики Казахстан целесообразно переориентировать практику применения наказаний на меры, не связанные с лишением свободы, использовать для этого возможности пробационного надзора, существующие наказания без лишения свободы, технологии медиации, меры воспитательного предупредительного воздействия в отношении несовершеннолетних правонарушителей. Изменение доминанты уголовной и уголовно-исполнительной политики Казахстана позволит создать эффективную некарательную модель ответственности правонарушителей, учитывающую интересы безопасности общества, потребности пострадавших от преступлений и задачи ресоциализации осужденных.

Июнь, 2012 г.

²⁶⁵ По состоянию на 1 января 2012 года более 20% осужденных состоят на диспансерном учете по поводу различных заболеваний, в том числе 11599 - больных социально значимыми заболеваниями, из них 2110 больны активным туберкулезом, 1870 - ВИЧ-инфекцией, 194 - сифилисом, 4055 - наркоманией, 3564 - алкоголизмом. URL: <http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html>

ПОДОПРИГОРА Р.А.

*Профессор Каспийского общественного университета
доктор юридических наук*

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА «СТРАТЕГИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В КАЗАХСТАНЕ»²⁶⁶

Введение

Вопросам административной юстиции в последнее время уделяется значительное внимание, как государственными органами, так и неправительственным сектором, учеными, международными и зарубежными организациями. Проводится большое количество конференций, семинаров, круглых столов. При этом только в последние годы стало складываться понимание предмета разговора (по крайней мере, среди юристов): речь идет о спорах между гражданином и государством. Еще десять лет назад под административной юстицией понимали производство по делам об административных правонарушениях, впрочем, административные правонарушения в первую очередь приходили на ум и при упоминании многих других административно-правовых институтов.

На самом деле административная юстиция это устоявшийся правовой институт, имеющий почти двухвековую историю, различные проявления в современных государствах. Административной юстиции посвящены многочисленные исследования, в том числе и в странах постсоветского пространства.

В Казахстане административная юстиция до сих пор не становилась темой серьезных научных исследований, что, кстати, сказывается и на законотворческом процессе в этой сфере, характеризующимся отсутствием надлежащей экспертной оценки, фундаментальной проработки проблем, невниманием к правовым принципам. До сих пор нет четкого понимания стратегических путей развития административной юстиции, ее места и важности в правовой системе.

Целью настоящей аналитической записки является краткое изложение ключевых признаков и элементов административной юстиции, истории возникновения и значения этого института, основных направлений развития административной юстиции применительно к казахстанской ситуации.

²⁶⁶ Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане и Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане и Freedom House.

1. ПОНЯТИЕ, ИСТОРИЯ СТАНОВЛЕНИЯ И СОВРЕМЕННЫЕ МОДЕЛИ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Административная юстиция важнейший атрибут правового государства, государственного управления и административного права. Как и в случае со многими другими правовыми институтами, отсутствует единое мнение, что следует понимать под административной юстицией. Ее понимают и как систему специальных судебных (квазисудебных) органов, рассматривающих публично-правовые споры, и как вид судопроизводства или порядок обжалования незаконных административных актов, и как специализированный надзор за деятельностью органов исполнительной власти и др.

Но чаще всего административную юстицию отождествляют с судебным контролем за законностью деятельности государственной администрации (органов исполнительной власти и иных административных органов).

В историческом плане административная юстиция сравнительно молодое явление, возникшее и получившее свое развитие в конце XVIII-XIX веках. Ранее всего институты административной юстиции формируются во Франции, где после Великой французской революции стала на практике реализовываться идея разделения властей и произошло разделение юстиции и администрации (судебной и административной юрисдикций). Администрация в представлениях французских мыслителей того времени должна была быть абсолютно независима от юстиции, в том числе и в вопросах рассмотрения споров в связи с деятельностью администрации. Судебная власть в свою очередь должна заниматься рассмотрением уголовных и гражданских дел и не вмешиваться в деятельность административных органов, в противном случае баланс разделения властей будет нарушен. Такие идеи были реализованы в законодательстве, которое отделило в системе государственного управления органы, занимающиеся непосредственно управлением (чистая администрация) от органов, рассматривающих спорные вопросы управления. В результате были созданы органы (советы префектур и Государственный совет), которые являлись частью государственного аппарата, но занимались исключительно контролем за деятельностью администрации путем рассмотрения споров по определенным правилам²⁶⁷. Именно эти органы стали называться органами административной юстиции. Опыт Франции оказал большое влияние и на другие европейские страны – Италию, Испанию, Бельгию, Португалию, хотя позже в этих странах наблюдались свои особенности развития административной юстиции.

Французский опыт сказался и на Германии (в то время на германских государствах) - другой классической стране административного права, чья модель административной юстиции очень часто сегодня пропагандируется в постсоветских странах, включая Казахстан. В Германии институт административной юстиции появился достаточно поздно по сравнению с другими европейскими государствами (вторая половина XIX века), но его возникновение также объясняется обособлением юстиции и администрации. Причем в первое время низовые органы административной юстиции в различных германских государствах не отделялись от органов государственной администрации и уже гораздо позднее они выделились в самостоятельную ветвь, но уже всецело в рамках судебной власти.

²⁶⁷ См. об этом подробнее: Аншютц Г. Юстиция и администрация/Цит. по: Административная юстиция: конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. – Ч.1/Сост. и вступит. ст. Ю.Н.Старилова. – Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2004. С. 81-82.

Таким образом, в европейских государствах к концу XIX века были созданы прообразы современных органов административной юстиции. Несмотря на то, что часто главными причинами создания этого института, называются практическая реализация принципа разделения властей и их полномочий, необходимость создания независимого контроля за деятельностью администрации, есть и более глубокие причины зарождения этого института – реакция на обособление и рост могущества государственной администрации, необходимость обеспечения защиты гражданина от всевластия этой администрации. «Административная юстиция явилась одной из тех гарантий, которые были созданы историей XIX века в обеспечение гражданину его прав и свобод»²⁶⁸.

Конечно, далеко не все страны, включая европейские, пошли по пути создания специальных органов административной юстиции. И в истории, и в современности есть государства, в которых контроль за деятельностью государственной администрации осуществляется общими судами. Прежде всего, это страны англосаксонской правовой семьи, хотя в позапрошлом веке в подобную группу стран входили также Голландия, Дания, Норвегия. Далекое не во всех странах этот институт получил достойное развитие: «Россия не знала разветвленной системы административной юстиции»²⁶⁹, хотя в целом этот институт не был чужд российскому праву, а в 1917 году Временное правительство даже утвердило Положение «О судах по административным делам».

В современных государствах существуют разные модели организации административной юстиции. Наиболее часто выделяют три модели: французскую; германскую, англосаксонскую²⁷⁰. Эти модели различаются, главным образом, по критерию институционального построения органов, рассматривающих публично-правовые споры.

А. Французская модель

Проверка актов и действий государственной администрации проводится специальными органами (трибуналами, судами, комиссиями), которые являются частью самой государственной администрации. Органы формируются как на низовых уровнях государственного управления, так и на региональных и высших. При этом могут присутствовать как органы общей, так и специальной административной юрисдикции (бюджетные, налоговые, образовательные и т.д.).

С различными вариациями такая модель присутствует сегодня в Бельгии, Италии, Греции, Колумбии, Пакистане, Турции.

Б. Германская модель

Органы (административные суды), занимающиеся правосудием по административным делам изолированы от государственной администрации

²⁶⁸ Корф С.А. Административная юстиция в России / Цит. по: Административная юстиция: конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. С. 629.

²⁶⁹ Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973/Цит по: Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. – СПб.: Издательский дом С.-Петербург.гос.ун-та, Издательство юридического факультета С.-Петербург.гос. ун-та, 2005. С. 350.

²⁷⁰ См. к примеру: Административное право зарубежных стран: учебник для студентов юридических ВУЗов / под ред. В.Я. Кикотя, Г.А.Василевича, Н.В. Румянцева. – М., ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2012. С. 46; Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Шатиной. – М.: Спарк, 2003. С. 192. Авторы последнего учебника говорят также о модели административных присутствий в общих судах.

(исполнительной власти). Но, являясь частью судебной власти, они занимают обособленное место в рамках этой власти, существуя параллельно с общими судами. Суды также организованы по территориальному признаку с существованием верховной судебной административной инстанции на общенациональном уровне. Германская модель лежит в основе организации административной юстиции в Австрии, Болгарии, Таиланде, Финляндии, Чехии, Швеции. Кроме административных судов общей юрисдикции присутствуют суды специальной юрисдикции (социальные, финансовые, дисциплинарные).

В. Англосаксонская модель

Все споры с государственной администрацией подсудны общим судам. Никаких специальных судебных органов не создается. Вместе с тем, в странах этой модели существует большое количество административных учреждений (суды, трибуналы, советы, комиссии, бюро), создаваемые в рамках исполнительной ветви власти. Как пишут исследователи, к примеру, в Великобритании, одном из ярких представителей этой модели, начиная с 30-х гг. XX века обозначился во многом стихийный процесс создания учреждений административной юстиции. Этот процесс обосновывался практической потребностью обеспечить оптимальное и оперативное разрешение административных споров и разгрузить общие суды²⁷¹. К странам данной модели относится большинство стран англо-саксонской системы права, включая Великобританию и США, страны Латинской Америки, Малайзия, Япония. Многие страны постсоветского пространства, включая Казахстан, также близки к этой модели за тем исключением, что никакие административные трибуналы вне судебной системы для рассмотрения споров не создаются.

Три основных модели не исключают существование и других вариантов. Так некоторые исследователи говорят о смешанных моделях, когда, к примеру, первой инстанцией, рассматривающей административно-правовые споры, являются обычные суды общей юрисдикции, а следующей инстанцией выступает специализированный административный суд (Нидерланды, Чехия) или наоборот, существуют административные суды первой инстанции, решения которых могут быть обжалованы в вышестоящем суде общей юрисдикции (Австралия, Швейцария)²⁷². Окончательный судебный надзор высшими (Верховными) судами при наличии административных судов присутствует в Индонезии, Южной Корее. В Испании в структуре общих судов выделяются специализированные отделения административной юрисдикции²⁷³. В Монголии на низшем уровне дела рассматриваются административными судами (отличными от общих судов), а окончательной инстанцией является Административная палата Верховного Суда.

Вообще выделение указанных моделей является достаточно условным и необщепризнанным. К примеру, считается в принципе спорным существование административной юстиции в рамках англо-саксонской системы. Даже французская модель подвергается сомнению с позиций классических подходов к судебному контролю за государственной администрацией.

²⁷¹ Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Шатиной. С. 195.

²⁷² Марку Ж. Структура административной юстиции: опыт применения различных моделей // Международный экспертный семинар «Роль административной юстиции в защите прав человека». 14-15 декабря 2009 г. - М.: Права человека. 2010. С. 38.

²⁷³ Административное право зарубежных стран: Учебник/Под ред. А.Н. Козырина и М.А.Шатиной. С. 196.

Административная юстиция получила свое развитие и на постсоветском пространстве.

В Азербайджане созданы суды по делам об административных и экономических спорах как суды первой инстанции, а на более высоком уровне присутствуют судебные коллегии по делам об административных и экономических спорах региональных апелляционных судов и Верховного Суда. В Эстонии судами первой инстанции являются административные суды, а апелляции и кассации рассматривают общие окружные суды и Государственный суд. В Армении образован Административный суд с подразделениями в различных регионах, а его решения обжалуются в Апелляционном и Кассационном судах.

В Латвии действуют административные районные суды и административный окружной суд, а Высшей инстанцией является общий Верховный суд.

В Грузии нет административных судов, но в судах общей юрисдикции могут создаваться коллегии по административным делам, а в областных судах и в Верховном суде созданы палаты по административным делам.

В Литве созданы административные суды, окружные административные суды и Высший административный суд. Такой же подход присутствует и в Украине.

Во всех названных странах имеются процессуальные нормативные акты, посвященные административному судопроизводству²⁷⁴.

Таким образом, и в постсоветских государствах наблюдается существование разных моделей, в том числе и таких, которые основаны еще на советских подходах к спорам между гражданином и государством, когда вопросы публично-правовых споров решаются судами общей юрисдикции или хозяйственным (арбитражными, экономическими) судами по нормам гражданско-процессуального или арбитражного законодательства. В последнюю группу входят и страны Центральной Азии, Белоруссия, Россия.

Органы административной юстиции, а также судьи административных судов разных стран, тесно взаимодействуют в рамках международных организаций. К таким организациям относятся:

- Международная ассоциация высших органов административной юрисдикции.
- Ассоциация европейских административных судей.
- Ассоциация государственных советов и высших органов административной юрисдикции государств-членов ЕС.

Вопросы административной юстиции находятся в сфере внимания европейских интеграционных органов. Так Комитетом министров Совета Европы принят ряд резолюций и рекомендаций, касающихся разных аспектов этого института:

- Резолюция (71) 31 о защите лица относительно актов административных органов власти.

- Рекомендация №R (80) 2 о реализации административными органами власти дискреционных полномочий.

- Рекомендация №R (84) 15 о публично-правовой ответственности за причиненный вред.

- Рекомендация №R (89) 8 о временной судебной защите в административных делах.

- Рекомендация Rec (2001) 9 об альтернативных судебным разбирательствам разрешениях споров между административными органами власти и частными лицами.

²⁷⁴ См.: Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. Алматы, 2012.

- Рекомендация Rec (2003) 16 об исполнении административных и судебных решений в сфере административного права.
- Рекомендация Rec (2004) 20 о судебном пересмотре административных актов²⁷⁵.

2. ОСНОВНЫЕ ЧЕРТЫ ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Несмотря на разные подходы в организационной составляющей административной юстиции, выделяют некоторые общие элементы, которые присущи этому институту (за отдельными исключениями в случае со странами, где доминирует модель единой юстиции):

1. Правовые споры, которые рассматриваются органами административной юстиции это публично-правовые споры. В подобных спорах одной из сторон является орган исполнительной власти или иной орган государственной администрации. Другой стороной являются граждане или их ассоциации, различные негосударственные юридические лица. Споры вытекают из публичных правоотношений, то есть таких, в которых одна сторона подчинена государственному органу в силу закона, приказа или иного акта (такие отношения часто называют отношения власти-подчинения или субординации). В зависимости от подходов, сложившихся в различных странах, публично-правовые споры допускают в качестве «публичного» субъекта государственные учреждения, государственные хозяйствующие субъекты (юридические лица публичного права). В некоторых системах, субъектами публично-правовых споров являются два государственных органа, например, в спорах о компетенции.

2. В публично-правовых спорах речь идет, прежде всего, о защите публичных прав и интересов граждан и их ассоциаций (гражданских и политических прав, общественных интересов, прав в сфере управления). Но в таких спорах защищаются и частные права и интересы, поскольку нередко последние испытывают на себе государственное посягательство. Далеко не всегда споры вытекают из собственно управленческой сферы (в рамках административной юстиции могут присутствовать, избирательные, трудовые, и даже религиозные споры).

3. Традиционно в органах административной юстиции оспариваются индивидуальные правовые акты органов государственной администрации, а также их действия (бездействия). В последнее время в административных судах оспариваются административные договоры, нормативные правовые акты, акты органов местного самоуправления.

4. Судьи или иные лица, рассматривающие публично-правовые споры обладают необходимыми знаниями и квалификацией в области государственного управления, в том числе и для того, чтобы оценивать соразмерность, обоснованность требований граждан, и при всем уважении к индивидуальным правам и свободам, не нарушать принцип «общего блага».

5. Для органов, рассматривающих споры в рамках административной юстиции, создаются гарантии независимости от влияния государственной администрации.

²⁷⁵ См.: Штатина М. А. Европейские стандарты хорошей администрации и развитие российского законодательства//Международный экспертный семинар «Роль административной юстиции в защите прав человека». С. 33.

6. Рассмотрение споров проходит по специальным процессуальным правилам. Во многих странах приняты специальные акты (административно-процессуальные кодексы, законы об административном судопроизводстве и т.д.).

7. В специальных процессуальных актах учитываются особенности публично-правовых споров, в которых очевидно неравенство участников: с одной стороны гражданин, с другой - государственный орган с его огромными материальными, информационными, кадровыми и иными ресурсами. Именно поэтому, в числе особенностей административного процесса называют возложение бремени доказывания на государственный орган, создание дополнительных процессуальных гарантий прав граждан, более активную роль суда или иного органа административной юстиции, рассматривающего дело, невозможность встречного иска и т.д.

8. Во многих системах административной юстиции присутствует правило об обязательном предварительном обжаловании административного акта или действия (бездействия) в вышестоящий административный орган.

9. Среди судебных инстанций, пересматривающих решения нижестоящих судов, отсутствует надзорная инстанция.

10. В процессе рассмотрения публично-правовых споров чаще всего оценивается законность актов, действий (бездействий) государственных органов. Гораздо реже оценивается целесообразность, обоснованность или пропорциональность таких актов и действий.

3. ИСТОРИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ В КАЗАХСТАНЕ

Вопросам административной юстиции долгое время не уделялось должного внимания ни среди ученых, ни в юридической практике Казахстана. Более того, как таковой термин «административная юстиция» то активно обсуждался, то исчезал из правового лексикона²⁷⁶. Вопросы, которые сегодня охватываются институтом административной юстиции, изучались не только административным правом, но и гражданским процессом, по той причине, что была выбрана модель единой юстиции, когда споры с государством рассматриваются общими судами.

Конечно, существовали и более фундаментальные причины, почему этому институту не уделялось должного внимания. В советской политико-правовой культуре считалось, что у граждан и государственных органов не может быть споров. Авторы того времени указывали: «институт административной юстиции, узаконяющий распри между трудящимися и администрацией, органически чужд советскому праву»²⁷⁷ или «в СССР нет никакой почвы для возникновения и развития административной юстиции и административного процесса»²⁷⁸. При таком подходе не было необходимости в развитом институте административной юстиции, что

²⁷⁶ Как отмечал Д.М. Чечот, «если в 20-е годы в нашей литературе многие писали о необходимости административной юстиции в СССР, то с конца 20-х и до начала 60-х годов считалось, как правило, само собой разумеющимся, что в условиях социализма для административной юстиции вообще нет места». См. Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973. / *Цит. по:* Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 315-316.

²⁷⁷ Носов Е.К. К вопросу о теории советской административной юстиции//Советское право. 1925. № 4. / *Цит. по:* Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973//Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 354.

²⁷⁸ Абрамов С.Н. В советском праве не может быть административного иска//Социалистическая законность. 1947. № 3. С.8.

подтверждалось и законодательством. Но поскольку деятельность государственной администрации и при советском строе должна была контролироваться, то, конечно, существовали формы такого контроля в виде прокурорского надзора, рассмотрения жалоб внутри ведомств, деятельности общих судов.

Вопросы оспаривания действий государственной администрации в Казахской ССР решались в рамках общих подходов, существовавших в советском законодательстве, которое стало обращать внимание на эти вопросы начиная с 60-х годов прошлого века (со всеми установками, характерными для социалистической правовой системы).

Так Гражданский процессуальный кодекс Казахской ССР от 28 декабря 1963 г.²⁷⁹ (ГПК Казахской ССР) в статье 2 определял задачами гражданского судопроизводства в первую очередь охрану общественного строя СССР, социалистической системы хозяйства и социалистической собственности и только потом защиту социально-экономических, политических и личных прав и свобод граждан.

В ГПК Казахской ССР имелся подраздел «Производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений». Судами в рамках данного подраздела рассматривались:

- 1) дела по жалобам на неправильности в списках избирателей;
- 2) дела по жалобам на действия органов и должностных лиц в связи с наложением административных взысканий;
- 3) дела по жалобам на неправомерные действия должностных лиц, ущемляющие права граждан, отнесенные законом к компетенции судов;
- 4) дела о взыскании с граждан недоимки по налогам, самообложению сельского населения и государственному обязательному страхованию.
- 5) другие дела, возникающие из административно-правовых отношений, отнесенные законом к компетенции судов.

Круг рассматриваемых дел был ограничен, гражданин не обладал общим правом оспорить любое решение или действие должностного лица или государственного органа, нарушающего его права и интересы²⁸⁰. Очень долго гражданин мог обжаловать только действия должностного лица, но не государственного органа.

Дела, возникающие из административно-правовых отношений, рассматривались судами по общим правилам судопроизводства с изъятиями, установленными соответствующими главами ГПК Казахской ССР, посвященным конкретным категориям дел. В основном эти изъятия касались более сокращенных сроков рассмотрения дел.

Жалоба могла быть подана в суд только после обжалования действий органа государственного управления или должностного лица вышестоящему в порядке подчиненности органу или должностному лицу. Эти вопросы долгое время регулировались Указом Президиума Верховного Совета СССР от 12 апреля 1968 г. «О порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан»²⁸¹. Указ помимо административного обжалования предоставлял возможность подавать жалобы непосредственно в суды, в случаях предусмотренных законом.

²⁷⁹ Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР. 1964. № 2.

²⁸⁰ В литературе в качестве примеров таких дел называются жалобы на постановления о назначении пенсий, действия судебных исполнителей и нотариусов, неправильности в книгах ЗАГС, постановления по регистрации строений и транспортных средств и т.д. См.: Чечот Д.М. Административная юстиция: Теоретические проблемы. Л., 1973/Цит. по: Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. С. 407-408.

²⁸¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 17. Ст.44.

Очередным шагом в развитии института обжалования решений и действий государственных органов стало принятие во времена перестройки Закона СССР от 30 июня 1987 года «О порядке обжалования в суд неправомερных действий должностных лиц, ущемляющих права граждан»²⁸² и Закона СССР от 2 ноября 1989 г. «О порядке обжалования в суд действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан»²⁸³. Закон 1989 года впервые устанавливал возможность оспаривания в суде не только действий должностных лиц, но и действий государственных органов.

В постсоветском законодательстве сохранились подходы, характерные для доктрины единой юстиции. Заметим, что в первой постсоветской казахстанской Конституции от 28 января 1993 г.²⁸⁴, помимо общего права на судебную защиту, было предусмотрено положение о том, что любые решения и действия государственных органов, общественных объединений, должностных и иных лиц, ущемляющие или ограничивающие права граждан, могут быть обжалованы в суде. В действующей Конституции от 30 августа 1995 г.²⁸⁵, закреплено общее положение о том, что каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод без выделения специальной возможности обжалования решений и действий государственных органов.

Вопросы оспаривания действий государственной администрации в судебном порядке остались в введении гражданского процессуального законодательства и общих судов. В Гражданском процессуальном Кодексе Республики Казахстан от 13 июля 1999 г.²⁸⁶ (ГПК РК) имеется подраздел 3 «Особое исковое производство», которое включает в себя:

- производство по заявлениям о защите избирательных прав граждан и общественных объединений, участвующих в выборах, референдумах (глава 25);

- производство по заявлениям об оспаривании решений, действий (бездействия) местных исполнительных органов, нарушающих права граждан на участие в уголовном судопроизводстве в качестве присяжного заседателя (глава 25-1);

- производство по делам об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях (глава 26);

- производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (глава 27);

- производство по делам об оспаривании законности нормативных правовых актов (глава 28);

- обращение прокурора о признании актов и действий органов и должностных лиц незаконными (глава 29).

Вопросам оспаривания решений и действий органов государственной власти посвящено всего 5 статей в соответствующей главе (глава 27 ГПК РК).

²⁸² Там же. 1987. № 26. Ст. 388.

²⁸³ Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1989. № 22. Ст. 416.

²⁸⁴ Советы Казахстана. 1993, 2 февраля.

²⁸⁵ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1996. № 4. Ст. 217.

²⁸⁶ Там же. 1999. № 18. Ст. 644.

Что касается институциональных вопросов административной юстиции, то в Казахстане еще в 2002 г.²⁸⁷ были созданы административные суды. Однако эти суды не занимаются вопросами публично-правовых споров, а рассматривают дела об административных правонарушениях и жалобы на постановления по делам об административных правонарушениях, вынесенные органами государственной администрации. Если говорить непосредственно о публично-правовых спорах, то эти споры могут сегодня рассматриваться различными судами, что большей частью зависит от субъектного состава участников спора. Если спор возник между гражданином и государственным органом, то дело будет рассматриваться общим судом, если спор возник между двумя юридическими лицами, одним из которых является государственный орган, то дело будет рассматриваться специализированным межрайонным экономическим судом.

В районных и в специализированных межрайонных экономических судах рассматривается большинство публично-правовых споров, но далеко не все из них.

Специализированные межрайонные суды по делам несовершеннолетних (ювенальные суды) рассматривают публично-правовые споры, в которых затрагиваются права и интересы несовершеннолетних.

Военные суды рассматривают дела об обжаловании военнослужащими Вооруженных Сил, других войск и воинских формирований, гражданами, проходящими военные сборы, действий (бездействия) должностных лиц и органов военного управления.

Кроме того, отдельные споры публично-правового характера, где одной из сторон является участник регионального финансового центра, а другой – государственный орган могут рассматриваться специализированным финансовым судом.

Как видно из изложенного, в процесс рассмотрения публично-правовых споров вовлечены различные суды, которые, тем не менее, являются частью общей судебной системы. Это подтверждается и порядком обжалования решений нижестоящих судов: апелляционные жалобы и протесты на решения, вынесенные районными и приравненными к ним судами, рассматриваются апелляционной судебной коллегией по гражданским и административным делам областного суда²⁸⁸. Кассационная жалоба или протест на вступившие в законную силу решения, постановления и определения судов первой и апелляционной инстанций рассматриваются кассационными судебными коллегиями областных судов, а последней инстанцией является надзорная судебная коллегия по гражданским и уголовным делам Верховного Суда Республики Казахстан.

Таким образом, система рассмотрения споров с государственными органами не претерпела фундаментальных изменений по сравнению с советским периодом, за исключением вовлеченности в процесс не только районных, но и специализированных судов. По-прежнему все вопросы решаются в рамках гражданского процесса, который в принципе рассчитан на равноправных участников спора. Конечно, отдельные особенности публично-правовых споров отражаются в самом ГПК РК (например, установлены более сокращенные сроки рассмотрения) и в актах Верховного Суда. Так в соответствии с Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 24 декабря 2010 года № 20 «О некоторых

²⁸⁷ Указ Президента Республики Казахстан от 9 февраля 2002 г. «Об образовании специализированных межрайонных экономических и административных судов»//Собрание актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан. 2002. № 6. Ст.38.

²⁸⁸ В случае с «термином» административный, речь идет о делах об административных правонарушениях.

вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан»²⁸⁹, участвующий в судебном заседании руководитель государственного органа или государственный служащий обязан доказать соответствие закону обжалуемого решения, совершенного действия. Но принципиально иного порядка производства по публично-правовым спорам в законодательстве не содержится.

Можно было согласиться с известным консерватизмом, характерным для любого правового процесса, если бы не кардинальные изменения, которые произошли за последние десятилетия как в политической, так и в экономической и социально-культурной сферах и правовой действительности.

4. ПРИЧИНЫ ДЛЯ ПОВЫШЕННОГО ВНИМАНИЯ К ВОПРОСАМ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Современный этап политико-правового развития в Казахстане, состояния гражданского общества, ситуация с правами и свободами граждан обуславливают повышенный интерес к вопросам административной юстиции.

Говоря о причинах такого внимания, можно начать с конституционных характеристик. Пункт 1 статьи 1 Конституции Республики Казахстан 1995 г. устанавливает, что Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, *правовым* и социальным государством. В числе другого, к признакам правового государства относят ограниченность (связанность) самого государства правом, взаимную ответственность государства и граждан. То есть государство также подчиняется законам или иным предписаниям, к примеру, международным обязательствам. И государство также нарушает законы. Сегодня никто не осмелится утверждать, что государственные органы не допускают ошибок в своей деятельности или что между государством и гражданами не может быть конфликтов. Соответственно, должен существовать детальный прописанный механизм реакции на нарушения законов, совершаемых в результате неправомερных актов и действий государственных органов.

Конституция гарантирует гражданам целый ряд прав в публичной сфере. Однако, существующие возможности для защиты этих прав недостаточны. Так в Казахстане ограничена возможность граждан по участию в конституционно-правовых спорах. Административная юстиция, по-видимому, призвана решать и те вопросы, которые в других странах решаются органами конституционного контроля или правосудия.

Целый ряд причин находится в плоскости организации и деятельности государственной администрации и государственного управления. Государственный аппарат с каждым годом разрастается, создаются все новые и новые органы с солидными административными полномочиями. Уже только на республиканском уровне действует около 100 административных структур. Причем каждая из них обладает потенциально опасными контрольно-надзорными полномочиями, то есть теми, при реализации которых чаще всего возникают конфликты с государственной администрацией. Существуют проблемы с дублированием полномочий, пересечением компетенций, излишней централизацией государственного управления.

Меняется характер отношений между государством и гражданами, которые все больше переходят в электронный формат. При этом, несмотря на все достоинства

²⁸⁹ Бюллетень Верховного Суда Республики Казахстан. 2011. № 1.

такого формата, граждане лишаются возможности представлять свои объяснения, участвовать в процедурах.

Все эти и другие причины сказываются на качестве государственного управления, которое страдает из-за ненадлежащего уровня законности актов и действий органов государственной администрации. Внешний судебный контроль за государственными органами, указание на недостатки и ошибки поможет повысить качество государственного администрирования как в целом, так и в отношении различных аспектов такого администрирования.

Следует также учитывать динамичность современного казахстанского законодательства, за которым трудно успеть даже специалисту. В судебных процессах судья иногда просит предоставить нормативный правовой акт, на котором основаны требования стороны. Можно по-разному к этому относиться, но это один из маркеров, свидетельствующих о постоянных изменениях законодательства и необходимости специализации судей.

Как бы не были хорошо подготовлены судьи, понятно, что огромные потоки правовой информации, необходимость детально разбираться в нюансах различных отраслей права требует такой специализации. Судья в публично-правовом споре должен хорошо знать не только собственно законодательство, но и понимать вопросы государственного управления, знать детали управленческой практики.

Что касается, сторон спора, то гражданину в споре противостоит мощный государственный орган с солидными материальными, кадровыми, информационными ресурсами, своими интересами, корпоративной солидарностью, бюрократическим инструментарием. Стороны спора очевидно неравны, что требует создания механизма, уравнивающего положение сторон. И инструменты административной юстиции призваны обеспечить такой механизм. Тем более, что времена, когда спор с государством администрацией рассматривался как редкость прошли. Несмотря на не очень хорошую статистику в спорах с государством, граждане и организации все активнее продолжают обращаться в суды за защитой своих прав и интересов, нарушенных, по их мнению, государственными органами.

Можно называть и другие причины актуальности вопросов административной юстиции. Так в последнее время усиливаются полицейские функции в деятельности государственных органов. В связи с обострением внутренней ситуации в стране, появлением и проявлением экстремистских и террористических акций, социальной напряженности все больше усиливается полицейская составляющая государственного управления. Понятно, что эта деятельность априори предполагает нарушение прав и свобод граждан и неизбежность различных конфликтов.

В свою очередь повышенное внимание к административной юстиции может привести к развитию других институтов административного права. Так все актуальней становятся вопросы доступа к информации. Государственные органы сосредотачивают различные базы данных и пользуются ими, не создавая условий для других субъектов правоотношений ознакомиться с такими базами. При этом нередко делаются ссылки на служебный характер информации, технологические проблемы. Институт административной юстиции должен способствовать развитию доступа к информации, как с точки зрения нормативного регулирования, так и судебной практики, заставляя государственные органы обеспечить доступ к информации, затрагивающей права и свободы граждан и юридических лиц.

Административная юстиция влияет и на административные процедуры, в частности, на процедуры связанные с индивидуальными актами, которые, чаще всего, оспариваются в судах. Административная юстиция может способствовать развитию этих процедур, поскольку именно судебная практика обнаруживает многочисленные процедурные изъяны и пробелы.

Таким образом, причины повышенного внимания к институту административной юстиции лежат в разных плоскостях, но все они являются весомыми аргументами для развития этого института, учитывая его значение для человека, общества и государства.

5. ЗНАЧЕНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Основная задача административной юстиции – охрана прав и свобод граждан от незаконных действий государственной администрации. Все остальные задачи (контроль за деятельностью государственной администрации, обеспечение законности в государственном управлении) должны быть подчинены этой основной задаче.

В соответствии с уже упомянутым пунктом 1 статьи 1 Конституции Республики Казахстан высшими ценностями казахстанского государства являются человек, его жизнь, права и свободы.

Именно поэтому развитый институт административной юстиции является своего рода индикатором зрелости правовой системы, ее готовности в реальности защищать права, свободы человека. Напомним, что необходимость защиты граждан от возрастающего могущества государственной администрации в свое время послужила одной из главных причин создания и развития административной юстиции. Важность такой защиты очень востребована в современном казахстанском обществе. До сих пор права и свободы граждан их законные интересы второстепенны по сравнению с интересами государства. До сих пор живы стереотипы полицейского мышления и деятельности в регламентации различных сторон жизнедеятельности. До сих пор административные инструменты с их акцентами на императивность, принуждение, кажутся чуть ли не единственными способами решения многих социальных проблем.

Развитый институт административной юстиции важен и для бизнес-сообщества. Несмотря на процессы приватизации, разгосударствления, государство остается важным игроком в регулировании различных аспектов экономической деятельности. Можно устранять одни административные барьеры для предпринимательской деятельности, но будут появляться другие. Можно избавляться от одних контрольно-надзорных полномочий, но их место займут новые. Трудно оспаривать саму необходимость контрольно-надзорных и иных административных полномочий (конечно, все они должны быть оценены на предмет избыточности, эффективности, затратности), важно чтобы они были прозрачны, хорошо регламентированы и применяться на основании закона. И административная юстиция может сыграть неоценимую роль в защите предпринимателей от незаконной деятельности органов государственной администрации. Зачастую предприниматели требуют ясных законов. И это, безусловно, правильное требование. Но смысл любого закона может быть извращен правоприменительной практикой, толкованием закона со стороны представителей государства. Органы административной юстиции в состоянии вернуть государственные органы и к правильному пониманию закона, и к адекватной правоприменительной практике.

Институт административной юстиции играет огромное значение в вопросах инвестиционной привлекательности Казахстана. Качество отправления правосудия является одним из факторов, который оценивается иностранными инвесторами при принятии решения работать в стране. Для инвесторов предельно важным является защита своих инвестиций. И если при нарушениях по гражданско-правовым контрактам у них есть возможность защиты в международных и иностранных судах,

то в случае публично-правовых споров, их возможности ограничены зачастую только национальной юрисдикцией. И некачественное правосудие по таким спорам может очень дорого стоить как для инвестора, так и для инвестиционной репутации государства.

В развитом институте административной юстиции должны быть крайне заинтересованы и представители гражданского общества. Если о давлении государства на бизнес и о необходимости его защиты говорится много (и что-то в этом плане делается), в том числе и представителями самого государства, то гражданское общество находится в более трудном положении. Априори некоторые представители этого общества (политические партии, правозащитные организации, средства массовой информации, религиозные объединения) рассматриваются, если не как противники, то, как структуры, требующие повышенного внимания со стороны государства. Ни о каком снижении административных барьеров в отношении институтов гражданского общества не может идти речи. Наоборот, считается, что государство должно играть более активную роль в регулировании деятельности институтов гражданского общества. Эта активная роль проявляется в многочисленных проверках, привлечении к административной ответственности. Причем зачастую этим занимаются государственные органы, которые, даже исходя из своего названия, должны защищать права и интересы организаций. Поэтому суд является чуть ли не единственной инстанцией, которая способна защитить интересы гражданского сектора.

Административная юстиция может повлиять и на улучшение деятельности различных государственных органов, включая правоохранительные органы. Во-первых, судебная практика может создавать ориентиры поведения в ситуациях, когда закон недостаточно подробно регулирует тот или иной вопрос или содержит значительную степень усмотрения для государственных органов или их должностных лиц. Во-вторых, негативное реагирование судов на незаконные действия различных органов государственной администрации даже сегодня расценивается как серьезный недостаток или упущение. Поэтому каждый такой факт может способствовать устранению таких недостатков и упущений. В-третьих, сильные и независимые органы административной юстиции должны повлиять на то, что должностные лица и государственные служащие будут просчитывать последствия своих незаконных действий, если будут понимать, что эти действия могут быть оценены и оспорены в суде. Опыт постсоветских стран, где стали действовать административные суды, показывает, что решения государственных органов стали обоснованней, длинее и, в целом, качественнее.

Административная юстиция может оказать влияние и на собственно судебную систему. Беспристрастное и объективное рассмотрение публично-правовых споров с изначальным неравенством сторон повысит доверие ко всей судебной системе, развеет представление о невозможности тяжбы с государством и повлияет на правовую активность граждан. Практика свидетельствует, что в тех странах, где создаются административные суды, возрастает количество исков против государственных органов, так же как возрастает количество решений в пользу граждан. В Казахстане - по оценкам представителей государственных органов - из всех гражданских дел, дела особого искового производства (глава 27 ГПК РК) в 2010-2012 гг. составляли 5-7%.

6. ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ЮСТИЦИИ

Изложенное выше показывает, что в развитом институте административной юстиции сегодня заинтересованы самые различные субъекты правовых отношений, включая государство. И государство предпринимает определенные меры. Так в 2010 году был подготовлен проект Административно-процессуального кодекса («АПК»), который активно обсуждался, но в итоге был снят с повестки дня. Пример с АПК показал необходимость более вдумчивого подхода к подготовке процессуального акта, который окажет влияние не только на судебную, но и на всю правовую систему. В предложенном проекте были объединены две производства, несовместимые по своей природе, принципам, предназначению: производство по делам об административных правонарушениях (которое в настоящее время регулируется Кодексом об административных правонарушениях) и производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (которое в настоящее время регулируется ГПК РК (глава 27)). При этом, предполагалось, что административные суды будут продолжать рассматривать дела об административных правонарушениях, а административные споры будут рассматриваться и разрешаться районными (городскими) и приравненными к ним судами, но при помощи нового АПК.

Неприемлемость объединения двух разных производств в одном акте, критика законопроекта со стороны экспертного сообщества, депутатского корпуса не позволили законопроекту стать законом²⁹⁰.

На вдумчивый подход в анализируемых вопросах ориентирует и государственная политика. Так в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г.²⁹¹ говорится о необходимости *развития административно-процессуального права, вершиной которого стало бы принятие Административного процессуального кодекса. При этом следует четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. В контексте развития административно-процессуального права следует рассматривать вопрос об административной юстиции, разрешающей споры о праве, возникающие из публично-правовых отношений между государством и гражданином (организацией). То есть подлежит рассмотрению вопрос процессуального обособления и легитимации порядка разрешения конфликтов публично-правового характера. Таким образом, административное судопроизводство должно стать полноправной формой осуществления правосудия, наряду с уголовным и гражданским судопроизводством.*

О возможности существования административного судопроизводства говорит и Конституция Республики Казахстан 1995 г. В соответствии с п.2 статьи 75 Конституции, судебная власть осуществляется посредством гражданского,

²⁹⁰ Более подробно о недопустимости такого соединения см.: Производство по делам об административных правонарушениях и административная юстиция: различия в процессуальной природе. – Алматы: Центр исследования правовой политики. 2010.

²⁹¹ Собрание актов Президента Республики Казахстан и Правительства Республики Казахстан. 2009. № 35. Ст.331.

уголовного и *иных установленных законом форм судопроизводства*. Присутствует конституционная основа и для существования административных судов. В соответствии с п.3 этой же статьи, судами Республики являются Верховный Суд Республики, местные и *другие суды* Республики, учреждаемые законом. Таким образом, дело за принятием соответствующих законов.

Прежде чем говорить о развитии административной юстиции, необходимо определиться с моделью, которая наиболее приемлема для Казахстана.

В обсуждении вопросов административной юстиции в Казахстане активно пропагандируется немецкий опыт, который лежит в основе одной из классических моделей. Имеются сторонники, особенно среди специалистов в области гражданского процесса, сохранения текущего статуса в вопросах оспаривания действий государственной администрации. Практически незамеченным является французский опыт, лежащий в основе еще одной классической модели.

Нам представляется, что для Казахстана неприемлема ни одна из моделей в чистом виде. Сохранение публично-правовых споров в структуре ГПК не отвечает современным требованиям и вызовам. Вряд ли целесообразно создавать органы административной юстиции по французскому образцу с учетом высокого уровня корпоративной солидарности административных органов, а также иных проблем, которые могут возникнуть при создании юрисдикционных органов в недрах самой государственной администрации.

Наиболее востребованным представляется немецкий опыт, но с возможным применением подходов из других моделей. Таким образом, имеет смысл говорить о популярных сегодня смешанных моделях.

Что следует сделать:

1. Создать институциональную основу административной юстиции. По большому счету почва для этого уже есть – действующие административные суды. Следует передать рассмотрение дел об административных правонарушениях в общие суды, а административным судам передать рассмотрение публично-правовых споров.

По поводу вышестоящих судов можно говорить о двух вариантах развития.

Первый предполагает более традиционный подход: на уровне областных судов следует создать отдельные апелляционные коллегии по административным делам (понимая под административными делами публично-правовые споры, а не производство по делам об административных правонарушениях). На уровне Верховного Суда следует создать надзорную коллегию по административным делам наряду с двумя другими коллегиями (по гражданским и по уголовным делам).

Данный вариант, по сути, решит только техническую задачу обособления судей по административным делам.

Другой вариант предполагает создание региональных административных судов в качестве апелляционной инстанции, организованных не в соответствии с административно-территориальным делением, что создаст дополнительные гарантии независимости судей. В качестве кассационной инстанции будет выступать Высший (Верховный) административный суд. Такой вариант будет свидетельствовать о логичности и законченности построения органов административной юстиции, а также позволит демонополизировать отправление правосудия, что может быть полезно в нынешней ситуации с качеством отправления правосудия. Конечно, наверняка будут называться и недостатки такого варианта: разрастание судейского корпуса, конкуренция юрисдикций, недовольство населения,

которое заинтересовано в минимуме судебных учреждений и потребуется время для того, чтобы понять, воспринять и оценить новую систему.

При этом следует объявить мораторий на создание других специализированных, административных по своей природе, судов (налоговых, финансовых и т.д.) с тем, чтобы сначала определиться с общими административными судами. Дальнейшая специализация может быть достигнута позже внутри административных судов.

2. В плане нормативно-правового обеспечения административной юстиции требуются подготовка и принятие отдельного процессуального акта с наиболее подходящим названием - Административно-процессуальный кодекс. Этот акт должен быть посвящен исключительно вопросам рассмотрения судами споров в публично-правовой сфере. По указанным в настоящей аналитической записке причинам, не имеет смысла изменение и доработка действующего Гражданского процессуального кодекса, поскольку речь идет о разных правовых процессах.

3. На основе богатого зарубежного опыта в Административно-процессуальном кодексе необходимо закрепить принципы и процедуры, характерные для административного судопроизводства, в частности, о бремени доказывания, более активной роли суда в рассмотрении спора, сокращенных сроках рассмотрения, обязанности государственных органов предоставлять необходимую информацию и т.д.

4. Определиться, какие категории дел и споров будут рассматриваться административными судами. В первую очередь, это те дела, которые предусмотрены сегодня главой 27 Гражданского процессуального кодекса: дела об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих (конечно, общественные объединения и организации должны быть исключены из этого списка).

Будет правильным согласиться с позицией Верховного Суда Республики Казахстан о возможности оспаривания в публично-правовом судебном процессе решений государственных организаций, которые не являются государственными органами или даже организаций, которые основаны на негосударственной форме собственности. Так в п.4 Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан «О некоторых вопросах применения судами норм главы 27 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан» говорится, что решение юридического лица в организационно-правовой форме государственного предприятия, государственного учреждения, хозяйственного товарищества, акционерного общества, производственного или потребительского кооператива, общественного объединения может быть обжаловано по основаниям, предусмотренным главой 27 ГПК, если названным юридическим лицам законом делегированы полномочия государственного органа в соответствующей сфере управления.

Имеет смысл добавить, что административными судами могут рассматриваться споры, связанные с оказанием государственных услуг. В соответствии с Законом Республики Казахстан от 27 ноября 2000 г. «Об административных процедурах»²⁹², государственные услуги могут оказываться как государственными органами, так и подведомственными им организациями (п. 2-2 статьи 1).

²⁹² Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2000. № 20. Ст. 379.

Кроме собственно споров с государственной администрацией, в юрисдикцию административных судов целесообразно включить:

- избирательные споры;
- споры о законности нормативных правовых актов;
- обращения прокурора о признании актов и действий органов и должностных лиц незаконными;
- обращения государственных органов в связи с применением к гражданам и организациям различных правовых мер воздействия, предусмотренных законодательством (например, о ликвидации или принудительной реорганизации юридических лиц);
- споры, вытекающие из административных договоров;
- служебные споры (возникающие в процессе государственной службы);
- споры государственных органов о компетенции.

Подобный набор споров может показаться необычным для представителей классических моделей административной юстиции, но он уместен с позиций существующей правовой действительности, правовой культуры и традиций в Казахстане.

Таким образом, основное выделение категории дел, рассматриваемых административными судами, основано на субъектном признаке: одним из участников спора в обязательном порядке является государственный или квазигосударственный орган, выполняющий различные государственные функции. Второй основной признак имеет предметный характер: спор должен быть публично-правовым по своей природе. В этом ракурсе не всякий спор с государственным органом обязательно будет публично-правовым. К примеру, если в основе отношений государственного органа и гражданина лежит трудовой договор, тогда и спор между ними должен рассматриваться в порядке, установленном гражданским процессуальным законодательством. Но в то же время большинство т.н. экономических споров с участием государственного органа должно рассматриваться административным судом.

5. Необходимо ввести в процесс институт административного иска и определить виды таких исков: об оспаривании, принуждении, признании, защите, восстановлении и т.д.

6. Следует решить вопрос об участии прокурора в рассмотрении публично-правовых споров. Гражданину в административном процессе противостоит не только административный государственный орган со своими ресурсами, но еще и прокурор. Причем прокуроры и не скрывают свою роль: они защитники интересов государства. По нашему мнению, в будущем законодательстве следует отказаться от участия прокурора в таких спорах.

7. Уделить внимание подготовке административных судей. Очевидно, что институт административной юстиции будет эффективен только в том случае, если будет высоким качество отправления правосудия, а такого качества будет невозможно достигнуть без квалифицированного судейского корпуса. Понятно, что решить в одночасье кадровый вопрос нереально. Тем не менее, следует разработать программу подготовки/переподготовки административных судей. Причем в реализации этой программы должны участвовать не только Институт правосудия Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан, но и высшие учебные заведения юридического профиля, зарубежные и международные организации с экспертным потенциалом в этой сфере.

Особый упор должен быть сделан на вопросе независимости судей. Административные судьи в гораздо большей степени будут тестироваться на нее независимость по сравнению с коллегами, занимающимся рассмотрением гражданских и уголовных дел. Именно им придется сталкиваться с постоянным присутствием т.н. государственных интересов, прямым или косвенным давлением на ход судебного разбирательства самой мощной ветви государственной власти. Но реальное обеспечение такой независимости благотворно скажется на всей судебной системе.

8. Обратить внимание в целом на юридическую науку, образование и их публично-правовой компонент. Не секрет, что сегодня наиболее востребованы частно-правовые дисциплины. Они гораздо лучше обеспечены кадрами, исследованиями, учебными пособиями и иной литературой. Но невнимание к вопросам публичного права уже сказывается в том числе и на традиционных сферах влияния гражданского права. Те же самые предприниматели страдают от нечетко прописанных процедур, многочисленных административных барьеров, непомерных административных взысканий и т.д. Поэтому юридическое образование должно иметь целью хорошую подготовку юристов-управленцев, которые могут быть востребованы и в позитивном государственном управлении, и в судебной деятельности в области публично-правовых споров. В этой связи можно с сожалением отметить, что с 2012/2013 учебного года административное право в Республике Казахстан стало элективной дисциплиной (т.е. дисциплиной по выбору) в рамках принятой сегодня кредитной технологии обучения. Иными словами административное право больше не является дисциплиной обязательной для изучения студентами юридических ВУЗов.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Можно долго спорить о модели административной юстиции, применимой в Казахстане, приводить многочисленные аргументы за и против. Сторонники единой юстиции будут утверждать, что только общие суды могут обеспечить контроль за законностью деятельности государственной администрации. Противники единой юстиции вспомнят, что одной из причин появления административной юстиции было недоверие к судебной системе и желание создать альтернативное правосудие в случае с оценкой деятельности государственной администрации, не говоря уже о специфике публично-правовых споров, которую невозможно учесть в рамках деятельности общих судов и гражданского процесса.

Можно долго спорить о различных элементах административной юстиции, нюансах процессуального законодательства. Даже изложенное в настоящей аналитической записке показывает, что нет универсальных подходов в создании административной юстиции. При принятии решений надо учитывать собственный опыт, правовую культуру, традиции и трезво оценивать различные предложения по развитию этого важного института.

Но по большому счету главное не это: любая модель станет красивой декорацией, если суды не освободятся от опеки государственной администрации, а административная юстиция будет инструментом для оправдания целесообразности государственных решений, а не мерилom справедливого и законного поведения, как государства, так и граждан.

Ноябрь, 2012 г.

ХАВРОНЮК Н. И.
Доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Украины,
директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ
(г. Киев, Украина)

АНАЛИТИЧЕСКАЯ ЗАПИСКА
«АДМИНИСТРАТИВНОЕ ДЕЛИКТНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО
ДЕМОКРАТИЧЕСКОГО ГОСУДАРСТВА: ОСНОВНЫЕ ПРИЗНАКИ»²⁹³

1. Как известно юристам, как до их урегулирования законом, так и уже на основе закона возникают правовые отношения (правоотношения), признаками которых являются:

- 1) их волевой характер, поскольку они являются результатом волеизъявления;
- 2) их дву- или многосторонний характер;
- 3) наличие субъектов, имеющих право-, дее- и деликтоспособность;
- 4) наличие взаимных прав и обязанностей.

Соответственно, **право** предусматривает возможность:

- действовать (человек имеет право делать все, что не запрещено);
- требовать (право требовать долга или выполнить служебную обязанность);
- защищаться (право обратиться в полицию, в суд и т.д.), –

а **обязанность** предусматривает необходимость (повинность):

- совершить активное действие;
- воздержаться от действия;
- претерпеть нежелательные последствия своего неправомерного поведения (понести ответственность).

Кроме того, право не предусматривает возможности злоупотреблять им.

2. Если всю совокупность человеческой деятельности рассматривать как непрекращающееся осуществление правоотношений, то следует отметить, что они могут являться как средством обеспечения мирного существования индивидуальных и коллективных субъектов, так и источником **правовых конфликтов**. Последние происходят в силу:

а) объективных причин, как-то: неурегулированность законом, ненадлежащая (несправедливая, недостаточная и т.д.) или чрезмерная (противоречивая, коллизионная) урегулированность (заурегулированность);

б) субъективных причин: нежелание субъекта выполнять обязанность, недобросовестное отношение к ее исполнению или стремление осуществить свое право, игнорируя права других людей.

Для того, чтобы устранить причины конфликтов, необходимо обеспечить:

- равенство в правах и обязанностях, равенство всех перед законом и судом как путь к справедливости, в т.ч. в контексте политических прав, социальной защиты,

²⁹³ Настоящая аналитическая записка подготовлена Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в аналитической записке, не отражают точку зрения Freedom House.

владения собственностью, недопущения ограничения конкуренции и недобросовестной конкуренции;

- обоснованность льгот и привилегий для любых категорий физических и юридических лиц;
- высокое качество законодательства;
- независимый и справедливый суд;
- высокую правовую культуру и т.д.

Но несмотря на все это, причины для правовых конфликтов все равно останутся, хотя их и станет меньше или гораздо меньше.

3. Демократическое государство, в отличие от антидемократического (деспотического, тоталитарного, партийно-классового и т.д.), не является приверженцем патерналистских идей.

В демократическом государстве человек (так же, как и любой коллективный субъект – предприятие, политическая партия, общественная организация) является субъектом всевозможных правоотношений и в большинстве случаев сам способен разрешить возникший в результате их осуществления правовой конфликт, действуя в том числе и в роли потерпевшего. Главное для него – восстановить свое право в случае его нарушения, создать условия для того, чтобы это право больше не нарушалось, получить полное возмещение материальных и моральных затрат, – т.е. полную сатисфакцию (удовлетворение).

Понятно, что **в редких случаях такое удовлетворение у физического или юридического лица возникает от того, что в отношении правонарушителя реализована лишь такая цель наказания, как кара.** Как правило, это случаи совершения насильственных и некоторых других преступлений, обязательным признаком которых является потерпевший.

Таким образом, увеличивается доля не только регулятивного, но и охранительного частного права. Доля регулятивного и охранительного **публичного** права, соответственно, уменьшается и фактически охранительное публичное право начинает распространяться лишь на правоотношения, связанные с:

- 1) преступлениями против международного правопорядка;
- 2) преступлениями против интересов государства;
- 3) преступлениями против совместных интересов человека, общества и государства;
- 4) уголовными проступками против интересов государства;
- 5) уголовными проступками против совместных интересов человека, общества и государства;
- 6) административными проступками;
- 7) дисциплинарными проступками.

Лишь в этих случаях правовые конфликты непосредственно затрагивают интересы государства.

4. Государство в этих условиях сознательно отстраняется от разрешения правовых конфликтов, кроме тех случаев, когда они непосредственно затрагивают его (государства) интересы.

Вместе с тем, государство создает все возможности для того, чтобы правовой конфликт, какой бы характер он не имел, мог быть разрешен наиболее быстро и эффективно. Именно на это в демократических государствах направлены:

- создание института омбудсмена;

- ликвидация общего надзора прокуратуры; ограничение полномочия прокурора представлять интересы граждан в суде лишь исключительными случаями (например, в ФРГ – только интересы лица, признанного пропавшим без вести или умершим);

- создание системы многочисленных органов контроля за соблюдением законов;

- введение порядка возбуждения уголовного производства, как правило, лишь на основании заявления или сообщения об уголовном правонарушении (например, ст. 214 УПК Украины 2012 г., в отличие от ст. 94 УПК Украины 1960 г., по которому уголовное дело можно было возбудить также на основании явки с повинной, сообщение в прессе или сообщения органа власти), а по делам частного обвинения – исключительно по заявлению потерпевшего;

- расширение сети судов и введение их узкой специализации в разных сферах, создание мировых судов, конституционного суда, третейских судов, арбитражей и международных коммерческих судов и т.д.;

- создание системы административного правосудия, что позволяет гражданам непосредственно, а не через посредничество прокурора или другого представителя государства, защитить в суде свои права и законные интересы в случае их нарушения представителями государства;

- предоставление каждому права обратиться в международные судебные учреждения;

- обеспечение возможности знания всеми их прав и обязанностей;

- увеличение количества уголовных дел частного обвинения;

- введение института примирения обвиняемого с потерпевшим;

- укрепление института адвокатуры и расширение полномочий адвоката, в том числе и за счет административно-деликтной юрисдикции; предоставление права свидетелю и потерпевшему пользоваться услугами защитника – адвоката;

- создание системы правовой помощи, в том числе бесплатной, по уголовным и другим делам;

- усиление независимости судебных экспертов; предоставление возможности обращения к ним иных лиц, кроме представителей правоохранительных органов;

- введение в процессуальные кодексы положений о мировом соглашении;

- создание системы медиации в гражданских и уголовных делах;

- выведение ювенальной юстиции из общей системы публичного деликтного законодательства;

- предоставление каждому права любыми иными прямо не запрещенными законом средствами защитить свои права от нарушений и противоправных посягательств и т.д.

5. Очевидно, что в изложенном контексте тщательному пересмотру и кардинальным изменениям подлежат все акты законодательства, которые относятся к сфере публичного охранительного права.

Не считать устаревшими и «улучшать» законы, принятые еще в 1960–1970 годах, равносильно тому, как если бы министерство обороны в условиях существования межконтинентальных ракет и систем ПВО пыталось развивать кавалерию.

[Разумеется, речь идет не только об Уголовном кодексе и Кодексе об административных правонарушениях. Не следует забыть также о законах, которые регулируют:

- статус и деятельность правоохранительных органов, в т.ч. особенности их деятельности по борьбе с организованной преступностью, коррупцией и терроризмом, а также отмыванием доходов, полученных преступным путем;
- дисциплинарную ответственность представителей публичной власти;
- осуществление демократического гражданского контроля за правоохранительными органами;
- порядок возмещения ущерба, причиненного гражданам незаконными действиями органов досудебного расследования, прокуратуры и суда].

6. Одним из положительных примеров того, как в современной Украине государство пытается отказаться от «разрешения конфликтов» (на самом деле конфликт ранее не устранялся, а государство лишь делало вид, что он устранен), – это принятие в 2005 году Кодекса административного судопроизводства (КАС). Сегодня он действует почти в полную силу. Это позволило преодолеть социалистическую закомплексованность граждан: теперь они для решения правового конфликта, для защиты своих прав и интересов, когда ответчиком является орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностное или служебное лицо, любой иной субъект при осуществлении им властных управленческих функций, идут не к прокурору (который решал вопрос кулуарно и по своему усмотрению), а в административный суд.

Суд же разрешает конфликт на основе принципов верховенства права, законности, равенства всех участников административного процесса перед законом и судом, состязательности сторон, гласности и открытости процесса, обеспечения апелляционного и кассационного обжалования. При этом по делам о противоправности решений, действий или бездействия субъекта властных полномочий обязанность доказать правомерность своего решения, действия или бездействия возлагается на ответчика, если он возражает против административного иска; суд может собирать доказательства по собственной инициативе, – все это для того, чтобы гражданин не был беззащитным перед государственной машиной, а мог чувствовать себя равным субъектом правоотношений.

7. Вместе с тем, полная замена всех соответствующих положений Кодекса Украины об административных правонарушениях (далее – КУоАП) в пользу административного судопроизводства не состоялась, потому что у законодателя отсутствует понимание недопустимости наливания молодого вина в старые мехи. Более того, несмотря на принятие КАС («молодое вино») продолжается практика попыток законодательного закрепления устаревших механизмов разрешения правовых конфликтов с помощью КУоАП («старые мехи»).

Например, в 2007 году, несмотря на уже наличие в стране КАС, КУоАП был дополнен статьями, предусматривающими ответственность за:

- нарушение установленных законом сроков государственной регистрации юридического лица или физического лица-предпринимателя, истребование не предусмотренных законом документов для государственной регистрации (ст. 166-11);
- нарушение установленных законом сроков сообщения о принятии решения о выдаче либо отказе в выдаче лицензии (ст. 166-12) и др.²⁹⁴

Эти нарушения предусматривают штрафы в размере примерно от 40 до 100 долларов США. Но такие штрафы, взысканные в пользу государства, нисколько не

²⁹⁴ А. Банчук, И. Колиушко «Зеркало недели» №27, 14 июля 2007.

помогают юридическому лицу или физическому лицу-предпринимателю разрешить правовой конфликт. Штраф идет в пользу государства, а они остаются при своих интересах. Виновное же лицо может продолжать свое противоправное поведение, компенсируя уплаченный штраф все большими размерами получаемых им взяток. Государство же в своих потугах с помощью КУоАП защитить права человека и обеспечить возможность преодоления правового конфликта выглядит совершенно беспомощным – как человек, пытающийся жесткую отбивную разрезать вилкой. Действительно, разные задачи требуют разных инструментов.

Подобных статей в действующем КУоАП – десятки. Они позволяют государству делать лишь одно – собирать «свежую копейку», чтобы содержать полсотни государственных органов, которые составляют админпротоколы для взыскания штрафов. Ситуация напоминает ту, что сложилась в советские годы, когда СССР продавал Западу нефть и газ, а на вырученную валюту покупал у Запада трубы и компрессорные станции, с помощью которых затем перегонял на Запад нефть и газ.

Иной, то есть правоохранительный и реституционный, эффект указанных статей КУоАП – минимальный. Действительно, ведь и сам КУоАП создавался в советские времена не с целью обеспечения прав человека, а для решения задачи обеспечить социалистическую законность. Никто не знал точно, что она собой представляет, но обеспечивать ее должны были все правоохранительные и иные государственные органы.

По нашему мнению, сегодня все подобные правовые конфликты следует разрешать **совокупностью инструментов**:

1) свои права гражданин должен защищать в административном суде, а если суд установит нарушение закона, причиной которого было злоупотребление служебным положением, превышение власти, бездействие власти или служебная халатность конкретного представителя власти;

2) сам суд или сторона истца должны поставить вопрос перед компетентным органом об уголовной и/или дисциплинарной ответственности такого представителя власти. Эта ответственность должна реализовать по крайней мере две цели – покарать виновное лицо за содеянное и предотвратить возможность совершения им и другими представителями власти подобных актов поведения в будущем.

Уголовная ответственность соответствующего представителя власти не исключает привлечение его к дисциплинарной ответственности – и наоборот. При этом увольнение с работы или отстранение от должности может быть как уголовной, так и дисциплинарной санкцией.

КоАП социалистического типа не содержит положений, которые обязывали бы суд, установив факт административного правонарушения, принять решение о восстановлении нарушенного права, создать условия для того, чтобы это право больше не нарушалось, обеспечить потерпевшему полное возмещение материального и морального вреда. В виде исключения в КУоАП есть лишь ст. 40, которая говорит о возможности одновременно с наложением взыскания за административное правонарушение решить вопрос о возмещении виновным имущественного вреда, если его сумма не превышает, как правило, двух необлагаемых минимумов доходов граждан (примерно 4 доллара США). Но эта норма имеет акцессорный характер и на практике применяется редко.

КоАП социалистического типа и в принципе не может содержать указанных выше положений. Реально ежегодно совершаются десятки и сотни тысяч предусмотренных этим Кодексом административных правонарушений (в Украине общее количество рассмотренных дел о таких правонарушениях ежегодно составляет более 10,5 млн.) и роль органов административной юстиции состоит лишь в том, чтобы с помощью наказаний удерживать общее количество этих

правонарушений в каких-то приемлемых рамках. Кроме того, вопросы восстановления нарушенного права, возмещения материального и морального вреда – это вопросы суда, а не административных органов. Если же все дела об административном правонарушении передать в суд и возложить на суд обязанность по каждому делу, где есть потерпевший или иной ущемленный в своих законных интересах гражданин, кроме привлечения виновного к административной ответственности, решать еще и целый ряд других, указанных выше, правовых вопросов, нужно будет имеющийся штат судей (сейчас их около 9 тысяч) увеличить в несколько десятков раз. Разумеется, это нереально, да и необходимости в этом нет.

Мы уже имели плачевный опыт перегрузки судебной системы, когда суды не успевали рассматривать переданные им дела о социальных спорах или об автотранспортных правонарушениях. Конечно же, государство не имело возможности отреагировать на увеличение количества таких дел молниеносным увеличением количества судей (ведь подготовить юристов к работе судьи, избрать на должность, расширить штаты – непростой и финансово очень затратный процесс). Поэтому перегрузка влекла за собой лишь одно – значительное ухудшение качества рассмотрения дел, рост недовольства граждан работой судов, недоверие к судебной системе и к власти вообще.

8. Таким образом, в системе публичного охранительного права должен соблюдаться принцип специализации – разными должны быть субъекты, которые рассматривали бы:

- 1) дела об административных проступках;
- 2) административные дела о защите прав и законных интересов от нарушений, связанных с решениями, действиями или бездейтельностью субъекта властных полномочий;
- 3) дела о дисциплинарных проступках;
- 4) дела об уголовных правонарушениях.

9. Ознакомление со **Справкой по результатам обобщения предложений государственных органов «О новой редакции Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях»** в контексте вышеизложенного свидетельствует, в частности, о том, что в *Республике Казахстан* планируется осуществить следующее.

1) *Разграничение норм уголовного закона и законодательства об административных правонарушениях, введение понятия «уголовный проступок». Это потребует внесения существенных изменений в систему уголовных наказаний и административных взысканий. В частности, отнесение административного ареста, ликвидации юридического лица и других мер административного взыскания, связанных с ограничением конституционных прав граждан, в сферу уголовной ответственности (п. 1).*

Из КоАП в УК будут перенесены около 77 статей (приложение № 1) и, возможно, еще 69 статей (приложение № 2).

Как отмечено мною выше, такая реформа должна осуществляться параллельно с созданием системы административных судов и реформой дисциплинарной ответственности представителей власти (детальнее о последней – см. ниже).

Что касается непосредственно разграничения норм уголовного закона и законодательства об административных правонарушениях, введения понятия «уголовный проступок», с учетом украинского опыта осуществляемой ныне реформы

уголовного законодательства и введения уголовного проступка, хочу обратить внимание на следующее:

- поскольку по степени общественной опасности и многим другим признакам (см. ниже) уголовные проступки отличаются от преступлений, то их перечень следовало бы поместить отдельно, разделив Особенную часть УК на две Книги: Книга 1. Преступления и Книга 2. Уголовные проступки;

- поскольку перечень уголовных проступков создается за счет, с одной стороны, сегодняшних преступлений (как правило – небольшой тяжести), путем формального уменьшения их степени тяжести, а с другой – административных проступков путем криминализации, то для смягчения этой резкой трансформации в Уголовном кодексе желательно создать две соответствующие категории уголовных проступков, установив за них разные размеры наказаний. Например, в проекте Закона Украины о внесении изменений в УК предлагается за первую из указанных категорий уголовных проступков назначать наказание в виде штрафа в размере от 10 до 20 штрафных ставок, общественных работ II степени, исправительных работ II степени, служебных ограничений II степени, ареста II степени (при повторности или наличии иныхотягчающих обстоятельств – штрафа в размере от 15 до 20 штрафных ставок, общественных работ III степени, исправительных работ III степени, служебных ограничений III степени, ареста III степени), а за вторую – штрафа в размере от 5 до 10 штрафных ставок, общественных работ I степени, исправительных работ I степени, служебных ограничений I степени, ареста I степени;

- в УПК предусмотрено, что во время досудебного расследования уголовных проступков не допускается применение мер пресечения в виде домашнего ареста, залога и содержания под стражей – это минимально ограничивает права и свободы лица, которое привлекается к уголовной ответственности, и позволяет максимально безболезненно разрешить уголовно-правовой конфликт;

- досудебное расследование уголовных проступков осуществляется, согласно новому КПК Украины, по весьма упрощенной, сравнительно с расследованием преступлений, процедуре в форме дознания, а при определенных законом условиях дело рассматривается судом в упрощенном порядке без проведения судебного расследования в судебном заседании;

- уголовный проступок следует определить как предусмотренное Общей частью и Книгой 2 Особенной части УК общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом проступка, при отсутствии в этом деянии признаков преступления. Такое понятие важно для правильной квалификации при конкуренции норм о преступлении и проступке. Также оно учитывает, что Общая часть УК является кладовой, в которой хранятся как совместные для преступлений и проступков, так и их специальные признаки.

Преступление, в свою очередь, следует определить как предусмотренное Общей частью и Книгой 1 Особенной части УК общественно опасное виновное деяние (действие или бездействие), совершенное субъектом преступления;

- в Общую часть УК следует внести изменения, которые вытекают из введения института уголовных проступков. В частности, в случаях, когда в тексте УК упоминалось о преступлении, термин «преступление» заменить термином «уголовное правонарушение». Впрочем, такую замену следует осуществлять не механически;

- рекомендуется указать, что незаконченный проступок (приготовление к проступку и покушение на проступок) не влечет за собой уголовной ответственности;

- рекомендуется определить, что соучастниками преступления, вместе с исполнителем, являются организатор, подстрекатель и пособник, но за соучастие в уголовном проступке уголовную ответственность несут только соисполнители;

- рекомендуется отдельно отметить, что проступок признается совершенным группой лиц, если его совместно совершили несколько человек (два или более), которые являются субъектами уголовного проступка;

- в статьях об освобождении от уголовной ответственности рекомендуется дополнительно предусмотреть, что подлежит освобождению (может быть освобождено) от уголовной ответственности лицо, которое впервые совершило проступок;

- в статьях об освобождении от уголовной ответственности и наказания вследствие истечения срока давности рекомендуется указать, что лицо освобождается, если со дня совершения им уголовного проступка и со дня вступления приговора в законную силу прошел один год;

- отдельно следует определить особенности назначения наказания по совокупности преступлений, совокупностью преступлений и проступков, а также совокупности проступков. В частности предусмотреть, что при совокупности двух или более проступков суд не может определить окончательное наказание путем поглощения;

- рекомендуется указать, что вступление в законную силу обвинительного приговора относительно проступка не влечет за собой признание осужденного лица имеющим судимость;

- поскольку в связи с реформой КУАП и введением понятия «уголовный проступок» любое нарушение общественного порядка будет рассматриваться исключительно как преступление или уголовный проступок, то из статей УК Республики Казахстан (в проекте УК это статьи 67 и 76) следует исключить упоминания о нарушении общественного порядка как основании продления пробационного контроля и отмены условно-досрочного освобождения;

- необходимо предусмотреть разные правовые последствия преступления и уголовного проступка (см. ниже).

2) Основываясь на положениях Концепции правовой политики и исходя из того, что административные взыскания не должны по жесткости превосходить наказания, возлагаемые за уголовно-правовые нарушения, пересмотреть размеры административных взысканий (п. 2).

Следует тщательно проработать возможность определения размера штрафа с точки зрения соразмерности совершенному правонарушению (п. 3).

Позволю себе не согласиться с постановкой вопроса о том, что административные взыскания не должны по жесткости превосходить наказания, возлагаемые за уголовно-правовые нарушения, ибо она не учитывает правовую природу и сущность административных правонарушений.

Мы слишком привыкли рассматривать административные правонарушения как деяния, имеющие меньшую степень общественной опасности по сравнению с преступлениями. Это заблуждение неминуемо в условиях существования так называемого административно-уголовного законодательства, каковым является постсоветский КоАП.

На самом деле административные проступки – это явления просто иного порядка, **их общественная опасность также может быть достаточно высокой, но в силу других причин.** Если общественная опасность преступлений определяется, как правило, специфическим объектом посягательства, часто – наличием потерпевшего, тяжестью наступивших последствий, способом совершения деяния, его средством или орудиями, а также мотивом и целью, то общественная опасность административных (управленческих) проступков – прежде всего своим собственным объектом посягательства, коим является порядок управления в

государстве, иными словами – управляемость государственными процессами, их подконтрольность государственной политике, а также их частой повторяемостью (массовостью) или тем, что их совершение создает условия наступления тяжких последствий; вина, мотив и цель тут не имеют большого значения.

Например, достаточно высокой является степень опасности таких деяний, как простое нарушение правил плавания судов, нарушение авиационных правил, нарушение государственных стандартов ядерной и радиационной безопасности, нарушение требований безопасного ведения работ при обращении с отходами, нарушение правил транспортировки природного газа и т.д.

Поэтому, например, штрафы за определенные административные проступки могут быть выше, чем за уголовные проступки и даже за преступления.

Например, проектом КАП Украины предусмотрены такие размеры **штрафов за административные проступки**:

1) штраф первой категории: для физических лиц – от 1 до 3, для юридических лиц – от 10 до 30 штрафных ставок;

2) штраф второй категории: для физических лиц – от 3 до 6, для юридических лиц – от 30 до 60 штрафных ставок;

3) штраф третьей категории: для физических лиц – от 6 до 10, для юридических лиц – от 60 до 100 штрафных ставок;

4) штраф четвертой категории: для физических лиц – от 10 до 15, для юридических лиц – от 100 до 150 штрафных ставок;

5) штраф пятой категории: для физических лиц – от 15 до 21, для юридических лиц – от 150 до 210 штрафных ставок;

6) штраф шестой категории: для физических лиц – от 21 до 28, для юридических лиц – от 210 до 280 штрафных ставок;

7) штраф седьмой категории: для физических лиц – от 28 до 36, для юридических лиц – от 280 до 360 штрафных ставок;

8) штраф восьмой категории: для физических лиц – от 36 до 45, для юридических лиц – от 360 до 450 штрафных ставок или штраф с нефиксированным размером в случаях, предусмотренных статьей (частью статьи) Особенной части этого Кодекса.

Размер штрафной ставки составляет 1/30 размера минимальной заработной платы, установленного Законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год. Размер штрафной ставки выражается в полных гривнах.

Повторное в течение года совершения административного проступка, предусмотренное одной статьей (частью статьи) Особой части этого Кодекса, имеет следствием наложения штрафа в двойном размере штрафа, предусмотренного соответствующей статьей (частью статьи) Особой части этого Кодекса, за исключением случаев, предусмотренных этим Кодексом.

Между тем, проектом закона о внесении изменений в УК относительно **штрафов за уголовные правонарушения** предусмотрено, что размер штрафа определяется судом в зависимости от тяжести уголовного правонарушения и исходя из жизненного уровня осужденного и устанавливаются приговором суда как основное наказание в пределах:

1) от 5 до 20 штрафных ставок – при осуждении за проступок;

2) от 20 до 50 штрафных ставок – при осуждении за преступление небольшой тяжести;

3) от 50 до 200 штрафных ставок – при осуждении за преступление средней тяжести;

4) от 200 до 1000 штрафных ставок – при осуждении за тяжкое преступление;

5) от 1000 до 2000 штрафных ставок – при осуждении за особенно тяжкое

преступление.

При этом размер штрафной ставки при определении штрафа как наказания за проступок, преступление небольшой и средней тяжести составляет 1/30 размера минимальной заработной платы, установленного Законом о Государственном бюджете Украины на соответствующий год.

Размер штрафной ставки выражается в полных гривнах. Размер минимальной заработной платы определяется в Законе о Государственном бюджете Украины на соответствующий год.

Размер штрафной ставки при определении штрафа как наказания за тяжкое и особо тяжкое преступление составляет:

1) для лиц, среднемесячный совокупный доход семьи которых не превышает суммы прожиточного минимума, рассчитанного и утвержденного согласно Закону о прожиточном минимуме для лиц, которые принадлежат к основным социальным и демографическим группам населения, – 1/30 размера минимальной заработной платы;

2) для всех других лиц – 1/30 размера среднемесячного дохода осужденного, но не более трех размеров минимальной заработной платы (при исчислении среднемесячного дохода суд исходит из налогооблагаемого налогом на доходы физических лиц дохода осужденного за год, который непосредственно предшествовал году совершения уголовного правонарушения, а при отсутствии данных за указанный год – за предыдущий год, путем деления дохода за год на двенадцать).

Таким образом, в абсолютных цифрах максимальный размер штрафа за совершение административного проступка может составлять для физических лиц почти 200 долларов США (при повторности – 400), для юридических лиц – в 10 и более раз больше. Размер же штрафа за совершение уголовного проступка может составлять для физических лиц всего лишь от 20 до 80 долларов США, за преступление небольшой тяжести – от 80 до 200, а средней тяжести – от 200 до 800.

3) Изменение карательной функции КоАП на поощрительную и предупредительную ставит вопрос о пересмотре мер административных взысканий с вида наказания к мерам обеспечения исполнения административного акта (п. 2).

Снова повторю: без введения в действие системы административных судов эту задачу выполнить вряд ли удастся.

4) Согласно Закону «О частном предпринимательстве» среднегодовая стоимость активов для субъектов малого предпринимательства составляет до 60 000 МРП, а для среднего предпринимательства до 325 000 МРП. У субъектов среднего предпринимательства стоимость активов более чем в пять раз больше, а штрафные санкции такие же, как для субъектов малого предпринимательства.

В этой связи требует проработки вопрос о необходимости дифференциации ответственности субъектов малого и среднего предпринимательства (п. 4).

Однако следует учитывать не только нормативно установленные показатели среднегодовой стоимости активов, но и их фактическое значение у каждого конкретного субъекта предпринимательства. Поэтому, возможно, на основании данных налогового органа следует в каждом конкретном случае определять среднегодовой доход субъекта предпринимательства – если такая необходимость

усложнить процесс рассмотрения дела об административном правонарушении действительно есть.

5) Статья 28 Закона «О государственной службе» предусматривает, что за неисполнение и ненадлежащее исполнение государственным служащим возложенных на него обязанностей, совершение коррупционного правонарушения, превышение должностных полномочий, нарушение трудовой дисциплины, а равно за несоблюдение установленных Законом ограничений, связанных с пребыванием на государственной службе, на государственного служащего могут налагаться дисциплинарные взыскания. Это позволяет привлекать государственных служащих к дисциплинарной ответственности за те же правонарушения, за которые может устанавливаться административная ответственность.

Тем самым, требует глубокого изучения разграничение оснований привлечения должностных лиц к административной и дисциплинарной ответственности (п. 5).

Повторимся: действительно, вопросы реформы административных правонарушений, введения уголовных проступков и системы административных судов следует решать в комплексе с реформой дисциплинарной ответственности.

На сегодня последняя отличается от административной, в частности, по таким признакам.

- степень общественной опасности, юридическим выражением которой является противоправность правонарушения. В отличие от административных проступков противоправность дисциплинарных проступков, несмотря на широкую практику применения взысканий за них, часто не носит конкретного характера, выраженного в четко сформулированных юридических составах (впрочем, есть много исключений: прогул, появление на работе в нетрезвом состоянии, утрата служебного удостоверения...);

- объект. Объектом административного проступка являются общественные отношения в сфере государственного управления, которая не связана с производственной, служебной, учебной и другой деятельностью виновного; объект же дисциплинарного проступка, как правило, ограничивается границами внутренне-управленческих отношений;

- субъект. Круг субъектов дисциплинарной ответственности значительно уже, чем административной. При дисциплинарной ответственности существует служебная подчиненность между правонарушителем и лицом, которое применяет меры дисциплинарной ответственности, то есть субъектом дисциплинарного проступка является член определенного стойкого коллектива, а субъектом контроля и принуждения – государственный орган, собственник или уполномоченный им орган; при административной ответственности такая подчиненность отсутствует, поскольку отсутствуют стойкие организационные связи между правонарушителем и субъектом контроля и принуждения;

- выбор санкции. Административная ответственность характеризуется установлением конкретных санкций за конкретные деяния; в дисциплинарном же производстве санкцию из многих возможных выбирает лицо, которое применяет меры дисциплинарной ответственности;

- процедура. Во время привлечения лица к административной ответственности процессуальная деятельность субъектов четко регламентирована в законодательстве; дисциплинарное же производство не во всех случаях надлежащим образом формализовано.

В отличие от производства по делам об административных проступках, в дисциплинарном производстве установление факта проступка осуществляется не на основе протоколов, достаточно объяснения виновного лица.

Выбрав такой критерий классификации, как субъекты дисциплинарной ответственности, и учитывая юридические основания ее применения, можно выделить такие виды дисциплинарной ответственности:

1) общую дисциплинарную ответственность работников. Работники несут ее согласно положениям Кодекса законов о труде (КЗоТ) и некоторых других законов, а также правилам внутреннего трудового распорядка.

Например, в Украине согласно КЗоТ работник может быть уволен за: систематическое невыполнение работником без уважительных причин обязанностей, положенных на него трудовым договором или правилами внутреннего трудового распорядка, если к работнику раньше применялись меры дисциплинарного или общественного взыскания; одноразовое грубое нарушение трудовых обязанностей руководителем предприятия, учреждения, организации (филиала, другого отделенного подразделения), главным бухгалтером, их заместителями; нечестную или недобросовестную работу; несоблюдение трудовой и технологической дисциплины, требований нормативных актов об охране труда; нарушение трудовой дисциплины, недобросовестное выполнение трудовых обязанностей и т.д;

2) специальную дисциплинарную ответственность работников. Работники несут ее согласно КЗоТ и специальным дисциплинарными уставам (положениям) или только согласно последним. Она имеет свои подвиды. Выделяется специальная дисциплинарная ответственность таких категорий работников:

- работники отдельных, преимущественно рабочих, профессий на железнодорожном транспорте, аварийно-спасательных служб, горных предприятий. В уставах (положениях) о дисциплине этих работников, которые являются подзаконными актами, определяются конкретные составы дисциплинарных проступков и процедурные вопросы;

- государственные служащие, а также приравненные к государственным служащим лица (должностные лица местного самоуправления и работники дипломатической службы);

- другие работники со специальным статусом (работники органов внутренних дел, государственной налоговой службы, государственной службы исполнения наказаний, государственной таможенной службы, государственной службы гражданской защиты, государственной службы специальной связи и защиты информации), которые несут дисциплинарную ответственность по специальным уставам, утвержденным законом;

- судьи и прокуроры, которые несут дисциплинарную ответственность по специальным положениям статусных законодательных актов;

- адвокаты, судебные эксперты как представители свободных профессий, которые предоставляют публичные услуги и несут дисциплинарную ответственность по специальным положениям статусных законов.

Специальная дисциплинарная ответственность работников отдельных профессий предусматривает, в частности, что составы дисциплинарных правонарушений тщательно выписаны в законах и подзаконных актах. Впрочем, и тут не соблюден подход, характерный для уголовного законодательства или законодательства об административных правонарушениях, по которому той или иной диспозиции, содержащей конкретный состав правонарушения, соответствует та или иная санкция.

3) дисциплинарную ответственность лиц, которые не являются работниками.

Это дисциплинарная ответственность: военнослужащих; заключенных и осужденных; студентов некоторых видов учебных заведений.

Можно отметить такие основные недостатки законодательства, которые касаются регулирования вопросов дисциплинарной ответственности:

первый – не во всех случаях конкретно определены основания дисциплинарной ответственности; часто они определяются общей фразой, а именно «нарушение служебной дисциплины», «нарушение требований законодательства», «недисциплинированность»... В тех же случаях, когда применен казуальный подход, законодатель часто не проникается точностью и ясностью закона о дисциплинарной ответственности, вследствие чего появляются противоречивые и малопонятные основания дисциплинарной ответственности, а именно: «не проявление инициативы», «поступки, которые позорят работников», «грубое отношение к гражданам» и т.д. В этом контексте необходимо отметить, что точное определение основания дисциплинарной ответственности является, вместе с установленными законом сроками, надлежащей процедурой и т.п., одной из правовых гарантий ее обоснованной реализации, особенно в случаях, когда за проступок предусмотрена возможность увольнения работника с работы (со службы, с должности).

второй – основания дисциплинарной ответственности определяются не в законе, а в подзаконном акте. Это противоречит принципам верховенства права, законности, юридической определенности и др.

В законодательстве необходимо установить единые правила дисциплинарной ответственности, в частности для представителей публичной власти:

- исключительный перечень дисциплинарных взысканий (например, для государственных служащих и приравненных к ним лиц: замечание; строгий выговор; предупреждение о неполном служебном соответствии; освобождение от должности; задержка присвоения очередного ранга, специального звания, чина и т.п. или задержка назначения на высшую должность; понижение в должности; понижение в специальном звании на одну степень);

- общие правила относительно лиц, уполномоченных налагать взыскание: дисциплинарные взыскания применяет орган, которому предоставлено право принятия на работу (избрание, утверждение, назначение на должность) данного работника; на работников, которые несут дисциплинарную ответственность по уставам, положениям и другим актам законодательства о дисциплине, дисциплинарные взыскания могут налагать также вышестоящие органы; работники, которые занимают выборные должности, могут быть уволены только по решению органа, который их избрал;

- сроки применения дисциплинарного взыскания: непосредственно по выявлении проступка, но не позднее одного месяца со дня его выявления, не считая времени освобождения работника от работы в связи с временной нетрудоспособностью или пребывания его в отпуске; не позднее шести месяцев со дня совершения проступка;

- общий порядок применения дисциплинарных взысканий: при избрании вида взыскания должны быть учтены степень тяжести проступка и причиненный им вред, обстоятельства совершения, предыдущая работа;

- порядок погашения дисциплинарного взыскания и его снятия;

- порядок исключения дисциплинарной ответственности из-за отсутствия противоправности (крайняя необходимость; невыполнение работодателем соглашения относительно обеспечения необходимых условий работы; коллизия служебных обязанностей; оправданный риск; осуществление специального права и т.д.);

- обстоятельства, исключающие дисциплинарную ответственность (утрата силы

законом, малозначительность дисциплинарного проступка, отсутствие события дисциплинарного проступка, отсутствие юридического состава такого проступка.

б) С учетом переноса ряда деяний из категории административных правонарушений в категорию уголовных проступков, требует комплексного пересмотра вопрос объединения в главы КоАП однородных составов правонарушений (п. 7).

В этой связи предлагаю обратить внимание на украинский опыт. Особенная часть проекта КАП имеет такую структуру:

Раздел 4. Административные проступки против порядка управления в сфере здравоохранения, труда, нравственности, культурного наследия и благоустройства

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере здравоохранения и труда

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов или прекурсоров, иных одурманивающих веществ

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны нравственности и культурного наследия

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны благоустройства

Раздел 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения общественной безопасности, безопасности производства и строительства и безопасности транспорта

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения оружия, иных опасных предметов и веществ, а также обеспечения общественной и пожарной безопасности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности производства и строительства

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения общей безопасности движения и эксплуатации транспорта

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации воздушного транспорта

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации водного транспорта

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности движения и эксплуатации автотранспорта и электротранспорта

Глава 7. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности эксплуатации железнодорожного и трубопроводного транспорта

Раздел 6. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения экологической, санитарно-эпидемиологической безопасности и охраны окружающей среды

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения экологической безопасности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения санитарно-эпидемиологической безопасности

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения радиационной безопасности

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны атмосферного воздуха, земли, недр, вод, иных природных ресурсов

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны растительного и животного мира

Раздел 7. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны собственности и осуществления хозяйственной и финансовой деятельности

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере охраны собственности

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере осуществления предпринимательской и другой хозяйственной деятельности

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере осуществления банковской и другой деятельности на рынках финансовых услуг

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения добросовестной конкуренции

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере расчетов, осуществления бухгалтерского учета и налогообложения

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в бюджетной сфере

Глава 7. Административные проступки против порядка управления в сфере обращения денег и ценных бумаг, а также ценообразования

Глава 8. Административные проступки против порядка управления в сфере социального страхования

Глава 9. Административные проступки против порядка управления в сфере валютного регулирования

Глава 10. Административные проступки против порядка управления в таможенной сфере

Глава 11. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения прав и интересов потребителей, стандартизации, метрологии и сертификации

Раздел 8. Административные проступки против порядка управления в информационной сфере, сфере обеспечения военной безопасности, безопасности государственной границы Украины, а также обеспечения деятельности публичной службы

Глава 1. Административные проступки против порядка управления в сфере информационной, статистической и рекламной деятельности, кинематографии, телевидения, радиовещания и связи

Глава 2. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения достоверности документов и печатей

Глава 3. Административные проступки против порядка управления в сфере топографо-геодезической, картографической и гидрометеорологической деятельности

Глава 4. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения военной безопасности

Глава 5. Административные проступки против порядка управления в сфере обеспечения безопасности государственной границы Украины

Глава 6. Административные проступки против порядка управления в сфере деятельности публичной службы

7) Необходима проработка вопроса о сохранении института административной преюдиции (п. 8).

Как известно, административная преюдиция предполагает уголовную наказуемость деяний после применения за однократное их совершение административного взыскания.

Нормы с административной преюдицией в подавляющем большинстве новых уголовных кодексов государств СНГ и Прибалтики отсутствуют. Исключение составляет УК Беларуси.

Аргументы «против» административной преюдиции:

А) повторное совершение административного (как и дисциплинарного) проступка не может превратить его в преступление. Ведь это деяния с разной правовой природой. Точно так же повторное совершение гражданско-правового деликта не превращает и не может превратить его в преступление.

Большинство статей КоАП Республики Казахстан, по которым предполагается установить административную преюдицию, предусматривают не административные, а уголовные проступки. Действительно, нельзя признать такими, что посягают на порядок управления:

- «Вовлечение несовершеннолетних в изготовление продукции эротического содержания» (ст. 115 КоАП);
- «Подкуп участников и организаторов профессиональных спортивных соревнований и зрелищных коммерческих конкурсов» (ст. 151-1 КоАП);
- «Обман потребителей» (ст. 159 КоАП);
- «Стрельба из огнестрельного оружия, взрыв пиротехнических устройств в населенных пунктах» (ст. 332 КоАП);
- «Заведомо ложная информация о факте коррупционного правонарушения» (ст. 334-1 КоАП);
- «Распитие алкогольных напитков или появление в общественных местах в пьяном виде» (ст. 336 КоАП);
- «Проявление неуважения к суду» (ст. 513 КоАП).

Это – типичные, хотя и мелкие, уголовные правонарушения, которые следовало бы отнести к уголовным проступкам. Если они будут признаны уголовными проступками, то в случае их повторного совершения ответственность (санкция) может быть усилена. То есть необходимости в установлении административной преюдиции просто нет.

Иные же перечисленные в Справке деяния:

- «Составление аудитором и аудиторской организацией недостоверного аудиторского отчета» (часть 2 - заведомо недостоверного) (ст. 184 КоАП);
- «Нарушение требований утвержденных строительных норм и проектных документов при производстве строительно-монтажных и ремонтно-восстановительных работ» (ст. 232 КоАП);
- «Невыполнение условий природопользования, указанных в экологическом разрешении» (ст. 240-2 КоАП);
- «Нарушение законодательства об экологическом аудите» (ст. 306-1 КоАП);
- «Непринятие мер к пресечению сбыта и (или) немедицинского потребления наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров» (ст. 319-1 КоАП);
- «Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях» (ст. 375 КоАП);

- «Нарушение иностранцем или лицом без гражданства правил пребывания в Республике Казахстан» (ст. 394 КоАП);
- «Нарушение правил привлечения иностранной рабочей силы и незаконное осуществление иностранцем трудовой деятельности в Республике Казахстан» (ст. 396 КоАП),–

являются типичными административными проступками и нет никаких оснований для того, чтобы при их совершении во второй, третий или даже десятый раз признавать их уголовными правонарушениями;

Б) применение административной преюдиции противоречит положениям демократических конституций относительно равенства граждан перед законом, поскольку может представлять собой дискриминацию по тем или иным признакам. Ведь при этом одни лица за определенные правонарушения несут административную или дисциплинарную ответственность, а другие – за те же правонарушения – уголовную;

В) наличие административной преюдиции (например, в УК Беларуси) создает определенные проблемы правопонимания. Так, непонятно, является ли «таким же нарушением» совершение одного из предусмотренных диспозицией статьи УК альтернативного деяния, но не того, которое было совершено ранее (например, охота не в запрещенное время, а в запрещенном месте).

8) Один из основных вопросов концептуального характера касается не только содержательной части будущего проекта КоАП, но и целесообразности его разработки, который связан с введением в проект УК понятия «уголовные проступки» и правовым регулированием производства по делам по спорам, возникающим из публично-правовых отношений.

Административное право должно служить обеспечению прав человека и упорядочивать публичную администрацию (исполнительную власть и местное самоуправление) для выполнения этой миссии.

Главной целью административного законодательства является переориентация на регулирование отношений по принципу служения государства человеку и оптимизацию системы органов публичной администрации для более эффективного обеспечения прав человека (п. 12).

Это правильные слова. Мои аргументы в обоснование их правильности изложены выше (см. пункты 1–8 Аналитической записки).

10. Что касается прилагаемых к Справке Перечня статей КоАП, переводимых в разряд уголовных проступков, и Перечня статей КоАП, требующих проработки вопроса по переводу в разряд уголовных проступков, то необходимо отметить следующее.

Первый из этих Перечней в целом является удовлетворительным. Проблемными следует признать такие статьи:

Статья 86. Распространение сведений о виновности в совершении преступления

Статья 86-1. Разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия

Статья 87-3. Воспрепятствование законной деятельности представителей работников

Статья 99-1. Воспрепятствование праву вести предвыборную агитацию

Статья 100. Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях

Статья 101. Нарушение прав члена избирательной комиссии (комиссии референдума), доверенного лица и наблюдателя

Статья 102. Нарушение права граждан на ознакомление со списком избирателей

Статья 102-2. Нарушение требования о равном избирательном праве

Статья 103. Выдача гражданам избирательных бюллетеней (бюллетеней для голосования) в целях предоставления им возможности голосования за других лиц

Статья 222. Нарушение установленных норм и правил ядерной, радиационной и технической безопасности

Статья 234-1. Нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов

Статья 241. Уклонение от проведения мер по ликвидации последствий экологического загрязнения

Статья 276. Нарушение правил охраны водных ресурсов

Статья 304. Нарушение правил захоронения отходов и других материалов, а также правил консервации и демонтажа на континентальном шельфе Республики Казахстан

Статья 324-1. Незаконная медицинская деятельность и незаконная выдача либо подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических средств или психотропных веществ

Статья 343. Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды

Статья 357-6. Нарушение законодательства Республики Казахстан о национальных реестрах идентификационных номеров

Статья 386. Нарушение установленных требований по обеспечению режима секретности

Статья 394-1. Невыполнение решения о выдворении

Статья 450. Нарушение правил, обеспечивающих безопасность пассажиров на судах морского и речного транспорта, а также маломерных судах

Статья 475. Допуск к управлению транспортным средством водителя, находящегося в состоянии опьянения, либо лица, не имеющего права управления

Статья 486. Нарушение правил содержания дорог, железнодорожных переездов и других дорожных сооружений

Статья 495. Нарушение правил охраны линий связи и сооружений связи

Статья 524. Неисполнение **судебных актов**, постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях

Статья 529. Оскорбление должностного лица, угроза совершения насильственных действий

Если субъектом правонарушения в этих статьях является представитель публичной власти или иное лицо, обязанное обеспечивать установленный режим (порядок управления) в той или иной сфере, в том числе субъект предпринимательской деятельности, то оснований для перевода деяния в категорию уголовных проступков нет. Это будут типичные административные проступки, то есть проступки, суть которых в нарушении административного режима теми лицами, которые обязаны его соблюдать. За них также может быть предусмотрена и дисциплинарная ответственность.

Если же субъект перечисленных нарушений общий (гражданин), а правила, которые подлежат соблюдению, вытекают из обычаев поведения или обычных мер предосторожности, то проступок может расцениваться как уголовный.

Во втором из указанных Перечней проблемных (с указанной точки зрения) статей большее количество – почти все, разве что *за исключением* таких:

Статья 107. Умышленное уничтожение, повреждение агитационных материалов

Статья 327. Уклонение от лечения лиц с заболеваниями, представляющими опасность для окружающих

Статья 332. Стрельба из огнестрельного оружия, взрыв пиротехнических устройств в населенных пунктах

Статья 334-1. Заведомо ложная информация о факте коррупционного правонарушения

Статья 336. Распитие алкогольных напитков или появление в общественных местах в пьяном виде

Статья 336-2. Немедицинское потребление наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров в общественных местах

Статья 338. Азартные игры

Статья 341. Надругательство над памятниками истории и культуры или природным объектом

Статья 368. Нарушение порядка приобретения, хранения, ношения, передачи или продажи физическими лицами гражданского оружия

Статья 370. Неправомерное применение газового оружия

Статья 388. Незаконное проникновение на охраняемые объекты

Статья 468. Нарушение водителями транспортных средств установленных правил обеспечения безопасности дорожного движения, повлекшее причинение вреда здоровью людей, повреждение транспортных средств или иного имущества

Статья 473. Нарушение правил движения пешеходами и иными участниками дорожного движения

Статья 533. Предоставление незаконного материального вознаграждения физическими лицами

Статья 533-1. Получение незаконного материального вознаграждения лицом, уполномоченным на выполнение государственных функций, либо приравненным к нему лицом

Статья 534. Предоставление незаконного материального вознаграждения юридическими лицами

Статья 535. Осуществление незаконной предпринимательской деятельности и получение незаконных доходов государственными органами и органами местного самоуправления

Статья 537. Непринятие мер руководителями государственных органов по борьбе с коррупцией

Статья 537-1. Принятие на работу лиц, ранее совершивших коррупционное преступление

Перечисленные деяния могут быть переведены в категорию уголовных проступков.

11. Осуществляя реформу уголовных и административных проступков, Украина как член Совета Европы вынуждена руководствоваться Европейской конвенцией по правам человека и рекомендациями Комитета министров Совета Европы, а также практикой Европейского суда по правам человека.

В первом из названных документов речь идет, в частности, о том, что процедура осуществления судопроизводства распространяет свое действие на порядок судебного разбирательства дел о уголовном обвинении. Это предопределяет необходимость определения содержания понятия “дело об уголовном обвинении” и его отличия от дел об административных нарушениях.

Европейский Суд много раз констатировал, что понятие “уголовное обвинение”, которое используется в статье 6 Конвенции, необходимо понимать исходя из положений Конвенции.²⁹⁵ Подобное предостережение означает, что выведение в национальном законодательстве стран-участниц определённых видов правонарушений из-под юрисдикции уголовных судов и отнесение их к юрисдикции других органов, что означает признание таких проступков административными, для Европейского Суда не будет иметь значения.

Определение сути правонарушения осуществляется Европейским Судом, исходя из таких критериев для идентификации того или иного дела как дела об уголовном обвинении:

1) отнесение правонарушения к уголовному праву в правовой системе государства;

2) правовая природа нарушения;

3) характер и степень суровости наказания, которое может понести правонарушитель²⁹⁶.

Но определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют два последних критерия – природа правонарушения и наказание за него.²⁹⁷

Именно по этой и иным причинам многие европейские государства в определенном контексте относят национальные законы, устанавливающие ответственность за деяния, по своей правовой природе сходные с преступлениями и предусматривающие относительно суровые наказания, к законам уголовно-правовой сферы.

Одно из свидетельств этого – Европейская конвенция о международной действительности уголовных приговоров (2000 г.). В ее статье 1 указано: **“правонарушение”** включает, помимо деяний, подпадающих под уголовное право, те деяния, которые подпадают под правовые положения, перечисленные в Приложении II к настоящей Конвенции при условии, что в тех случаях, когда эти положения предусматривают компетенцию административного лица, должна иметься возможность передать дело на рассмотрение суда; «санкция» означает любое наказание или любую меру, непосредственно налагаемые на какое-либо лицо в связи с правонарушением на основании решения европейского суда по уголовному делу или на основании судебного приказа по уголовному делу (*ordonnance penale*); “судебный приказ по уголовному делу” (*ordonnance penale*) означает любое из решений, вынесенное в другом Договаривающемся государстве и перечисленное в приложении III к настоящей Конвенции.

²⁹⁵ См. § 42 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Девир против Бельгии” от 27 февраля 1980 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 308; web: <http://www.echr.ru/>

²⁹⁶ См. § 50 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Озтюрк против Германии” от 21 февраля 1984 (*§ 50 of Judgment of the European Court of Human Rights: Ozturk v. Germany, 21 February 1984, Published in A 73*); См. §69-73 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Кемпбелл и Фелл против Соединённого Королевства” от 28 июня 1984 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т.1. – С. 443-446; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461410/2461410.htm> (*§ 69-73 of Judgment of the European Court of Human Rights: Campbell and Fell v. The United Kingdom, 28 June 1984, Published in A 80*).

²⁹⁷ Банчук А. Право об административных нарушениях: опыт стран Западной и Восточной Европы, требования Европейского Суда по правам человека и стандарты Совета Европы // http://www.pravo.org.ua/files/administr/covv/banchuk_pravo_adm_porush_rus.pdf

Приложение II содержит Перечень иных правонарушений, которые приравниваются к правонарушениям в соответствии с уголовным законодательством:

- во Франции: любое противоправное поведение, наказуемое как нарушение порядка пользования путями сообщения;

- в Федеративной Республике Германии: любое противоправное поведение, наказуемое в соответствии с процедурой, изложенной в законе о нарушениях предписаний от 24 мая 1968 года (BGBL 1968, I 481);

- в Италии: Любое противоправное поведение, в отношении которого применяется закон № 317 от 3 марта 1967 года.

Приложение III содержит Перечень постановлений в уголовном деле (ordonnances penales):

- Австрия – Strafverfügung (статьи 460-62 Уголовно-процессуального кодекса).;

- Дания – Bodeforelaeg или Udenretlig bodevedtagelse (статья 931 Закона о взыскании правосудия);

- Франция: 1) Amende de Composition (статьи 524-528 Уголовно-процессуального кодекса, дополненные статьями R 42 - R 50); 2) Ordonnance penale применяется только в департаментах Ба-Рен, Об-Рен и Мозель;

- Федеративная Республика Германия: 1) Strafbefehl (статьи 407-412 Уголовно-процессуального кодекса); 2) Strafverfügung (статья 413 Уголовно-процессуального кодекса); 3) Bussgeldbescheid (статьи 65-66 Закона от 24 мая 1968 года - BGBL 1968 I, 481);

- Италия: 1) Decreto penale (статьи 506-510 Уголовно-процессуального кодекса); 2) Decreto penale в финансовых вопросах (Закон от 7 января 1929 года, № 4); 3) Decreto penale в навигационных вопросах (статьи 1242-43 Навигационного кодекса); 4) Решение, вынесенное согласно Закону № 317 от 3 марта 1967 года;

- Люксембург: 1) Ordonnance penale (Закон от 31 июля 1924 года об организации "ordonnances penales"); 2) Ordonnance penale (статья 16 Закона от 14 февраля 1955 года о движении на публичных автомагистралях);

- Норвегия: 1) Forelegg (статья 287-290 Закона о судебном процессе в уголовных делах); 2) Forenklet forelegg (статья 31 В Кодекса дорожного движения от 18 июня 1965 года);

- Швеция: 1) Strafforelaggande (Раздел 48 Процессуального кодекса); 2) Forelaggande av ordningsbot (Раздел 48 Процессуального кодекса);

- Швейцария: 1) Strafbefehl (Ааргау, Бале-Каунтри, Бале-аун, Шаффхаузен, Швиц, Ури, Цуг, Цюрих) Ordonnance penale (Фрибург, Вале); 2) Strafantrag (Нижний Унтервальден); 3) Strafbescheid (Сен-Гален); 4) Strafmandat (Берн, Граубюнден, Солотурн, Верхний Унтервальден); 5) Strafverfügung (Аппенцель Аутер Роден, Гларус, Шаффхаузен, Тюргау); 6) Abwandlungserkenntnis (Люцерн); 7) Bussenentscheid (Аппенцель иннер Роден); 8) Ordonnance de condamnation (Вауд); 9) Mandat de repression (Нойшатель); 10) Avis de contravention (Женева, Вауд); 11) Prononce prefectoral (Вауд); 12) Prononce de contravention (Вале); 13) Decreto di accusa (Тичино);

- Турция – Ceza Kararnamesi (Статьи 386-391 Уголовно-процессуального кодекса) и все другие решения, которыми административные органы накладывают санкции.

Таким образом, из этих перечней видно, что определяющую роль в процессе идентификации правонарушения имеют природа правонарушения и наказание за него, а не название самого правонарушения или нормативного акта, в котором оно определено.

Уголовные правонарушения, в отличие от других правонарушений, имеют *общественно-опасный характер* и, в отличие от дисциплинарных и административных правонарушений, могут быть совершены *любыми лицами*. Дисциплинарные проступки могут совершаться лишь лицами, которые выполняют те или иные специфические функции (государственные служащие, военнослужащие и т.п.), а административные проступки – лицами, которые обязаны соблюдать установленные административные режимы (правила, порядок).

Дорожно-транспортные правонарушения по определенным выше признаками также должны признаваться уголовными правонарушениями, поскольку могут совершаться любыми лицами, а за совершение отдельных из них предполагаются довольно суровые наказания. Но Европейский Суд сделал для них исключение: признание таких нарушений административными не противоречит требованиям Конвенции, учитывая: а) их большое количество, б) характер, который не настолько опасен, чтобы накладывать на нарушителей уголовное наказание, и в) при условии, что заинтересованные лица смогут обжаловать принятое против них решение в суде, где действуют гарантии статьи 6 Конвенции”.²⁹⁸

Речь об этом шла еще в Резолюции (68) 25 Комитета Министров Совета Европы «Учреждение упрощенной процедуры относительно незначительных дорожных правонарушений» от 20 сентября 1968 г.:

«Учитывая объем дорожного движения на национальном и международном уровнях, как и проблемы, возникающие из количества совершенных дорожных правонарушений, многие из которых не могут рассматриваться в качестве серьезных; принимая во внимание, что их скорое и эффективное наказание является помощью при надлежащем отправлении правосудия и может быть обеспечено упрощенной процедурой... рекомендует:

I. Учредить упрощенную процедуру для разбирательства с незначительными дорожными правонарушениями.

В частности, правонарушения, перечисленные в приложении к настоящей Резолюции, могут рассматриваться в качестве незначительных в той степени, пока конкретные из них не потребуют обращения к обычной процедуре.

Упрощенная процедура должна состоять из требования об уплате денежной санкции либо на месте, либо в пределах короткого периода времени, устанавливаемого в качестве денежной санкции, размер которой определяется в соответствии с национальным законом.

Упрощенная процедура не должна применяться без согласия правонарушителя.

II. Предусмотреть, чтобы уплата требуемой денежной санкции устраняла обращение к обычной процедуре. Однако национальный закон может: (а) предписать другие меры, которые предпринимаются в интересах безопасности дорожного движения, такие, как приостановление или изъятие водительских прав, или (b) уполномочить соответствующий орган действовать в соответствии с обычной практикой, когда он считает, что условия для упрощенной процедуры не выполняются.

²⁹⁸ См. § 57 Решение Европейского Суда по правам человека по делу “Лутц против Германии” от 25 августа 1987 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. – Т. 1. – С. 544; web: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461415/2461415.htm> (§ 57 of Judgment of the European Court of Human Rights: Lutz v. Germany, 25 August 1987, Published in A123).

Приложение. Перечень дорожных правонарушений, разбираемость по которым в определенных обстоятельствах может проходить согласно упрощенной процедуре

1. Невыполнение указания полицейского относительно дорожного движения.
2. Невыполнение правил относящихся к:
 - (a) скорости транспортных средств;
 - (b) положению и направлению движения транспортных средств, на встречу движущимся в противоположном направлении, обгону, изменению направления или продолжению движения через переезд со шлагбаумом;
 - (d) дорожным приоритетам некоторых транспортных средств, таких, как пожарные машины, скорая помощь и полицейские машины;
 - (e) знакам, сигналам и дорожной разметке, в частности знакам "STOP";
 - (g) доступу транспортных средств или классов транспортных средств на некоторые дороги (например, с учетом их веса или размеров);
 - (h) устройствам безопасности для транспортных средств и грузов;
 - (i) нанесению обозначений (*signalisation*) транспортных средств и грузов;
 - (j) освещению транспортных средств и использованию ламп;
 - (k) грузоподъемности и мощности транспортных средств;
 - (l) регистрации транспортных средств, регистрационным номерным знакам и знакам государственной принадлежности».²⁹⁹

12. Признание тех или иных дел делами о уголовном обвинении автоматически требует соблюдения процедурных гарантий, определённых статьёй 6 Конвенции. Среди основных гарантий, которые должны быть обеспечены в процедуре уголовного обвинения, следует назвать права обвиняемого на:

- независимость и беспристрастность суда, в т.ч. на отвод предубежденного судьи;
- публичность судебного разбирательства;
- разумный срок;
- равенство сторон и состязательность, в том числе право «подвергать допросу свидетелей обвинения или требовать их допроса, а также требовать вызова и допроса свидетелей защиты на тех же условиях, что и свидетелей обвинения» (пункт d части 3 ст. 6 Конвенции);
- правовую помощь, в т.ч. бесплатную;
- помощь переводчика;
- обжалование судебного решения.

Самый же общий перечень **принципов наложения административных взысканий** содержится в Рекомендации № R (91)1 Комитета министров Совета Европы государствам-членам относительно административных санкций 1991 г.³⁰⁰

²⁹⁹ Также могут учитываться такие акты Комитета Министров Совета Европы: Резолюция (71) 28 «О лишении права управления транспортным средством»; Резолюция (73) 7 «О наказании за дорожные правонарушения при управлении транспортным средством под влиянием алкоголя»; Резолюция (75) 24 «О наказании за непредумышленное убийство и случайное причинение вреда здоровью на дороге»; Резолюция (77) 29 «О нарушениях, виновник которых скрылся»; Резолюция (77)31 о защите прав лица относительно актов административных органов власти от 28 сентября 1977 г.; Резолюция (78) 42 «О предупреждении несанкционированного использования транспортных средств»; Рекомендация № R (79) 15 «О применении Европейской Конвенции о наказании за дорожные правонарушения»; Рекомендация № R (80)2 «О реализации административными органами власти дискреционных полномочий» от 11 марта 1980 г.

Под административной санкцией понимается административный акт, т.е. принятое именно административным органом (в т.ч. государственным или частным предприятием в пределах осуществления делегированных властных полномочий) решение о наложении на лицо в связи с его неправомерным поведением штрафа или другой меры денежного или не денежного характера. Не являются административной санкцией:

- дисциплинарные взыскания и другие меры, которые применяются административным органом относительно его сотрудников в связи с их поведением;
- отказ выдать или продолжить разрешение, которое основывается на отсутствии правоспособности у лица со ссылкой на действующие нормы права и т.п.

Субъектами административной ответственности могут быть физические и юридические лица.

Рекомендация содержит восемь принципов применения административных взысканий:

1) *законность*, т.е. определение административных санкций и оснований их применения исключительно в законе. Этот принцип делает невозможным существование ситуации, когда административный орган одновременно устанавливает правила поведения, определяет санкции и применяет их. Комитет министров Совета Европы подчеркнул полезность, с точки зрения обеспечения прав человека, единых кодексов, которые устанавливают подведомственность, типы санкций и их максимальные размеры, принципы, по которым может осуществляться их применение, порядок проведения расследования и принятия решения, способы обжалования;

2) *необратимость действия во времени закона*, который устанавливает или усиливает административные санкции;

3) «*никто не может дважды притягиваться к ответственности одного вида за одно действие*» (*ne bis in idem*). Возможным является нарушение одним деянием норм права, направленных на защиту нескольких общественных интересов, обеспечение которых находится в компетенции нескольких административных органов (идеальная совокупность). В этом случае органы обязаны учитывать примененные прежде санкции в связи с этим деянием;

4) *разумность сроков применения административных санкций* имеет целью обеспечить принцип юридической определенности в отношениях. Лицо не должно находиться неоправданно длительное время в положении «субъекта, который привлекается к ответственности». Составляющими разумной продолжительности административного производства является обязанность органа совершать все процедурные действия быстро и принимать решение в деле в разумные сроки. Сроки применения административных взысканий не должны быть длиннее сроков уголовного процесса;

5) *окончание производства с принятием окончательного решения*. Ведь лишь окончательное решение позволяет лицу обжаловать процедуру или само решение;

6) *обеспечение права лица на защиту*, в т.ч.:

- знать о возможности применения административной санкции и о фактах, которые вменяются;

- иметь достаточно времени для подготовки своей защиты;

³⁰⁰ Рекомендация № R (91) 1 Комитета министров Совета Европы государствам—членам относительно административных санкций от 13 февраля 1991 г. // *Recommandation N° R (91) 1 du Comité des Ministres aux États Membres relative aux sanctions administratives, 13 février 1991*,
[web:http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/droit_et_justice_administrati fs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R\(91\)1.asp](http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%20E9ration_juridique/droit_et_justice_administrati fs/textes_&_documents/Conv_Rec_Res/Rec%20R(91)1.asp)

- получить информацию о характере доказательств, собранных против него;
- иметь возможность высказаться перед объявлением решения о санкции;
- получить административный акт о применении санкции с приведенными мотивами, на которых она основывается.

В случаях, когда речь идет об относительно небольших денежных взысканиях, разрешается не придерживаться этих гарантий при условии, что лицо не возражает ни против процедуры, ни против примененной санкции (например, при осуществлении запрещенной остановки автомобиля). Однако, если лицо против применения санкции, следует обеспечивать предусмотренные гарантии;

7) *обязанность административного органа нести бремя доказывания* является составляющей презумпции невиновности;

8) *административный акт о применении санкции может быть обжалован* в независимый и непредубежденный суд, созданный на основании закона. Такой пересмотр может предусматривать проверку не только законности процедуры применения санкции, но и сути дела.

Очевидно, что в большинстве положений действующие на постсоветском пространстве КоАП соответствуют этим восьми требованиям.

Вместе с тем:

- часто законодательство об административных правонарушениях состоит не только из КоАП, а из большого количества норм различных актов, и положения этих актов, касающиеся типов санкций, их максимальных размеров, принципов их применения, порядка проведения расследования и принятия решения, способов обжалования и т.д. являются разными и противоречивыми (например, Таможенный кодекс, Налоговый кодекс, Экологический кодекс, антикоррупционные и многие другие законы содержат свою систему положений об административной ответственности);

- иногда ответственность за одно и то же деяние предусмотрена, вопреки принципу *ne bis in idem*, одновременно в КоАП и в другом законе;

- сроки применения административных взысканий в антикоррупционных и других законах бывают длиннее сроков уголовного процесса;

- право на защиту также не всегда предусмотрено и часто игнорируется, мол, это ведь не уголовный процесс;

- часто игнорируется обязанность административного органа нести бремя доказывания. Закон не опровергает традицию презумпции виновности лица, в отношении которого составлен административный протокол. Например, в случае не получения уведомления о дате рассмотрения дела и в связи с этим неявки дело рассматривается в отсутствие лица и оно, в подавляющем большинстве случаев, признается виновным.

Ноябрь, 2012 г.

ТЮЛЕНЕВА В.А.

*юрист Казахстанского международного бюро
по правам человека и соблюдению законности*

СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ В ХОДЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ³⁰¹

ВВЕДЕНИЕ

*«Исторически протесты и демонстрации служили инструментом изменений и главными факторами, способствующими улучшению положения в области прав человека. Неизвестные правозащитники и знаменитые активисты направляли и вдохновляли движения протеста во всех регионах и во все эпохи, прокладывая путь к достижениям в области прав человека. От гражданского неповиновения в качестве ненасильственной формы протеста, за которую выступал Махатма Ганди, борясь за право индийского народа на самоопределение, до марша в Вашингтон, О.К., под руководством Мартина Лютера Кинга с требованием положить конец расовой сегрегации, демонстрации организации Матерей площади Мая, которые по четвергам проходили в белых платках по площади в Буэнос-Айресе в знак протеста против преступлений диктаторского режима в Аргентине, и первомайских демонстраций в поддержку прав трудящихся — все эти акции протеста правозащитников во всем мире являются знаменательными вехами».*³⁰²

Право на свободу мирных собраний является фундаментальным правом человека и означает свободу проводить митинги, пикеты, демонстрации и другие виды собраний, как в публичных местах, так и в помещениях. В его основе лежит фундаментальное понятие свободы, включающее в себя обязательство государства обеспечить каждому человеку эффективную реализацию данного права без какого-либо специального разрешения со стороны властей.

Международные стандарты прав человека зиждутся на понимании свободы мирных собраний как одного из важнейших составных элементов права на участие в любой демократической системе. *«Право на свободу мирных собраний, наряду со свободой объединений, лежит в основе любой функционирующей демократической*

³⁰¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

³⁰² Параграф 4 Доклада Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правозащитниках (A/62/225), стр. 5. (Шестьдесят вторая сессия Пункт 72(b) предварительной повестки дня. Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод).

системы»³⁰³. Свобода мирных собраний является одной из необходимых составляющих демократии, плюрализма, терпимости и свободы выражения взглядов.

Соблюдение свободы собраний предполагает как негативное обязательство государства воздерживаться от вмешательства в мирное собрание, так и позитивное обязательство государства защищать субъектов права при его исполнении (во время реализации свободы мирных собраний).

МЕЖДУНАРОДНЫЕ НОРМЫ

Свобода собраний признается рядом международных и региональных документов **юридически обязательного и необязательного (рекомендательного) характера**. На международном уровне свобода собраний гарантируется: а) статьей 21 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП); б) статьей 5(d)(ix) Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации; в) статьей 15 Конвенции о правах ребенка; г) статьей 20(1) Всеобщей декларации прав человека; д) статьей 5 Декларации о праве и обязанности отдельных лиц, групп и органов общества поощрять и защищать общепризнанные права человека и основные свободы, известной как Декларация о правозащитниках. На региональном уровне: а) статьей 11 Африканской хартии прав человека и народов; б) статьей 15 Американской конвенции о правах человека; в) статьей 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод Совета Европы, известной как Европейская конвенция; г) Копенгагенским документом ОБСЕ 1990 года.

Вышеуказанные международные документы предлагают общие рамки свободы мирных собраний, которые сводятся, прежде всего, к признанию правоспособности каждого человека на свободу мирных собраний как таковой. В них практически не содержатся положения, позволяющие законодательным и исполнительным органам государств понять суть свободы мирных собраний, а также допустимые принципы регламентирования данной свободы, соответствующие ее сути. Свое дальнейшее детализированное развитие эти нормы получили в документах, разрабатываемых договорными органами ООН, прежде всего, Комитетом ООН по правам человека — органом ООН, созданным в соответствии с частью IV МПГПП³⁰⁴. Именно в решениях Комитета по индивидуальным сообщениям, а также в Замечаниях общего порядка толкуется суть общих норм международных документов, и устанавливаются так называемые международные стандарты в области прав человека в целом и свободы мирных собраний в частности (см. главу 3 **ДОПУСТИМОСТЬ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ**).

Кроме того, в 2005 году Совет экспертов по вопросам свободы мирных собраний Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ при консультативной поддержке Европейской комиссии за демократию через право Совета Европы (Венецианская комиссия³⁰⁵) приступили к работе над

³⁰³ Руководящие принципы ОБСЕ по свободе мирных собраний. 2-е издание. БДИПЧ ОБСЕ. Варшава – Страсбург. 2011 г. С 9. Далее – Руководящие принципы.

³⁰⁴ Республика Казахстан сделала заявление о признании компетенции этого Комитета ООН рассматривать индивидуальные жалобы и иные сообщения о нарушениях прав человека на территории Казахстана, ратифицировав Факультативный протокол к МПГПП.

³⁰⁵ Комиссия является консультативным органом Совета Европы по конституционным вопросам. Эта Комиссия, созданная в 1990 году, сыграла ведущую роль в принятии конституций, соответствующих стандартам европейского конституционного наследия.

«Руководящими принципами свободы мирных собраний» — документом, который бы предложил *«практический набор инструментов для законодателей и исполнителей, ответственных за применение законов, приводя примеры надлежащей практики из национальных законодательств европейских стран и стран — участниц ОБСЕ и из судебной практики ЕКПЧ³⁰⁶, которые иллюстрируют различные законодательные возможности, используемые для регламентирования вопросов, относящихся к свободе мирных собраний»*³⁰⁷ (из предисловия к «Руководящим принципам свободы мирных собраний»). В 2007 году было опубликовано первое издание «Руководящих принципов свободы мирных собраний». В 2011 году в свет вышло второе издание документа.

В настоящее время «Руководящие принципы свободы мирных собраний» являются единственным документом в отношении свободы мирных собраний, обобщающим экспертный опыт, в связи с чем используются в качестве основного при принятии решений специализированными органами ООН, ЕСПЧ³⁰⁸, национальными судами ряда стран ОБСЕ по вопросам обеспечения и реализации права на мирные собрания. В документе сформулированы минимальные международные нормы (принципы), которые следует соблюдать властям стран — участниц ОБСЕ в процессе регулирования права на свободу собраний.

В «Руководящих принципах свободы мирных собраний» полно раскрыта суть свободы мирных собраний, под которой понимается одно из основных прав человека, *«которым могут пользоваться и которое может быть реализовано отдельными людьми и группами, незарегистрированными объединениями, юридическими лицами и иными видами организаций. Собрания могут служить множеству целей, в том числе, чтобы продемонстрировать отличие, выразить непопулярное мнение или мнение меньшинства. Защита свободы мирных собраний является принципиально важным фактором для создания толерантного и плюралистического общества, в котором могут мирно сосуществовать группы с различными убеждениями, обычаями или образом действий»*.

Под термином «собрание» в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» понимается намеренное и временное присутствие в общественном месте группы лиц с целью выражения общих интересов. Тем не менее, *«данное определение не следует толковать таким образом, который бы препятствовал распространению принципа защиты на другие виды мирных собраний, такие как собрания, проходящие на территории государственных или частных объектов или сооружений»*³⁰⁹ («Определение собрания», стр. 13 «Руководящих принципов свободы мирных собраний»). В документе говорится, что защите со стороны государства подлежат лишь мирные собрания лиц. Собрание определяется как мирное, если его организаторы преследуют мирные намерения. При этом понятие «мирное» включает и такое поведение, которое может раздражать тех, кто не согласен с идеями участников данного собрания, а также включает и такое поведение, которое может быть направлено на воспрепятствование действий третьих лиц.

В документе изложен ряд базовых принципов в отношении сути свободы мирных собраний и обязанности государства по ее обеспечению.

Комиссия стала признанным во всем мире независимым «мозговым центром» по правовым вопросам.

³⁰⁶ Европейская Конвенция по правам человека.

³⁰⁷ Руководящие принципы. С.10.

³⁰⁸ Европейский суд по правам человека.

³⁰⁹ Руководящие принципы. С.13.

I принцип — презумпции в пользу проведения собраний³¹⁰

Согласно данному принципу, реализация права на свободу мирных собраний должна осуществляться без внешнего регулирования, насколько это возможно, что, прежде всего, означает, что желающие принять участие в собрании не должны просить на это разрешения у власти. Законодательство должно недвусмысленно определять презумпцию в пользу свободы собраний и при любой возможности трактовать нормы закона в пользу проведения собрания, ему не должны чиниться препятствия.

II принцип — обязанности государства защищать мирное собрание³¹¹

Данный принцип заключается в том, что государство обязано разработать и обеспечивать полный набор механизмов и процедур для эффективной практической реализации свободы собраний без чрезмерного бюрократического регулирования.

III принцип — законности³¹²

Согласно данному принципу, любые ограничения свободы мирных собраний должны основываться исключительно на положениях закона, а сам закон должен соответствовать международному законодательству в области прав человека, его нормы должны быть чётко сформулированы, не вызывая разночтений. Каждый человек должен иметь возможность однозначно определить, вступает ли его поведение в противоречие с нормами закона или нет.

IV принцип — соразмерности³¹³

Принцип соразмерности означает, что любые ограничения в отношении свободы собраний должны быть соразмерными законным целям, ради которых они вводятся. При этом, преследуя законные цели, власти, тем не менее, должны отдавать предпочтение мерам, предусматривающим наименьший уровень вмешательства в ход проведения собрания. Это означает, что предусмотренные законом ограничения не должны применяться автоматически, а лишь с учётом конкретной ситуации в каждом конкретном случае. Принудительное прекращение собраний должно применяться исключительно как крайняя мера при невозможности реализовать законные цели иными способами.

V принцип — надлежащей практики административного регулирования³¹⁴

Настоящий принцип обязывает власти принять такое законодательство, в котором чётко закреплено, какой государственный орган наделён полномочиями регулировать свободу собраний. Широкой общественности должен быть предоставлен свободный доступ к полной и достоверной информации о деятельности этого органа, а его процедуры принятия решений должны быть прозрачны.

VI принцип — недискриминации³¹⁵

При регулировании свободы собраний органы власти обязаны предоставлять равную возможность реализации этого права любому лицу или группам лиц.

³¹⁰ Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.1.

³¹¹ Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.2.

³¹² Руководящие принципы. С.16. Пункт 2.3.

³¹³ Руководящие принципы. С.16-17. Пункт 2.4.

³¹⁴ Руководящие принципы. С.17. Пункт 2.6.

³¹⁵ Руководящие принципы. С.17. Пункт 2.5.

Недопустимы никакие ограничения по признаку расы, пола, национальности, вероисповедания, политических взглядов, принадлежности к тем или иным социальным группам и тому подобное.

ДОПУСТИМОСТЬ ОГРАНИЧЕНИЙ СВОБОДЫ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

«Краеугольным камнем» свободы мирных собраний является вопрос, касающийся возможности государства ограничивать человека в его свободе мирно и без оружия собираться. В частности, обладает ли государство правом ограничивать человека в его свободе мирных собраний как таковым, и если «да», то в каких случаях.

Международные нормы предлагают довольно интересный ответ на эти вопросы, определяя, что «...пользование этим правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые налагаются в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц» (ст. 21 МПГПП).

Иными словами, предлагаемая МПГПП формулировка ответа на поставленные выше вопросы допускает ограничения свободы мирных собраний, **но** лишь в качестве отдельных исключений из общего правила пользования этой свободой без каких-либо ограничений. Исключениями могут служить лишь те ограничения, которые наложены в соответствии с законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц. В этом контексте представителям законодательной и исполнительной власти важно четко ориентироваться в том, что в рамках международного права прав человека **понимается под допустимыми ограничениями прав и свобод человека**, которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной или общественной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья и нравственности населения или защиты прав и свобод других лиц.

Толкование допустимости, необходимости и соразмерности ограничений прав и свобод человека изложено в Сиракузских принципах о положениях, касающихся ограничения и умаления прав в МПГПП, принятых Экономическим и социальным советом ООН в 1984 году³¹⁶. В них в частности указывается:

³¹⁶ В них в частности указывается:

- не допускаются никакие ограничения или основания для их применения в отношении прав, гарантируемых в МПГПП, за исключением ограничений, которые рассматриваются в положениях самого МПГПП;
- сфера применения ограничения не может быть истолкована таким образом, чтобы поставить под угрозу сущность соответствующего права;
- толкование любых ограничений должно быть максимально конкретным и любые сомнения должны решаться в пользу защиты рассматриваемых прав;
- толкование ограничений должно происходить с учетом характера и контекста, в котором существует каждое из ограничиваемых прав;
- все ограничения признаваемых в МПГПП прав должны быть закреплены в соответствии с национальным законом и соответствовать целям и задачам МПГПП;
- перечисленные в МПГПП ограничения не могут быть применены для целей, не совпадающих с описанными в МПГПП;
- произвольное применение ограничений не допускается;

- не допускаются никакие ограничения или основания для их применения в отношении прав, гарантируемых в МПГПП, за исключением ограничений, которые рассматриваются в положениях самого МПГПП;

- сфера применения ограничения не может быть истолкована таким образом, чтобы поставить под угрозу сущность соответствующего права;

- толкование любых ограничений должно быть максимально конкретным, и любые сомнения должны решаться в пользу защиты рассматриваемых прав;

- толкование ограничений должно происходить с учетом характера и контекста, в котором существует каждое из ограничиваемых прав;

- все ограничения признаваемых в МПГПП прав должны быть закреплены в соответствии с национальным законом и соответствовать целям и задачам МПГПП;

- перечисленные в МПГПП ограничения не могут быть применены для целей, не совпадающих с описанными в МПГПП;

- произвольное применение ограничений не допускается;

- законом должны быть предусмотрена возможность обжалования и эффективные средства правовой защиты от неправомерного введения или применения каждого из ограничений;- В тех случаях, когда МПГПП предписывает, чтобы ограничение было «необходимым», термин «необходимо» подразумевает, что такое ограничение: (а) основано на одном из положений, согласно которым такое ограничение является допустимым в соответствии с одной из статей МПГПП, (b) отвечает насущной потребности государства или общества, (с) преследует законные цели, а также (d) является соразмерным этим целям. Любая оценка необходимости ограничения основывается на объективных соображениях;

- применяя ограничение, государство использует только столько ограничительных средств, сколько необходимо для достижения цели данного ограничения;

- законы, вводящие ограничения на осуществление прав человека, не должны быть необоснованными или неразумными;

- выражение «в демократическом обществе» истолковывается как еще больше ограничивающее те ограничительные положения, которые оно определяет. Государство, вводящее определяемые таким образом ограничения, показывает, что эти ограничения не наносят ущерба демократическому функционированию общества;

- выражение «общественный порядок (*ordre public*)», как оно используется в МПГПП, может определяться как сумма норм, которые обеспечивают функционирование общества, или как ряд основополагающих принципов, на которых основывается общество. Уважение прав человека составляет часть общественного порядка (*ordre public*);

- здоровье населения может быть использовано в качестве основы для ограничения некоторых прав с тем, чтобы позволить государству принять меры в отношении серьезной угрозы здоровью, населения или отдельным лицам из числа населения. Эти меры должны быть конкретно направлены на профилактику заболеваний или травматизма или на обеспечение ухода за больными и травмированными;

- государственная (национальная) безопасность может использоваться для оправдания мер, ограничивающих определенные права, только в тех случаях, когда они принимаются для защиты существования государства, его территориальной целостности или политической независимости против силы или угрозы применения силы;

- на соображения государственной (национальной) безопасности нельзя ссылаться как на причину введения ограничений с целью предотвращения исключительно местных или относительно изолированных угроз для правопорядка;

- соображения государственной (национальной) безопасности нельзя использовать как предлог для введения общих или произвольных ограничений; общественная безопасность означает защиту от угрозы безопасности населения, его жизни или физическому здоровью или серьезного ущерба его собственности. Необходимость обеспечения общественной безопасности может оправдывать ограничения, предусматриваемые законом, но ее нельзя использовать для введения общих или произвольных ограничений.

- законом должны быть предусмотрены возможность обжалования и эффективные средства правовой защиты от неправомерного введения или применения каждого из ограничений;

- В тех случаях, когда МПГПП предписывает, чтобы ограничение было «необходимым», термин «необходимо» подразумевает, что такое ограничение: (a) основано на одном из положений, согласно которым такое ограничение является допустимым, в соответствии с одной из статей МПГПП; (b) отвечает насущной потребности государства или общества; (c) преследует законные цели, а также (d) является соразмерным этим целям. Любая оценка необходимости ограничения основывается на объективных соображениях;

- применяя ограничение, государство использует только столько ограничительных средств, сколько необходимо для достижения цели данного ограничения;

- законы, вводящие ограничения на осуществление прав человека, не должны быть необоснованными или неразумными;

- выражение «в демократическом обществе» истолковывается как еще больше ограничивающее те ограничительные положения, которые оно определяет. Государство, вводящее определяемые таким образом ограничения, показывает, что эти ограничения не наносят ущерба демократическому функционированию общества;

- выражение «общественный порядок (ordre public)», как оно используется в МПГПП, может определяться как сумма норм, которые обеспечивают функционирование общества, или как ряд основополагающих принципов, на которых основывается общество. Уважение прав человека составляет часть общественного порядка (ordre public);

- здоровье населения может быть использовано в качестве основы для ограничения некоторых прав с тем, чтобы позволить государству принять меры в отношении серьезной угрозы здоровью населения или отдельных лиц из числа населения. Эти меры должны быть конкретно направлены на профилактику заболеваний или травматизма или на обеспечение ухода за больными и травмированными;

- государственная (национальная) безопасность может использоваться для оправдания мер, ограничивающих определенные права, только в тех случаях, когда они принимаются для защиты существования государства, его территориальной целостности или политической независимости против силы или угрозы применения силы;

- на соображения государственной (национальной) безопасности нельзя ссылаться как на причину введения ограничений с целью предотвращения исключительно местных или относительно изолированных угроз для правопорядка;

- соображения государственной (национальной) безопасности нельзя использовать как предлог для введения общих или произвольных ограничений;

- общественная безопасность означает защиту от угрозы безопасности населения, его жизни или физическому здоровью или серьезного ущерба его собственности. Необходимость обеспечения общественной безопасности может оправдывать ограничения, предусматриваемые законом, но ее нельзя использовать для введения общих или произвольных ограничений.

Также разъяснения положений МПГПП, касающихся возможности ограничения прав и свобод человека, содержатся в ряде Замечаний общего порядка. Важно отметить, что Замечания общего порядка, издаваемые Комитетом ООН по правам человека, должны приниматься в Казахстане как официальное толкование положений международного договора, ратифицированного Республикой

Казахстан³¹⁷, и использоваться в правоприменительной и судебной практике, согласно п.4 Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 года №6 «Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов»³¹⁸.

В Замечании общего порядка к МПГПП №10 (1983 год) говорится, что: «*когда государство-участник накладывает некоторые ограничения на осуществление права на свободное выражение своего мнения, эти ограничения не должны ставить под угрозу сам принцип этого права*». Этот же принцип действует и в отношении свободы мирного собрания.

Основным документом Комитета ООН по правам человека в отношении толкования допустимости ограничений прав человека является Замечание общего порядка к МПГПП №27 (1999 год). Этот документ используется в судебной и квази-судебной практике многих государств и международных органов, когда рассматривается вопрос о том, допустимы ли наложенные ограничения с точки зрения международных обязательств в рамках МПГПП. В соответствии с этим документом, оговариваются исключительные цели, для сохранения которых могут ограничиваться фундаментальные политические права и гражданские свободы.

Так, государству разрешено ограничивать осуществление прав и свобод человека лишь для сохранения четырех следующих целей: (1) охраны государственной (национальной) безопасности; (2) общественного порядка (*ordre public*); (3) здоровья или нравственности населения; (4) прав и свобод других лиц. Более того, помимо целей, для сохранения которых они вводятся, ограничения должны соответствовать еще ряду условий, дабы считаться допустимыми с точки зрения норм международного права человека. В частности, ограничения должны:

1. предусматриваться законом;
2. являться необходимыми в демократическом обществе для защиты разрешенных целей;
3. соответствовать принципу соразмерности;
4. соответствовать принципу пропорциональности.

Предусматриваться законом. Согласно п.13 Замечания №27, «*принимая законы, предусматривающие ограничения, государствам следует всегда*

³¹⁷ Республика Казахстан является участником этого международного договора в области прав человека, ратифицировав его 28 ноября 2005 года.

³¹⁸ Согласно п.4 Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан от 5 ноября 2009 года №6 «Об официальном толковании норм статьи 4 Конституции Республики Казахстан применительно к порядку исполнения решений международных организаций и их органов», «*наряду с международными договорами, к действующему праву Казахстана отнесены также нормы «иных обязательств Республики» (пункт 1 статьи 4 Конституции)*. Конституционный совет полагает, что **иные обязательства могут возникать как в рамках порождающих их международных договоров, выступая их составными частями, либо логическими содержательными (материальными), либо организационными (процессуальными) продолжениями**, так и самостоятельно, вне международных договоров. Первые, при соблюдении изложенных в настоящем нормативном постановлении условий, могут приобретать юридические свойства ратифицированного международного договора...». В этой связи логическим продолжением международного договора — МПГПП — являются решения и документы, издаваемые в развитие МПГПП, в том числе касающиеся толкования ограничений прав и свобод человека, закрепленных в разных статьях МПГПП.

руководствоваться принципом, согласно которому ограничения не должны ущемлять существа рассматриваемого права; соотношение между правом и ограничением, между нормой и исключением не должно видоизменяться. Законы, разрешающие применение ограничений, должны основываться на чётких критериях и не должны наделять неограниченными дискреционными полномочиями лиц, которым поручено их осуществление».

Являться необходимыми в демократическом обществе для защиты разрешенных целей и соответствовать принципу соразмерности. Согласно п.14 Замечания №27, «...недостаточно лишь того, чтобы ограничения служили достижению разрешенных целей; они также должны являться необходимыми для их защиты. Ограничительные меры должны соответствовать принципу соразмерности; они должны являться уместными для выполнения своей защитной функции; они должны представлять собой наименее ограничительное средство из числа тех, с помощью которых может быть достигнут желаемый результат; и они должны являться соразмерными защищаемому интересу».

Согласно п.15 Замечания, «принцип соразмерности должен соблюдаться не только в законодательстве, в котором предусматриваются ограничения, но и административными и судебными властями в процессе применения законодательства. Государства должны обеспечивать, чтобы любые процедуры, связанные с осуществлением или ограничением этих прав, осуществлялись в кратчайшие сроки и чтобы приводились причины, оправдывающие применение ограничительных мер».

Пропорциональность. Любые ограничения в отношении свободы собраний должны быть пропорциональными. В процессе достижения органами власти разрешенных целей предпочтение следует отдавать мерам, предусматривающим наименьший уровень вмешательства. Принцип пропорциональности требует, чтобы органы власти автоматически не накладывали ограничения, которые существенным образом меняют характер мероприятия. Например, не следует переносить место проведения собрания в удаленные от центра районы города.

На основе общих требований, предъявляемых к допустимости ограничений прав и свобод человека, закрепленных в Сиракузских принципах и Замечаниях общего порядка №№10, 27 Комитета ООН по правам человека, в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» были сформулированы требования к ограничениям непосредственно свободы мирных собраний.

Во-первых, в отношении **места проведения мирных собраний.** Согласно положениям «Руководящих принципов свободы собраний», собрания являются таким же законным способом использования публичного пространства, как и торговля, движение транспорта или пешеходов. Это соображение должно учитываться при рассмотрении необходимости каких-либо ограничений.

Во-вторых, в отношении **тематики собрания.** Собрания проводятся для выражения общего мнения их участников и доведения до общественности определенных идей и посланий. Введение ограничений визуального или звукового содержания послания следует применять только при наличии неизбежной угрозы насилия.

В-третьих, в отношении **цели мирного собрания.** Публичные собрания проводят с целью доведения идей и посланий до сведения конкретного лица, группы или организации. Поэтому общее правило заключается в том, что следует способствовать проведению собраний в пределах видимости и слышимости их целевой аудитории. Если применяются какие-либо ограничения в отношении времени, места или порядка проведения собрания, должны быть предложены разумные альтернативы.

РАЗРЕШЕНИЕ ИЛИ УВЕДОМЛЕНИЕ?

Международные стандарты в области свободы мирных собраний однозначно относят разрешительную систему реализации данной свободы, при которой лица, желающие провести собрание, могут реализовывать свою свободу только после получения соответствующего разрешения со стороны властей, к недопустимым ограничениям свободы мирных собраний. Прежде всего, в силу того, что разрешительная система противоречит самой сути свободы мирных собраний, в основе которой, как выше уже отмечалось, лежит фундаментальное понятие свободы, включающее в себя обязательство государства обеспечить каждому человеку эффективную реализацию данного права без какого-либо специального разрешения со стороны властей.

*«В число выявленных Комитетом по правам человека недостатков в плане обеспечения свободы собраний входят: а) запреты на проведение демонстраций; б) необоснованные ограничения в отношении демонстраций; в) ненужные требования получения разрешений, которые негативно сказываются на свободе собраний; г) отсутствие правовых средств для оспаривания решений об отказе в разрешении на проведение демонстраций; д) аресты протестующих, которые равносильны произвольному заключению; е) законодательство не соответствует международным нормам в области прав человека, поскольку оно препятствует осуществлению права на свободу собраний и права на выражение протеста и предусматривает наказание за это, и поскольку в нем устанавливаются процедуры, фактически препятствующие возможности пользоваться правом на мирные собрания; ж) законодательство о борьбе с терроризмом содержит столь широкие определения «терроризма», что они препятствуют осуществлению законной деятельности в демократическом обществе, в частности, участию в публичных демонстрациях».*³¹⁹

В отношении уведомительной системы реализации свободы мирных собраний в своем решении по делу *Аули Кивенмаа против Финляндии*³²⁰ Комитет по правам человека разъяснил, что в целом требование о предварительном уведомлении о проведении демонстрации (как одного из видов мирного собрания — прим. автора) может соответствовать допустимым ограничениям, изложенным в статье 21 МПГПП, **НО** при условии наличия причин, связанных с национальной или общественной безопасностью, общественным порядком, защитой здоровья или нравственности населения или защитой прав и свобод других лиц. При этом в ситуации *Аули Кивенмаа* эксперты Комитета по правам человека пришли к выводу, что объединение нескольких человек в месте проведения церемонии встречи главы иностранного государства, находящегося с официальным визитом в Финляндии, не могло рассматриваться как демонстрация. Кроме того, такое собрание не угрожало национальной или общественной безопасности, общественному порядку, здоровью, нравственности, правам и свободам других лиц, а следовательно, организаторы собрания не были обязаны уведомлять власти о проведении собрания.

³¹⁹ Параграф 20 Доклада Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правозащитниках (A/62/225), стр. 5. (Шестьдесят вторая сессия Пункт 72(b) предварительной повестки дня. Поощрение и защита прав человека: вопросы прав человека, включая альтернативные подходы в деле содействия эффективному осуществлению прав человека и основных свобод).

³²⁰ См. *Официальные отчеты Генеральной ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение №40 (A/49/40)*, том II, приложение IX, раздел N.

Европейский суд по правам человека, нарабатывавший судебную практику применения статьи 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, рассмотрел вопрос о предварительном уведомлении о демонстрациях в деле *Ойа Атаман против Турции*³²¹. С учетом позиции Комитета по правам человека в вышеупомянутом деле *Аули Кивенмаа против Финляндии*³²² и мнения Венецианской комиссии³²³ ЕСПЧ указал, что установление режима предварительного уведомления о мирном собрании не обязательно ведет к нарушению этого права при условии, что требование в отношении предварительного уведомления косвенно не ограничивает право на проведение мирных собраний.

В «Руководящих принципах свободы мирных собраний» по вопросу о предварительном уведомлении сказано следующее: «Практика, когда орган регулирования требует предварительного письменного уведомления о проведении публичного собрания, является общепринятой. Такое требование оправдано в виду позитивной обязанности государства по созданию необходимых условий для содействия реализации свободы собраний и охраны общественного порядка, общественной безопасности и защиты прав и свобод других лиц. Комитет ООН по правам человека устанавливает, что, хотя требование о предварительном уведомлении *de facto* и является ограничением свободы собраний, оно соответствует положениям о допустимых ограничениях, предусмотренных в Статье 21 МПГПП. Европейская комиссия по правам человека в деле *Объединения жителей Юры (1979 г.)* также пришла к выводу о том, что «такая процедура соответствует требованиям Статьи 11(1) лишь в том случае, если она способствует тому, чтобы власти могли обеспечить мирный характер собрания, и, как таковая, не приводит к вмешательству в реализацию этого права»³²⁴.

Однако «Процесс уведомления не следует делать обременительным или бюрократизированным, поскольку это отпугивает тех, кто желал бы провести то или иное собрание и, следовательно, означает нарушение права на собрание. Кроме того, не следует требовать, чтобы демонстранты, осуществляющие акцию протеста в индивидуальном порядке, направляли властям предварительное уведомление о намерении провести демонстрацию. В случае, если к лицу, которое проводит индивидуальную акцию, присоединяется другое лицо или лица, то такое мероприятие следует расценивать как стихийное собрание»³²⁵ (см. раздел 6 «**СТАТЬЯ 373 КоАП РК В КОНТЕКСТЕ ПРОВЕДЕНИЯ СТИХИЙНЫХ СОБРАНИЙ И ИНДИВИДУАЛЬНЫХ АКЦИЙ**»).

СТАТЬЯ 373 КОДЕКСА ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ КАК СЛЕДСТВИЕ НОРМ КАЗАХСТАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, РЕГУЛИРУЮЩИХ СВОБОДУ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

³²¹ Заявление №74552/01, судебное решение от 5 декабря 2006 года.

³²² См. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 40 (A/49/40), том II, приложение IX, раздел N.

³²³ 64-ое Пленарное заседание Комиссии 21–22 октября 2005 г. Свобода мирных собраний в практике европейского суда и Комиссии по правам человека (сборник решений и постановлений). Москва, РИО «Новая юстиция», 2011 г., С. 119.

³²⁴ Руководящие принципы. Пункт 92.

³²⁵ КоАП РК, Статья 373. Нарушение законодательства о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций: 1. Нарушение **законов** Республики

Действующая редакция Кодекса об административных правонарушениях РК от 30.01.2001 года (далее КоАП РК) содержит статью 373, устанавливающую административную ответственность за нарушение законодательства о порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций.³²⁶

Согласно данной статье, состав правонарушения являются следующие действия/бездействия:

- нарушение **законов** Республики Казахстан о порядке организации или проведения собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия;
- воспрепятствование организации или проведению собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия;
- участие в незаконных собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях либо ином публичном мероприятии, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния;
- предоставление руководителями и другими должностными лицами организаций участникам несанкционированного собрания, митинга, пикетирования, демонстрации или иного публичного мероприятия помещения либо иного имущества (средств связи, множительной техники, оборудования, транспорта) или создание иных условий для организации и проведения таких мероприятий.

Однако, поскольку состав административного правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, является следствием норм иных нормативных правовых актов действующего казахстанского законодательства, регулирующих свободу мирных собраний, понять и проанализировать его невозможно без знания и анализа сути таких норм (с точки зрения международных стандартов в области свободы мирных собраний).

К основным актам действующего казахстанского законодательства, регулирующего свободу мирных собраний, относятся Конституция РК и Закон РК от 17.03.1995 года «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан» (далее — Закон).

Гарантии свободы мирных собраний закреплены в статье 32 Конституции РК. *«Граждане Республики Казахстан вправе мирно и без оружия собираться,*

Казахстан о порядке организации или проведения собрания, митинга, шествия, пикетов, демонстрации либо иного публичного мероприятия, либо воспрепятствование их организации или проведению, а равно участие в незаконных собраниях, митингах, шествиях, демонстрациях либо ином публичном мероприятии, если эти действия не имеют признаков уголовно наказуемого деяния, — влечет предупреждение или штраф на физических лиц в размере до двадцати месячных расчетных показателей, на должностных лиц — штраф в размере до пятидесяти месячных расчетных показателей. 2. Предоставление руководителями и другими должностными лицами организаций участникам несанкционированного собрания, митинга, пикетирования, демонстрации или иного публичного мероприятия помещения либо иного имущества (средств связи, множительной техники, оборудования, транспорта) или создание иных условий для организации и проведения таких мероприятий — влечет штраф в размере до двадцати месячных расчетных показателей. 3. Те же действия, совершенные повторно в течение года после применения мер административного взыскания либо организатором собрания, митинга, шествия, демонстрации, — влекут штраф в размере до пятидесяти месячных расчетных показателей либо административный арест на срок до пятнадцати суток.

проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться **законом** в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц» (статья 32 Конституции Республики Казахстан). Дальнейшее правовое регулирование свободы мирных собраний осуществляется посредством применения Закона.

Если говорить о Законе с точки зрения его соответствия международным стандартам в области свободы мирных собраний, то его нормы не соответствуют международным стандартам в области обеспечения свободы мирных собраний, о которых говорилось выше, по целому ряду критериев. В частности, определения мирных собраний, закрепленные Законом, не соответствуют категориям мирных собраний, принятым в международной практике. Т.е., Законом регулируются не только мирные собрания, понимаемые как публичные акции в открытом публичном месте, но и собрания как таковые вообще. Закон устанавливает разрешительный порядок реализации свободы мирных собраний, касающийся всех видов мирных собраний, определенных в нем: собраний, митингов, шествий и демонстраций, голодовок в общественных местах, возведения юрт, палаток, иных сооружений и пикетов. Это делает практически невозможным проведение спонтанных акций, связанных с выражением протеста или иных общественных проявлений в связи с событиями, вызывающими экстренную общественную реакцию. Основания, по которым представители власти могут ограничить право граждан на проведение мирного собрания либо участия в нем, закрепленные Законом, не соответствуют Сиракузским принципам толкования ограничений и отступлений от положений МПГПП.³²⁷

Наряду с Законом, существуют решения местных представительных органов власти, регулирующие порядок проведения мирных собраний в каждом населенном пункте. Через решения подобного рода власти страны определили особые места для проведения мирных собраний практически во всех крупных населенных пунктах Казахстана. Например, в городе Алматы — это сквер за кинотеатром «Сары-Арка»; в городе Астана — это территории, прилегающие к зданиям ПКФ «Газсервис» и ОАО «Окан Атрико»; в г.Павлодар — территория, прилегающая к спортивному комплексу «Автомобилист»; в г.Костанай — Парк Победы и т.д.

В целом действующее казахстанское законодательство устанавливает следующий порядок реализации свободы мирных собраний в Республике Казахстан: **шаг первый** — лица, желающие провести любое публичное мероприятие, обязаны подать в акимат заявку на его проведение за 10 дней до планируемой даты проведения; **шаг второй** — получить разрешение на проведение мероприятия в письменной форме. Очевидно, что данный порядок, как отмечалось выше, является разрешительным порядком реализации свободы мирных собраний, что подтверждают и примеры из правоприменительной практики.

Анализ правоприменительной практики демонстрирует, что, как правило, рассматривая заявление о проведении собрания, акимат предлагает обратившимся провести свое мероприятие именно в специально отведенном для этого месте, определенном решением маслихата (см. выше). И, как правило, такие места крайне удалены от центра города, а мероприятия, проводимые в них, остаются незамеченными общественностью или теми, чье внимание пытаются привлечь собирающиеся. Несогласие обратившихся проводить мероприятие в специально

³²⁷ Перечень приведенных в настоящем документе противоречий Закона международным стандартам, касающимся свободы мирных собраний, не является исчерпывающим.

³²⁷ Руководящие принципы. Пункт 23.

отведенном для этого месте, ведет к отказу акимата в разрешении проводить публичное мероприятие вообще. Т.е., подавая заявку на проведение публичного мероприятия, заявители должны быть готовы к тому и согласны с тем, что акимат разрешит им проводить мероприятие исключительно в специально отведенном для этого месте, в противном случае — откажет.

Таким образом, статья 373 КоАП РК, прежде всего, устанавливает ответственность за нарушение разрешительного порядка реализации свободы мирных собраний. Согласно действующему казахстанскому законодательству критерием законности того или иного публичного мероприятия выступает наличие разрешения на его проведения со стороны акимата. Отсутствие разрешения на проведение мирного собрания со стороны акимата автоматически переводит его в разряд незаконных, организаторы и участники которого подлежат привлечению к административной ответственности по данной статье.

Такой подход в определении законности/незаконности того или иного публичного мероприятия не соответствует международным стандартам в области свободы мирных собраний, где основным мерилom законности/незаконности собрания, в первую очередь, является его характер: мирный или немирный. *«Очевидно, что собрания, которые не признаются мирными, будут также признаны собраниями, которые проводятся с несоблюдением закона ввиду присутствия явной и непосредственной угрозы прямого применения насилия».*³²⁸ Однако, *«если соблюдается основной критерий, согласно которому собрание признается мирным, то это автоматически приводит к возникновению активных обязательств государственной власти в отношении права на свободу мирных собраний».*³²⁹

По поводу невыполнения организатором собрания обязательных предварительных условий проведения собрания в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» сказано следующее: **«134. Мирные собрания, которые проводятся с несоблюдением установленных законом предварительных требований или со значительными отклонениями от условий, указанных в уведомлении. Если организатор не обеспечивает выполнения каких-либо обязательных предварительных условий проведения собрания (включая требование о надлежащем оформлении уведомления, а также обязательные и соразмерные ограничения, установленные на законном основании)**³³⁰ *или отказывается их выполнять, он может подлежать судебному преследованию. Тем не менее, правоохранительным органам следует, по мере возможности, оказать содействие проведению такого собрания. В случае, если вместо запланированного собрания с небольшим количеством участников в день его проведения участников оказывается намного больше из-за неожиданно большого притока людей, правоохранительным органам следует оказать содействие проведению такого собрания и относиться к такому собранию как к законному, при условии сохранения его мирного характера»*³³¹.

В отношении субъектов правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, статья позволяет привлечь к административной ответственности за участие в незаконном собрании, в том числе и его участников. Т.е. по действующему казахстанскому законодательству сотрудники правоохранительных органов имеют

³²⁹ Руководящие принципы. Пункт 22.

³³⁰ Которые при этом должны соответствовать международным стандартам в сфере свободы мирных собраний, а разрешительный порядок реализации мирных собраний является недопустимым ограничением свободы мирных собраний — прим. Автора.

³³¹ Руководящие принципы. Стр. 68-69.

право привлечь к ответственности за участие в собрании, не разрешенном акиматом, и его участников. Эту норму довольно сложно сравнивать с международными стандартами в области мирных собраний, поскольку изначально она исходит из концептуально неверного подхода в определении того, какое собрание считать законным и незаконным. Хотя в целом, можно сказать, что общим правилом международных стандартов в области свободы мирных собраний является наложение ответственности за нарушение законности в ходе реализации свободы мирных собраний на его организаторов и распорядителей (*понятие, отсутствующее в казахстанском законодательстве — прим. автора*). «Организатор — это лицо или лица, которые несут основную ответственность за данное собрание. Организатором также можно считать лицо, от имени которого подается предварительное уведомление».³³² «Распорядители — это лица, которые помогают организатору собрания в проведении мероприятия...».³³³

*«Организаторы и распорядители обязаны прилагать разумные усилия для того, чтобы обеспечить соблюдение требований закона и мирный ход своих собраний, но их не следует привлекать к ответственности за невыполнение этих обязанностей, если они прилагали разумные усилия для их выполнения. На организаторов не следует возлагать ответственность за действия отдельных участников или распорядителей, которые не соблюдают полученных инструкций. Напротив, любой участник или распорядитель, виновный в правонарушении или невыполнении законных указаний сотрудника правоохранительных органов, должен нести ответственность в индивидуальном порядке».*³³⁴

СТАТЬЯ 373 КоАП РК В КОНТЕКСТЕ ПРОВЕДЕНИЯ СТИХИЙНЫХ СОБРАНИЙ И ИНДИВИДУАЛЬНЫХ АКЦИЙ

Поскольку статья 373 КоАП РК устанавливает ответственность за нарушение разрешительного порядка реализации свободы мирных собраний, то она полностью исключает возможность проведения стихийных собраний без последующего привлечения организаторов и участников к административной ответственности по данной статье. Подобное положение вещей противоречит международным стандартам в области мирных собраний.

В отношении стихийных собраний в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» говорится, что «*возможность реагировать мирно и незамедлительно (спонтанно на определенные события, эпизоды, другие собрания или выступления является важным элементом свободы собраний. Стихийные собрания следует рассматривать как ожидаемое (а не исключительное) проявление здоровой демократии. Следовательно, государственные органы обязаны защищать любые стихийные собрания и способствовать их проведению при условии, что они носят мирный характер*».³³⁵

«Вопрос о стихийных собраниях заслуживает особого внимания в свете требования о предварительном уведомлении. В законе следует прямо предусмотреть исключение из требования о предварительном уведомлении в случаях, когда предварительное уведомление является невозможным с практической точки зрения. В законе также следует предусмотреть

³³² Руководящие принципы. Пункт 149.

³³³ Руководящие принципы. Пункт 156.

³³⁴ Руководящие принципы. Пункт 61.

³³⁵ Руководящие принципы. Пункт 97.

*возможность для защиты участников, которым было предъявлено обвинение в участии в собрании с нарушением закона, если эти участники не были осведомлены о незаконном характере такого собрания. Кроме того, наказания или санкции не следует применять при наличии обоснованных причин для несоблюдения требования о предварительном уведомлении».*³³⁶

В отношении акций, публично совершаемых одним человеком, международные стандарты в области свободы мирных собраний не относят такие акции к собраниям, недвусмысленно называя их индивидуальными. Тем не менее, в международных стандартах учтен тот момент, что любая индивидуальная акция легко может превратиться в собрание, как правило, стихийное, которым в международных стандартах уделено достаточно много внимания.

Правовое регулирование индивидуальных акций в Казахстане своеобразно, но также противоречит международным стандартам в области свободы мирных собраний. В июле 2011 года Генеральная прокуратура РК направила ответ руководителю общественного фонда «Ар.Рух.Хак», в котором выразила «свою позицию по вопросу правового регулирования акций протеста, проводимых одним человеком». Эта позиция заключается в том, что нормы Закона распространяются, в том числе, и на акции протеста, проводимые одним человеком. Т.е. любую публичную акцию, проводимую одним человеком, Генеральная прокуратура РК относит к собранию, законность проведения которого определяется наличием разрешения акимата. В своем ответе прокуратура сообщает, что «...законодательством (законом «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан») не ограничивается число участников перечисленных выше публичных мероприятий (в т.ч. акций протеста), основным признаком является его **публичность**»³³⁷. В то же время, как отмечалось выше, в «Руководящих принципах свободы мирных собраний» термин «собрание» означает намеренное и временное присутствие в общественном месте, которое не является зданием или сооружением, **группы лиц** с целью выражения общих интересов. Т.е., согласно международным стандартам в области мирных собраний, основным критерием определения собрания в качестве такового является не публичность, а количество собравшихся. Позицию Генеральной прокуратуры РК разделяют и другие казахстанские правоохранительные органы, оформляющие административные материалы в отношении лиц, проводящих публичные акции протеста, по нарушению ст. 373 КоАП РК, а также казахстанские суды, привлекающие таких лиц к административной ответственности по данной статье.

ЗАКЛЮЧИТЕЛЬНЫЙ ВЫВОД

Действующая редакция статьи 373 КоАП РК является следствием **концептуально неверных**, с точки зрения международных стандартов в области свободы мирных собраний норм иных законодательных актов, регулирующих свободу мирных собраний, и требует коренного реформирования.

³³⁶ Руководящие принципы. Пункт 98.

³³⁶ Письмо от 05.07.11 №2-7/1207-11 - Архив автора.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ПО СВОБОДЕ МИРНЫХ СОБРАНИЙ

Поскольку состав правонарушения, закрепленного статьей 373 КоАП РК, есть логическое следствие или отражение концептуально неверных казахстанских норм, регулирующих свободу мирных собраний, то до внесения каких-либо изменений в КоАП, в частности в статью 373, необходимо реформировать законодательные нормы, регулирующие свободу мирных собраний. В частности:

1. Необходимо пересмотреть нормы казахстанского законодательства о праве граждан на мирное собрание для его приведения в соответствие с международными стандартами, в том числе путем принятия нового закона, проект которого разработан и представлен в апреле 2007 г. представителями казахстанского гражданского общества.

2. Отменить решения маслихатов, устанавливающие определенные места для проведения публичных мероприятий.

3. Пересмотреть состав административного правонарушения, предусмотренного статьей 373 КоАП РК, исключив из него ответственность за неисполнение требования о получении разрешения на проведение собрания, а также исключив из субъектов правонарушения участников собрания. Новая редакция статьи 373 КоАП РК должна полностью соответствовать «Руководящим принципам свободы мирных собраний» и касаться ответственности организаторов собрания за проведение собрания *«с несоблюдением закона ввиду присутствия явной и непосредственной угрозы прямого применения насилия»*.

До принятия нового законодательства на практике необходимо:

1. Рассматривая вопросы, связанные со свободой мирных собраний, напрямую руководствоваться нормами МПГПП, ратифицированного Казахстаном.

2. На практике реализовывать принципы деятельности местных органов власти и правоохранительных органов, направленные на содействие гражданам в реализации их конституционного права на мирное собрание, а не на противодействие и якобы профилактику правонарушений.

3. Обеспечить практическую возможность проведения спонтанных собраний и контр-собраний.

4. Определить в качестве мест для проведения мирных собраний все публичные места, кроме тех, которые прилегают к зданиям размещения госорганов, обеспечивающих непосредственную защиту национальной безопасности и общественного порядка и учреждениям здравоохранения, установив их исчерпывающий перечень и расстояние, на котором могут проводиться мирные собрания с протестами против деятельности и этих государственных органов, а также учреждений.

5. Разработать и принять новые правила поведения сотрудников правоохранительных органов по поддержанию общественного порядка при

проведении мирных собраний, в том числе по взаимодействию с их организаторами и участниками. Казахстан, как и любое иное государство, должно обеспечивать применение кодекса поведения сотрудниками правоохранных органов, особенно в отношении действий по пресечению массовых беспорядков и применения силы, и обеспечивать, чтобы в законодательстве содержались эффективные положения в отношении надзора и отчетности должностных лиц, особенно в отношении их мер реагирования на публичные акции протеста.

Сентябрь, 2012 г.

СВОБОДА ПЕРЕДВИЖЕНИЯ В АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН³³⁸

Свобода передвижения является одной из фундаментальных свобод человека, тесно связанная с реализацией других, не менее важных прав и свобод человека.

Основными международными нормативно-правовыми актами, закрепляющими свободу передвижения, являются Всеобщая декларация прав человека (ст.13)³³⁹ и Международный пакт о гражданских и политических правах (МПГПП) (ст.12)³⁴⁰. Республика Казахстан ратифицировала эти основополагающие документы в области прав человека. С момента ратификации МПГПП имеет для Казахстана обязательную силу. В связи с его ратификацией, Казахстан обязан представлять доклад в Комитет ООН по правам человека о соблюдении норм Пакта. Последний такой доклад был представлен в 2009 г.³⁴¹

В общественных дискуссиях и научной литературе часто встает вопрос о приоритетности международного права перед национальным. Учитывая, что вышеуказанные международные документы, принятые и ратифицированные Казахстаном, представляют собой стандарты прав человека, в том числе свободы передвижения, хотелось бы специально остановиться на этом вопросе.

³³⁸ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Freedom House. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Freedom House.

³³⁹ Всеобщая Декларация прав человека. Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года.

Статья 13. «1. Каждый человек имеет право свободно передвигаться и выбирать себе местожительство в пределах каждого государства.

2. Каждый человек имеет право покинуть любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в свою страну». См.:

http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml

³⁴⁰ Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года.

Статья 12: «1. Каждому, кто законно находится на территории какого-либо государства, принадлежит, в пределах этой территории, право на свободное передвижение и свобода выбора местожительства.

2. Каждый человек имеет право покинуть любую страну, включая свою собственную.

3. Упомянутые выше права не могут быть объектом никаких ограничений, кроме тех, которые предусмотрены законом, необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других и совместимы с признаваемыми в настоящем Пакте другими правами.

4. Никто не может быть произвольно лишен права на въезд в свою собственную страну».

См. http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

³⁴¹ Постановление Правительства Республики Казахстан от 12 июня 2009 года № 892 «Об утверждении доклада о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах». См.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pactpol.shtml

В соответствии с п.1 ст. 4 Конституции Республики Казахстан, «действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, **соответствующих ей** (прим. - выделено автором) законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики».

Пункт 2 статьи 4 Конституции устанавливает, что «Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики».

Пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан следует понимать так, что преимущественную юридическую силу перед законодательством Республики имеют международные договоры, заключенные ею в соответствии с Конституцией Республики, в установленном законодательством порядке и ратифицированные Парламентом Республики путем принятия соответствующего закона.³⁴²

Имеющая высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики, Конституция Казахстана установила, что международные договоры могут иметь приоритет, во-первых, только, если они ратифицированы Республикой и, во-вторых, предельный высокий уровень этого приоритета - только перед ее законами (п.3 ст. 4 Конституции).³⁴³

Таким образом, Конституция имеет приоритет перед международными договорами, заключенными Казахстаном, так как ратифицируемые Казахстаном международно-правовые акты должны соответствовать ее положениям.

В отношении свободы передвижения МПГПП и Конституция РК единодушны.

Ст. 21 Конституции РК закрепляет право на свободу передвижения всех, законно находящихся на территории Казахстана, без какой-либо дискриминации: «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*».

Ч.3 статьи 12 МПГПП устанавливает, что ограничения этого и других прав возможны лишь в том случае, если они а) предусмотрены законом, б) необходимы для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения или прав и свобод других (лиц), а также в) совместимы с признаваемыми в Пакте другими правами.

В то же время, казахстанское законодательство содержит ряд ограничений свободы передвижения. В частности, ограничением права на свободу передвижения по территории Казахстана остается существующий в стране институт обязательной регистрации по месту жительства, доставшийся в наследство от советской паспортной системы и режима прописки. Важно отметить, что вопросы социального обеспечения, реализация избирательного права, права на выезд из Казахстана и другие находятся в зависимости от института регистрации.

Проведенный Комиссией по правам человека выборочный анализ отдельных нормативных правовых актов показывает на наличие несоответствия их нормам Конституции, гарантирующим гражданам свободу личности и передвижения.³⁴⁴

³⁴² Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 11 октября 2000 года N 18/2 «Об официальном толковании пункта 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан».

³⁴³ Анатолий К. Котов, член Конституционного Совета Республики Казахстан, доктор юридических наук, профессор. Конституционное верховенство и международные договоры./ Журнал "Правовая реформа в Казахстане", 2003, #1

³⁴⁴ Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009-2012 годы. Под общей редакцией Абишева Т.Д., Турсунова С.Т. – Астана, 2009. – С.136.

К примеру, Кодекс об административных правонарушениях Республики Казахстан (КоАП РК) предусматривает административную ответственность за отсутствие регистрации по месту жительства иностранцев и лиц без гражданства, причем этот срок начинается с 10 дней, что крайне мало, учитывая географию нашей страны.³⁴⁵ Для граждан же Казахстана само по себе проживание без регистрации, вне зависимости от срока такого проживания, является административным правонарушением по той же ст. 377 КоАП РК. Более того, казахстанский законодатель не ограничился наказанием лишь незарегистрированных лиц, административному взысканию подлежат также собственники жилых и иных помещений, где проживают незарегистрированные граждане.³⁴⁶ Указанные нормы были внесены в административное законодательство

³⁴⁵ Статья 377 КоАП РК «Проживание в Республике Казахстан без регистрации либо без документов, удостоверяющих личность»: «1. Проживание граждан Республики Казахстан без удостоверения личности или по недействительному удостоверению личности либо без регистрации по месту жительства, за исключением случаев, установленных Законом Республики Казахстан «О миграции населения», влечет штраф в размере пяти месячных расчетных показателей. 2. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф в размере десяти месячных расчетных показателей. 3. Постоянное проживание в Республике Казахстан иностранца или лица без гражданства без вида на жительство или без удостоверения лица без гражданства либо по недействительному виду на жительство, удостоверению лица без гражданства сроком свыше десяти календарных дней, а также несвоевременное извещение органов внутренних дел об утере паспорта, вида на жительство либо удостоверения лица без гражданства влекут штраф в размере двадцати месячных расчетных показателей. 4. Деяния, предусмотренные частью третьей настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, влекут штраф в размере пятидесяти месячных расчетных показателей».

³⁴⁶ Статья 378 Кодекса об административных нарушениях Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 16.01.2013 г., введен в действие Законом РК от 30.01.01 г. № 156-II). «Нарушение собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, правил регистрации внутренних мигрантов»:

«1. Допущение собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, регистрации физических лиц, которые фактически не проживают в жилищах, зданиях и (или) помещениях, принадлежащих собственнику или находящихся в ведении других лиц, влечет штраф на физических лиц в размере пяти, на индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, - в размере пятнадцати, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, - в размере двадцати месячных расчетных показателей.

2. Деяние, предусмотренное частью первой настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф на физических лиц в размере десяти, на индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, - в размере двадцати пяти, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, - в размере тридцати месячных расчетных показателей.

3. Непринятие мер собственником жилища или другими лицами, в ведении которых находятся жилища, здания и (или) помещения, по снятию с регистрации физических лиц, зарегистрированных и не проживающих в жилищах, зданиях и (или) помещениях, принадлежащих собственнику или находящихся в ведении других лиц, влечет штраф на должностных лиц в размере десяти, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими

в августе 2011 года по инициативе Министерства внутренних дел РК, лишь спустя полгода, 25 января 2012 г. МВД устроило специальный брифинг с разъяснением этих норм СМИ и населению. Надо признать, что население Казахстана негативно восприняло эти новшества, которые еще более ограничили свободу передвижения в нашей стране.

Перечисленные выше правонарушения отнесены к Главе 24 КоАП РК «Административные правонарушения, посягающие на установленный порядок управления». Таким образом, Казахстан признает, что порядок управления государством зависит от регистрации граждан и неграждан по месту жительства. Однако во имя этого порядка приносятся в жертву фундаментальные права и свободы человека, в том числе свобода передвижения. Лицо, не имеющее регистрации, лишается права на социальные гарантии, получение квалифицированной медицинской помощи, образования, легального трудоустройства, более того, права избирать и быть избранным. Такое ограничение по своим последствиям не может быть признано соразмерным и пропорциональным по отношению к гипотетической опасности для общественного порядка, несмотря на то, что оно установлено законом.

Еще одним из таких примеров может быть то, что пунктом 1 статьи 76 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях установлено, что в качестве мер воспитательного воздействия несовершеннолетнему может быть назначено ограничение досуга и установление особых требований к поведению.

При этом «установление особых требований к поведению несовершеннолетнего может предусматривать запрет посещения определенных мест, использования определенных форм досуга, в том числе связанных с управлением транспортным средством, ограничения пребывания вне дома после определенного времени суток, выезда в другие местности без разрешения комиссии по защите прав несовершеннолетних» (п.4 ст.77 КоАП РК). Фактически это означает ограничение свободы передвижения несовершеннолетнего в воспитательных целях.

Поскольку Кодекс не предусматривает, какими органами такие меры могут быть назначены, то сегодня по существу эти меры может назначить любой орган, кроме суда, рассматривающий дело об административном правонарушении. Это не согласуется с требованиями статей 16 и 21 Конституции Республики Казахстан.

Такое же несоответствие имеется в нормах ст. 11 Закона «Об органах внутренних дел Республики Казахстан» от 21 декабря 1995 года № 2707 (пп.8-1 п. 1 ст. 11) и ст. 30 Закона **Республики Казахстан от 8 августа 2002 года № 345-III «О правах ребенка в Республике Казахстан»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.), согласно которым дети могут быть помещены в Центры реабилитации и адаптации без их согласия и без решения суда.

В связи с этим, в целях защиты конституционных прав детей, Комиссия по правам человека при Главе государства рекомендовала Правительству Республики Казахстан провести анализ всего законодательства и дополнить его нормами о том,

организациями, в размере двадцати, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, в размере сорока месячных расчетных показателей.

4. Деяние, предусмотренное частью третьей настоящей статьи, совершенное повторно в течение года после наложения административного взыскания, влечет штраф на должностных лиц в размере двадцати, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства или некоммерческими организациями, в размере сорока, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, в размере восьмидесяти месячных расчетных показателей».

что любое ограничение свободы несовершеннолетнего, ограничение его права свободного передвижения должно происходить только по решению суда.

Однако казахстанское административное законодательство содержит еще большее ограничение свободы передвижения – так называемое превентивное, установленное в ст.625-1 КоАП РК.³⁴⁷

В ст. 625-1 КоАП РК «превентивное ограничение свободы передвижения» определяется как мера индивидуальной **профилактики** (*выделено автором*) в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений и невозможности установления его личности иными способами. В то же время, законодатель отнес данную статью к Главе 36 «Принятие мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях». Таким образом, превентивное ограничение свободы передвижения должно служить в качестве меры обеспечения по делу об административном правонарушении, т.е. предполагается наличие этого самого производства. Однако в статье идет речь о гипотетической возможности наличия административного правонарушения и с этой целью предполагаемого виновного следует ограничить заранее (!) в свободе передвижения. Большого абсурда, на наш взгляд, придумать невозможно, с точки зрения права.

Однако с точки зрения правоохранительных органов, а именно миграционной полиции Министерства внутренних дел, это очень удобное средство контроля над бездомными и людьми без документов, личность которых трудной установить. Таким образом, данная статья призвана обслуживать узкие интересы миграционной полиции, а суды, санкционируя подобное превентивное ограничение свободы передвижения, в свою очередь, служат функциональным придатком миграционной полиции. В итоге, одно из фундаментальных прав человека, закрепленное в Конституции РК, ограничивается лишь для облегчения работы сотрудников правоохранительных органов, призванных защищать права человека.

На практике эта статья применяется, как уже было указано выше, к лицам без определенного места жительства и документов. Таким образом, налицо явная дискриминация этой категории населения Казахстана по признаку отсутствия жилья и документов, что является грубым нарушением ч.2 ст. 14 Конституции РК и ст. 2 МПГПП. Учитывая, что только в одном г. Алматы бездомных по разным оценкам насчитывается от 7 тыс. до 10 тыс. человек, можно представить масштаб нарушений прав человека лиц, принадлежащих к этой уязвимой группе.

Судьи считают, что понятие «превентивное ограничение свободы передвижения», данное ст. 625-1 КоАП РК, требует корректировки.³⁴⁸ Как уже было

³⁴⁷ Статья 625-1 КоАП «Превентивное ограничение свободы передвижения. 1. Превентивное ограничение свободы передвижения является мерой индивидуальной профилактики в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений, и невозможности установления его личности иными способами. 2. Превентивное ограничение свободы передвижения применяется органами внутренних дел с санкции суда и состоит из временной изоляции лица в специальном учреждении органов внутренних дел на срок до тридцати суток. 3. Порядок и условия применения превентивного ограничения свободы передвижения, а также основания освобождения из специального учреждения органов внутренних дел определяются законодательством Республики Казахстан».

³⁴⁸ См. Р. ТУРСЫМБАЕВА, судья Талдыкорганского межрайонного специализированного административного суда по Алматинской области, "Юридическая газета", 28 ноября 2011 г. URL: <http://www.nomad.su/?a=3-201111290017>

сказано, КоАП РК определяет «превентивное ограничение свободы передвижения» как меру индивидуальной профилактики при отсутствии в действиях лица признаков административных правонарушений и преступлений. Аналогичное понятие содержится в ст. 29 Закона Республики Казахстан «О профилактике правонарушений»³⁴⁹. Однако этот закон пошел дальше КоАП – он позволяет лишать лиц без определенного места жительства и документов личной свободы на срок до тридцати суток. При этом они содержатся в специальных учреждениях МВД РК – так называемых приемниках-распределителях.

Из данного определения следует, что превентивное ограничение свободы передвижения может быть применено к лицу при условии отсутствия(!) в его действиях признаков административного правонарушения и преступления.

Вместе с тем ст. 618 КоАП РК относит превентивное ограничение свободы передвижения к одной из мер обеспечения административного производства. Возникает парадокс: с одной стороны, не должно быть признаков административного правонарушения, а с другой – за что в таком случае наказывать подозреваемого таким несоизмеримым ограничением?

При этом у лиц, не имеющих постоянного места жительства и (или) документов, как правило, уже усматриваются признаки административного правонарушения ч. 1 ст. 377 КоАП РК (проживание граждан РК без удостоверения личности или по недействительному удостоверению личности либо без регистрации по месту жительства).

Вопрос подсудности санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения требует немедленного разрешения.

Дело в том, что на законодательном уровне подсудность санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения не определена. Превентивное ограничение свободы передвижения санкционируют специализированные административные суды, а если на территории соответствующей административно-территориальной единицы не образованы такие суды, вопрос санкционирования рассматривают районные (городские суды).

Вместе с тем согласно ст. 538 КоАП РК, на судей специализированных административных судов возложено рассмотрение дел об административных правонарушениях, а также согласно ч. 1-1 ст. 30 Гражданского процессуального кодекса РК – рассмотрение дел об оспаривании постановлений органов (должностных лиц), уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях.

Законодатель не только не определил подсудность санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения, но и порядок

³⁴⁹ Закон Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» от 29.04.2010 N 271-IV
Статья 29. Превентивное ограничение свободы передвижения

1. Превентивное ограничение свободы передвижения является мерой индивидуальной профилактики в отношении лица, не имеющего определенного места жительства и (или) документов, удостоверяющих личность, при отсутствии в его действиях признаков административных правонарушений и преступлений, и невозможности установления его личности иными способами.

2. Превентивное ограничение свободы передвижения применяется органами внутренних дел с санкции суда и состоит из временной изоляции лица в специальном учреждении органов внутренних дел на срок до тридцати суток.

3. Порядок и условия применения превентивного ограничения свободы передвижения, а также основания освобождения из специального учреждения органов внутренних дел определяются законодательством Республики Казахстан.

санкционирования. Не ясно, должен ли вопрос санкционирования превентивного ограничения свободы передвижения разрешаться в открытом судебном заседании, с обязательным участием прокурора, адвоката, лица, к которому применяется данная мера, или вопрос санкционирования может разрешаться единолично судьей.

Надлежит ли суду обеспечивать обязательное участие адвоката, если, например, лицо является иностранным гражданином, инвалидом и т.д. Если да, тогда каков должен быть порядок оплаты труда адвоката, так как речь идет о санкционировании меры профилактики. Законодатель не определил основания для отказа санкционирования. На практике возникает вопрос: вправе ли суды отказать правоохранительным органам в санкционировании превентивного ограничения свободы передвижения к лицам с признаками наличия психического заболевания, с признаками инвалидности, к беременным женщинам и т.д. Таким образом, еще раз констатируем то, что суды обслуживают интересы миграционной полиции, сотрудники которой очень часто злоупотребляют своими полномочиями в области превентивного ограничения свободы передвижения. В нашей практике были случаи, когда сотрудники миграционной полиции использовали превентивное ограничение свободы передвижения как средство контроля над женщинами-мигрантками, оказывающими сексуальные услуги в наказание за то, что они отказались бесплатно оказывать эти услуги полицейским.

Законодатель не определил также и вид судебного акта при санкционировании превентивного ограничения свободы передвижения, а также порядок его обжалования. Согласно ч. 4 ст. 23 Закона РК «О профилактике правонарушений»³⁵⁰, решение о применении мер индивидуальной профилактики правонарушений может быть обжаловано заинтересованными лицами в порядке, установленном законодательством. Принимая во внимание, что такое решение принимается должностным лицом, следует, что оно должно обжаловаться в соответствии с Главой 27 Гражданского процессуального кодекса РК «Производство по делам об оспаривании решений и действий (или бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, общественных объединений, организаций, должностных лиц и государственных служащих»³⁵¹. Вместе с тем, ст. 633 КоАП РК гласит, что лицо, в отношении которого применены меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении, а такой мерой может быть и превентивное ограничение свободы передвижения, может в течение десяти дней со дня применения указанных мер подать жалобу в вышестоящий орган (вышестоящему должностному лицу) или в суд.

В п. 25-15 Нормативного постановления Верховного Суда РК от 26 ноября 2004 года N 18 "О некоторых вопросах применения судами законодательства об административных правонарушениях" дано разъяснение, что протокол об административном правонарушении (статья 584 КоАП), может быть обжалован в районный и приравненный к нему суд в порядке, предусмотренном главой 27 ГПК РК, до поступления дела в суд, орган (должностному лицу), уполномоченный рассматривать соответствующее дело об административном правонарушении. Если

³⁵⁰ Закон Республики Казахстан «О профилактике правонарушений» от 29.04.2010 N 271-IV. Статья 23. Меры индивидуальной профилактики правонарушений.

4. Решение о применении мер индивидуальной профилактики правонарушений может быть обжаловано заинтересованными лицами в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

³⁵¹ См. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.12.2012 г.). Введен в действие Законом РК от 13 июля 1999 года № 412-1.

в момент поступления дела об административном правонарушении решение по делу об оспаривании протокола об административном правонарушении не принято, жалоба подлежит рассмотрению судом, органом (должностным лицом), рассматривающим дело об административном правонарушении.

Если исходить из аналогии, следует, что лицо, не согласное с применением к нему меры обеспечения административного производства в виде превентивного ограничения свободы передвижения, так же как и с протоколом, жалобой, может подать в административный суд. Однако на сегодняшний день превентивное ограничение санкционируют именно административные суды.

Отдельной темой для обсуждения скорейшего разрешения должен стать и вопрос результативности применения такой меры профилактики правонарушений, как превентивное ограничение свободы передвижения. На деле она никак не решает проблемы тех же людей без жилья и документов, напротив, лишь усугубляет. Государство, устанавливая административную ответственность в виде штрафа за отсутствие регистрации и документов, загоняет этих людей в тупик. Без регистрации и документов невозможно легально устроиться на работу и заработать таким образом на оплату штрафа. Эти люди вынуждены перебиваться случайными заработками, которых едва хватает на существование. В нашей практике есть случаи, когда граждане по 8-10 лет не могут восстановить документы, удостоверяющие личность. Все они не раз попадали в орбиту миграционной полиции, но ситуация отсутствия документов коренным образом не менялась. В данном случае мы можем констатировать отсутствие подхода правоохранительных органов к решению проблем людей без регистрации, документов и жилья. Их обязанностью является лишь выявить правонарушение и наказать за него, что является прекрасной иллюстрацией живучести советского карательного подхода. Учитывая суперконцентрацию полномочий и обязанностей по регистрации, документированию, приему заявлений оралманов и беженцев в руках миграционной полиции МВД РК, выяснение точного количества людей без документов, регистрации и жилья не потребует чрезмерных материальных и человеческих ресурсов.

Несмотря на принятые Казахстаном международные обязательства по соблюдению и защите свободы передвижения, административное законодательство и правоприменительная практика нашей страны свидетельствуют о том, что эти обязательства не соблюдаются. Это касается обязательств Казахстана как в рамках ООН, так и в рамках ОБСЕ, в частности ст. 9.5 Копенгагенского документа ОБСЕ 1990 г.: «Ограничения этого права будут носить характер весьма редких исключений, будут считаться необходимыми лишь в тех случаях, когда они отвечают конкретной общественной потребности, преследуют законную цель и соразмерны этой цели и не будут предметом злоупотребления или произвольного применения».³⁵²

В зарубежных законодательствах существует подход принятия отдельных законодательных актов о свободе передвижения и выбора места жительства. Например, в Украине 11 декабря 2003 года был принят Закон «О свободе передвижения и свободном выборе местожительства в Украине», ст. 2 которого устанавливает, что «регистрация местожительства или места пребывания лица или ее отсутствие **не могут быть условием** (прим. – выделено автором) реализации его прав и свобод, предусмотренных Конституцией, законами или международными договорами Украины, или основанием для их ограничения».³⁵³

³⁵² См. Документ Копенгагенского совещания конференции по человеческому измерению ОБСЕ, Копенгаген, 1990 г. URL: <http://www.osce.org/ru/odihr/elections/14304>

³⁵³ URL: <http://soderkoping.org.ua/page11402.html>

Аналогичная норма установлена в ст. 3 Закона Российской Федерации «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» от 25 июня 1993 г. № 5242-1.³⁵⁴

При этом в российском законе равно применяются понятия «место пребывания» и «место жительства». Предусмотрена даже регистрация представителей народов, ведущих кочевой образ жизни. При этом местом пребывания признается любое место, где человека проживает, будь то жилой дом, нежилое помещение (гараж, хозяйственные постройки и т.д.). Для сравнения отметим, что казахстанское миграционное законодательство также предусматривает возможность регистрации как в жилых помещениях, так и по месту нахождения работодателя, офисах, производственных помещениях, дачных строениях садоводческих обществ и т.д.³⁵⁵

Подводя итоги настоящего исследования, нам хотелось бы предложить следующие рекомендации Правительству Казахстана в целях улучшения защиты и гарантий свободы передвижения в РК:

1. Выяснить точное количество людей без регистрации и документов в Республике Казахстан;
2. Провести массовую легализацию лиц без документов, регистрации и постоянного места жительства;
3. Отменить привязку получения социальных гарантий и льгот к месту регистрации населения. Такая привязка может осуществляться по ИИН;
4. Привести в соответствие со ст.21 Конституции РК национальное административное и миграционное законодательство, исключив из КоАП РК статью 625-1;
5. Исключить ст. 29 из Закона РК «О профилактике правонарушений»;
6. Провести анализ влияния ограничений свободы передвижения на реализацию и защиту других основных прав и свобод, закрепленных в Конституции. Результатом такого анализа должно стать изменение государственной политики в отношении свободы передвижения;
7. Принять закон о свободе передвижения, где четко закрепить понятие свободы передвижения, места жительства, места пребывания и запрет на чрезмерное и несоразмерное ограничение свободы передвижения в Республике Казахстан.

Ноябрь, 2012 г.

³⁵⁴ URL: <http://soderkoping.org.ua/page11402.html>

³⁵⁵ См. Закон о миграции, Правила регистрации.

ПОДОПРИГОРА Р. А.

*член Научно-консультативного совета при Верховном суде РК,
арбитр международного третейского суда «IUS», д.ю.н.,
профессор Каспийского общественного университета*

**ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
«РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В ХОДЕ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ В СВЕТЕ
РЕФОРМИРОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОБ
АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ»³⁵⁶**

I. ИСТОРИЯ ВОПРОСА

В советское время вопросы деятельности религиозных объединений, как, впрочем, и остальные вопросы, связанные с религией, регулировались так называемым законодательством о религиозных культурах.

Административная ответственность за нарушения законодательства о религиозных культурах впервые в СССР была установлена Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 18 марта 1966 г. «Об административной ответственности за нарушение законодательства о религиозных культурах».³⁵⁷ Вслед за этим указом в остальных республиках бывшего СССР были приняты свои указы. В Казахстане таковым стал Указ Президиума Верховного Совета Казахской ССР от 3 июня 1966 г. «Об административной ответственности за нарушения законодательства о религиозных культурах».³⁵⁸ В соответствии с указанным актом, нарушением законодательства о религиозных культурах признавалось:

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах власти;
- нарушение установленных законодательством правил организации и проведения религиозных собраний, шествий и других церемоний культа;
- организация и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний, а также трудовых, литературных и иных кружков и групп, не имеющих отношения к отправлению культа.

Совершение подобных действий влекло наложение штрафа в размере до 50 рублей, который накладывался административными комиссиями при исполнительных комитетах районных, городских Советов депутатов трудящихся.

Принятый 22 марта 1984 г. Кодекс Казахской ССР об административных правонарушениях³⁵⁹ в статье 206 почти дословно воспроизвел положения Указа от 3 июня 1966 г., добавив в качестве наказания предупреждение.

Статья 206 сохраняла первоначальную редакцию вплоть до утраты силы Кодекса Казахской ССР об административных правонарушениях 30 января 2001 г.³⁶⁰

³⁵⁶ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

³⁵⁷ Розенбаум Ю.А. Советское государство и церковь. — М.: Наука, 1985. — С.169.

³⁵⁸ Ведомости Верховного Совета и Правительства Казахской ССР. 1966. №24.

³⁵⁹ Ведомости Верховного Совета Казахской ССР. 1984. №14 (приложение).

в связи с принятием нового Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях. Подобная ситуация выглядела очень странно, учитывая те события, которые произошли в Казахстане в 80—90 годах прошлого века: развал Советского Союза, формирование новой политико-правовой системы, создание собственного законодательства, изменение отношения государства к религии и религиозным организациям.

30 января 2001 года в Казахстане принимается новый Кодекс об административных правонарушениях³⁶¹, в котором содержится статья 375 — «Нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях». В отличие от советского законодательства и КоАП Казахской ССР, в ней появился пункт о воспрепятствовании совершению религиозных обрядов, другой религиозной деятельности, осуществляемой в соответствии с законом, нарушении прав граждан в зависимости от их отношения к религии, осквернении почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, оскорблении религиозных чувств граждан. То есть впервые предполагалась ответственность государственных органов, государственных и негосударственных организаций, граждан за создание каких-либо ограничений для религиозной деятельности, нарушение прав верующих и их ассоциаций.

Что касается непосредственно самих верующих и их объединений, то в своей первоначальной редакции статья наказывала за:

- уклонение руководителей религиозных объединений от регистрации объединения в органах государственного управления;
- осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его целям и задачам, определенным его уставом (положением);
- участие в деятельности политических партий и оказание им финансовой поддержки;
- нарушение правил проведения религиозных мероприятий вне места нахождения религиозного объединения;
- организацию и проведение служителями культа и членами религиозных объединений специальных детских и юношеских собраний и групп, не имеющих отношения к отправлению культа;
- принуждение граждан к исполнению религиозных обрядов или участию в иной религиозной деятельности.

Позднее в статье появились иные нарушения:

- осуществление гражданами, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без учетной регистрации;
- нарушение религиозным объединением при осуществлении своей деятельности законодательства Республики Казахстан;
- систематическое осуществление религиозным объединением деятельности, противоречащей его уставу (положению), а равно неустранение в установленный срок религиозным объединением нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности.
- воспрепятствование законной деятельности религиозных организаций.

Следует отметить, что редакцией статьи 375 КоАП, действовавшей до 11 октября 2011 г., были установлены достаточно серьезные санкции: штраф (до 500 месячных расчетных показателей на физическое лицо, до 300 месячных расчетных

³⁶⁰ Закон Республики Казахстан от 30 января 2001 года «О введении в действие Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №5—6. С.25.

³⁶¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №5—6. С.24.

показателей — на юридическое лицо); приостановление или запрещение деятельности; административное выдворение и даже административный арест.

Таким образом, несмотря на либерализацию государственно-конфессиональных отношений, предоставление верующим и их ассоциациям прав и свобод, законодательство об административных правонарушениях стало даже более репрессивным по сравнению с советским периодом. При этом оно сохранило рецидивы советского законодательства, что выразилось в схожести сформулированных правонарушений.³⁶² Стремление до крайних пределов усилить ответственность привело к совершенно абсурдным положениям, с точки зрения общеправовых принципов ответственности. К примеру, широта формулировки в качестве объективной стороны «нарушение законодательства при осуществлении своей деятельности» делало ненужным существование в отношении религиозных объединений всех иных составов в КоАП: какие бы нормы религиозное объединение не нарушило, оно все равно могло быть наказано, если даже конкретный состав правонарушения не сформулирован, а объективная сторона не прописана.

Дальнейшие изменения статьи 375 КоАП были связаны с принятием Закона Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. «О религиозной деятельности и религиозных объединениях»³⁶³ (в дальнейшем — «Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях»). Одновременно с появлением данного закона был принят еще один акт — Закон Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам религиозной деятельности и религиозных объединений».³⁶⁴ В соответствии с подпунктом 4 пункта 1 данного Закона, статья 375 была изложена в новой редакции:

Статья 375. Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях.

1. *Нарушение установленных законодательством Республики Казахстан требований к:*

- *проведению религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний;*
- *осуществлению благотворительной деятельности;*
- *ввозу, выпуску, изданию и (или) распространению религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения;*
- *строительству культовых зданий (сооружений), перепрофилированию (изменению функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения) —*

влечет штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц и руководителей религиозных объединений — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.

2. *Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все*

³⁶² См. об этом также: Подопригора Р.А. Административная ответственность за нарушение законодательства о свободе вероисповедания и религиозных объединениях // Человек и право. 2002. №2. С.65—67.

³⁶³ Казахстанская правда. 2011, 15 октября.

³⁶⁴ Там же.

вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

3. Осуществление гражданами Республики Казахстан, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без регистрации (перерегистрации), а равно использование миссионерами религиозной литературы, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения без положительного заключения религиоведческой экспертизы — влекут штраф на граждан Республики Казахстан в размере ста месячных расчетных показателей; на иностранцев и лиц без гражданства — в размере ста месячных расчетных показателей с административным выдворением за пределы Республики Казахстан.

4. Осуществление религиозным объединением деятельности, не предусмотренной его уставом (положением), — влечет штраф на должностных лиц и руководителей религиозных объединений в размере двухсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере трехсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.

5. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений — влекут штраф на физических лиц в размере ста месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере двухсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере трехсот месячных расчетных показателей с приостановлением деятельности сроком на три месяца.

6. Создание организационных структур религиозных объединений в государственных органах, организациях и учреждениях, организациях образования и здравоохранения — влечет штраф на должностных лиц в размере ста месячных расчетных показателей; на руководителей государственных органов, организаций и учреждений — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

7. Руководство религиозным объединением лицом, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом, а равно непринятие руководителем религиозного объединения мер к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей — влекут штраф на граждан Республики Казахстан в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на иностранцев и лиц без гражданства — в размере пятидесяти месячных расчетных показателей с административным выдворением за пределы Республики.

8. Осуществление религиозным объединением деятельности, запрещенной законодательными актами Республики Казахстан, а равно неустранение религиозным объединением в установленный срок нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности, — влекут штраф на должностных лиц и руководителей религиозных объединений в размере трехсот

месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с запрещением их деятельности.

9. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой, второй, третьей, четвертой, пятой и седьмой настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, — влекут штраф на физических лиц в размере двухсот месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере трехсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с запрещением их деятельности.

Кроме того, в КоАП продолжает существовать статья 374-1:

Статья 374-1. *Руководство, участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а также финансирование их деятельности.*

1. *Руководство деятельностью не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере ста месячных расчетных показателей.*

2. *Участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере пятидесяти месячных расчетных показателей.*

3. *Финансирование деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена, — влечет штраф в размере двухсот месячных расчетных показателей.*

II. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О РЕЛИГИОЗНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И РЕЛИГИОЗНЫХ ОБЪЕДИНЕНИЯХ (СТАТЬЯ 375 КОАП)

Новая редакция статьи частично перенесла положения старой редакции, но вместе с тем, в большой степени оказалась связанной с нормами Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, как государственная реакция на нарушения запретов и ограничений, содержащихся в этом законе. Общий вывод заключается в том, что проблемы статьи 375 во многом связаны с проблемами Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, и без изменений в данном Законе трудно надеяться на изменения в КоАП.

Ниже предлагается анализ конкретных правонарушений, за которые предусмотрена административная ответственность:

1. Нарушение установленных законодательством Республики Казахстан требований к:

- проведению религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний;
- осуществлению благотворительной деятельности;
- ввозу, выпуску, изданию и (или) распространению религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения;

- строительству культовых зданий (сооружений), перепрофилированию (изменению функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения).

а) Проведение религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний.

Закон Республики Казахстан о религиозной деятельности и религиозных объединениях содержит не столько требования к проведению религиозных обрядов, церемоний, собраний, сколько места, где они могут или не могут проводиться. Так, в соответствии со статьей 7 указанного закона, богослужения, религиозные обряды, церемонии и (или) собрания беспрепятственно проводятся (совершаются):

- в культовых зданиях (сооружениях);
- на отведенной религиозным объединениям территории;
- в местах поклонения;
- в учреждениях и помещениях религиозных объединений;
- на кладбищах и в крематориях;
- жилищах, объектах общественного питания в случае необходимости при условии соблюдения прав и интересов близ проживающих лиц.

В иных случаях религиозные мероприятия осуществляются в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан.

Не допускается проведение (совершение) богослужений, религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний, а также осуществление миссионерской деятельности на территории и в зданиях:

- государственных органов, организаций;
- вооруженных сил; других войск и воинских формирований; судебных и правоохранительных органов; других служб, связанных с обеспечением общественной безопасности, защитой жизни и здоровья физических лиц;
- организаций образования, за исключением духовных (религиозных) организаций образования.

Совершение религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний возможно в учреждениях уголовно-исполнительной системы, в организациях здравоохранения, социальных учреждениях по просьбе находящихся там лиц или их родственников. При этом обряды могут совершаться только священнослужителями зарегистрированных религиозных объединений.

Таким образом, потенциально административная ответственность может возникнуть за проведение религиозных обрядов в государственных органах или организациях, учреждениях здравоохранения и в других организациях, в которых религиозная деятельность либо запрещена, либо ограничена.

По нашему мнению, в данном случае следовало бы разграничивать проведение церемоний, собраний и совершение обрядов. Если церемонии или собрания, которые, по принципу, отличаются коллективностью или массовостью, должны быть чем-то обусловлены (если они проводятся за пределами культовых зданий, территории), то обряды могут проводиться индивидуально, непублично. К примеру, молитва как религиозный обряд может совершаться индивидуально и в государственных структурах, и в учреждениях образования. Но в свете нормы КоАП, такая индивидуальная молитва может повлечь соответствующее наказание.

Можно предвидеть и проблему конкуренции различных норм. Если религиозное объединение проводит религиозные мероприятия за пределами культовых зданий, помещений, территории, то в действие вступают нормы законодательства о порядке

проведения собраний, митингов, шествий и демонстраций.³⁶⁵ Ответственность за нарушения в данном случае (например, если не получено разрешение местного исполнительного органа) наступает в соответствии со статьей 373 КоАП. Но религиозное объединение может быть привлечено и по статье 375, так как формально нарушение правил проведения «открытых» религиозных церемоний является нарушением требований к проведению таких церемоний.

Общий вывод заключается в том, что смысл административного наказания имеется в том случае, если религиозные церемонии или собрания проводятся вне мест, установленных законом, при несоблюдении норм о проведении публичных мероприятий. Но подобная ответственность в КоАП уже существует.

б) Осуществление благотворительной деятельности.

В соответствии с п.13 статьи 3 Закона, не допускается деятельность религиозных объединений, принудительно вовлекающих в свою деятельность граждан Республики Казахстан, иностранцев и лиц без гражданства, в том числе посредством благотворительной деятельности.

В соответствии с пунктом 2 статьи 10 этого же Закона, при осуществлении благотворительности не допускается использование материальной зависимости (нужды) граждан Республики Казахстан, иностранцев и лиц без гражданства в целях вовлечения в религиозную деятельность.

Благотворительная деятельность присуща большинству религиозных объединений. Ее можно рассматривать и как часть миссионерской деятельности. В этом плане благотворительность со стороны любого религиозного объединения предполагает вовлечение (опосредованное, косвенное) в религиозную деятельность. Кроме того, благотворительность как раз и направлена на помощь нуждающимся людям, и так или иначе их зависимость используется. Таким образом, многие религиозные объединения могут попасть под запрет, установленный Законом, и под соответствующую административную ответственность.

В случае с благотворительной деятельностью, правильнее говорить о недопустимости не столько вовлечения, сколько принуждения при ее осуществлении. Принуждение может выражаться в физическом или психическом воздействии и наказывается в соответствии с действующим законодательством (статьи 112, 125 Уголовного кодекса Республики Казахстан, статья 79-1 КоАП и др.).

в) Ввоз, выпуск, издание и (или) распространение религиозной литературы и иных материалов религиозного содержания (назначения), предметов религиозного назначения.

В соответствии с пунктом 2 статьи 9 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, распространение религиозной литературы, иных информационных материалов религиозного содержания, предметов религиозного назначения допускается только в культовых зданиях (сооружениях), духовных (религиозных) организациях образования, а также в специально определенных местными исполнительными органами областей, городов республиканского значения и столицы стационарных помещениях.

³⁶⁵ Закон Республики Казахстан от 17 марта 1995 г. «О порядке организации и проведения мирных собраний, митингов, шествий, пикетов и демонстраций в Республике Казахстан» // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1995. №1—2. С.19.

В соответствии с пунктом 3 этой же статьи, ввоз на территорию Республики Казахстан информационных материалов религиозного содержания, за исключением предназначенных для личного пользования, осуществляется только зарегистрированными религиозными объединениями после получения положительного заключения религиоведческой экспертизы.

Наконец, в соответствии с пунктом 4 статьи 9, в религиозной литературе и других информационных материалах религиозного содержания, выпускаемых и (или) распространяемых религиозным объединением, должно содержаться полное наименование религиозного объединения.

Нарушение указанных выше правил может привести к наложению административного взыскания.

Однако в данном случае возникает целый ряд проблем:

- четко не определено, что считать религиозной литературой, материалами религиозного содержания, предметами религиозного назначения;
- не установлено, сколько единиц (экземпляров) охватывается понятием «личное пользование»;
- указание полного наименования религиозного объединения на материалах религиозного содержания может противоречить законодательству об авторских правах.

На практике могут возникнуть абсурдные ситуации, когда передача Корана или Библии из рук в руки можно расценить как распространение религиозной литературы. Если такая передача сделана не в специально определенном месте, она может быть признана нарушением закона. Торговая организация, завозящая труды известного религиозного философа также может быть признана виновной в совершении административного правонарушения за ввоз религиозной литературы без разрешения государственного органа.

Требование предварительной экспертизы религиозных материалов, по сути, является цензурой, запрещенной Конституцией Республики Казахстан (пункт 1 статьи 20). В соответствии с пунктом 2 статьи 20 Конституции, каждый имеет право свободно получать и распространять информацию любым не запрещенным законом способом. Перечень сведений, составляющих государственные секреты Республики Казахстан, определяется законом.

В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.)³⁶⁶, с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право верующих и религиозных объединений приобретать и использовать священные книги, религиозные издания на языке по своему выбору и другие предметы и материалы, относящиеся к исповедованию религии или веры, и владеть ими; разрешать религиозным культам, учреждениям и организациям производить, импортировать и распространять религиозные издания и материалы. В соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах (1966), свобода исповедовать религию или убеждения подлежит лишь ограничениям, установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц. Ограничения в части импорта ввоза, издания, распространения религиозной литературы плохо согласуются с необходимостью охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали. Если в конкретной религиозной литературе имеются факты пропаганды или агитации насильственного изменения

³⁶⁶ Итоговый документ Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе. — М.: Политиздат, 1989. — С.13.

конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культа жестокости и насилия, то в законодательстве уже содержатся меры воздействия (см. статью 344 КоАП, статью 274 УК).

г) Строительство культовых зданий (сооружений); перепрофилирование (изменение функционального назначения) зданий (сооружений) в культовые здания (сооружения).

Во-первых, никаких специальных требований к строительству культовых зданий или перепрофилированию зданий в культовые в законодательстве не содержится.

Во-вторых, глава 18 КоАП содержит различные составы административных правонарушений в сфере архитектурно-строительной деятельности, которые и должны применяться в случае нарушения религиозными объединениями законодательства.

В-третьих, на практике может возникнуть проблема, когда, к примеру, переоборудование арендованного сооружения в помещение для совершения богослужений, проведения церемоний будет расценено как незаконное перепрофилирование.

2. Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния.

С одной стороны, установление административной ответственности за указанные выше действия не вызывает возражений. С другой стороны, многое будет зависеть от интерпретации действий различными участниками административного процесса. Агрессивная критика религиозного объединения может быть расценена как оскорбление религиозных чувств. Интересно, что по смыслу настоящего пункта ответственность могут нести и представители государственных органов, например, в случае затягивания регистрационных сроков, незаконного вмешательства в проведение богослужений и т.д.

3. Осуществление гражданами Республики Казахстан, иностранцами и лицами без гражданства миссионерской деятельности без регистрации (перерегистрации), а равно использование миссионерами религиозной литературы, информационных материалов религиозного содержания и предметов религиозного назначения без положительного заключения религиозоведческой экспертизы.

Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях устанавливает, что граждане Республики Казахстан, иностранцы и лица без гражданства осуществляют миссионерскую деятельность после прохождения регистрации (п.1 статьи 8). Осуществление миссионерской деятельности без регистрации запрещается (п.7 статьи 8).

Вместе с тем, данные положения также достаточно спорны. Право на исповедание религии включает в себя право на распространение религиозных убеждений. Миссионерская деятельность — одно из основных направлений деятельности религиозных объединений. Постановка права на распространение религиозных убеждений в зависимость от решения государственного органа противоречит международно-правовым актам, которые устанавливают, что свобода

исповедовать религию или убеждения подлежит лишь ограничениям (а обязательная регистрация — не что иное, как ограничение права), установленным законом и необходимым для охраны общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, равно как и основных прав и свобод других лиц (п.3 статьи 18 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 г.)). Сама по себе миссионерская деятельность не представляет угрозу общественной безопасности, порядку, здоровью, морали, основным правам и свободам других лиц. Другое дело, что в ходе миссионерской деятельности может происходить обман, принуждение, оскорбление религиозных чувств граждан. Однако имеются соответствующие положения в других нормативных правовых актах (и даже в самом КоАП), позволяющие защититься от конкретных миссионеров (см. п.2 анализируемой статьи).

Миссионерская деятельность также охраняется положениями международных актов, затрагивающих свободу слова и право на распространение информации. В соответствии со статьей 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. Пользование этими правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми:

а) для уважения прав и репутации других лиц;

б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

С помощью такого инструмента, как регистрация миссионеров, вряд ли может быть достигнута цель обеспечения уважения прав и репутации других лиц, охрана нравственности населения. Поэтому уместней было бы установление ответственности не за деятельность без учетной регистрации, а за оскорбление религиозных чувств других граждан, надругательство над религиозными символами, мошенничество в ходе миссионерской деятельности. Но подобные правонарушения уже сформулированы в действующем законодательстве (см. п.2 ст.375 действующего КоАП, оскорбление (статья 130 УК), возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды (статья 164 УК)).

4. Осуществление религиозным объединением деятельности, не предусмотренной его уставом (положением).

Пункт неудачно сформулирован с точки зрения указания на положение. В соответствии с Законом о религиозной деятельности и религиозных объединениях, деятельность религиозного объединения без регистрации не допускается. Факт регистрации означает, что религиозное объединение признается юридическим лицом, а юридическое лицо действует на основании устава. На основании положений действуют филиалы юридических лиц, но они не являются религиозными объединениями.

Действительно, в соответствии с казахстанским законодательством деятельность некоммерческих организаций в большей степени, чем коммерческих связана с уставом. Вместе с тем, сам факт в неуставной деятельности может не представлять никакой общественной опасности и даже наоборот — представлять общественную пользу (к примеру, в уставе не указана благотворительная деятельность, но религиозное объединение ею занимается). На самом деле в

законодательстве имеется возможность воздействия на религиозное объединение, которое занимается такой внеуставной деятельностью. В соответствии с п.2 статьи 49 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)³⁶⁷, по решению суда юридическое лицо может быть ликвидировано в случае систематического осуществления деятельности, противоречащей уставным целям юридического лица. Выделение дополнительной (административной) ответственности для религиозных объединений, по нашему мнению, не вызывается необходимостью (такое же правонарушение сформулировано — из всех других некоммерческих организаций — только для общественных объединений).

5. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений.

В соответствии с законодательством Республики Казахстан, религиозные объединения ограничены в политической активности. Так, в соответствии с п.4. статьи 5 Конституции Республики Казахстан, не допускается деятельность партий на религиозной основе. В соответствии с пунктом 9 статьи 3 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, религиозные объединения не выполняют функции государственных органов и не вмешиваются в их деятельность; не участвуют в деятельности политических партий, не оказывают им финансовую поддержку, не занимаются политической деятельностью.

Таким образом, данный пункт статьи 375 предусматривает ответственность за сформулированные в Законе о религиозной деятельности и религиозных объединениях запреты. С учетом провозглашенного в этом законе принципа отделения религии и религиозных объединений от государства, административная ответственность выглядит оправданной.

6. Создание организационных структур религиозных объединений в государственных органах, организациях и учреждениях, организациях образования и здравоохранения.

В соответствии с пунктом 3 статьи 7 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, не допускается проведение (совершение) богослужений, религиозных обрядов, церемоний и (или) собраний, а также осуществление миссионерской деятельности на территории и в зданиях государственных органов, организаций, организациях образования, за исключением духовных (религиозных) организаций образования. Формально Закон ничего не говорит о запрете создания организационных структур в государственных органах или организациях образования.

Однако такой запрет предусмотрен другим Законом. Так, Закон Республики Казахстан от 27 июля 2007 г. «Об образовании»³⁶⁸ в пункте 2 статьи 3 говорит о запрете создания и деятельности организационных структур религиозных организаций (объединений) в организациях образования.

Пункт 6 вызывает вопросы. В изложенной редакции непонятно, о каких организациях идет речь: государственных или о государственных и негосударственных. Скорее всего, в отношении организаций образования и здравоохранения речь идет о любых организациях. Но тогда возникает вопрос об

³⁶⁷ Ведомости Верховного Совета Республики Казахстан, 1994 г., №23—24 (приложение).

³⁶⁸ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2007. №20. С.151.

обоснованности таких запретов и административной ответственности. Дело в том, что религиозные объединения по действующему законодательству могут сами создавать организации образования и здравоохранения. И существование при них т.н. организационных структур религиозных объединений будет выглядеть вполне нормальным.

7. Руководство религиозным объединением лицом, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом, а равно непринятие руководителем религиозного объединения мер к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей.

В соответствии с п.5. статьи 5 Конституции Республики Казахстан, деятельность иностранных религиозных объединений на территории Республики, а также назначение иностранными религиозными центрами руководителей религиозных объединений в Республике осуществляются по согласованию с соответствующими государственными органами Республики. Пункт 1 статьи 19 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях говорит о том, что не допускается осуществление деятельности руководителем религиозного объединения, назначенным иностранным религиозным центром без согласования с уполномоченным органом.

Таким образом, главная проблема заключается в указанном конституционном положении, которое не соответствует международно-правовым нормам. Кстати, сам Закон о религиозной деятельности и религиозных объединениях в пункте 8 статьи 3 говорит о том, что, в соответствии с принципом отделения религии и религиозных объединений от государства, государство не вмешивается в деятельность религиозных объединений, если деятельность последних не противоречит законам Республики Казахстан. Факт согласования назначения руководителя иностранным религиозным центром является не чем иным, как вмешательством государства в деятельность религиозных объединений.

В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.), с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право этих религиозных объединений выбирать, назначать и заменять свой персонал согласно своим соответствующим требованиям и стандартам, а также любым свободно достигнутым договоренностям между ними и их государством.³⁶⁹

Что касается участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения, то, в соответствии с п.3 статьи 16 Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, руководитель религиозного объединения обязан принять меры к недопущению вовлечения и (или) участия несовершеннолетних в деятельности религиозного объединения при возражении одного из родителей несовершеннолетнего или иных его законных представителей. Закон не устанавливает, в какой форме должно быть выражено возражение. И указанный пункт Закона, и положение об ответственности в КоАП противоречивы в том плане, что фактически учитываются интересы одного родителя и не учитываются интересы другого.

³⁶⁹Итоговый документ Венской встречи. С.13.

В соответствии с пунктом 1 статьи 3 Конвенции о правах ребенка (1989), ратифицированной постановлением Верховного Совета РК от 8 июня 1994 г.³⁷⁰, во всех действиях в отношении детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, занимающимися вопросами социального обеспечения, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению *интересов ребенка*. В соответствии с п.1 статьи 12 этой же Конвенции, государства-участники обеспечивают ребенку, способному сформулировать свои собственные взгляды, право свободно выражать эти взгляды по всем вопросам, затрагивающим ребенка, причем *взглядам ребенка уделяется должное внимание* в соответствии с его возрастом и зрелостью. Наконец, в соответствии с п.1 статьи 18 Конвенции, государства-участники предпринимают все возможные усилия к тому, чтобы обеспечить признание принципа *общей и одинаковой ответственности обоих родителей за воспитание и развитие ребенка*. Родители или, в соответствующих случаях, законные опекуны несут основную ответственность за воспитание и развитие ребенка. Наилучшие *интересы ребенка* являются предметом их основной заботы.

Таким образом, по смыслу международно-правового акта во главу угла ставятся интересы ребенка и одинаковая ответственность обоих родителей в отличие от подхода казахстанского законодателя, когда во главу угла ставится желание одного из родителей.

8. Осуществление религиозным объединением деятельности, запрещенной законодательными актами Республики Казахстан, а равно неустранение религиозным объединением в установленный срок нарушений, послуживших основанием для приостановления его деятельности.

Пункт 8 не очень удачен потому, что он отчасти повторяет ранее установленные пункты, которые также содержат ответственность за запрещенную деятельность. Кроме того, формулировка «осуществление деятельности, запрещенной законодательными актами» делает ненужным существование в отношении религиозных объединений всех иных составов в КоАП. Общий подход в законодательстве об ответственности состоит в том, что каждый запрет, за нарушение которого предусмотрена ответственность, должен быть конкретно прописан.

Осуществление деятельности, запрещенной законодательными актами, является также основанием для ликвидации юридического лица (п/п.4, п.2 статьи 49 Гражданского кодекса (Общая часть)). Таким образом, в очередной раз выделяется дополнительная (административная) ответственность для религиозных объединений, что не вызывается необходимостью.

9. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой, второй, третьей, четвертой, пятой и седьмой статьи 375, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания.

Пункт 9 является примером традиционного положения актов об ответственности с усиленной ответственностью за повторное совершение правонарушения.

³⁷⁰ ИС «Параграф»/Посещена 12 октября 2012 г.

III. ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА РУКОВОДСТВО, УЧАСТИЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕ ЗАРЕГИСТРИРОВАННЫХ В УСТАНОВЛЕННОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПОРЯДКЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ, РЕЛИГИОЗНЫХ ОБЪЕДИНЕНИЙ, А ТАКЖЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ ИХ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ (СТАТЬЯ 374-1 КОАП)

1. Руководство деятельностью не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

2. Участие в деятельности не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

В действующем Законе о религиозной деятельности и религиозных объединениях присутствует норма о том, что не допускается деятельность не зарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке религиозных объединений (п.12 ст.3). Однако эта норма является одной из самых проблемных в казахстанском законе, поскольку противоречит как Конституции, так и международно-правовым актам.

Так, Конституция Республики Казахстан не содержит положений, касающихся обязательности или необязательности регистрации религиозных объединений или групп. В п.1 статьи 22 Конституции говорится лишь о том, что каждый имеет право на свободу совести.

Содержание свободы совести также не детализируется в Конституции Республики Казахстан. Поэтому, учитывая, что речь идет об одном из фундаментальных прав человека, целесообразно обращение к международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Казахстан. Тем более, что сама Конституция в п.3 статьи 4 устанавливает, что международные договоры, ратифицированные республикой, применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

В соответствии со статьей 18 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 г.), ратифицированным Республикой Казахстан 28 ноября 2005 г.³⁷¹, *каждый человек имеет право на свободу мысли, совести и религии. Это право включает свободу иметь или принимать религию или убеждения по своему выбору и свободу исповедовать свою религию и убеждения как единолично, так и сообща с другими, публичным или частным порядком, в отправлении культа, выполнении религиозных и ритуальных обрядов и учении.*

Когда свобода совместного исповедания религии обуславливается необходимостью предварительного разрешения государственных органов, возникает противоречие с п.1 статьи 22 Конституции о праве на свободу совести, если считать, что Республика Казахстан признает понимание права на свободу совести, содержащееся в Международном пакте о гражданских и политических правах. Установление обязательной регистрации и запрет деятельности незарегистрированных объединений или групп лишает граждан права исповедовать религию сообща с другими, т.е. по своей сути является ограничением права на

³⁷¹ Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2005. №21—22. С.88.

свободу совести. Пункт 3 статьи 39 Конституции говорит о том, что ни в каких случаях не подлежат ограничению права и свободы, предусмотренные отдельными статьями Конституции, включая статью 22.

Кроме того, требование обязательной регистрации противоречит п.1 статьи 39 Конституции Республики Казахстан, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения. Деятельность незарегистрированных религиозных объединений или групп сама по себе не угрожает конституционному строю, общественному порядку, правам и свободам человека, здоровью и нравственности населения, что показывает несоответствие положения о запрете деятельности таких объединений или групп пункту 1 статьи 39.

Поэтому установление административной ответственности за уклонение от регистрации, руководство, участие в деятельности незарегистрированных религиозных объединений, равно как сама обязательная регистрация противоречит Конституции и международно-правовым обязательствам государства.

Статьи о наказании за незарегистрированную деятельность религиозных объединений неудачны и с точки зрения юридической техники. Так, руководителя такого объединения можно одновременно привлекать к ответственности и за руководство деятельностью незарегистрированного объединения и за участие в деятельности такого объединения. То есть, одно и то же действие входит в объективную сторону нескольких составов правонарушений. Участие граждан в создании религиозного объединения, которое впоследствии не пройдет государственную регистрацию, также можно расценивать как участие в деятельности незарегистрированного объединения с соответствующим наказанием.

Практический опыт применения аналогичных статей показывает их бесполезность с точки зрения принуждения к обязательной регистрации. Верующие и их ассоциации, не признающие государственную регистрацию, отказываются от нее и после вынесения административного взыскания.

3. Финансирование деятельности незарегистрированных в установленном законодательством Республики Казахстан порядке общественных, религиозных объединений, а равно деятельность которых приостановлена или запрещена.

С финансированием деятельности незарегистрированных (приостановленных, запрещенных) религиозных объединений также возникают различные проблемы.

Во-первых, юридически финансировать незарегистрированные религиозные объединения невозможно, так как не существует такого субъекта права. Финансировать можно членов т.н. незарегистрированного религиозного объединения.

Во-вторых, нелегальный статус религиозных объединений лишает их целого ряда возможностей, предусмотренных международно-правовыми актами. В соответствии с Итоговым документом Венской встречи представителей государств — участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1986 г.), с целью обеспечить свободу личности исповедовать религию или веру государства-участники будут, среди прочего, уважать право этих религиозных объединений — испрашивать и получать добровольные финансовые и другие пожертвования. Заметим, речь идет обо всех объединениях, а не только о зарегистрированных.

В-третьих, запрет финансирования религиозных объединений, деятельность которых приостановлена, может привести к дальнейшему неисполнению религиозным объединением своих обязательств. В соответствии с п.2 статьи 42

Закона Республики Казахстан от 16 января 2001 г. «О некоммерческих организациях»³⁷², в случае приостановления деятельности некоммерческой организации, предусмотренной в пункте 1 настоящей статьи, запрещается заниматься деятельностью, предусмотренной учредительными документами. Приостанавливается также ее право пользоваться банковскими счетами, за исключением расчетов по трудовым договорам, возмещения убытков, причиненных в результате ее деятельности, и уплаты штрафов. Таким образом, некоммерческая организация даже в случае приостановления должна исполнять свои обязательства и запрет финансирования только усугубит ситуацию.

IV. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Действующие статьи 374-1, 375 КоАП в определенной части противоречат Конституции Республики Казахстан и принятым Казахстаном международным обязательствам. Кодекс не охраняет права человека, связанные с его религиозными убеждениями, а наоборот, криминализирует различные действия, вытекающие из реализации индивидом фундаментального права на свободу мысли, совести и религии.

Вместе с тем, следует отметить, что составы правонарушений во многом связаны с положениями Закона о религиозной деятельности и религиозных объединениях, содержащего большое количество ограничений, запретов, условий деятельности религиозных объединений, зачастую не являющихся необходимыми. Поэтому в первую очередь должны быть приведены в соответствие с Конституцией и международными обязательствами положения упомянутого Закона, что, в свою очередь, повлияет на ревизию статей 374-1, 375 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях.

Предлагаемый вариант статьи КоАП:

Статья 375. Нарушение законодательства о религиозной деятельности и религиозных объединениях

1. Воспрепятствование законной религиозной деятельности, а равно нарушение гражданских прав физических лиц по мотивам отношения к религии или оскорбление их религиозных чувств либо осквернение почитаемых последователями той или иной религии предметов, строений и мест, если все вышеизложенные действия не содержат признаков уголовно наказуемого деяния, — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на должностных лиц — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

2. Занятие религиозным объединением политической деятельностью, а равно участие в деятельности политических партий и (или) оказание им финансовой поддержки, вмешательство в деятельность государственных органов либо присвоение функций государственных органов или их должностных лиц членами религиозных объединений — влекут штраф на физических лиц в размере пятидесяти месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере ста месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере двухсот месячных расчетных показателей.

³⁷² Ведомости Парламента Республики Казахстан. 2001. №1. С.8.

3. Действия (бездействие), предусмотренные частями первой и второй настоящей статьи, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания, — влекут штраф на физических лиц в размере двухсот месячных расчетных показателей; на руководителей религиозных объединений — в размере трехсот месячных расчетных показателей; на юридических лиц — в размере пятисот месячных расчетных показателей с приостановлением их деятельности.

Из КоАП следует исключить статью 374-1.

В свете реформирования уголовного законодательства, нового подхода к классификации правонарушений, правонарушения в области религиозной деятельности и религиозных объединениях должны остаться в составе административных правонарушений.

Октябрь, 2012 г.

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ
«ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ОБЛАСТИ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ В СВЕТЕ
РЕФОРМИРОВАНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО И УГОЛОВНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»³⁷³

1. ОПИСАНИЕ СУЩЕСТВУЮЩЕЙ СИТУАЦИИ

Конституция Республики Казахстан, принятая на республиканском референдуме 30 августа 1995 года (далее – Конституция), гарантирует свободу слова (пункты 1 и 2 статьи 20), которая, наряду с правом свободно получать и распространять информацию, предполагает свободу выражения мнения в узком понимании этого термина. В то же время, понятие «выражение мнения» можно рассматривать и довольно широко, не ограничивая его только устным или письменным словом, а включая, например, визуальные образы, музыку, современные коммуникативные технологии и даже поведение. Так, в Нормативном постановлении Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2 «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области» указывается, что международные стандарты, которых придерживается большинство стран - участников Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, практика Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций и других органов, обеспечивающих выполнение международных правовых актов о защите основных прав и свобод человека, рассматривают формы выражения человеком своего мнения достаточно широко, включая и протестное поведение, если оно в существенной мере нацелено на выражение его мнения. В этой связи Конституционный совет полагает, что, например, совершение актов членовредительства может являться формой выражения мнения (протеста) и рассматриваться как способ защиты своих прав лицами, лишенными свободы. В таких случаях, привлечение к ответственности за членовредительство следует расценивать как ограничение права на свободу выражения мнения, которое является составляющей свободы слова, гарантированного статьей 20 Основного закона.

Вытекающее из статьи 20 Конституции право каждого на выражение своего мнения реализуются в системной связи с другими конституционными нормами, в частности с положениями пункта 2 пункта 3 статьи 18 и пункта 1 статьи 39 Конституции, в которых говорится, что «Государственные органы, общественные объединения, должностные лица и средства массовой информации обязаны обеспечить каждому гражданину возможность ознакомиться с затрагивающими его права и интересы документами, решениями и источниками информации», «Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только законами и лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны

³⁷³ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения». Права, предусмотренные статьями 18 и 20 Конституции, не входят в перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению ни в какой форме (пункт 3 статьи 39 Конституции).

Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года № 167-I (далее - УК) и **Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях от 30 января 2001 года № 155-II** (далее - КоАП) содержат механизмы определения рамок свободы выражения мнения путем инкриминирования определенных действий/бездействий в целях: **1) защиты конституционного строя, 2) охраны общественного порядка, 3) прав и свобод человека, 4) здоровья и нравственности населения.** Посягательства на указанные объекты предполагают многоаспектную защиту, что учтено действующим уголовным и административным законом. Кроме того, следует учитывать, что согласно статье 20 Конституции законом могут запрещаться определенные способы получения и распространения информации: не допускаются пропаганда или агитация насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, а также культура жестокости и насилия.

Как уже выше говорилось, если рассматривать понятие «выражение мнения» в широком смысле, то нормы, затрагивающие свободу выражения мнения в УК и КоАП, не следовало бы сводить исключительно к статьям, затрагивающим деятельность журналистов и средств массовой информации (далее - СМИ), а также вопросы получения информации. Однако, для целей настоящего документа, мы будем руководствоваться понятием «выражение мнения» в узком смысле, но с учетом того, что **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-IV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» в понятие «средство массовой информации» была включена такая форма периодического или непрерывного публичного распространения массовой информации, как интернет-ресурсы. Также не будут рассматриваться правонарушения и преступления, которые напрямую связаны с вопросами, возникающими в процессе предпринимательской деятельности - рекламы, коммерческой, банковской, инсайдерской информации т.п.

С учетом этого, можно выделить следующие категории правонарушений и преступлений, затрагивающих вопросы свободы выражения мнения.

1) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты прав и свобод человека (защиты личности, конституционных и иных прав и свобод человека и гражданина)³⁷⁴

³⁷⁴ **УК:** статья 112 «Угроза»; статья 129 «Клевета»; статья 130 «Оскорбление»; статья 142 «Нарушение неприкосновенности частной жизни»; статья 155 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 184 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 227 «Неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ». **КоАП:** статья 84 «Отказ в предоставлении физическому лицу информации, а равно незаконное ограничение права на доступ к информационным ресурсам»; статья 86 «Распространение сведений о виновности в совершении преступления»; статья 86-1 «Разглашение сведений о частной жизни лица, пострадавшего от бытового насилия»; статья 99 «Проведение агитации в период ее запрещения»; статья 100 «Распространение заведомо ложных сведений о кандидатах, политических партиях»; статья 105 «Нарушение условий проведения предвыборной агитации через средства массовой информации»; статья 110

2) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты конституционного строя (защиты мира, безопасности человечества и государства)³⁷⁵

3) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях охраны общественного порядка и порядка управления³⁷⁶

4) Составы, предусматривающие ответственность за нарушение ограничений, установленных в целях защиты здоровья и нравственности населения³⁷⁷

«Непредставление либо неопубликование сведений об итогах голосования или о результатах выборов»; статья 110-1 «Нарушение условий проведения опроса общественного мнения, связанного с выборами»; статья 115-1 «Продажа несовершеннолетним предметов и материалов эротического содержания»; статья 129 «Нарушение авторских и (или) смежных прав»; статья 158-5 «Нарушение порядка и сроков рассмотрения обращений физических и юридических лиц»; статья 352 «Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста»; статья 497-3 «Нарушение законодательства Республики Казахстан об информатизации».

² УК: статья 157 «Пропаганда и публичные призывы к развязыванию агрессивной войны»; статья 164 «Возбуждение социальной, национальной, родовой, расовой или религиозной вражды»; статья 170 «Призывы к насильственному свержению или изменению конституционного строя либо насильственному нарушению единства территории Республики Казахстан»; статья 172 «Незаконное получение, разглашение, распространение государственных секретов». КоАП: статья 385 «Нарушение правил определения и установления степени секретности информации»; статья 386 «Нарушение установленных требований по обеспечению режима секретности»

³ УК: статья 233-1 «Пропаганда терроризма либо экстремизма или публичные призывы к совершению акта терроризма»; статья 317-1 «Публичное оскорбление и иное посягательство на честь и достоинство Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, осквернение изображений Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации, воспрепятствование

законной деятельности Первого Президента Республики Казахстан — Лидера Нации»; статья 318 «Посягательство на честь и достоинство Президента Республики Казахстан и воспрепятствование его деятельности»; статья 319 «Посягательство на честь и достоинство депутата и воспрепятствование его деятельности»; статья 320 «Оскорбление представителя власти»; статья 341 «Угроза или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования»; статья 342 «Неуважение к суду»; статья 343 «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, эксперта, судебного пристава, судебного исполнителя»; статья 351 «Заведомо ложный донос». КоАП: статья 342 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о средствах массовой информации»; статья 342-1 «Нарушение законодательства Республики Казахстан о телерадиовещании»; статья 343 «Дача разрешения на публикацию в средствах массовой информации материалов, направленных на разжигание национальной вражды»; статья 344 «Изготовление, хранение, ввоз, перевозка, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции»; статья 346 «Воздействие на суд средствами массовой информации»; статья 347 «Дача заведомо ложных сведений и материалов средствам массовой информации»; статья 529 «Оскорбление должностного лица, угроза совершения насильственных действий».

³⁷⁷ УК: статья 268 «Соккрытие информации об обстоятельствах, создающих опасность для жизни или здоровья людей»; статья 271 «Организация или содержание притонов для занятия проституцией и сводничеством»; статья 273 «Незаконное распространение порнографических материалов или предметов»; статья 274 «Незаконное распространение произведений, пропагандирующих культ жестокости и насилия». КоАП: статья 144 «Нарушение правил публичной демонстрации кино- и видеопроизведений»; статья 321 «Пропаганда и незаконная реклама наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров»; статья 339 «Рекламирование продукции эротического содержания»

2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ В ЧАСТИ ОГРАНИЧЕНИЯ СВОБОДЫ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЙ

Говоря о международных стандартах, устанавливающих границы свободы выражения мнения, и применимости их на территории Республики Казахстан, прежде всего, следует учитывать следующее. Пункт 3 статьи 4 Конституции Республики Казахстан гласит, что только «международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона». Применительно к актам международных организаций, созданных в соответствии с ратифицированными Республикой Казахстан международными договорами, и их органов это означает, что если в таком международном договоре указано, что названные акты носят обязательный для государств-участников характер, то Страна, ее государственные органы, должностные лица обязаны осуществлять все необходимые организационно-правовые мероприятия, направленные на исполнение такого требования, включая приведение в соответствие с ними актов национального законодательства. В соответствии с **Нормативным постановлением Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1** «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», ратифицированные международные договоры, имеющие непосредственное действие и не требующие издания законов для их применения, используются в качестве норм материального (за исключением сфер уголовно-правовых и административно-правовых отношений) или процессуального права.

В соответствии с частью первой статьи 1 УК РК и частью первой статьи 1 КоАП, уголовное и административное законодательство состоят исключительно из соответствующих кодексов Республики Казахстан. Иные законы, предусматривающие уголовную или административную ответственность, подлежат применению только после их включения в указанные кодексы.

Международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, могут применяться в тех случаях, когда норма УК РК прямо устанавливает необходимость применения международного договора Республики Казахстан. При рассмотрении дела, когда нормы УК РК предусматривают наступление уголовной ответственности за преступление, запрещенное международным договором Республики Казахстан, суд обязан изучить содержание международных соглашений Республики Казахстан и нормы уголовного закона, предусматривающие уголовную ответственность за деяние, запрещенное международным договором, с целью установления, все ли признаки уголовно наказуемого деяния из международного договора Республики Казахстан включены в уголовный закон, выяснить вопрос ратификации, дату вступления в силу и т.п.

Всеобщая Декларация прав человека (принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года) впервые провозгласила свободу слова в форме, получившей впоследствии самое широкое признание. Статья 19 Декларации гласит: «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». Данный документ не имеет обязательного характера, будучи рекомендательной

резолюцией ГА ООН. Тем не менее, всеобщее признание содержания статьи 19 превратило ее в норму действующего на международной арене обычного права.

На уровне общепризнанных международных стандартов в области прав человека, основные гарантии свободы выражения мнения также сформулированы в статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) и в статье 10 Европейской Конвенции о защите прав человека (ЕКПЧ). В **статье 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года** (ратифицирован законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III, вступил в силу для РК 24 апреля 2006 года) говорится: «1. Каждый человек имеет право беспрепятственно придерживаться своих мнений. 2. Каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. 3. Пользование предусмотренными в пункте 2 настоящей статьи правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые однако должны быть установлены законом и являться необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения».

Таким образом, свобода выражения мнения относится к основным правам человека и расценивается как один из основополагающих элементов демократического общества. Она обеспечивает защиту идей, мнений и информации, которые могут восприниматься как оскорбительные, шокирующие или возмутительные государством или определенной частью населения. Тем не менее, данное право не абсолютно и как таковое может ограничиваться в некоторых конкретных обстоятельствах. В отличие от, например, запрета на пытки, она, скорее, относится к категории условных прав. В частности, нельзя использовать право свободно выражать свое мнение для подрыва или умаления прав других. Вместе с тем, любое ограничение свободы выражения мнения должно носить соразмерный характер и четко оговариваться законом. Установление равновесия, необходимого для определения допустимой степени ограничения свободы выражения мнения в целях борьбы с преступностью, исключительно сложная задача. Границы допустимого значительно отличаются в разных странах в зависимости от особенностей местных культурных и правовых традиций. Тем не менее, любое ущемление права на свободное выражение мнения требует соблюдения принципов законности, необходимости, соразмерности и отсутствия дискриминации.

В **Замечании общего порядка Комитета по правам человека ООН № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания» (Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года)** говорится, что хотя оговорки к конкретным элементам пункта 2 статьи 19 приемлемы, общая оговорка в отношении прав, содержащихся в пункте 2, была бы несовместима с предметом и целью Пакта. Обязательство соблюдать свободу мнений и их выражения является юридически обязательным для каждого государства-участника в целом. Действия всех ветвей государственного управления (исполнительной, законодательной и судебной) и других органов государственной или правительственной власти любого уровня (национального, областного или местного) могут повлечь за собой ответственность государства-участника. В некоторых обстоятельствах подобная ответственность может наступать для государства-участника также и в отношении действий полугосударственных образований.

В Заключительных замечаниях Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года № ССРР/С/КАЗ/СО/1 «Рассмотрение доклада Казахстана в соответствии со статьей 40 Пакта» (Сто вторая сессия. Женева, 11-29 июля 2011 года) Комитет выражает обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что в государстве-участнике не уважается право на свободу выражения своего мнения. Комитет, в частности, выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что угрозы, нападения, преследования и запугивания журналистов и правозащитников серьезно сузили сферу осуществления права на свободу выражения. Комитет также выражает обеспокоенность по поводу наличия в Уголовном кодексе положений о клевете в отношении должностных лиц и недавнего введения в действие Закона «О Лидере Нации», которым в Уголовный кодекс вносится новая статья 317-1, предусматривающая запрещение и наказание оскорблений и иных посягательств на честь и достоинство Президента. Государству-участнику следует обеспечить, чтобы журналисты, правозащитники и отдельные лица имели возможность свободно осуществлять право на свободу выражения своего мнения в соответствии с Пактом. В этой связи государству-участнику следует пересмотреть свое законодательство о клевете и оскорблениях, с тем чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта. Кроме того, государству-участнику следует воздерживаться от использования своего законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнения должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19.

Юридическая определенность правовых норм

Любое ограничение свободы выражения мнения должно быть четко установлено законом и полностью соответствовать следующему принципу: «[...] закон должен быть в адекватной мере доступным: граждане должны иметь соответствующую обстоятельствам возможность ориентироваться в том, какие юридические правила применяются к данному случаю. Во-вторых, норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ней свое поведение: он должен быть способен - получив, при необходимости, надлежащую консультацию - предвидеть, в разумной применительно к обстоятельствам степени, последствия, которые может повлечь за собой данное действие» (Решение Европейского суда по правам человека (далее - ЕСПЧ) по делу «Санди Таймс» (The Sunday Times) против Соединенного Королевства от 26 апреля 1979 г., п. 49). Это означает, что любой закон в данной области должен быть достаточно ясным для того, чтобы человек был в состоянии оценить, нарушает ли его высказывание соответствующее законодательство или нет. Степень точности закона зависит от того, к какой отрасли права он относится, на применение в какой сфере он рассчитан, и от численности и статуса тех, кому он адресован. ЕСПЧ без колебаний признавал нарушение права на свободное выражение мнения в случаях, когда определение правонарушения в оспариваемом законе было, на его взгляд, слишком расплывчатым.

Например, уголовное преследование за высказывания, прямо подстрекающие к осуществлению террористических актов или провоцирующие их, уже предусматривается в ряде стран, не вызывая при этом никаких споров. С другой стороны, криминализация «косвенного» подстрекательства или апологии/прославления террористических актов или терроризма вообще сопряжена с гораздо более серьезными затруднениями. Объявление подобных высказываний противозаконными влечет за собой очевидную и предсказуемую опасность

злоупотреблений вследствие общей криминализации идей и мнений, которые не «нравятся» большинству, безотносительно от того, могут ли они в действительности привести к совершению террористического акта или нет. Этот вопрос встает особенно остро в связи с правонарушениями, граничащими с бесспорным «подстрекательством», - апологией, прославлением или оправданием терроризма. Проблема определения таких правонарушений осложняется тем, что само понятие «терроризм», как известно, весьма непросто сформулировать. В государствах-участниках ОБСЕ подстрекательство к совершению тяжких преступлений, как правило, уголовно наказуемо, а в ряде стран уже предусматривается и уголовная ответственность за высказывания, поощряющие или провоцирующие совершение террористических актов.

Учитывая это, при разработке законодательства следует обращать особо пристальное внимание на базовые принципы юридической определенности и соразмерности. Для того, чтобы законодательные меры в данной сфере носили строго целенаправленный и соразмерный характер, они должны при определении правонарушения и преступления содержать четкие требования к его составу.

Основания для ограничения

Законность ущемления права на свободу выражения мнения должна быть обоснована указанием на веские основания для такого действия, установленные в тексте статьи, регламентирующей это право. Государство, таким образом, должно быть способно оправдать допустимость вмешательства в осуществление права наличием одного или нескольких оснований, предусмотренных в соответствующей статье закона.

Защита прав третьих лиц

Как и МПГПП, ЕКПЧ содержит формулировку, прямо запрещающую злоупотребление правами, оговоренными Конвенцией с целью «осуществления любой деятельности или совершения любых действий, направленных на упразднение прав и свобод, установленных настоящей Конвенцией, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции».

В этой связи у КПЧ и ЕСПЧ накоплена внушительная прецедентная практика по недопущению отрицания Холокоста и запрещению национал-социализма.

В статье 20 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) недвусмысленно заявляется: «1. Всякая пропаганда войны должна быть запрещена законом. 2. Всякое выступление в пользу национальной, расовой или религиозной ненависти, представляющее собой подстрекательство к дискриминации, вражде или насилию, должно быть запрещено законом».

Запрет на пропаганду войны и разжигание национальной, расовой или религиозной ненависти очевидно отталкивается от устремления не допустить повторения злодеяний, приведших ко Второй мировой войне и творившихся в то время. Право на жизнь (статья 6 МПГПП) и равенство (статья 26 МПГПП) составляют основу МПГПП, и разработчики Пакта решили бороться с первопричинами таких нарушений (войны, дискриминации) «путем превентивных запретов в области формирования общественного мнения»³⁷⁸.

³⁷⁸ *Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года. Далее – МПГПП.*

Это положение создает в сфере прав человека четкую юридическую базу для ограничения свободы выражения мнения в тех случаях, когда она используется для разжигания дискриминации, вражды или насилия, либо для пропаганды войны. Означенное положение может в равной степени применяться как для предупреждения злоупотреблений свободой выражения мнений в террористических целях, так и для предотвращения попыток приписать той или иной группе населения предрасположенность к терроризму, поскольку это положение позволяет квалифицировать подобные попытки как подстрекательство к дискриминации, ненависти или насилию по отношению к представителям данных групп.

Запрещение разжигания ненависти

Разжиганию ненависти по причине национальности, расы или религии уделено особое внимание в международном праве. Вообще свобода слова распространяется и на непопулярные идеи и суждения, которые «шокируют, оскорбляют либо будоражат», но при этом некоторые международные договоры, включая МПГПП, не только позволяют государствам запрещать распространение ненавистнических мнений, но и требуют от них этого. Более того, одна из категорий подобных выражений мнения - побуждение к геноциду - является одним из немногих преступлений, признаваемых таковыми в международном праве, наряду с военными преступлениями и преступлениями против человечности.

Частная жизнь

Международное право четко признает, что каждое лицо подлежит определенной защите от вмешательства в его частную жизнь. В частности, Статья 17(1) МПГПП гласит: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию». Законы об охране личной и семейной жизни, по определению, устанавливают случаи, когда право на свободу слова подлежит ограничению ради иного права человека - права на неприкосновенность частной жизни. Иерархически ни одно из этих двух прав не выше другого; преобладание одного из них зависит от конкретных обстоятельств. При этом политики занимают особое место среди публичных лиц и потому факты, могущие говорить об их способности править страной или исполнять иные служебные функции (например, их физическое и психическое здоровье), представляют законный интерес для избирателей - даже если таковые факты находятся в сфере частной жизни. Кроме того, избрав профессию, где успех зависит от общественного мнения, политики осознанно и по своей воле поставили себя в поле пристального внимания СМИ. ЕСПЧ подтвердил, что, как и в случае диффамационных суждений, политикам надлежит проявлять больше терпимости, чем подобает простым гражданам, к случаям вмешательства СМИ в их личную и семейную жизнь.

Диффамация

Международные органы - такие, как ООН и ОБСЕ, - не раз признавали опасности, таящиеся в уголовном преследовании за диффамацию, и рекомендовали упразднить такие законы. В частности, Парламентская Ассамблея ОБСЕ призвала к отмене всех законов, предполагающие уголовную наказуемость диффамации

публичных лиц, государства или его органов. Полномочные представители ООН, ОБСЕ и ОАГ по вопросам свободы слова пошли еще дальше, заявив, что «уголовное преследование за диффамацию не является оправданным ограничением свободы выражения убеждений; все законы об уголовном преследовании за диффамацию подлежат отмене и замене, где это необходимо, гражданско-правовыми мерами ответственности».³⁷⁹ КПЧ ООН многократно высказывал озабоченность несоответствующим применением положений уголовного законодательства о диффамации и рекомендовал провести глубокие реформы - причем в таких непохожих странах, как Азербайджан, Норвегия и Камерун.³⁸⁰

Европейский Суд по правам человека, напротив, не постановлял, что преследование за диффамацию в уголовном порядке по определению является нарушением права на свободу выражения мнения.

Организация АРТИКЛЬ 19 полагает, что все законы об уголовном преследовании за диффамацию нарушают гарантию свободы слова, но, осознавая, что такие законы существуют в ряде стран и в ближайшем будущем отменены не будут, предлагает временные меры, направленные на смягчение воздействия этих законов:

- никто не может быть осужден за диффамацию, пока считающая себя потерпевшей сторона вне разумных сомнений не докажет присутствие всех составляющих преступления, согласно перечисленному ниже;

- уголовное преступление диффамации считается совершенным, когда доказано, что оспариваемые высказывания ложны, что они были распространены с осознанием их ложного характера или же безрассудно в отношении их возможной ложности, и что они распространены с непосредственным намерением нанести ущерб стороне, считающей себя потерпевшей;

- государственные органы, включая полицию и прокуратуру, не должны принимать никакого участия в инициировании или осуществлении уголовного преследования, независимо от статуса стороны, считающей себя потерпевшей от диффамации, даже если этой стороной является высокое должностное лицо;

- приговоры о лишении свободы, такие приговоры с отсрочкой исполнения, запреты на выражение мнения при помощи конкретного средства массовой информации, запреты на журналистскую либо на иную профессиональную деятельность, чрезмерные штрафы и прочие суровые наказания никогда не должны налагаться за нарушение законов о диффамации, какими бы явными или вопиющими ни были диффамационные высказывания.³⁸¹

Национальная безопасность

В международном праве пока нет общепринятого определения того, что составляет «национальную безопасность». Международные суды обычно соглашались с доводами государств, что ограничения служили целям защиты национальной безопасности, но при этом тщательно изучают, были ли принятые меры необходимыми. Вместе с тем, в этой связи важно отметить, что соображения

³⁷⁹ Совместная Декларация от 10 декабря 2002 года. URL:

<http://www.osce.org/fom/39838&usg=ALkJrhjFmCPpiChjqOXBpjgwEtrWvrB5AQ>

³⁸⁰ Выводы КПЧ по Азербайджану (UN Doc. CCPR/CO/73/AZE, 12 ноября 2001 г.); по Норвегии (UN Doc. CCPR/C/79/Add.112, 1 ноября 1999 г.); по Камеруну (UN Doc. CPR/C/79/Add.116, 4 ноября 1999 г.).

³⁸¹ Принципы свободы выражения мнения и защиты репутации. Определяя Диффамацию (Артикул 19; Лондон, 29 февраля - 1 марта, 2000 г.) http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30003307

национальной безопасности не могут использоваться в качестве бланкетного предложения для ущемления прав, а именно: «ограничение, оправдываемое соображениями национальной безопасности, не считается правомерным, если его истинным назначением и доказуемой конечной целью не является защита существования страны или ее территориальной целостности от применения силы или угрозы ее применения, а также защита способности данной страны противостоять применению силы или угрозе ее применения вне зависимости от того, проистекает ли эта опасность извне, как, например, военная угроза, или изнутри, как, например, подстрекательство к насильственному свержению правительства».³⁸²

Йоханнесбургские принципы в сфере национальной безопасности, свободы выражения мнений и доступа к информации (1 октября 1995 года) гласят: «любое публично выражаемое мнение не должно подвергаться предварительной цензуре в интересах защиты национальной безопасности, за исключением обстоятельств чрезвычайного положения, угрожающих существованию страны, согласно условиям, предусмотренным Принципом 3».³⁸³ Таким образом, предварительная цензура из соображений национальной безопасности допустима только в действительно исключительных обстоятельствах.

Для того, чтобы применить карательные санкции к выражению мнения, которое квалифицируется как угроза национальной безопасности, государство должно доказать, «что а) выражение мнения имеет целью призыв к насильственным действиям; б) может привести к таким насильственным действиям; в) имеется прямая и очевидная связь между выражением мнения и вероятностью совершения или самим совершением означенных насильственных действий».³⁸⁴

Сиразукские принципы в отношении ограничений и отступлений от положений МПГПП (1985) также гласят следующее: «на интересы национальной безопасности нельзя ссылаться в качестве основания для введения ограничений с целью предотвращения лишь локальной или относительно изолированной угрозы правопорядку».³⁸⁵

Отсюда следует, что ограничения на основаниях защиты национальной безопасности оправданы лишь тогда, когда нация стоит перед угрозой ее «существованию, территориальной целостности или политической независимости», но не тогда, когда имеет место локальный конфликт или просто противоправная деятельность.

Ограничения в освещении деятельности судов

Пристальное внимание общественности к тому, как функционируют судебная и правоохранительная система, служит главной гарантией справедливости правосудия - и гарантией от авторитарного правления. Такому вниманию в первую очередь способствуют СМИ. Как отметил Верховный Суд США: «Ответственная пресса всегда рассматривалась как верная спутница эффективного правосудия, особенно уголовного. Это подтверждается впечатляющей практикой в течение нескольких сот лет. Пресса не просто публикует материалы о судебных процессах, но и стоит на страже ошибок в отправлении правосудия, помещая полицию, прокуроров и судебные процессы в поле пристального общественного внимания и

³⁸² Йоханнесбургские принципы «Национальная безопасность, свобода выражения мнения и доступ к информации» (Article 19, 1 октября 1995 года). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31070926

³⁸³ Там же (принцип 2 а)

³⁸⁴ Там же (принцип 6 а)

³⁸⁵ Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение.

критики».³⁸⁶ Освещение прессой проводимого расследования может осложнить работу полицейских преданием огласки используемых методов или полезными подсказками подозреваемым. Несмотря на это, в развитых демократических обществах суды в редких случаях дают распоряжения о молчании прессы, памятуя о ее важной роли общественного наблюдателя. Создание трудностей следователям никогда не будет основанием для запрещения освещения хода дела в прессе. Верховный Суд Канады в свое время постановил, что любое распоряжение о воздержании от опубликования материалов, касающихся уголовного расследования, оправдано лишь тогда, когда наносимый распространением сведений вред перевешивает урон, который могло бы нанести неопубликование этих сведений.³⁸⁷

Необходимость и соразмерность

Принцип необходимости и соразмерности требует проведения границы между правом отдельного лица (свобода выражения мнения) и интересами государства или общества. Обстоятельства каждого конкретного дела требуют индивидуального подхода, а четких правил, позволяющих определить, где должна проходить вышеупомянутая граница, собственно говоря, не существует. При оценке той или иной инстанцией правомерности любых предполагаемых мер от государства требуется обосновать свои действия, представив доказательства необходимости ущемления права в демократическом обществе. «Необходимость» в данном случае не означает того, без чего невозможно обойтись, но, вместе с тем, это понятие не может истолковываться и как «целесообразность» или «желательность». Оно подразумевает существование неотложной социальной потребности, и данная неотложная потребность должна вписываться в критерии демократического общества. К главным признакам такого общества относятся толерантность и широта взглядов.

В этой связи имеет смысл особо отметить следующий момент: хотя личные интересы и должны в соответствующих обстоятельствах подчиняться интересам явного большинства, демократия вовсе не означает, что мнение последнего должно всегда преобладать. Должен быть установлен надлежащий баланс, обеспечивающий справедливое и корректное обращение с меньшинствами и не допускающий злоупотребления большинством своим господствующим положением.

Принцип соразмерности не упоминается в тексте соглашений о правах человека, но, тем не менее, это доминирующий мотив в правоприменении в данной сфере. Принцип соразмерности подразумевает наличие разумного соотношения между применяемыми средствами и целями, которых стремятся достичь. По существу, этот принцип требует, чтобы суд определил, носит ли мера по ограничению прав, имеющая целью способствовать проведению законной государственной политики:

- неприемлемо либеральный характер в своем применении, или же
- чрезмерно или необоснованно обременительный характер для отдельных людей.

Решение, учитывающее принципы соразмерности, должно:

- минимально ущемлять соответствующее право.
- быть тщательно продуманным, чтобы соответствовать поставленным целям.
- не быть произвольным, несправедливым или основанным на иррациональных соображениях.

³⁸⁶ См. Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333, 350 (1966).

³⁸⁷ Дело Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188, paras. 3-4

При оценке той или иной меры на соразмерность следует учитывать следующие факторы:

- Имелись ли существенные и достаточные основания для ее применения?
- Возможно ли было применить менее ограничивающую меру?
- Предусматривал ли процесс принятия решения какой-либо механизм обеспечения беспристрастности?
- Существуют ли гарантии предотвращения злоупотреблений?
- Не подрывает ли вводимая мера самой сути ограничиваемого права?

Отсутствие дискриминации

При оценке законности ущемления прав человека вопрос о дискриминации должен рассматриваться даже в случае отсутствия нарушения самого материального права, ставшего предметом спора. В принципе, то или иное различие в правоприменении будет считаться дискриминационным, если:

- оно не имеет объективного и разумного оправдания;
- оно не имеет очень весомых оснований;
- оно несоразмерно.

В случае несоблюдения вышеперечисленных критериев и при отступлении от общепринятого правоприменения в конкретном процессе последнее будет равнозначно дискриминации и, следовательно, может квалифицироваться как незаконное. Принцип 4 Йоханнесбургских принципов гласит: «Ни в коем случае при ограничении свободы выражения мнения или свободы информации, в том числе под предлогом защиты национальной безопасности, не должна допускаться дискриминация по признакам расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или других взглядов, национального или социального происхождения, гражданства, имущественного положения, рождения или по иным признакам».

При ограничении свободы выражения мнения в условиях борьбы с преступностью недопустимо, чтобы данное ограничение носило целенаправленный характер в отношении каких бы то ни было, конкретных политических или иных взглядов, если для такого дифференцированного подхода не имеется очень веских оснований, как, например, факты, подтверждающие потенциальную способность таких взглядов породить насилие.

В связи с тем, что как уже упоминалось выше, **Законом Республики Казахстан от 10 июля 2009 года № 178-IV** «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информационно-коммуникационных сетей» любые сайты (интернет-ресурсы) приравнены к СМИ, важным представляется европейский подход к новому пониманию СМИ. Так, в **Рекомендации CM/Rec(2011)7 государствам-членам о новом понятии СМИ** (21 сентября 2011 года) Комитет министров, в соответствии с положениями статьи 15.b Устава Совета Европы, рекомендует, чтобы государства-члены «приняли новое, широкое понятие СМИ, которое включает всех участников, связанных с производством и распространением, среди потенциально большого количества людей, контента (например, информации, анализа, комментариев, мнений, образования, культуры, искусства и досуга в печатной, аудио, визуальной, аудиовизуальной или иной форме) и способы применения, которые направлены на то, чтобы содействовать интерактивным массовым коммуникациям (например, в социальных сетях) или другой основанной на контенте широкомасштабной интерактивной деятельности (например, игры в режиме «он-лайн»), при этом сохраняя (во всех этих случаях) редакционный контроль или надзор над контентом». В Рекомендации предлагается 6 критериев определения СМИ: намерение

действовать в качестве СМИ; цель и основные задачи СМИ; редакционный контроль; профессиональные стандарты; сфера охвата и распространение; ожидания общества.

Говоря об ответственности СМИ, нельзя не упомянуть и меры по защите СМИ, о которых говорится в принятой на днях **Совместной декларации «О преступлениях против свободы выражения мнения»** (Специальный докладчик ООН по вопросу о поощрении и защите права на свободу мнений и их свободное выражение, Представитель ОБСЕ по вопросам свободы средств массовой информации, Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений Организации американских государств и Специальный докладчик по вопросам свободы выражения мнений и свободного доступа к информации Африканской комиссии по правам человека и народов, 25 июня 2012 года).

В ней международные эксперты, призывают все правительства к созданию новой категории «преступлений против свободы выражения» в ответ на участившиеся случаи нападений на журналистов, работников СМИ, блоггеров, правозащитников и т.д., связанные с реализацией права на свободу выражения. Категория преступлений против свободы выражения потребует ужесточения наказания по причине того, что преступления против тех, кто реализует свое право на свободу выражения, подрывает право всех остальных знать и влияет на общество в целом. Совместная декларация говорит об обязательствах государств по борьбе с безнаказанностью за атаки на свободу слова и определяет меры, которые государства должны принять в целях предотвращения подобных преступлений, защиты жертв и эффективного расследования преступлений в случае нарушений. Декларация дает рекомендации по созданию специальных следственных подразделений и специализированных программ защиты, с учетом местных потребностей и проблем.

3. РЕФОРМИРОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ЧАСТИ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА СВОБОДУ ВЫРАЖЕНИЯ МНЕНИЯ С УЧЕТОМ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ

При оценке данного вопроса, думается, что помимо лучшей международной практики, методологической основой для реформирования уголовного и административного законодательства должны послужить положения уже упоминавшегося выше **Нормативного постановления Конституционного совета Республики Казахстан от 27 февраля 2008 года № 2 «О проверке конституционности частей первой и четвертой статьи 361 Уголовного кодекса Республики Казахстан по обращению Капшагайского городского суда Алматинской области»**. В нем говорится, что законодатель при установлении уголовной ответственности обязан исходить из конституционных пределов допустимого ограничения прав и свобод человека и гражданина, не искажая существа конституционных прав и свобод и не вводя таких ограничений, которые не согласуются с конституционно определенными целями.

Положения пункта 1 статьи 39 Конституции означают, что защита конституционного строя, охрана общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения могут обусловить ограничение прав и свобод, если такое ограничение адекватно законно обоснованным целям и отвечает требованиям справедливости, является пропорциональным, соразмерным и необходимым в демократическом государстве для защиты конституционно значимых ценностей. При этом закон, ограничивающий права и свободы человека и

гражданина, должен быть сформулирован предельно ясно, четко указывать как на признаки правонарушения, так и на конституционные цели, в защиту которых он принят, не допуская возможности неоднозначного его толкования.

Основой взаимоотношений государства и личности в сфере установления и реализации уголовной ответственности является безусловное соблюдение, как законодателем, так и правоприменителем конституционно-правового статуса человека и гражданина, привлеченного к уголовной ответственности и подвергнутого наказанию. Использование в пункте 1 статьи 39 Конституции слов «...лишь в той мере...» предполагает, что меры уголовно-правового принуждения, а также предупреждения преступлений должны отвечать принципам справедливости и соразмерности уголовной ответственности, а также защищаемым Основным законом ценностям, высшими из которых являются человек, его жизнь, права и свободы.

В принципе, существует два основных способа ограничения свободы выражения мнения, которыми государство может воспользоваться для борьбы с правонарушениями и преступлениями. Это предварительная цензура публичного выражения мнения и последующее привлечение к ответственности за таковое. Предварительные ограничения уместны, например, когда известно, что намечается трансляция или распространение определенного заявления, либо публикация в СМИ, поддерживающие определенные, запрещенные законом идеи, а государство желает предотвратить их обнародование. Однако, согласно международным стандартам, применение предварительного ограничения чрезвычайно спорно, и ситуации, в которых к нему можно было бы прибегнуть, крайне немногочисленны. Этот подход отражается в факте существования практически полного запрета на предварительную цензуру, прямо предусмотренного и Конституцией РК.

Свободой выражения мнения иногда злоупотребляют для подстрекательства к насилию (включая терроризм), расовой ненависти и дискриминации. Международная практика говорит, что в условиях борьбы с преступностью всегда существует реальная опасность того, что, пресекая политическую свободу слова и/или выражения мнений, граничащих с подстрекательством к совершению преступлений, государство может спровоцировать обращение к менее безопасным способам проявления недовольства, включая применение насилия или совершение терактов. Лишение граждан возможности законным способом выразить свое недовольство государством может усилить у них чувство неудовлетворенности и отчужденности, что способствует формированию среды, в которой преступникам легче пополнять свои ряды. Кроме того, как уже свидетельствует казахстанская практика, подвергая уголовному наказанию лиц, исповедующих экстремизм и терроризм, власти рискуют добиться обратного эффекта: в местах заключения эти люди получают аудиторию, которая может оказаться гораздо более восприимчивой, чем та, на которую они могли рассчитывать на свободе.

Поэтому, разрабатывая политику и законодательство в данной области, следует применять более широкий подход, а также учитывать ее возможные последствия.

Основной документ, определяющий в настоящее время стратегические направления правовой реформы в РК, а это **Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858** «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» (далее - Концепция), не употребляет термин «свобода выражения мнения». В целом, применительно к рассматриваемым вопросам, в ней говорится, что совершенствование нормативно-правового регулирования вопросов информации должно быть направлено на «гарантирование свободы слова, свободное получение и распространение

информации любым, незапрещенным законом способом, с учетом соблюдения конституционных прав на неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, тайны переписки, телефонных переговоров и иных сообщений, а также соблюдения требований законодательства о государственных секретах».

В Концепции также говорится, что законодательство об административных правонарушениях должно быть максимально направлено на восстановление нарушенных прав, предупреждение правовых конфликтов в обществе административно-правовыми мерами. При этом при формировании административно-правовых санкций должен неукоснительно соблюдаться принцип их соразмерности степени общественной опасности и характеру правонарушения.

В Концепции также указывается, что для административно-деликтного права являются злободневными вопросы более четкого определения круга правоотношений, охраняемых административно-деликтным законодательством и соответственно более четкого разграничения между административно-правовыми и уголовно-правовыми санкциями.

Что касается, уголовной политики, то, в частности, в Концепции говорится, что она должна быть направлена на дальнейшую декриминализацию правонарушений, не представляющих большой общественной опасности, с переводом их в категорию административных правонарушений и усилением административной ответственности за их совершение. Важным так же названо приведение уголовного закона в соответствие с международными договорами, ратифицированными Казахстаном.

Из законопроектов, принятых в развитие данного документа, следует отметить следующие. **Перспективным планом законопроектных работ Правительства Республики Казахстан на 2013-2014 годы**, утвержденным Постановлением Правительства Республики Казахстан от 28 марта 2012 года № 360, предусмотрено внесение в 1 квартале 2013 года в Парламент новой редакции Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее - УК РК), а также Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее - КоАП). Государственным органом, ответственным за разработку УК РК, определена Генеральная Прокуратура РК и на данный момент обнародован соответствующий Проект концепции новой редакции УК РК (далее - Концепция) с предполагаемой структурой законопроекта.

Применительно к рассматриваемым вопросам, прежде всего, следует отметить, что в проекте Концепции УК на основе положительного международного опыта предлагается рассмотреть вопрос о введении новой категории противоправных деяний - уголовного проступка. Это позволит, по мнению разработчиков Концепции УК «классифицировать ряд деяний, по степени общественной опасности находящихся на стыке административного правонарушения и уголовного преступления, при этом по своей природе такие деяния будут ближе к уголовным преступлениям, нежели к административным правонарушениям. Основанием отнесения деяний к категории уголовных проступков предлагается их общественная опасность, а также виды наказаний, назначаемых за их совершение».

С законодательной точки зрения, авторам Концепции оптимальным представляется регламентация уголовных проступков в рамках Уголовного кодекса, что позволит придать им статус, близкий к категории преступных деяний и соответственно расширить возможности государства по их пресечению. При определении понятия проступка делается акцент на его меньшую общественную опасность по сравнению с действующей категоризацией преступлений. При этом разграничение преступлений и проступков проводится по критерию возможности назначения наказания в виде лишения свободы, поскольку именно этот вид наказания является наиболее отчетливой границей между серьезной и менее

серьезной общественной опасностью. Тем самым становится возможным признать преступлениями те деяния, за совершение которых может быть назначено лишение свободы, в том числе в альтернативе с иными видами наказаний, а уголовными проступками - все иные деяния, которые не влекут наказания в виде лишения свободы.

Если такая идеология Концепции будет поддержана, в категорию проступков перейдут преступления небольшой тяжести, за совершение которых в настоящее время не предусматривается лишение свободы. К проступкам также будет отнесена определенная часть административных правонарушений, рассматриваемых сейчас в судебном порядке. Часть уголовно наказуемых деяний, за совершение которых в настоящее время предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок до одного года, также может быть отнесена к проступкам. Назначение наказания за совершение уголовного проступка не будет иметь своим последствием судимость, при этом срок давности привлечения к уголовной ответственности и срок давности приговора за проступки будут минимальными. Соответственно, будет также введен упрощенный порядок расследования и рассмотрения судами дел об уголовных проступках.

Что касается отдельных составов преступлений, то в Концепции утверждается, что обеспечение гарантий на неприкосновенность достоинства человека, частной жизни, личной и семейной тайны, обеспечение конституционных прав на защиту своей чести и достоинства, на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений настоятельно диктует необходимость пересмотра и усиления ответственности за соответствующие посягательства. Никакие основания, используемые для прикрытия подобных посягательств, не должны быть оправданием для нарушения названных конституционных гарантий. Свобода слова, борьба с преступностью и иные внешне общественно полезные действия не должны быть инструментами незаконного вторжения в частную жизнь граждан, посягательств на его честь и достоинство, говорится в документе. Следует отметить, что из последних вариантов Концепции выпало предложение, которое было в первоначальных редакциях: «С указанных позиций была бы преждевременной декриминализация состава клеветы и оскорбления, которые в настоящее время имеют сильную превентивную составляющую».

В Концепции также предлагается обеспечить надлежащую уголовно-правовую защиту информационной безопасности и, с этой целью, ввести в УК самостоятельную главу, содержащую составы уголовных преступлений и уголовных проступков и предусматривающих ответственность за такого рода деяния. В данной главе предлагается объединить составы преступлений, устанавливающие ответственность за деяния, посягающие на информационную безопасность, за распространение деструктивных материалов, представляющих общественную опасность, или обеспечение доступа к ним через компьютерные системы. В Концепции подчеркивается, что особенностью компьютерных систем, в отличие от иных СМИ, является их возможность распространения и перемещения информации на неограниченные расстояния и обеспечение доступа к ней неограниченного и заведомо неизвестного круга лиц. Ввиду специфики электронных средств существенно повышается общественная опасность деяний, совершенных с их использованием и, в этой связи, предлагается рассмотреть возможность усиления ответственности за распространение запрещенной законом информации посредством компьютерных систем.

Таким образом, Концепцией предлагается дополнить новую редакцию УК РК главой **«Преступления и проступки против информационной безопасности»**.

Ключевым здесь является понятие информационной безопасности, а УК призван защитить ее от разного рода угроз, посягательств путем признания определенных деяний преступлениями и установления наказания и иных мер уголовно-правового воздействия за их совершение.

В этой связи следует отметить, что согласно статье 4 **Закона Республики Казахстан от 6 января 2012 года № 527-IV «О национальной безопасности Республики Казахстан»** (с изменениями по состоянию на 10.07.2012 г.), информационная безопасность это состояние защищенности информационного пространства Республики Казахстан, а также прав и интересов человека и гражданина, общества и государства в информационной сфере от реальных и потенциальных угроз, при котором обеспечивается устойчивое развитие и информационная независимость страны. При этом под информационным пространством в законе понимается сфера деятельности, связанная с формированием, созданием, преобразованием, обработкой, передачей, использованием, хранением информации, оказывающая воздействие в том числе на индивидуальное и общественное сознание, информационную инфраструктуру и собственно информацию. А информационная инфраструктура это совокупность технических средств и систем формирования, создания, преобразования, обработки, передачи, использования и хранения информации. В числе основных угроз национальной безопасности названы снижение уровня защищенности информационного пространства страны, а также национальных информационных ресурсов от несанкционированного доступа, а также информационное воздействие на общественное и индивидуальное сознание, связанное с преднамеренным искажением и распространением недостоверной информации в ущерб национальной безопасности. Очевидно, с учетом этого и должна строиться уголовная политика государства по борьбе с преступлениями против информационной безопасности.

Также, несомненно, она должна учитывать **Концепцию информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденную Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174. Как указывается в данном документе, Концепция выражает совокупность официальных взглядов на сущность и содержание деятельности Республики Казахстан по обеспечению информационной безопасности государства и общества, их защите от внутренних и внешних угроз. Она определяет задачи, приоритеты, направления и ожидаемые результаты в области обеспечения информационной безопасности личности, общества, государства и призвана обеспечить единство подходов к формированию и реализации государственной политики обеспечения информационной безопасности, а также методологическую основу для совершенствования нормативных правовых актов, регулирующих данную сферу.

Как методологическая основа по направлению законодательного и нормативно-методического обеспечения, данная Концепция предлагает изменения в существующее законодательство по вопросам отнесения отдельных видов информационных правонарушений к уголовно-наказуемым деяниям. Также в ней предлагается дополнительная правовая регламентация вопросов соблюдения авторского права в информационно-коммуникационных сетях, совершенствование законодательства, регулирующего вопросы защиты персональных данных. Предполагается проведение целенаправленной политики по выявлению и недопущению скрытого воздействия на общественное сознание со стороны других государств, транснациональных корпораций, различных неформальных структур, в том числе через социальные сети, активизация противодействия распространению идеологии терроризма, религиозного и этнического экстремизма, сепаратизма и

других антиобщественных проявлений через системы распространения массовой информации. Будет внедрена оптимальная модель развития и регулирования казахстанского сегмента глобальной информационной сети Интернет, выработаны механизмы стимулирования производства позитивного содержательного контента, развития отечественных интернет-СМИ, модернизации телекоммуникационной инфраструктуры. Также признана необходимой разработка международных правовых норм, регулирующих межгосударственные отношения в области использования глобальной информационной инфраструктуры, совершенствования взаимодействия правоохранительных органов Республики Казахстан и иностранных государств в области предупреждения, выявления, пресечения и ликвидации последствий использования информационных и телекоммуникационных технологий в террористических и иных преступных целях, совершенствование международных правовых норм в области информационной безопасности и защиты государственных секретов для обеспечения соблюдения национальных интересов Республики Казахстан. К сожалению, сказать точно, о каких именно мероприятиях идет речь, невозможно, поскольку **Отраслевая Программа по обеспечению информационной безопасности Республики Казахстан на 2011-2014 годы**, утвержденная постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 января 2011 года № 45 дсп - засекречена.

Следует отметить, что в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК употребляется другой термин для соответствующей главы: «Преступления и проступки против безопасности информационных технологий». Думается, что это не совсем верно, поскольку термин «безопасность информационных технологий» в настоящее время в законодательстве РК не встречается, а применяется лишь в нормативно-технических документах, например, **СТ РК ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2006 (ГОСТ Р ИСО/МЭК 15408-1-2002, IDT)** «Информационная технология. Методы и средства обеспечения безопасности. Критерии оценки безопасности информационных технологий. Часть 1 Введение и общая модель». Схожая терминология употребляется в **проекте Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам информатизации»**, который готовится сейчас параллельно с основным законопроектом «Об информатизации». В числе прочих вопросов, данный документ предусматривает «совершенствование института уголовной ответственности за преступления в сфере информационных технологий». В нем говорится, что анализ ситуации, связанной с вопросами противодействия правонарушениям и преступлениям в сфере информационной безопасности, а также противодействия распространению информации, противоречащей законодательству Республики Казахстан, свидетельствует о необходимости уточнения и дополнения уголовно-правовых норм, предусмотренных УК РК. В условиях расширения видов массовой коммуникации, в первую очередь, широкого использования сети Интернет, назрела необходимость концептуального пересмотра норм действующего уголовного законодательства. Существующие уголовно-правовые нормы в сфере киберпреступности разрознены и не связаны между собой единым смысловым значением как преступления в сфере информационных технологий, нарушения информационной безопасности, защиты охраняемой законом информации, а также защиты прав и свобод граждан в информационной сфере. В связи с этим разработчиком предлагается объединить все уголовно-правовые нормы, касающиеся киберпреступлений, в самостоятельной главе УК РК «Преступления в сфере информационных технологий»:

- выделить из статьи 227 УК РК самостоятельные составы преступлений с целью конкретизации видов уголовно-наказуемого деяния, разделения степени ответственности за ущерб, причиненный преступлением, усиления ответственности за определенные виды преступления в зависимости от характера причиненного ущерба;

- ввести уголовную ответственность за нарушение правил информатизации, создание, внедрение и эксплуатацию информационных систем, баз и банков данных, систем обработки и передачи информации, а также доступ в информационные системы без принятия установленных мер защиты, причинившее крупный ущерб либо значительный вред правам или охраняемым законом интересам граждан либо государственным или общественным интересам;

- ввести уголовную ответственность за создание компьютерных программ или внесение изменений в существующие программы с целью несанкционированного уничтожения, блокирования, модификации, копирования или перехвата информации, хранящейся или передаваемой в компьютерной системе, разработку специальных вирусных программ, их умышленное использование или распространение их, повлекшие использование информации или ее копирование, а также нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ или их сети.

Кроме того, разработчик считает необходимым конкретизировать ряд преступлений в части способа совершения преступления - с использованием информационных технологий, в частности, в отношении мошенничества (ст. 177 УК РК).

Также в проекте говорится о совершенствовании института административной ответственности за правонарушения в сфере информационных технологий.

Органом, ответственным за разработку новой редакции КоАП определено Министерство юстиции РК и пока дело с информацией по этому вопросу обстоит сложнее, чем с проектом УК. Пока на этот счет не публиковалось никаких предварительных документов. Лишь в **Плане мероприятий на 2012 год по реализации Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года**, утвержденном Постановлением Правительства Республики Казахстан от 2 марта 2012 года № 283, говорится о том, что в 2012 году Минюст должен проработать необходимость принятия Административно-процессуального кодекса Республики Казахстан и при этом четко определиться с предметом регулирования административно-процессуального законодательства. Также в Администрацию Президента Республики Казахстан должны быть представлены предложения по разграничению полномочий между судом и внесудебными инстанциями по рассмотрению дел об административных правонарушениях. Возможно это, вкупе с решением вопроса об уголовных проступках, и определит дальнейшее направление и сроки разработки КоАП.

В целом, оценивая имеющиеся на сегодняшний день законопроекты, затрагивающие вопросы уголовной и административной ответственности (концепция и сравнительная таблица по **новой редакции УК РК**, проекты законов по вопросам **персональных данных, информатизации, электронной торговли, противодействия терроризму**), хотелось бы видеть их большую согласованность по указанным вопросам - в части как концептуальных подходов, так и терминологии.

Думается, что во многом это обусловлено тем, что в РК до сих пор отсутствует базовый закон об информации, о доступе к ней и защите. Но, поскольку в **Концепции информационной безопасности Республики Казахстан до 2016 года**, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года № 174, говорится о том, что «на повестке дня остро встает вопрос о необходимости формирования в Республике Казахстан отдельной отрасли законодательства -

информационного права», то, очевидно, необходимо активизировать работы в этом направлении, что как раз и позволит определиться с единой терминологией и подходами.

Так, например, в проекте УК РК предлагается ввести ответственность за незаконное соби́рание сведений о частной жизни лица, составляющих его личную, семейную или **иную охраняемую законом тайну**. При этом, в качестве обоснования такого шага, указывается на то, что в законодательстве отсутствует определение частной жизни, что не позволяет установить исчерпывающий перечень сфер жизни человека, подлежащих защите.

В остальном следует отметить следующее.

В связи с проводимой реформой, следует, наконец, определиться со статусом средств массовой информации. В рассматриваемых правоотношениях речь практически одновременно ведется и об ответственности СМИ (должностных лиц и собственников средств массовой информации), и о деяниях, совершенных с использованием средств массовой информации.

В КоАП не дается специального определения тому, кто признается должностным лицом или собственником СМИ, в УК речь идет лишь об ответственности физических лиц. Идея с уголовной ответственностью юридических лиц на данном этапе вроде бы отклонена, но в последних вариантах сравнительной таблицы по проекту УК она присутствует. Так, например, предлагается ответственность юридических лиц за изготовление, хранение, ввоз, перевозку, распространение на территории Республики Казахстан продукции средств массовой информации, а равно иной продукции террористического и экстремистского характера вплоть до ликвидации с конфискацией имущества.

Между тем, в соответствии со статьей 5 **Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 года № 451-І «О средствах массовой информации»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) средство массовой информации может быть создано как в форме юридического лица, так и в форме структурного подразделения юридического лица. При этом, в соседней статье 6 данного закона говорится, что собственником СМИ может быть не только юридическое лицо, но и физическое либо объединение физических и (или) юридических лиц. Вопрос, в какой форме при этом будет существовать СМИ, остается открытым. Закон говорит лишь, что ответственность за нарушение законодательства о средствах массовой информации несут виновные в этом должностные лица государственных органов и иных организаций, а также собственник, распространитель, главный редактор (редактор) средства массовой информации, авторы распространяемых сообщений и материалов. При этом распределения - кто именно, какую ответственность несет - в законе не содержится. Указывается лишь, что собственник, главный редактор (редактор) средства массовой информации несут установленную законодательными актами Республики Казахстан ответственность за распространение сообщений и материалов, содержащих пропаганду или агитацию насильственного изменения конституционного строя, нарушения целостности Республики Казахстан, подрыва безопасности государства, войны, социального, расового, национального, религиозного, сословного и родового превосходства, культа жестокости, насилия и порнографии, независимо от источника их получения.

Кроме того, следует учитывать масштабы изменений в информационных и коммуникационных технологиях, таких как электронные системы распространения информации на базе Интернета и мобильной связи, которые существенно изменили методы общения во всем мире. В связи с этим, следует, наконец, определиться со статусом такого субъекта ответственности, как собственник интернет-ресурса. По сложившейся практике суды признают им лицо, на которое зарегистрировано

доменное имя сайта. Однако, как известно, доменное имя в собственность получить невозможно. Нерешенным остается и вопрос со статусом лиц, участвующих в создании информационных ресурсов сайтов. Следует ли, например, блогеров рассматривать как журналистов при применении статьи, устанавливающей ответственность за воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналиста?

Также для целей привлечения к ответственности собственников интернет-ресурсов надо, наконец, определиться, где проходит граница РК в Интернете.

Прежде, чем ставить вопрос об ответственности интернет-ресурсов за информацию, размещенную на них, очевидно, следует разработать определенный порядок самостоятельного удаления ими интернет-страниц, содержащих информацию, распространение которой в РК запрещено. И уже за нарушение такого порядка привлекать к определенной ответственности.

Неопределенность статуса интернет-СМИ, соответственно влечет, как видится, некоторую недооценку законодателем в настоящее время общественной опасности таких правонарушений, как, например, угроза или сводничество. Наверняка, в адрес любого казахстанского сайта, размещающего острые материалы по общественно-политическим и социально-экономическим вопросам, ежедневно поступают разного рода угрозы. Кто за ними стоит и стоит ли дожидаться того, чтобы эти угрозы были приведены в действие, чтобы оценить их опасность? Поэтому можно только приветствовать предложенную в проекте УК РК формулировку, предусматривающую ответственность за применение насилия или угрозы его применения в отношении журналиста или его близких либо с повреждением или уничтожением их имущества.

Также, следует приветствовать то, что в связи с введением в уголовное право новой категории «проступков», к которым предполагается отнести некоторую часть административных правонарушений, признано целесообразным осуществить перевод составов оскорбления и клеветы в разряд проступков, поскольку привлечение к уголовной ответственности за проступок не влечет судимости и ограничено годичным сроком давности. В то же время обвиняемый при этом не должен будет доказывать свою невиновность, как в рамках гражданского процесса.

В тоже время включение такого квалифицирующего признака, как использование сетей телекоммуникаций, в случаях с клеветой и оскорблением, а также в ряде иных статей не вполне понятно. **Согласно статье 2 Закона Республики Казахстан от 5 июля 2004 года № 567-II «О связи»** (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) это понятие охватывает передачу знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио, оптической и другим электромагнитным системам. Т.е. оно довольно широкое. Авторы законопроекта говорят, что практика показывает, что для распространения информации, в том числе деструктивного характера в последнее время широко применяются массовая рассылка материалов по электронной почте, с использованием Skype и иных компьютерных программ, посредством SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи, которые не могут быть отнесены к СМИ, однако позволяют обеспечить доведение информации до широких кругов населения. Однако в предложенных формулировках признак массовости отсутствует, поэтому под них могут подпадать, например, и телефонные разговоры между двумя людьми. Кроме того, в Казахстане в последнее время случаи массовой рассылки SMS и MMS сообщений по сетям сотовой связи без участия операторов связи не фиксировались, поэтому не следует объединять их с рассылками по электронной почте (так называемый «спам»).

Не вполне проработанным видится вопрос о введении ответственности за нарушение правил эксплуатации информационной системы, электронного

информационного ресурса или информационно-коммуникационной сети лицом, имеющим к ним доступ по службе или работе, если это деяние повлекло по неосторожности уничтожение, блокирование, модификацию информации, изменение установленных владельцем или собственником ограничений на доступ к информации, либо нарушение работы информационной системы или информационно-коммуникационной сети. Здесь напрашивается дополнительный квалифицирующий признак, иначе по этой статье можно привлечь любого программиста или техника, любого работника, который по неосторожности, например, удалил нужный файл на рабочем компьютере. Думается, нужно вести речь только об умышленных действиях и если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Указанное относится и к статье «Компьютерный саботаж».

Неоправданно широкой видится формулировка, предусматривающая ответственность за умышленное несанкционированное копирование или иное неправомерное завладение информацией, хранящейся на машинном носителе, содержащейся в информационной системе или передаваемой по информационно-коммуникационной сети, если это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Это применимо и к статье, говорящей о предоставлении услуг для размещения интернет-ресурсов в противоправных целях. Она фактически вводит ответственность хостинг-провайдеров за фильтрацию контента. Авторы законопроекта упирают на то, что эта статья с умышленной формой вины и что данная мера позволит привлекать к уголовной ответственности лиц, предоставляющих услуги сдачи в аренду дискового пространства сервера или самого сервера для размещения противоправного контента с обязательством о реагировании на жалобы со стороны пользователей. Однако, совершенно непонятно, как все это будет возможным зафиксировать? Получается реагирование на жалобы со стороны пользователей и будет мерилом ответственности, а это открывает почву для многих возможных злоупотреблений.

Также видится, что в законопроекте совершенно не учитывается важное положение, сформулированное в международном праве. Из последних документов оно четко сформулировано в **Замечании общего порядка № 34 «Статья 19: Свобода мнений и их выражения. Общие замечания»** (Комитет по правам человека ООН, Сто вторая сессия Женева, 11-29 июля 2011 года). В нем Комитет отмечает, что в Международном пакте о гражданских и политических правах уделяется особое внимание праву на беспрепятственное выражение мнений при проведении дискуссий с участием политических и государственных деятелей. Таким образом, одного лишь факта, что формы выражения мнений оскорбляют какого-либо общественного деятеля, недостаточно для того, чтобы обосновать установление наказаний, хотя общественные деятели также могут в своих интересах использовать положения Пакта. Более того, все общественные деятели, в том числе представители высшей политической власти, такие как главы государств и правительств, могут на законных основаниях становиться объектом критики и нападков политической оппозиции. По этой причине Комитет выражает обеспокоенность в связи с законами о таких действиях, как оскорбление высшего государственного лица, неуважение к суду, неуважение к представителям власти, неуважение к флагу и символике, клевета на главу государства, защита чести государственных должностных лиц; он также заявляет, что законом не должны устанавливаться более жесткие меры наказания исключительно в связи с положением личности индивида, чья репутация была якобы подвергнута сомнению.

Государствам–участникам не следует запрещать критику таких структур, как армия или административный аппарат.

По мнению Комитета, такие правонарушения как «поощрение терроризма» и «экстремистская деятельность», а также правонарушения «восхваления», «прославления» или «оправдания» терроризма должны иметь четкие определения для гарантии того, что их применение не ведет к неуместному или несоразмерному вмешательству в осуществление права на свободное выражение мнений. Кроме того, следует избегать чрезмерных ограничений на доступ к информации. СМИ играют ключевую роль при предоставлении населению информации о террористических действиях, поэтому нельзя допускать неправомерного ограничения их работы. В связи с этим журналисты не должны подвергаться наказаниям за то, что они законно выполняют свои функции. Думается, что предложенные в проекте УК РК формулировки не вполне отвечают данным критериям.

Сентябрь, 2012 г.

ЛЕВИН И.

*Научный сотрудник кафедры публичного права,
русского права и сравнительного правоведения,
Университет Гумбольта (Берлин, ФРГ)*

ПРАВОВОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПО ПРЕДЛОЖЕНИЯМ, СОДЕРЖАЩИМСЯ В ПРОЕКТАХ ЗАКОНОВ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН "О ГАРАНТИРОВАННОЙ ГОСУДАРСТВОМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ" И "О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ГАРАНТИРОВАННОЙ ГОСУДАРСТВОМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ"³⁸⁸

1. Введение

Предметом правового заключения являются два проекта нормативно-правовых актов, направленных на внедрение системы оказания бесплатной юридической помощи на территории Республики Казахстан (РК). Предложенная законодателем система оценивается с позиций конституционного права, сравнительного правоведения, а также принципа комплексного правового регулирования. Применение этих методических инструментов позволит адекватно оценить предмет правового заключения, равно как и сформулировать рекомендации по совершенствованию системы оказания бесплатной юридической помощи.

2. Предложенная система оказания бесплатной юридической помощи

Рассматриваемые законопроекты предусматривают внедрение повсеместной бесплатной юридической помощи. Субъектами этой системы, в соответствии со ст. 7 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи», являются:

- а. Государственные органы
- б. Адвокаты
- в. Нотариусы
- г. Частные судебные исполнители
- д. Высшие учебные заведения и неправительственные организации.

Статья 6 Проекта Закона предусматривает виды оказания бесплатной юридической помощи. К ним относятся:

- Правовая информация

³⁸⁸ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Фонда СОРОС Казахстан.

- Правовое консультирование
- Защита и представительство в судах.

В отношении круга лиц, имеющих право обращаться за бесплатной юридической помощью, положения рассматриваемого законопроекта дифференцируют на основе видов оказываемой помощи. Правовая информация доступна всем физическим и юридическим лицам, в то время как услуги консультирования, защиты и представительство в судах предоставляются лишь отдельным категориям граждан. Ч.2. Ст. 8 отсылает к положениям ст. 6 Закона «Об адвокатской деятельности». Тем самым, лица, которые раньше могли рассчитывать на юридические услуги *pro bono*, с внедрением новой системы могут ожидать государственной поддержки.

В отношении компенсации расходов субъектов оказания бесплатной юридической помощи законопроектами предусмотрена система взаимодействия между коллегиями адвокатов, Министерством юстиции и Правительством РК.

Уполномоченный государственный орган становится администратором бюджетных программ и устанавливает размер компенсируемых расходов (ст. 11 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»), в то время как Правительство РК регулирует размеры и порядок оплаты оказанных населению услуг (ч. 8 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»).

Министерство юстиции наделено правом заключать соглашения с представителями юридических профессий (через свои территориальные органы)³⁸⁹, а также утверждать формы отчетности. Адвокатские коллегии принимают на себя консультационные функции, устанавливают критерии отбора адвокатов (ч. 2 абз. 3 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»), равно как предоставляют уполномоченным органам сводные отчеты об оказанных услугах (ч.7. ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи»).

Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи» предусматривает подробные правила и процедуру привлечения представителей для оказания бесплатной юридической помощи. В целях обеспечения целостности системы Правительство РК предлагает дополнить положения Уголовно-процессуального и Гражданско-процессуального кодексов, Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, а также внести изменения в Закон Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

3. Конституционно-правовые детерминанты оказания бесплатной юридической помощи

Согласно ч.1. ст. 1 Конституции, РК является правовым и социальным государством. Ч.2. ст. 13 гарантирует право защищать права и свободы в суде. Ст. 14 устанавливает принцип равенства; ч.2. этой же статьи запрещает дискриминацию на основе имущественного положения.

Анализ мировой практики регулирования бесплатной юридической помощи позволяет говорить о том, что именно принцип правового и социального государства, гарантии эффективной прав в суде, а также принцип равенства перед

³⁸⁹ ч. 4 ст. 13 Проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи».

законом определяют на уровне основного закона структуру системы оказания бесплатной юридической помощи. Иными словами, создание отвечающего требованиям Конституции механизма юридической помощи требует конкретизации изложенных в основном законе нормативных предпосылок.

а. Толкование нормативных предпосылок

Принцип правового государства требует от органов государственной власти создания эффективных инструментов защиты прав и свобод человека и гражданина. Достижение подобной нормативной цели требует от законодателя кодификации подобных механизмов, организации повсеместной судебной власти, а также внедрения «стимулов» для оказания юридической помощи и представительства интересов гражданина во всех видах и на всех стадиях конфликтов с органами государственной власти. Принцип правового государства, стремящийся ограничить власть суверена, гарантирует, кроме того, независимость судебного представительства. Принцип состязательности сторон в судебном процессе по гражданским делам, равно как и задачи уголовного процесса подлежат законодательному регулированию.

б. Принцип функционального равенства

Рассматривая принцип функционального равенства при получении юридической помощи, следует выделить следующие структурные элементы:

• Доступность услуг

Бесплатные юридические услуги должны быть доступны населению. Речь идет не только о географической доступности юридической помощи, но и о правовой доступности. Не стоит упускать из виду крайне низкий уровень правовой образованности населения и чрезвычайно высокий уровень недоверия к органам государственной власти (коррупция, плохо обоснованные решения, злоупотребления властными полномочиями). Не допустимым в подобном контексте является излишне строгое толкование законов о предоставлении бесплатной юридической помощи, которое может отпугнуть граждан от обращения за помощью. Кроме того, бесплатные юридические услуги должны оказываться во всех видах правовых споров и на всех стадиях рассмотрения дела.

• Качество оказания юридических услуг

Качество оказываемых услуг должно соответствовать уровню услуг, которые получают граждане, обладающие необходимыми денежными средствами.

4. Законодательное регулирование системы оказания бесплатной юридической помощи

а. Сферы регулирования

Исходя из необходимости законодательного закрепления доступности и качества оказания бесплатной юридической помощи, внедрение подобных инструментов на законодательном уровне требует внесения изменений в следующие нормативно-правовые акты:

• процессуальное законодательство

Руководствуясь принципом функционального равенства, законодатель обязан закрепить систему оказания бесплатной юридической помощи, а также необходимые

для обращения за подобными услугами процедуры. Особенного внимания заслуживает вопрос судебных издержек. Принцип функционального равенства нарушается в тех случаях, когда гражданин вправе обратится за правовой консультацией, но не может обратиться в суд ввиду отсутствия средств на уплату государственной пошлины или компенсацию прочих судебных издержек. Соответственно, процессуальным законодательством должны регулироваться следующие вопросы:

- Возможность предоставления гражданину бесплатной юридической помощи на всех стадиях рассмотрения дела
- Возможность освобождения от уплаты государственной пошлины.
- законодательные акты об основах и принципах юридической деятельности, оказании юридических услуг

При этом стоит отметить, что корректировка материальных норм права не должна ограничиваться принятием специального нормативно-правового акта; когерентность правового регулирования требует внесения изменений и дополнений в законы об адвокатской деятельности, а также нормативные акты, регулирующие деятельность адвокатских коллегий.

б. Основные вопросы нормативного регулирования оказания бесплатной юридической помощи

Условием создания когерентной нормативно-правовой базы является, помимо регламентации основных принципов оказания бесплатной юридической помощи, закрепление эффективных механизмов ее использования. Тем самым, законодатель обязан не только кодифицировать общие принципы, очертить круг субъектов оказания помощи, но и имплементировать инструменты, гарантирующие доступность и в конечном итоге эффективность всей системы оказания бесплатной юридической помощи. Иными словами, законодатель должен ответить на следующие вопросы:

- Кем принимается решение о предоставлении конкретному лицу бесплатной юридической помощи? Кем определяется размер компенсации представителю или иному субъекту оказания бесплатной юридической помощи?
- Существуют ли требования к качеству/потенциалу на "победу" в юридическом споре, которые в свою очередь влияют на решение о предоставлении гражданину бесплатной юридической помощи?
- Каковы требования к субъекту оказания бесплатных юридических услуг; допустимо ли привлечение не-юристов/не-адвокатов к оказанию подобных услуг?
- Кому переданы функции финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи?
- Вправе ли субъект оказания бесплатной юридической помощи сложить с себя полномочия консультанта/представителя?
- Каковы причины, оправдывающие подобный шаг? Когда допускается сложение с себя полномочий?
- Допустим ли отзыв или замена консультанта/судебного представителя администратором системы? Каковы условия подобного отзыва?
- Каково влияние гражданина на процесс оказания услуг? Может ли он выбирать защитника или лишать его мандата?
- Какие требования предъявляются администратором бюджетных средств к отчетности, предоставляемой субъектами оказания бесплатной юридической помощи?

Наличие столь подробных нормативных положений позволит не только добиться высокой степени управляемости/независимости системы, но и, в случае принятия соответствующих положений, позволит создать доступную и эффективную систему оказания юридической помощи. Рассмотрим изложенные выше вопросы и попробуем найти на них адекватные ответы.

в. Нормативные ответы

Перед тем, как будут даны ответы на поставленные нормативные вопросы, стоит еще раз обратить внимания на конституционно-правовые детерминанты регулирования системы оказания бесплатной юридической помощи.

Во-первых, нормы конституционного права гарантируют независимость представительства интересов клиента в суде. Государство не вправе оказывать давление на защитников. При этом, под термином давления стоит не только понимать прямое воздействие на волю судебного представителя, но и использование инструментов косвенного влияния. К таковым относятся различные институциональные преграды осуществления профессиональной деятельности (формализм при составлении отчетов, диспропорциональные ограничения членства в адвокатских объединениях или допуск к судебным инстанциям), а также финансовые механизмы воздействия (занижение ставок, несправедливые ограничения свободы договором между клиентом и адвокатом).

Во-вторых, конституция обязывает государство внедрить инструменты эффективной защиты прав и свобод в суде, равно как и создать условия функционального равенства в этой области. Тем самым, в независимости от формы оплаты услуг адвоката, юридические услуги должны быть доступны максимально широкому кругу лиц. Любые ограничения в этой сфере должны быть обоснованы общественным благом (разумность бюджетных трат, государственная тайна); ущемления, не основывающиеся на общественном благе противоречат конституции и поэтому недопустимы. Принимая во внимание сказанное, система оказания бесплатной юридической помощи должна основываться на следующих принципах:

- независимость субъектов оказания помощи от органов государственной власти
- функциональное равенство граждан, максимальное широкое толкование круга лиц, имеющего доступ к рынку оказания бесплатной юридической помощи.
- доступность юридической помощи на всех стадиях (до-)судебного разбирательства и во всех видах подсудности
- запрет прямого или косвенного диспропорционального государственного вмешательства в систему оказания бесплатной юридической помощи .

Исходя из сформулированных принципов оказания бесплатной юридической помощи, на поставленные нормативные вопросы могут быть даны следующие ответы.

Вопрос: Кем принимается решение о предоставлении конкретному лицу бесплатной юридической помощи?

На основе мировой практики, могут быть выделены три группы субъектов, имеющих право принимать решение о предоставлении бесплатной юридической помощи. В Федеративной Республике Германия законодательство закрепляет за судами право удовлетворять или отклонять ходатайства о предоставлении бесплатной юридической помощи. Подобные решения принимаются, как правило, одним судьей на основании общих предусмотренных соответствующим

процессуальным правом, судебных процедур. Похожая система внедрена также во Франции.

В Англии и Уэльсе законодатель избрал иной путь. Решение о выделении бюджетных средств принимается независимой гибридной (публично-частной) организацией, которая интегрирована в административную структуру Министерства юстиции (*Legal Services Commission*³⁹⁰). Решение о предоставлении юридической помощи принимается одним из 1 500 наемных сотрудников Комиссии по правовой помощи, которые несут гражданскую службу на всей территории Англии и Уэльса.

Формально Комиссия интегрирована в структуру Министерства юстиции. Однако, Комиссии придан статус так называемой неправительственной публичной организации (*non-departmental public body*), в результате чего к работе Комиссии на постоянной основе привлекаются представители юридической общественности, но и потребители услуг. Орган управления возглавляется управляющим директором (*Chief Executive*), деятельность которого напрямую контролируется советом (*Board*). Управляющий директор назначает и контролирует руководителей структурных единиц, каждый из которых отвечает за отдельные области оперативной деятельности Комиссии: предоставление услуг, распределение фондов, а также стратегическое планирование.

Контроль за деятельностью Комиссии осуществляет специально созданный при Комиссии совет (*Board*). Помимо оценки качества оказываемых услуг, к предметам ведения совета отнесена разработка и контроль имплементации стандартов и стратегии оказания бесплатной юридической помощи. Кроме того, совет Места в совете распределены паритетно между управляющим директором, его заместителями и представителями общественности. Совет предотвращает потенциальные конфликты интересов и следит за соблюдением требований независимости и конфиденциальности оказания бесплатной юридической помощи. Вместе с тем, совет оценивает эффективность деятельности управляющего директора, тем самым оказывая влияние на его карьеру. Министерство юстиции принимает решение о продлении контракта на основе заключения совета.

В Испании решение о предоставлении бесплатной юридической помощи принимается коллегией адвокатов.

Тем самым, законодатель может отнести принятие решение о предоставлении бесплатной юридической помощи органам судебной или исполнительной власти. Кроме того, решение о предоставлении бесплатных юридических услуг может быть в определенной мере "приватизировано" и отдано на усмотрение территориально компетентной коллегии адвокатов.

Вопрос: Существуют ли требования к качеству/потенциалу на "победу" в юридическом споре, которые в свою очередь влияют на решение о предоставлении гражданину бесплатной юридической помощи?

Мировая практика не позволяет дать однозначного ответа. В большинстве стран, однако, компетентные органы в той или иной форме проверяют допустимость обращения, а также шансы на успех в суде. При этом, органы судебной/исполнительной власти, а также адвокатские коллегии не вправе предъявлять завышенные требования; принимая перспективу среднего гражданина, который обращается в суд, чиновники/адвокаты основываются прежде всего на разумности обращения в суд. Тем самым, любые сомнения действуют в пользу гражданина и обеспечивают доступность бесплатной юридической помощи.

³⁹⁰ В последующем КоПП.

Вопрос: Каковы требования к субъекту оказания бесплатных юридических услуг; допустимо ли привлечение не-юристов/не-адвокатов к оказанию подобных услуг?

Отвечая на этот вопрос, стоит дифференцировать между различными видами юридической помощи. Достаточно часто к процессу оказания юридических услуг привлекаются лица, которые не являются адвокатами. Как правило, они предоставляют гражданам правовую информацию, помогают заполнять различные заявления, консультируют по вопросам материального и процессуального права. Однако не стоит упускать из виду, что оказание бесплатных юридических услуг должно руководствоваться принципом функционального равенства и качества предоставляемых консультаций. Тем самым, круг вопросов, отнесенных к ведению лиц без адвокатского статуса должен быть крайне узок. Судебное представительство, в свою очередь, относится к исключительному ведению независимых адвокатов. В противном случае, получатели бесплатной юридической помощи подвергаются дискриминации на основе имущественного статуса, что, в свою очередь, противоречит конституционному праву и не допустимо.

Вопрос: Кому переданы функции финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи?

Вопрос передачи функций финансового администратора неразрывно связан с передачей компетенций по предоставлению бесплатной юридической помощи. Руководствуясь принципом когерентности нормативного регулирования, резонно соединить функции распределителя бесплатной юридической помощи и финансового администратора. Исключение стоит делать лишь в тех случаях, когда законодатель передает распределительные функции органам судебной власти; передача функций финансового администратора судам может негативно сказаться на их (судов) работоспособности. В остальном, рациональна передача функций финансового администратора органам исполнительной власти или адвокатским коллегиям.

Вопрос: Кем определяется размер компенсации представителю или иному субъекту оказания бесплатной юридической помощи?

Размер компенсации субъекту оказания бесплатной юридической помощи является одним из ключевых факторов успешной имплементации системы оказания бесплатной юридической помощи. Размер получаемого консультантом/судебным представителем гонорара представляет собой инструмент экономического воздействия на всю систему оказания бесплатной юридической помощи. Чрезмерно низкий размер компенсации может отпугнуть профессионалов от участия в системе оказания бесплатной юридической помощи и, тем самым, негативно сказаться на доступности и качестве юридической помощи.

Анализ мировой практики позволяет выделить следующие основные модели предоставления компенсации за оказание бесплатных юридических услуг:

- почасовая оплата услуг представителя/консультанта
- фиксирована оплата за дело/представление интересов гражданина в суде
- компенсация определенного процента от размера исковых требований.
- гонорар, выплачиваемый по достигнутому результату.

Стоит учитывать, что каждая модель обладает определенными недостатками и предоставляет субъектам оказания бесплатной юридической помощи возможности для злоупотреблений. Таким образом, разумной представляется комбинация представленных моделей.

Размер компенсации определяется законодателем; распределение средств в конкретном случае должно быть отнесено к ведению финансового администратора системы оказания бесплатной юридической помощи.

Вопрос: Вправе ли субъект оказания бесплатной юридической помощи сложить с себя полномочия консультанта/представителя? Каковы причины, оправдывающие подобный шаг? Когда допускается сложение с себя полномочий? Допустим ли отзыв или замена консультанта/судебного представителя администратором системы? Каковы условия подобного отзыва?

Нормативного регулирования заслуживает вопрос сложения с себя полномочий консультанта/представителя. Стоит подчеркнуть, что сложение с себя полномочий допустимо лишь в небольшом количестве случаев: Личные мотивы (болезнь, семейные обстоятельства), профессиональные мотивы (конфликт интересов). Недопустимо выделение специальных оснований для сложения полномочий при оказании бесплатных юридических услуг. В противном случае нарушается конституционно закрепленный принцип функционального равенства.

Рассматривая вопросы отзыва судебного представителя/консультанта, стоит обратить внимание на принцип независимости судебной защиты. Любое вмешательство государства или негосударственного администратора системы требует оправдания. Дозволительными являются вмешательства для защиты интересов гражданина (доказанные факты мошенничества, неверной консультации, разглашения профессиональной тайны). Законодатель и правоприменитель должны толковать подобные случаи крайне рестриктивно. Бремя доказывания обстоятельств дела должно быть возложено на администратора системы; законодательно должны быть предусмотрены механизмы судебной защиты для подобного рода дел.

5. Анализ нормативного регулирования в РК

Проведенный анализ изложенных в законопроектах предложений позволяет выделить положительные и отрицательные стороны избранного нормативного подхода.

а. Положительные стороны

Особенного внимания заслуживает вопрос круга предоставляемых бесплатных юридических услуг. Законопроект предусматривает достаточно широкий круг потенциальных видов помощи. Подобные положения укрепляют на нормативном уровне принцип функционального равенства и обеспечивают эффективную защиту гражданином своих прав и свобод. Кроме того, закрепление возможности получения бесплатной юридической консультации (а не только представительство в суде) предоставляет гражданину всестороннюю поддержку.

Не до конца внятным является положение относительно предоставления бесплатной информации органами государственной власти. С одной стороны, в правовом и демократическом государстве, в котором единоличным носителем власти является суверенный народ, представители всех ветвей власти так или иначе обязаны соблюдать максимальную прозрачность процедур и распределения информации; исключения допустимы лишь в отношении государственной тайны, а также в интересах соблюдения законных прав других граждан. Еще большее удивление вызывает тот факт, что услуги должны быть предоставлены бесплатно. Взимание платы/пошлины с гражданина за получение информации или

консультации от органов государственной власти является с позиций конституционного права крайне сомнительным. Принцип налогового государства допускает возложение на гражданина налогового бремени. Государству, однако, запрещено изымать средства в виде различных пошлин, не имея на это разумной причины или оправдания. В рассматриваемом казусе подобные причины отсутствуют.

Тем самым, предоставление органами государственной власти бесплатной информации не является новшеством. Нормативное регулирование этого вопроса само по себе декларативно и оформляет на законодательном уровне положения Конституции.

Рассматриваемая система предоставляет широкому кругу лиц право оказания бесплатных юридических услуг. Статья 7 относит к этому кругу лиц:

- государственные органы;
- адвокатов и нотариусов;
- частные судебные исполнители;
- высшие учебные заведения и неправительственные организации.

Определенные вопросы вызывает выбор ВУЗов, которые по своей природе являются юридическими лицами. Бесспорно, бесплатные юридические услуги могут быть оказаны и юридическими лицами путем привлечения своих сотрудников. Принимая, впрочем, во внимание цель закона (предоставление качественных юридических услуг) положение стоит толковать таким образом, что консультации должны быть оказаны преподавательским составом. Помимо этого, не до конца понятен процесс обеспечения конфиденциальности в подобных случаях, т.к. на сегодняшний момент закон формулирует соблюдение тайны исключительно на уровне принципа. Стоит обратить внимание на этот законодательный пробел, чтобы избежать недопонимания и разглашения «квази адвокатской» тайны.

К позитивным сторонам законопроекта следует отнести подробную кодификацию принципов оказания бесплатной юридической помощи. Особого внимания заслуживает включение принципа конфиденциальности вопроса, по которому оказывается гарантированная государством юридическая помощь. Следует, однако, отметить, что в законе отсутствуют нормативные гарантии обеспечения этого принципа; в подобном случае разумным было бы использование норм об адвокатской тайне (ст. 18 Закона Республики Казахстан от 5 декабря 1997 года № 195-І «Об адвокатской деятельности» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.06.2012 г.).

б. Негативные стороны/Дефициты

В рассматриваемом законопроекте предлагается закрепить принцип эффективного государственного контроля за процессом оказания гарантированной государством юридической помощи. Не до конца понятной остается функция подобного положения.

С одной стороны, положение может быть истолковано как своего рода обеспечительная мера. Ввиду того, что нормы конституционного права обязывают государство обеспечить функциональное равенство граждан при получении юридической помощи и судебной защиты, органы государственной власти должны принять адекватные меры для обеспечения эффективности системы оказания бесплатной юридической помощи.

С другой стороны, широкое толкование принципа эффективного государственного контроля может привести к доминированию органов

государственной и при этом прежде всего исполнительной власти внутри системы оказания бесплатной юридической помощи.

Не стоит упускать из виду интересы задеваемых сторон. В контексте оказания бесплатной юридической помощи органы государственной власти играют двойственную роль. Мотивируя граждан на законодательном уровне обращаться в суд, исполнительная и судебная ветви на практике не заинтересованы в увеличении количества жалоб. В то время как суды опасаются «лавины» новых дел, органы исполнительной власти боятся отмены нарушающих права гражданина индивидуальных актов, штрафов и т.п. Ссылаясь на необходимость осуществления контрольно-надзорных функций, чиновники на самом деле будут бороться с неудобными им адвокатами или отказывать в бесплатной юридической помощи «проблемным» гражданам. Следует подчеркнуть, что подобная политизация системы оказания бесплатной юридической помощи не только дисфункциональна, но и недопустима с позиций конституционного права. Говоря абстрактно, идентичность контрольного органа и ответчика в суде оказывает отрицательное влияние на эффективность осуществления контрольных функций.

Определенные конституционно-правовые сомнения вызывают нововведения в Уголовно-процессуальный кодекс РК. Так, ч.3 ст. 71 обязывает орган, ведущий уголовный процесс, обеспечить участие защитника на соответствующей стадии процесса, о чем им выносится постановление. В контексте судебного процесса передача права на выбор суду соответствует международным стандартам оказания бесплатной юридической помощи. Конституционное право исходит из презумпции независимости и беспристрастности суда; соответственно при выборе защитника суд занимает нейтральную позицию.

Иной подход необходим на стадии расследования дела при наличии подозреваемого. Органы следствия заинтересованы в скорейшем раскрытии преступления. Достижение этой самой по себе крайне достойной цели усложняется в тех случаях, когда «против» следствия действует опытный и мотивированный защитник. Иными словами, органы следствия напрямую заинтересованы в привлечении «пассивного» защитника. Опасность возникновения подобного конфликта интересов недопустима. Законопроект требует в этом пункте изменений. В противном случае государство нарушает принцип функционального равенства.

Законопроектом предусмотрены в ст. 14 причины, на основании которых субъект оказания бесплатной юридической помощи может отказать гражданину.

Так, в оказании гарантированной государством юридической помощи в виде правового информирования отказывается, если обращение заявителя не имеет правового характера (п.1 ст. 14). Авторы законопроекта, впрочем, не дает ответа на вопрос, кто определяет критерии, на основании которых запросу может быть придан правовой характер. Несмотря на достаточно разветвленную систему оспаривания подобных отрицательных решений (вышестоящий орган власти, прокуратура, суд) и обязанность мотивировать отказ в оказании помощи, положения ст. 14 не до конца удовлетворяют требования конституционного права. Рассматриваемое положение крайне обтекаемо, в результате чего возникает возможность злоупотреблений правом на отказ в оказании юридической помощи и, опять же, политизации процесса оказания подобных услуг. К тому же, подобное положение дел негативно сказывается на общем состоянии дел в области государственного управления, лишает ее необходимой прозрачности и прогнозируемости принимаемых решений и ухудшает отношение граждан к государству.

Не до конца ясным остается порядок рассмотрения/оспаривания жалоб на отказ в предоставлении бесплатной юридической помощи. Законопроект предусматривает, что подобные решения должны быть обжалованы в вышестоящем

органе, прокуратуре либо суде. На первый взгляд подобное разнообразие соответствует конституционно-правовым требованиям эффективности «судебной защиты». Сразу три различные институции рассматривают правомерность или даже целесообразность отказа, предоставляя гражданину действенные инструменты борьбы со злоупотреблениями. Тем не менее, отсутствие четко выстроенного распределения контрольных компетенций может привести к «неразберихе» при рассмотрении жалоб, отсутствию правового единообразия и, в конечном итоге, к неэффективности всей контрольной системы. Кроме того, определенные сомнения вызывает готовность упомянутых органов контролировать процесс оказания бесплатных юридических услуг. Так, органы прокурорского надзора давно исполняют роль «защитника обездоленных граждан». Появление конкурентов на этом рынке может нанести удар по статическим показателям и общему облику прокуратуры. Тем самым, передача функций надзора над «конкурентами» может привести к политизации, а также дисфункциональности контрольных процедур.

Законопроект передает органам государственной власти право единолично определять уполномоченный орган, который в соответствии со ст. 11 является администратором бюджетных программ по всем видам гарантированной государством

юридической помощи и является администратором бюджетных программ по всем видам гарантированной государством юридической помощи. Иными словами, наделенный важнейшими компетенциями системный актор определяется государством. Одновременно государство осуществляет контроль за его деятельностью. При этом, законопроект достаточно расплывчато определяет критерии подобного контроля. Уполномоченный орган фактически должен постоянно действовать с оглядкой на контролирующий орган, что, в свою очередь негативно сказывается на его (уполномоченного органа) работоспособности. Тем самым, законопроект ставит под угрозу независимость этого органа и эффективность системы оказания бесплатной юридической помощи.

В то же время, законодатель наделил уполномоченный орган достаточно широким кругом компетенций. Помимо уже описанных (финансовый администратор, системный координатор) к ведению уполномоченного органа отнесены следующие полномочия:

- Реализация государственной политики в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи;
- международное сотрудничество в области оказания гарантированной государством юридической помощи;
- разработка проектов нормативных правовых актов по вопросам оказания гарантированной государством юридической помощи;
- мониторинг законодательства об оказании гарантированной государством юридической помощи;
- правовое просвещение и правовое информирование населения об оказании гарантированной государством юридической помощи;
- обеспечение методологической и практической помощи высшим учебным заведениям и неправительственным организациям;
- обеспечения опубликования информации о состоянии системы гарантированной государством юридической помощи.

На основе анализа предложенного нормативного комплекса предоставляется возможным сделать определенные выводы.

Во-первых: рассматриваемый законопроект передает основные функции управления системой оказания бесплатной юридической помощи органам государственной власти. Основные регулятивные рычаги (контроль, финансы,

мониторинг, общее управление) сосредоточены в руках органов государственной власти. При этом, распределение полномочий происходит на основе единоличного решения Правительства РК, которое не только контролирует систему, но и, не имея четких критериев принятия решения, определяет уполномоченный орган, который, в свою очередь, доминирует в системе оказания бесплатной юридической помощи.

Подобный нормативный подход вызывает определенные сомнения конституционно-правового и регулятивно-рационального толка.

Во-вторых: авторы законопроекта зачастую используют расплывчатые определения; подобные неточности создают пространство для злоупотреблений и негативно сказываются на работоспособности системы. Более того, отсутствие ясности в отношении объема компетенций органа государственной власти делает систему оказания бесплатной юридической помощи непрозрачной. Подобное положение дел отпугнет граждан от обращения за услугами; принцип функционального равенства и запрет дискриминации на основе имущественного положения будут нарушены.

В-третьих: присутствуют определенные дефициты в обеспечении независимости оказания бесплатной юридической помощи, что нарушает принцип эффективности судебной защиты и функционального равенства. Законопроект предоставляет обвинителям право выбирать защитников, органы государственной власти определяют правовой характер информационного запроса.

Анализ показал, что в предоставленном законопроекте присутствуют дефициты. Подобное положение дел противоречит конституционно-правовым детерминантам и нарушает право граждан на получение эффективной юридической помощи.

6. Рекомендации

Выявленные дефициты рассматриваемого законопроекта могут быть компенсированы посредством организационно-правовых и материально-правовых изменений.

В первую очередь следует рассмотреть организационно-правовые коррективы.

Условием создания адекватной организационно-правовой модели является адекватная передача конституционных детерминант в институциональное окружение. Иными словами, та или иная организационная модель может быть успешна лишь тогда, когда она избрана с учетом фундаментальных целей регулируемой среды.

Тем самым, в рамках строительства организационной среды системы оказания бесплатной юридической помощи должны быть учтены требования функционального равенства, независимости и конфиденциальности оказания бесплатной юридической помощи, а также доступности и эффективности инструментов защиты прав и свобод гражданина. Любые институциональные или правовые преграды должны быть сведены до минимума и требуют оправдания с позиций публичного блага или интересов других граждан.

Проведенный анализ показал, что выбранный в РК путь объединения функций управления системой и распределения финансовых потоков под эгидой одного органа не является оптимальным. Вследствие подобной функциональной концентрации, система потеряла эффективность и независимость, принципы функционального равенства и эффективности юридической помощи оказались под угрозой. Следовательно, нормативные положения требуют доработки.

Основные направления таких изменений:

•Привлечение субъектов и получателей оказания бесплатной юридической помощи к управлению системой

Руководствуясь необходимостью доступности бесплатной юридической помощи, государство должно сделать оказание подобных услуг привлекательным для юридического сообщества. Кроме того, необходим баланс интересов внутри юридического сообщества, т.е. между конкурирующими на рынке юридическими компаниями, адвокатами, ВУЗами, органами прокурорского надзора³⁹¹.

Создание смешанной по своей юридической природе организации, которая станет центром управления системой оказания бесплатной юридической помощи и одновременно площадкой для обмена мнениями и путей оптимизации системы, позволит сделать саму систему оказания бесплатной юридической помощи привлекательной для всех участников процесса. Чувство сопричастности, возможность активно влиять на принятие важных решений (тарифы, распределение дел, объем отчетности по проведенным делам) являются крайне эффективными мотиваторами. Создание организационно-правовых условий позволит, таким образом, привлечь чрезвычайно широкий круг специалистов, что позитивно отразится на доступности и качестве оказываемых населению услуг.

Рассматривая внутреннее устройство подобной организации, резонно заимствовать институциональные модели органов местного самоуправления. Следует выделить уровень оперативного управления и наделить его соответствующими полномочиями. К предметам ведения такой организационной единицы должен быть отнесен контроль отчетности, заключение договоров с отдельными субъектами оказания юридических услуг, а также консультирование граждан по вопросам получения бесплатной юридической помощи.

Отдельно от оперативного уровня должна быть создана структура, ответственная за принятие основных абстрактных решений (размеры тарифов, стандарты отчетности и т.п.). Распределение мест в ней должно основываться на паритетных началах. Все потенциально заинтересованные акторы (субъекты юридической помощи, потребители услуг, органы государственной власти) должны быть равноправными членами подобного органа. При этом ни одна из групп не должна обладать правомочием навязывать другим группам. Использование командных механизмов недопустимо. Подобное отчетливое функциональное деление обеспечит независимость отдельных структурных подразделений, а также поможет осуществлять на практике опирающуюся на широкую поддержку субъектов и потребителей бесплатных юридических услуг политику.

•Организационно-правовое разделение функций как мера обеспечения независимости участников системы оказания бесплатной юридической помощи

Достижение сформулированных целей требует четкого разделения управленческих функций. Концентрация полномочий в одном месте коррумпирует систему, создавая вдобавок предпосылки для злоупотреблений.

Помимо уже описанного разделения функций оперативного управления и разработкой стратегии оказания бесплатных юридических услуг, представляется

³⁹¹ В отношении органов прокурорского надзора и действенности осуществляемого ими контроля см. С. 11.

приемлимым разделением полномочий внутреннего и внешнего контроля. Усиление внешнего государственного наблюдения за деятельностью системного оператора может негативно сказаться на его работоспособности. Постоянные «оглядки» на государство при принятии оперативных решений лишат органы управления необходимой независимости.

Оценка качественных и финансовых операций должна стать предметом и прерогативой внутреннего контроля. Государству же должны быть переданы функции репрессивного/вторичного контроля *законности* оказания услуг. Иными словами, вмешательство органов государственной власти допустимо лишь только в тех случаях, когда органы внутреннего контроля не справляются со своими обязанностями или умышленно «покраивают» нецелевое использование бюджетных средств.

Таким образом, госконтроль должен ограничиваться распределением и освоением бюджетных средств, а также надзором за соблюдением законности/

7. Резюме

На основе проведенного исследования можно сделать следующие выводы:

- Регулирование обеспечения бесплатной юридической помощи продиктовано требованиями конституционного права.
- Конституционно-правовыми детерминантами системы оказания бесплатной юридической помощи являются:
 - независимость субъектов оказания помощи от органов государственной власти
 - функциональное равенство граждан, максимальное широкое толкование круга лиц, имеющего доступ к рынку оказания бесплатной юридической помощи.
 - доступность юридической помощи на всех стадиях (до-)судебного разбирательства и во всех видах подсудности
 - запрет прямого или косвенного диспропорционального государственного вмешательства в систему оказания бесплатной юридической помощи.
- Анализ законопроекта выявил серьезные концептуальные и регулятивные недостатки.
- Недопустимым представляется передача права выбора защитника органам предварительного следствия.
- Некоторые формулировки закона требуют доработки; существующие положения расплывчаты и создают предпосылки для злоупотреблений.
- Сомнительной представляется концепция государственного доминирования системы оказания юридической помощи. Соединение функций финансового администратора и оператора системы с функциями контроля за качеством оказания помощи негативно скажется на привлекательности инструментов юридической помощи.
- Предпочтительным является использование гибридных организационных форм, предоставляющих адекватные возможности влияния для органов государственной власти, субъектов и потребителей юридических услуг.

Декабрь, 2012 г.

КИПНИС Н.М.,
Член Адвокатской палаты г. Москвы,
член Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы,
член Научно-консультативного совета Федеральной палаты
адвокатов Российской Федерации,
к.ю.н., доцент

**НАУЧНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ³⁹²
НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«О ГАРАНТИРОВАННОЙ ГОСУДАРСТВОМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ»³⁹³
И ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ
ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ СИСТЕМЫ ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ГАРАНТИРОВАННОЙ
ГОСУДАРСТВОМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ»³⁹⁴**

Право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе в предусмотренных законом случаях бесплатно, в настоящее время является общепризнанным.

Данному праву, естественно, корреспондирует обязанность государства урегулировать вопросы оказания бесплатной (иной используемый термин-синоним – «субсидируемой») юридической помощи.

В современном мире известны различные модели оказания бесплатной юридической помощи, предусматривающие как создание специальных государственных структур, так и финансирование государством частноправовых организаций (например, адвокатура), а также работа юристов и иных волонтеров pro bono (данная деятельность государством не столько регулируется, сколько не запрещается и признается).

В законодательстве стран на постсоветском пространстве в целом сохранились заложенные еще в советский период принципы оказания бесплатной юридической помощи, которые исходя из логики развития современного общества (концепция социального государства), должны предполагать постепенное расширение объема юридической помощи, оказываемой бесплатно целевым категориям населения.

Однако для большинства государств остается проблемным вопрос, как наиболее эффективно обеспечить оказание бесплатной юридической помощи наибольшему количеству лиц, входящих в целевую группу. Серьезным препятствием является традиционная ограниченность бюджетных средств.

«Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы».³⁹⁵

³⁹² Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Фонда СОРОС Казахстан.

³⁹³ Внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2012 года № 1113.

³⁹⁴ Внесен на рассмотрение Мажилиса Парламента Республики Казахстан постановлением Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2012 года № 1114.

³⁹⁵ Часть 1 ст. 1 Конституции Республики Казахстан, принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года. Вступила в силу 5 сентября 1995 года в день

В Республике Казахстан «Каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно».³⁹⁶

На сегодняшний день нормы, предусматривающие возможность получения бесплатной юридической помощи, в законодательстве Республики Казахстан не консолидированы, содержатся в разных законах: *ст. 6 Закона РК «Об адвокатской деятельности»*, *ст. 71 Уголовно-процессуального кодекса РК*, *ст. ст. 114 и 304 Гражданского процессуального кодекса РК*, *статья 590 Кодекса об административных правонарушениях*³⁹⁷.

В *Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года*³⁹⁸, являющейся «основой для разработки соответствующих программ в области правовой политики государства, перспективных и ежегодных планов законопроектных работ Правительства Республики Казахстан, проектов нормативных правовых актов Республики» указано, что «Строительство в Казахстане правового государства требует дальнейшего совершенствования специализированных институтов, связанных с защитой прав и свобод граждан»³⁹⁹. Концепция предполагает, что «Реализация гражданами конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи является условием и гарантией доступа к правосудию. Механизмы реализации этого права нуждаются в совершенствовании. ...Совершенствования требует и сама система предоставления юридической помощи. Прежде всего, необходимо улучшать систему оказания правовой помощи лицам с низким уровнем доходов. Следует последовательно решать проблему неравномерности обеспечения адвокатскими услугами в городской и сельской местности. Требуется также коррекции система администрирования оплаты труда адвокатов, предоставляющих бесплатную юридическую помощь. Эту систему необходимо сделать консолидированной и прозрачной, что позволит более эффективно использовать бюджетные средства. ...Национальная модель нотариата должна обеспечивать доступность нотариальной помощи на всей территории страны».

8 октября 2012 года в Мажилисе Парламента Республики Казахстан состоялось заседание рабочей группы по проектам двух *Законов «О гарантированной государством юридической помощи»* и *«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи»*.

Выступая на заседании рабочей группы, вице-министр юстиции Республики Казахстан Д. Куставлетов в развитие положений *Концепции правовой политики*, в том числе, отметил, что: «Следует обратить внимание и на то, что необходимость в юридической помощи, в том числе и бесплатной, возникает как и вне рамок

опубликования результатов республиканского референдума. Внесены изменения и дополнения Законом Республики Казахстан от 7 октября 1998 года, Законом Республики Казахстан от 21 мая 2007 года, Законом Республики Казахстан от 2 февраля 2011 года (Далее – Конституция РК).

³⁹⁶ Часть 3 ст. 13 Конституции РК.

³⁹⁷ См.: Разработан законопроект «О гарантированной государством юридической помощи»//Информационная служба ZAKON.KZ (<http://www.zakon.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

³⁹⁸ Указ Президента Республики Казахстан 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года»//ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>. Далее (Концепция правовой политики).

³⁹⁹ Пункт 3.3. Концепции правовой политики.

судопроизводства, так и в ходе повседневного взаимодействия населения с государственными органами и организациями. Таким образом, задача создания эффективной системы предоставления гарантированной государством юридической помощи является весьма актуальной. Для решения задачи наиболее полного обеспечения реализации конституционного права на получение юридической помощи в Казахстане в первую очередь требуется создать законодательную основу для функционирования полноценной системы предоставления юридической помощи, направленной на обеспечение бесплатной юридической помощью социально уязвимых слоев; установления обязанности всех государственных органов оказывать любому обратившемуся лицу бесплатную юридическую помощь в виде правового информирования в пределах своей компетенции; эффективного использования бюджетных средств, выделяемых на предоставление бесплатной юридической помощи. Необходимо обеспечить реализацию права получения бесплатной юридической помощи для всего населения страны, в том числе сельского. В целях полного охвата бесплатной юридической помощью лиц с низким уровнем доходов следует предусмотреть право на нее всех категорий граждан, отнесенных действующим законодательством к социально уязвимым слоям населения. Население должно иметь полное представление о своих правах и возможностях, для чего целесообразно систематизировать правовые нормы, регламентирующие вопросы оказания бесплатной юридической помощи, в одном законодательном акте. Это позволит также унифицировать подходы к решению проблемы обеспечения населения юридической помощью. ...Поэтому основной целью данной законодательной инициативы является принятие специального Закона, который призван привести деятельность по оказанию гарантированной государством юридической помощи в определенную систему»⁴⁰⁰.

Кроме того, вице-министр юстиции Республики Казахстан Д. Куставлетов обратил внимание на то, что: «Исключительное значение для защиты прав граждан, имеют новые подходы бюджетного администрирования бесплатной юридической помощи. В настоящее время оплата труда адвокатов по оказанию бесплатной юридической помощи за счет средств республиканского бюджета помимо Министерства юстиции осуществляется и другими государственными органами (*Министерством внутренних дел, Генеральной прокуратурой, Финансовой полицией, Комитетом национальной безопасности*) в пределах своей компетенции. Таким образом, органы уголовного преследования одновременно администрируют бюджетную программу и выносят постановления о назначении защитника. Данные обстоятельства негативно сказываются на качестве оказываемой адвокатами бесплатной юридической помощи и ставит их в зависимость от органов уголовного преследования. В этой связи определение Министерства юстиции, как структуры в качестве единого администратора бюджетной программы (программа 005 «Оказание юридической помощи адвокатами») создаст возможность осуществления четкого анализа, прогнозирования и дифференциации финансовых потребностей определенной государственной структуры, рационального распределения и освоении этих средств»⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Выступление вице-министра юстиции Дулата Куставлетова в Мажилесе Парламента на рабочей группе по проектам Законов «О гарантированной государством юридической помощи» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи» (8 октября 2012 года) // ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

⁴⁰¹ Там же.

Выступивший 8 октября 2012 года на презентации законопроекта Глава республиканской коллегии адвокатов А. Тугел возражал против предусмотренной в п. 3 ст. 5 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»⁴⁰², заверив депутатов Мажилиса в том, что в селах нет проблемы с получением бесплатной адвокатской помощи. Проблема была 5-6 лет назад, когда несколько сельских районов оставались без адвокатской помощи, однако в настоящее время молодым адвокатам, снизив членские взносы, дали мотивацию пойти работать в сельские населенные пункты.

Также А. Тугел отметил, что основной проблемой адвокатуры Казахстана является то, что в 70% уголовных дел в республике помощь адвоката оказывается за счет средств республиканского бюджета. Поэтому адвокаты находятся в подчинении органов уголовного преследования: «Они (адвокаты) от них (органов уголовного преследования) не независимы, потому что орган уголовного преследования составляет основной документ о финансировании адвоката». Основной проблемой является то, что величина оплаты адвокатских услуг зависит от следователя и прокурора: «Если вдруг он (адвокат) начинает более активно демонстрировать свою принципиальность, следователь не напишет даже половину того, что сделано. Вот это основная проблема».

Поддержав в целом мысль вице-министра юстиции Д. Куставлетова о том, что то обстоятельство, что органы уголовного преследования одновременно администрируют бюджетную программу и выносят постановления о назначении защитника, негативно сказывается на качестве оказываемой адвокатами бесплатной юридической помощи и ставит их в зависимость от органов уголовного преследования, Глава республиканской коллегии адвокатов А. Тугел, вместе с тем, отметил, что, по его мнению, в сопутствующих законодательных актах не отражено решение обозначенной проблемы: «Оплата, которая из республиканского бюджета, она приходит постоянно на полгода с задержкой. Потому что пока обрабатывают эти документы, которые предоставляются органами уголовного преследования, проходит 2-3 месяца. ...если будет единый администратор, и у него не будет дополнительных бухгалтеров, дополнительных штатных единиц... Вот эта задержка еще будет хуже...»⁴⁰³.

Приведенная дискуссия отражает понимание представителями государства и адвокатуры необходимости совершенствования механизмов оказания гарантированной государством юридической помощи в Республике Казахстан, но, с другой стороны, показывает, что адвокаты как профессиональные и наиболее частые участники правоотношений по оказанию такой помощи, не считают предложенные в рассматриваемых законопроектах механизмы безупречными.

В Российской Федерации как социальном государстве, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека⁴⁰⁴, «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью.

⁴⁰² «В Республике может быть введена государственная адвокатура, основы, порядок и условия деятельности которой устанавливаются Законом».

⁴⁰³ Глава республиканской коллегии адвокатов выступил на презентации законопроекта «О гарантированной государством юридической помощи»/Казахское телеграфное агентство «КазТАГ» (<http://www.kaztag.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>.

Так же см.: Кенже А. «Разорвать» зависимость адвокатов от органов следствия призывает законодателей руководство РКА // Информационная служба ЗАКОН.KZ (<http://www.zakon.kz>) – ИС Параграф WWW <http://online.zakon.kz>; Концепция совершенствования системы предоставления юридической помощи гражданам (проект)//ИС ПАРАГРАФ-WWW <http://online.prg.kz>.

⁴⁰⁴ Часть 1 ст. 7 Конституции Российской Федерации (Далее – Конституция РФ).

Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»⁴⁰⁵. «Каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно. Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения»⁴⁰⁶.

Базовым нормативным актом, регламентирующим институт адвокатуры в Российской Федерации является *Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»*.⁴⁰⁷

Оптимизация процесса доступа граждан Российской Федерации к бесплатной (субсидируемой, гарантированной государством) юридической помощи, а равно порядка ее оказания и выплаты компенсации из бюджета лицам, оказывающим такую помощь, находится в поле зрения и российского законодателя. Данные механизмы также совершенствуются по мере выявления проблем и пробелов в правовой регламентации.

С 15 января 2012 года вступил в силу *Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*⁴⁰⁸ от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ, который в ч. 1 ст. 1 установил основные гарантии реализации права граждан Российской Федерации на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации, организационно-правовые основы формирования государственной и негосударственной систем бесплатной юридической помощи и организационно-правовые основы деятельности по правовому информированию и правовому просвещению населения.

Закон распространяется на отношения, связанные с оказанием бесплатной юридической помощи в сфере гражданских, семейных, жилищных и трудовых правоотношений.⁴⁰⁹

Отношения, связанные с оказанием бесплатной юридической помощи в уголовном судопроизводстве, регулируются уголовно-процессуальным законодательством.⁴¹⁰

Федеральными законами могут быть установлены случаи и порядок оказания бесплатной юридической помощи в административном судопроизводстве, а также в иных случаях.⁴¹¹

Например, «Адвокаты оказывают юридическую помощь военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным федеральными законами, в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации»⁴¹².

⁴⁰⁵ Статья 2 Конституции РФ.

⁴⁰⁶ Статья 48 Конституции РФ.

⁴⁰⁷ Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ (с послед. изм. и доп.).

⁴⁰⁸ Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ.

⁴⁰⁹ Пункт 1 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

⁴¹⁰ Часть 2 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

⁴¹¹ Часть 3 ст. 3 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

⁴¹² Абз. 4 п. 3 ст. 22 Федерального закона от 27 мая 1998 года № 76-ФЗ (с послед. изм. и доп.) «О статусе военнослужащих»; Постановление Правительства РФ от 23 июля 2005 года

На сегодняшний день еще рано давать оценку успешности применения *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*, поскольку его механизм предусматривает разработку и принятие ряда нормативных актов субъектами Российской Федерации.

В то же время, сравнение *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»* с проектом *Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* показывает, что в российском законе правовому институту дается более подробная регламентация, в то время как законопроект Республики Казахстан является рамочным и, скорее, в целом констатирующим общую приверженность Республики Казахстан современным принципам отношения к человеку и его правам, в том числе и праву на получение квалифицированной юридической помощи.

С принятием *Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»* российский законодатель отказался от регламентации в *Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»* случаев оказания адвокатами гражданам Российской Федерации юридической помощи бесплатно, детально урегулировав этот вопрос в *Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*.⁴¹³

№ 445 (с послед. изм. и доп.) «О порядке оказания адвокатами юридической помощи военнослужащим, проходящим военную службу по призыву, по вопросам, связанным с прохождением военной службы, а также по иным основаниям, установленным Федеральными законами».

⁴¹³ «Статья 20. Категории граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, и случаи оказания такой помощи

1. Право на получение всех видов бесплатной юридической помощи, предусмотренных статьей настоящего Федерального закона, в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи имеют следующие категории граждан:

1) граждане, среднедушевой доход семей которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Российской Федерации в соответствии с законодательством Российской Федерации, либо одиноко проживающие граждане, доходы которых ниже величины прожиточного минимума (далее - малоимущие граждане);

2) инвалиды I и II группы;

3) ветераны Великой Отечественной войны, Герои Российской Федерации, Герои Советского Союза, Герои Социалистического Труда;

4) дети-инвалиды, дети-сироты, дети, оставшиеся без попечения родителей, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких детей;

5) граждане, имеющие право на бесплатную юридическую помощь в соответствии с Федеральным законом от 2 августа 1995 года № 122-ФЗ «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов»;

6) несовершеннолетние, содержащиеся в учреждениях системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, и несовершеннолетние, отбывающие наказание в местах лишения свободы, а также их законные представители и представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких несовершеннолетних (за исключением вопросов, связанных с оказанием юридической помощи в уголовном судопроизводстве);

7) граждане, имеющие право на бесплатную юридическую помощь в соответствии с Законом Российской Федерации от 2 июля 1992 года № 3185-1 «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»;

8) граждане, признанные судом недееспособными, а также их законные представители, если они обращаются за оказанием бесплатной юридической помощи по вопросам, связанным с обеспечением и защитой прав и законных интересов таких граждан;

9) граждане, которым право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи предоставлено в соответствии с иными федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

2. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, осуществляют правовое консультирование в устной и письменной форме граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, и составляют для них заявления, жалобы, ходатайства и другие документы правового характера в следующих случаях:

1) заключение, изменение, расторжение, признание недействительными сделок с недвижимым имуществом, государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) признание права на жилое помещение, предоставление жилого помещения по договору социального найма, расторжение и прекращение договора социального найма жилого помещения, выселение из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

3) признание и сохранение права собственности на земельный участок, права постоянного (бессрочного) пользования, а также права пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

4) защита прав потребителей (в части предоставления коммунальных услуг);

5) отказ работодателя в заключении трудового договора, нарушающий гарантии, установленные Трудовым кодексом Российской Федерации, восстановление на работе, взыскание заработка, в том числе за время вынужденного прогула, компенсации морального вреда, причиненного неправомерными действиями (бездействием) работодателя;

6) признание гражданина безработным и установление пособия по безработице;

7) возмещение вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

8) предоставление мер социальной поддержки, оказание малоимущим гражданам государственной социальной помощи, предоставление субсидий на оплату жилого помещения и коммунальных услуг;

9) назначение, перерасчет и взыскание трудовых пенсий по старости, пенсий по инвалидности и по случаю потери кормильца, пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам, безработице, в связи с трудовым увечьем или профессиональным заболеванием, единовременного пособия при рождении ребенка, ежемесячного пособия по уходу за ребенком, социального пособия на погребение;

10) установление и оспаривание отцовства (материнства), взыскание алиментов;

11) реабилитация граждан, пострадавших от политических репрессий;

12) ограничение дееспособности;

13) обжалование нарушений прав и свобод граждан при оказании психиатрической помощи;

14) медико-социальная экспертиза и реабилитация инвалидов;

15) обжалование во внесудебном порядке актов органов государственной власти, органов местного самоуправления и должностных лиц.

3. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, представляют в судах, государственных и муниципальных органах, организациях интересы граждан, имеющих право на получение бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, если они являются:

1) истцами и ответчиками при рассмотрении судами дел о:

а) расторжении, признании недействительными сделок с недвижимым имуществом, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним и об отказе в

государственной регистрации таких прав (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

б) признании права на жилое помещение, предоставлении жилого помещения по договору социального найма, расторжении и прекращении договора социального найма жилого помещения, выселении из жилого помещения (в случае, если квартира, жилой дом или их части являются единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

в) признании и сохранении права собственности на земельный участок, права постоянного бессрочного пользования, а также пожизненного наследуемого владения земельным участком (в случае, если на спорном земельном участке или его части находятся жилой дом или его часть, являющиеся единственным жилым помещением гражданина и его семьи);

2) истцами (заявителями) при рассмотрении судами дел о:

а) взыскании алиментов;

б) возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с трудовой деятельностью;

3) гражданами, в отношении которых судом рассматривается заявление о признании их недееспособными;

4) гражданами, пострадавшими от политических репрессий, - по вопросам, связанным с реабилитацией;

5) гражданами, в отношении которых судами рассматриваются дела о принудительной госпитализации в психиатрический стационар или продлении срока принудительной госпитализации в психиатрическом стационаре.

Статья 21. Оказание бесплатной юридической помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи

1. В случаях, предусмотренных частью 2 статьи 20 настоящего Федерального закона, бесплатная юридическая помощь в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи оказывается гражданину, обратившемуся за такой помощью:

1) по вопросу, имеющему правовой характер;

2) по вопросу, который не получил ранее разрешения вступившим в законную силу судебным постановлением, принятым по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям:

а) решением (приговором) суда;

б) определением суда о прекращении производства по делу в связи с принятием отказа истца от иска;

в) определением суда о прекращении производства по делу в связи с утверждением мирового соглашения;

3) по вопросу, по которому не имеется принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, ставшее обязательным для сторон, за исключением случаев, если суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

2. Государственное юридическое бюро или адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, при принятии решения об оказании бесплатной юридической помощи гражданину, имеющему право на получение такой помощи, должны учитывать, что бесплатная юридическая помощь в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи не оказывается в случаях, если гражданин:

1) обратился за бесплатной юридической помощью по вопросу, не имеющему правового характера;

2) просит составить заявление, жалобу, ходатайство или другой документ правового характера и (или) представлять его интересы в суде, государственном или муниципальном органе, организации при отсутствии правовых оснований для предъявления соответствующих требований;

3) просит составить заявление в суд и (или) представлять его интересы в суде, государственном или муниципальном органе, организации при наличии установленных

Депутат Балиева З.Я. в комментарии к п. 2 ст. 8 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»⁴¹⁴ обоснованно отмечает, что «Поскольку в Законопроекте отмечается адресный характер норм, центральным вопросом является необходимость выделения категории лиц, имеющих право на получение гарантированной юридической помощи. Между тем, в Законопроекте отсутствует подобная категория лиц, использован отсылочный способ законодательной техники, что противоречит Концепции правовой политики Республики Казахстан на 2010-2020 годы. В соответствии с абзацем одиннадцатым пункта 1 Концепции правовой политики на 2010-2020 годы ... предусматривается, что «в целях повышения эффективности нормотворческой деятельности необходимо продолжить работу по систематизации действующего законодательства, дальнейшей консолидации в разрезе отраслей законодательства; освобождению его от устаревших и дублирующих норм, восполнению пробелов в правовом регулировании, устранению внутренних противоречий в действующем праве; **минимизации** отсылочных норм в законах и **расширению практики принятия законов прямого действия в рамках круга вопросов, по которым в соответствии с Конституцией могут приниматься законодательные акты**».

В Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» есть и иные удачные решения. Например:

– Закреплена развернутая система принципов оказания бесплатной юридической помощи:

Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»	Проект Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»
Статья 5. Основные принципы	Статья 4. Основные принципы

законодательством Российской Федерации препятствий к обращению в суд, государственный или муниципальный орган, организацию.

3. Если государственное юридическое бюро или адвокат, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, принимают решение о невозможности оказания бесплатной юридической помощи гражданину, имеющему право на получение такой помощи в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи, ему выдается соответствующее заключение в случаях, предусмотренных частью 2 настоящей статьи.

4. Государственные юридические бюро и адвокаты, являющиеся участниками государственной системы бесплатной юридической помощи, не оказывают бесплатную юридическую помощь гражданину, если прокурор в соответствии с федеральным законом обратился в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов этого гражданина.»

⁴¹⁴ «2. Гарантированная государством юридическая помощь, предусмотренная подпунктами 2) и 3) статьи 6 настоящего Закона [правовое консультирование; защита и представительство интересов физических лиц в судах, органах уголовного преследования, иных государственных органах и негосударственных организациях в случаях и порядке, установленных настоящим Законом и иными законодательными актами Республики Казахстан – Н.К.], предоставляется лицам, имеющим право на получение бесплатной гарантированной государством юридической помощи в случаях и порядке, установленных процессуальным законодательством Республики Казахстан и Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности».

<p>оказания бесплатной юридической помощи</p> <p>Оказание бесплатной юридической помощи основывается на следующих принципах:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) обеспечение реализации и защиты прав, свобод и законных интересов граждан; 2) социальная справедливость и социальная ориентированность при оказании бесплатной юридической помощи; 3) доступность бесплатной юридической помощи для граждан в установленных законодательством Российской Федерации случаях; 4) контроль за соблюдением лицами, оказывающими бесплатную юридическую помощь, норм профессиональной этики и требований к качеству оказания бесплатной юридической помощи; 5) установление требований к профессиональной квалификации лиц, оказывающих бесплатную юридическую помощь; 6) свободный выбор гражданином государственной или негосударственной системы бесплатной юридической помощи; 7) объективность, беспристрастность при оказании бесплатной юридической помощи и ее своевременность; 8) равенство доступа граждан к получению бесплатной юридической помощи и недопущение дискриминации граждан при ее оказании; 9) обеспечение конфиденциальности при оказании бесплатной юридической помощи. 	<p>оказания гарантированной государством юридической помощи</p> <p>Оказание гарантированной государством юридической помощи основывается на принципах:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) законности; 2) приоритета прав, свобод и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, нуждающихся в бесплатной гарантированной государством юридической помощи; 3) доступности и качества гарантированной государством юридической помощи; 4) обеспечения конфиденциальности вопроса, по которому оказывается гарантированная государством юридическая помощь; 5) эффективного государственного контроля за процессом оказания гарантированной государством юридической помощи.
---	--

– Выделяются две системы оказания бесплатной юридической помощи – государственная и негосударственная (ст. 7).

«1. Участниками государственной системы бесплатной юридической помощи являются:

1) федеральные органы исполнительной власти и подведомственные им учреждения;

2) органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и подведомственные им учреждения;

3) органы управления государственных внебюджетных фондов;

4) государственные юридические бюро.

2. Адвокаты, нотариусы и другие субъекты, оказывающие бесплатную юридическую помощь, могут наделяться правом участвовать в государственной системе бесплатной юридической помощи в порядке, установленном настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации»⁴¹⁵.

«1. Негосударственная система бесплатной юридической помощи формируется на добровольных началах.

2. Участниками негосударственной системы бесплатной юридической помощи являются юридические клиники (студенческие консультативные бюро, студенческие юридические бюро и другие) и негосударственные центры бесплатной юридической помощи»⁴¹⁶.

– Компетенция каждого участника обеих систем бесплатной юридической помощи достаточно четко регламентирована в специальных статьях Закона.⁴¹⁷

Согласно п. 5 ст. 7 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи», «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается ... высшими учебными заведениями и неправительственными организациями».

В Предложениях Республиканской коллегии адвокатов по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» указано: «Как известно, в стране насчитывается множество высших учебных заведений различных профилей, в том числе медицинских, технических, сельскохозяйственных и т.д. Законопроект предоставляет право на оказание юридической помощи всем вузам вне зависимости от их профиля. Такое решение не будет отвечать целям реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи». В этой связи Республиканская коллегия адвокатов, не отвергая в целом предложение авторов законопроекта отнести высшие учебные заведения в число субъектов оказания гарантированной государством юридической помощи, обоснованно предлагает уточнить рассматриваемую норму следующим образом: «5) высшими **юридическими** учебными заведениями, **прошедшими институциональную и специализированную аккредитацию в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан**».

В замечаниях Отдела законодательства и депутата Балиевой З.Я., включенных в Сравнительную таблицу по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» (Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012), также отмечается, что для высших учебных заведений в проекте не предусмотрен порядок оказания юридической помощи.

В Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» статус юридических клиник (студенческих консультативных бюро, студенческих юридических бюро и др.) как участников негосударственной системы бесплатной юридической помощи урегулирован следующим образом:

⁴¹⁵ Статья 15 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

⁴¹⁶ Статья 22 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

⁴¹⁷ Статьи 16-19, 23-27 Федерального закона «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации».

«Статья 23. Оказание бесплатной юридической помощи юридическими клиниками»

1. Образовательные учреждения высшего профессионального образования для реализации целей, указанных в части 2 статьи 1 настоящего Федерального закона⁴¹⁸, правового просвещения населения и формирования у обучающихся по юридической специальности навыков оказания юридической помощи могут создавать юридические клиники.

2. Юридическая клиника создается в качестве юридического лица, если такое право предоставлено образовательному учреждению высшего профессионального образования его учредителем, или структурного подразделения образовательного учреждения высшего профессионального образования.

3. Порядок создания образовательными учреждениями высшего профессионального образования юридических клиник и порядок их деятельности в рамках негосударственной системы оказания бесплатной юридической помощи определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере образования.

4. Юридические клиники могут оказывать бесплатную юридическую помощь в виде правового консультирования в устной и письменной форме, составления заявлений, жалоб, ходатайств и других документов правового характера.

5. В оказании бесплатной юридической помощи юридическими клиниками участвуют лица, обучающиеся по юридической специальности в образовательных учреждениях высшего профессионального образования, под контролем лиц, имеющих высшее юридическое образование, ответственных за обучение указанных лиц и деятельность юридической клиники в образовательном учреждении высшего профессионального образования».

Также п. 3 ст. 7 проекта *Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* предусматривает, что «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается ... нотариусами в случаях и порядке, установленных Законом Республики Казахстан «О нотариате».

Заслуживает внимания замечание Отдела законодательства⁴¹⁹ о том, что «нотариат – это самостоятельный правовой институт по оказанию квалифицированной юридической помощи, обеспечивающий защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц *путем совершения нотариальных действий* (ст. 1 ЗРК «О нотариате»). Проектом же устанавливается три вида юридической помощи: информирование, консультирование и защита и

⁴¹⁸ Целями настоящего Федерального закона являются:

1) создание условий для реализации установленного Конституцией Российской Федерации права граждан на получение квалифицированной юридической помощи, оказываемой бесплатно в случаях, предусмотренных настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации (далее – бесплатная юридическая помощь);

2) формирование и развитие государственной системы бесплатной юридической помощи, а также содействие развитию негосударственной системы бесплатной юридической помощи и ее поддержка со стороны государства;

3) создание условий для осуществления прав и свобод граждан, защиты их законных интересов, повышения уровня социальной защищенности, а также обеспечение их доступа к правосудию.

⁴¹⁹ См. Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи». Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012.

представительство. Совершение нотариальных действий не вписывается в эту систему. Статьями 30 и 30-1 ЗРК «О нотариате» порядок не предусмотрен, а установлено право на освобождение от оплаты».

В *Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»* объем оказания нотариусами бесплатной юридической помощи определен следующим образом: **«Статья 19. Оказание бесплатной юридической помощи нотариусами.** Нотариусы в рамках государственной системы бесплатной юридической помощи оказывают бесплатную юридическую помощь гражданам, обратившимся за совершением нотариальных действий, исходя из своих полномочий путем консультирования по вопросам совершения нотариальных действий в порядке, установленном законодательством Российской Федерации о нотариате».

Льготы при обращении за совершением нотариальных действий в виде перечня случаев освобождения от уплаты государственной пошлины за их совершение перечислены в *ст. 333.38 Налогового кодекса Российской Федерации*.

Большая часть предложений, сделанных Республиканской коллегией адвокатов по тексту проекта *Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, является совершенно обоснованной. В силу специфики своей работы адвокаты лучше знают, с какими сложностями они и их доверители столкнутся, если складывающиеся правоотношения урегулированы ненадлежащим образом.

Особой поддержки заслуживает критика *п. 3 ст. 5 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, предполагающего возможность введения в республике государственной адвокатуры. Адвокатура традиционно является структурой, функционально неизбежно и необходимо связанной с осуществлением государством его функций, но при этом сохраняющей полную автономию от государства структурой, действующей на принципах корпоративности, самоуправления и полной профессиональной независимости адвокатов. Соблюдение этих принципов и приверженность им являются не привилегией адвокатов, а необходимой предпосылкой активного отстаивания ими интересов доверителей, в первую очередь, в государственных органах.

Понятно, что данное предложение было сформулировано с учетом имевших место перебоев с оказанием адвокатами юридической помощи в сельских районах. Однако, как указывает Республиканская коллегия адвокатов в *Предложениях по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, «Вопрос о введении государственной адвокатуры представляется не обоснованным на реальном положении. Последние новеллы Закона «Об адвокатской деятельности» позволили коллегиям адвокатов существенно увеличить численность адвокатов и обеспечить организацию адвокатской деятельности во всех сельских районах, в том числе и бывших сельских районах, которые подверглись в 90-х годах оптимизации в связи с объединением областей и районов».

Представляется спорным определение в проекте Закона сферы его действия как распространяющейся не только на граждан Республики Казахстан, но и на иностранных граждан и лиц без гражданства, а также на юридических лиц (*ст. 3*).

Федеральный закон «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» (ст. 2) следующим образом решает этот вопрос:

1. Граждане имеют право на получение бесплатной юридической помощи в случаях и в порядке, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации.

2. Бесплатная юридическая помощь иностранным гражданам и лицам без гражданства оказывается в случаях и в порядке, которые предусмотрены федеральными законами и международными договорами Российской Федерации».

Такое решение представляется более логичным, потому что, по общему правилу, государство несет социальные обязательства (речь не идет о праве на жизнь, о праве на свободу) перед своими гражданами. Что касается уголовного судопроизводства, то его специфика, безусловно, предполагает обеспечение равных гарантий права пользоваться бесплатной квалифицированной юридической помощью всем подозреваемым, обвиняемым и подсудимым – как гражданам данного государства, так и гражданам иностранных государств либо лицам без гражданства. Применительно к гражданскому судопроизводству этот вопрос должен решаться дифференцированно – чем более в гражданском деле выражен не частно-правовой, а публичный элемент, тем очевиднее потребность обеспечить лицу, участвующему в деле право пользоваться бесплатной квалифицированной юридической помощью (например, дела о принудительной госпитализации в психиатрический стационар).

В то же время Республиканская коллегия адвокатов в *Предложениях по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»*, указывает, что ч. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан не предполагает право юридических лиц на получение бесплатной квалифицированной юридической помощи. В этой связи регулирование вопросов оказания юридическим лицам бесплатной юридической помощи законопроектом, имеющим специальное назначение, представляется необоснованным.

Если авторы законопроекта имели в виду, что юридические лица вправе получить гарантированную государством юридическую помощь в виде правового информирования, которое «будет оказываться различными государственными органами и организациями» (см. предложения депутатов Логутова Н.Н., Ким Р.У., Маковского А.П., Тойбаева А.А. к п. 1 ст. 1 проекта Закона в Сравнительной таблице по проекту Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» (Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012)), то следовало четко определить в законопроекте порядок правового информирования.

В *Федеральном законе «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*, который, правда, не относит юридических лиц к числу имеющих право на получение бесплатной юридической помощи, предложена следующая формулировка:

«Статья 28. Правовое информирование и правовое просвещение населения

1. В целях правового информирования и правового просвещения населения федеральные органы исполнительной власти и подведомственные им учреждения, органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации и подведомственные им учреждения, органы управления государственных внебюджетных фондов, органы местного самоуправления и должностные лица обязаны размещать в местах, доступных для граждан, в средствах массовой информации, в сети «Интернет» либо доводить до граждан иным способом следующую информацию:

- 1) порядок и случаи оказания бесплатной юридической помощи;
- 2) содержание, пределы осуществления, способы реализации и защиты гарантированных законодательством Российской Федерации прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов юридических лиц,

содержание обязанностей граждан и юридических лиц и пределы исполнения таких обязанностей;

3) компетенция и порядок деятельности федеральных органов исполнительной власти и подведомственных им учреждений, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и подведомственных им учреждений, органов управления государственных внебюджетных фондов, органов местного самоуправления, полномочия их должностных лиц;

4) правила оказания государственных и муниципальных услуг;

5) основания, условия и порядок обжалования решений и действий государственных органов, органов управления государственных внебюджетных фондов, органов местного самоуправления, подведомственных им учреждений и их должностных лиц;

6) порядок совершения гражданами юридически значимых действий и типичные юридические ошибки при совершении таких действий.

2. Обязанности по правовому информированию и правовому просвещению населения, в том числе по правовому информированию граждан, имеющих право на бесплатную юридическую помощь, в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации и нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации могут также возлагаться на государственные юридические бюро, адвокатов и нотариусов.

3. Органы местного самоуправления могут осуществлять правовое информирование и правовое просвещение населения в соответствии с муниципальными правовыми актами.

4. Правовое информирование и правовое просвещение населения может осуществляться юридическими клиниками образовательных учреждений высшего профессионального образования и негосударственными центрами бесплатной юридической помощи».

Неубедительными представляются следующие предложения Республиканской коллегии адвокатов:

1. Исключить из пункта 5 статьи 7 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»⁴²⁰ слова «и неправительственными организациями». Обосновывается это, главным образом, тем, что большинство неправительственных организаций финансируется за счет иностранного капитала, а «Как известно, каждая иностранная компания занимается инвестицией лишь постольку, поскольку это будет отвечать их собственным интересам, а не интересам того государства, куда вкладывается капитал».

Неправительственные организации во многих развитых государствах – это традиционные участники системы оказания бесплатной юридической помощи, в том числе гарантированной государством, причем, отнюдь не все они финансируются за счет иностранного капитала. Только опасением потерять часть рынка бесплатной юридической помощи можно объяснить то обстоятельство, что Республиканская коллегия адвокатов, более чем государство, обеспокоена фактом получения некоторыми неправительственными организациями грантового финансирования из-за рубежа.

Отдел законодательства и депутат Балиева З.Я. обоснованно отмечают отсутствие законодательного регулирования оказания гарантированной государством юридической помощи неправительственными организациями (*Сравнительная таблица по проекту Закона Республики Казахстан «О*

⁴²⁰ «Гарантированная государством юридическая помощь оказывается: ... 5) высшими учебными заведениями и неправительственными организациями».

гарантированной государством юридической помощи»; Заседание Комитета – 25.09.2012, 1-я рабочая группа – 30.10.2012. Вопрос о включении неправительственных организаций в перечень организаций, оказывающих гарантированную государством юридическую помощь по определенным категориям дел, может быть решен при выборе соответствующей модели организации правовой помощи.

2. Исключить пункт 3 из статьи 8 проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»⁴²¹. Совершенно непонятно, почему право лица на получение гарантированной государством юридической помощи на территории Республики Казахстан независимо от места жительства оценено Республиканской коллегией адвокатов как труднореализуемое. Смысл рассматриваемой нормы состоит в том, что если потребность в получении бесплатной юридической помощи возникнет у гражданина в период его нахождения на территории Республики Казахстан, но за пределами места своего постоянного жительства, то такое право за гражданином все равно признается. Обычно, конечно, потребность в получении бесплатной юридической помощи не по месту жительства возникает у подозреваемых и обвиняемых. Однако ничто в рассматриваемом пункте не дает оснований утверждать, что гражданин вправе будет потребовать назначения ему для оказания юридической помощи конкретного адвоката, да еще проживающего в другой области. Поэтому непонятно, почему автор замечания говорит о якобы возникающей, в случае принятия закона, потребности обеспечить лицо, задержанное по подозрению в совершении преступления в одной области, адвокатом из другой области или города.

Анализ проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» не позволяет уяснить, что конкретно изменится после его принятия в праве граждан Республики Казахстан на получение бесплатной юридической помощи, поскольку и в действующей редакции ст. 6 Закона РК «Об адвокатской деятельности» содержится перечень лиц, имеющих право на получение юридической помощи бесплатно. Из предлагаемых изменений в ст. 72 УПК РК не следует, что какая-то категория обвиняемых будет лишена права на получение юридической помощи защитника бесплатно в зависимости от имущественного ценза. Предлагаемое же в проекте Закона изменение ст. 80 УПК РФ об обязательном наделении адвокатом-представителем потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенными возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, во-первых, не требует принятия еще и закона о бесплатной помощи, а во-вторых, само по себе является концептуально весьма проблематичным. Понятно, что такого рода представительство, с одной стороны, может быть полезно потерпевшим, а с другой стороны, обеспечит адвокатам дополнительный источник дохода, однако в публичном уголовном процессе интересы потерпевших как часть общественных интересов обязан защищать прокурор, работа которого оплачивается за счет средств государственного бюджета. Иное решение будет, по сути, свидетельствовать о недоверии самого государства к такому важному органу как прокуратура.

Что касается интересов адвокатского сообщества Республики Казахстан, то, насколько можно судить из замечаний к законопроекту, а также из публикаций,

⁴²¹ «Лица, указанные в пунктах 1 и 2 настоящей статьи [имеющие право на получение гарантированной государством юридической помощи – Н.К.], вправе получить гарантированную государством юридическую помощь на всей территории Республики Казахстан независимо от местожительства».

размещенных на портале Информационная служба ZAKON.KZ⁴²², ИС Параграф⁴²³ WWW для этого сообщества важное значение имеет редакция *ст. 13 проекта Закона РК «О гарантированной государством юридической помощи»* о порядке оказания такой помощи адвокатами, а также новая редакция *ч. 3 ст. 71, ст. 72 и ч. 2 ст. 172 УПК РК, ст. 114 ГПК РК, ч. 2 ст. 589 КоАП РК*, в совокупности с определением Министерства юстиции РФ как единого администратора бюджетной программы (программа 005 «Оказание юридической помощи адвокатами»).

Кстати, указанный вопрос является актуальным и для адвокатского сообщества Российской Федерации, поскольку в России также решение о размере оплаты работы адвоката по назначению органов дознания, органов предварительного следствия и суда принимает тот орган, в производстве которого в данный момент (во время осуществления защиты) находится уголовное дело⁴²⁴.

Однако для оптимизации вопросов оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет средств республиканского бюджета⁴²⁵ достаточно оперативно внести изменения в бюджетное законодательство (определив иного администратора соответствующих бюджетных средств), в соответствующие статьи процессуальных кодексов и в Правила оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами.

Очевидно, что законодатель Республики Казахстан фактом разработки и вынесения на обсуждение *проекта Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи»* имел в виду существенно усовершенствовать всю систему бесплатной (субсидируемой, гарантированной государством) юридической помощи.

Достижению данной цели, вряд ли будет быстрым с учетом недостатков предложенной редакции проекта закона, нуждающегося, по мнению эксперта, в более детальной проработке конкретных вопросов. Как ориентир, безусловно, с учетом особенностей государственного устройства Республики Казахстан и с уважением к ее суверенитету, можно было бы использовать *Федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации»*.

При этом можно рекомендовать провести рабочие встречи со всеми предполагаемыми субъектами оказания гарантированной государством юридической помощи (включая, частных судебных исполнителей⁴²⁶), предварительно предложив им в письменной форме сформулировать видение каждый из них объема своего возможного участия в системе гарантированной государством юридической помощи. Также следует учитывать обширные научные обобщения, проведенные в Республике Казахстан по вопросу об оказании

⁴²² <http://www.zakon.kz>

⁴²³ <http://online.zakon.kz>

⁴²⁴ См. Постановление Правительства РФ от 04 июля 2003 года № 400 (с послед. изм. и доп.) «О размере вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда».

⁴²⁵ Действующие Правила оплаты были утверждены Правительством Республики Казахстан от 26 августа 1999 года № 1247 с послед. изм. и доп.

⁴²⁶ Закон Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей» не содержит норм, регламентирующих оказание бесплатной квалифицированной юридической помощи, и соответствующие дополнения в него анализируемыми законопроектами также вносить не предлагается.

бесплатной (субсидированной, гарантированной государством) юридической помощи⁴²⁷.

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

Декабрь, 2012 г.

⁴²⁷ Заключение Фонда Сорос-Казахстан по вопросу организации и оказания бесплатной юридической помощи в Казахстане (30.01.2011)// URL: <<https://r.mail.yandex.net/url/BMvgpD5N2t2tVeXAwMtGFw,1355435248/www.zakon.kz%2F19733-1-zakljuchenie-fonda-soros-kazakhstan-po.html>>; Система гарантированной государством юридической помощи в Казахстане: пути реформирования (аналитическая записка подготовлена в рамках программы «Правовая реформа» Фонда Сорос-Казахстан)//ИС ПАРАГРАФ-WWW <http://online.prg.kz>.