ЕЖЕГОДНИК ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

2013

LPRC ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2013

АЛМАТЫ, 2014

УДК 342
ББК 67.400
Е 36



Ежегодник Центра исследования правовой политики 2013. Алматы, 2014 — 454 С.
Е 36

ISBN 978-601-7162-50-4



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

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

УДК 342
ББК 67.400

978-601-7162-50-4

© Центр исследования правовой политики, 2014

СОДЕРЖАНИЕ

К читателю …….. **5**

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО …… **7**

Проект УПК Республики Казахстан и УПК Украины:
схожесть и основные различия
Онищук Н.В. …..……. **7**

Реализация принципа состязательности в уголовном процессуальном законодательстве Украины и проекте УПК Казахстана
Касько В. …….……... **12**

Автоматическое начало уголовного производства
в проекте новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан: основные проблемы и пути их решения
Банчук А. ……..…... **19**

Предложения по совершенствованию судебного контроля в проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан
Канафин Д.К. ……..……... **28**

Экспертное заключение «О содержании главы 18 «Меры пресечения» проекта Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан» (проект по состоянию на 1 октября 2013 года)
Хавронюк Н.И. ……..…….. **85**

Соблюдение права на судебное разбирательство в разумные сроки в уголовном процессе Республики Казахстан
Лер С.Н. ……..…….……..... **127**

Процессуальные гарантии защиты от пыток в Казахстане
Чернобиль Т. …….….... **144**

Развитие независимого механизма по расследованию случаев пыток в Казахстане
Сванидзе Э. ……..…..…… **162**

УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО …… **199**

Выполнение пункта 17 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах
Штейнерте Э. ……..……..…... **199**

СУДЕБНАЯ РЕФОРМА ……..…….. **219**

Независимость судебной системы в Казахстане:
Замечания Комитета ООН по правам человека и пути их имплементации
Куйбида Р.А. …….. **219**

Комментарий к пункту 22 Замечаний Комитета ООН по правам человека по докладу Казахстана об исполнении Международного Пакта о гражданских и политических правах
Сулейменова Г.Ж. …….. **247**

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ …… 264

Защита государственных секретов и обеспечение права на квалифицированную юридическую помощь в Республике Казахстан
Канафин Д.К. ….……... **264**

Правовое заключение на проект Закона Республики Казахстан «О Гарантированной государством юридической помощи»
Левин И.Г. ……... **278**

Анализ проектов 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»
Розенцвайг А.В., Канафин Д.К. …….... **284**

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА …… 303

Восстановление прав жертв нарушений прав человека: основные принципы и современные практики компенсаций
Волочай Е. ….…….…….. **303**

БИЗНЕС И ПРАВА ЧЕЛОВЕКА …… 327

Реализация прав человека в компании: План действий
Дион Р. ……..…... **327**

Юридическое заключение по вопросам соответствия законодательства Республики Казахстан основным социально-экономическим принципам прав человека в аспекте предпринимательской деятельности
Центр исследования правовой политики ……..…… **354**

Юридическое заключение по вопросам соотношения международно-правовых положений, ратифицированных Республикой Казахстан, и основных социально-экономических принципов прав человека в аспекте предпринимательской деятельности
Центр исследования правовой политики ……..…… **430**

К ЧИТАТЕЛЮ

Центр исследования правовой политики – Общественный Фонд, основной целью которого является продвижение ценностей правового демократического государства, создание условий для уважения и эффективной защиты прав человека во всех сферах юридической практики.

Несколько лет мы планомерно и последовательно анализируем и обобщаем прогрессивный мировой опыт обеспечения справедливости в уголовном, административном и гражданском судопроизводствах.

Фонд совмещает различные формы и методы правовых исследований. Это не только создание международных диалоговых площадок: конференций, круглых столов и семинаров, но и кропотливая научная работа: подготовка правовых заключений, опросов, изучение данных официальной статистики и результатов правоприменительной практики.

Итоги этой деятельности традиционно представлены в наших ежегодниках – сборниках материалов, посвященных наиболее актуальным вопросам юридической жизни. Один из таких ежегодников мы предлагаем вашему вниманию.

Центр исследования правовой политики всегда держит в фокусе вопросы соблюдения международных принципов справедливого уголовного правосудия и противодействия пыткам. Особую значимость эти вопросы приобрели в связи с намеченным на 2014 год принятием новых Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Республики Казахстан.

В этой связи, дополнительные источники научной информации о таких сложных правовых институтах как судебный контроль, система оказания правовой помощи, механизмы противодействия пыткам и обеспечение разумных сроков судопроизводства представлены в настоящем Ежегоднике.

Кроме этого, сохраняет свою безусловную значимость такой важный аспект демократического правового государства как независимость судебной власти. По нашему глубокому убеждению, именно независимый, честный, объективный и беспристрастный суд является главной гарантией соблюдения прав человека и справедливости в обществе. Наш Фонд по мере своих сил пытается внести интеллектуальный вклад в развитие этой гарантии.

Отрадно, что в 2013 году Центр впервые провел очень важный и интересный проект по защите базовых экономических прав человека в сфере предпринимательской деятельности. Это проект был направлен на формирование лучшей экономической и культурной среды в сфере бизнеса, поддержку идей социально ответственного и гуманного взаимодействия работодателей и работников.

К проведению исследований Центр привлекает лучших международных и национальных экспертов в соответствующих отраслях знаний. Мы гордимся тем, что за годы своей работы смогли собрать прекрасную команду объективных, добросовестных и прогрессивно мыслящих специалистов.

Центр исследования правовой политики выражает надежду на то, что представленные в настоящем Ежегоднике материалы не только будут интересны всем, кто по долгу службы или в силу убеждений интересуется ходом дальнейшей судебно-правовой реформы в Республике Казахстан. Мы также надеемся на то, что идеи и принципы, изложенные в этих работах, найдут свое отражение в законодательстве нашей страны и практике его применения.

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 2013 году мы работали с Делегацией Европейского Союза в Казахстане, Посольством Корелевства Нидердандов в Республике Казахстан, Посольством Финляндии в Казахстане, Посольством Великобритании в Астане, National Edowment for Democracy, Центром ОБСЕ в Астане, Фондом Сорос-Казахстан и Open Society Foundation.

Центр исследования правовой политики

ОНИЩУК Н.В.
Президент Института правовой политики,
член Конституционной Ассамблеи Украины,
Заслуженный юрист Украины, д.ю.н.

ПРОЕКТ УПК РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И УПК УКРАИНЫ: СХОЖЕСТЬ И ОСНОВНЫЕ РАЗЛИЧИЯ[1]

Украинские эксперты в сфере уголовной юстиции очень заинтересовались появившемся в нашем информационном пространстве заявлением Председателя Верховного Суда Республики Казахстан Б. Бекназарова о том, что казахстанский проект УПК на 90 % похож на украинский Кодекс[2]. Не каждый день коллеги с иностранных государств таким образом признают успехи правовых реформ в нашей стране и возможность их имплементации у себя (с некоторыми особенностями).

На первый взгляд, если сравнить структуру предложенного проекта УПК Казахстана и действующего УПК Украины, то можно найти их схожесть в размещении и названии разделов, глав и статей. Но более детальный анализ узловых институтов уголовного процесса приводит, к сожалению, к выводу, что *эта схожесть только внешняя*.

Для подтверждения этого предварительного вывода следует сравнить такие институты:

- права стороны защиты, особенно на досудебной стадии уголовного процесса;
- объем судебного контроля над предварительным расследованием;
- регулирование мер пресечения;
- особенности начала досудебного расследования.

Права стороны защиты не гарантируются надлежащим образом в проекте УПК Казахстана по таким причинам.

Максимальный срок задержания лица, подозреваемого в совершении уголовного правонарушения, установленный проектом УПК Казахстана – 72 часа. Это положение продублировано с Конституции Республики. В Украине также Основной Закон устанавливает 72-часовой срок для задержания. Однако в процессуальном кодексе он дифференцирован с целью обеспечения в указанный промежуток времени рассмотрения судом вопроса о мерах пресечения. Так,

---

[1] Настоящий доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в докладе, не отражают официальную позицию Центра ОБСЕ в Астане.

[2] Председатель ВС Республики Казахстан Бектас Бекназаров: «Новый УПК Казахстана почти на 90% будет похож на украинский кодекс» // Закон и Бизнес. - № 25 (1115). - 22.06-28.06.2013. URL: http://zib.com.ua/ru/33125-predsedatel_vs_kazahstana_bektas_beknazarov_noviy_ upk_kazahs.html

подозреваемого следует освободить в течение 36-ти часов в случае задержания на основании предварительной санкции суда и в течение 60-ти часов с момента фактического задержания, если лицо не доставлено к следственному судье. Таким же образом следует поступить, если на протяжении 24-х часов лицу не вручили письменного подозрения в совершении конкретного преступления.

Если этого не сделал орган расследования, то сторона защиты имеет право подать ходатайство следственному судье о доставлении задержанного для решения вопроса об основаниях ограничения свободы.

Такое регулирование направленно на необходимость обеспечения права лиц получить судебное решение о взятии под стражу/освобождении не позже 72-х часов с момента фактического задержания (как этого требует Конституция).

Предоставление органам власти полномочия доставлять лицо на протяжении 3-х часов (статья 129 Проекта) на практике означает, что лица будут удерживаться не 72, а 75 часов в органе уголовного расследования.

С целью гарантирования безопасности и неприкосновенности задержанных в УПК Украины от 2012 года внедрена должность ответственного за пребывание задержанных лиц. Этим лицом не может быть следователь или оперативный сотрудник. Проект УПК Казахстана такой должности не предусматривает.

В проекте УПК Казахстана не идет речь об обязательном участии адвоката при каждом задержании лица. В Украине это право гарантируется, в том числе, посредством функционирования с 1 января 2013 года системы бесплатной правовой помощи. В статье 69 Проекта устанавливается положение, согласно которому не принимается отказ от защитника по мотивам отсутствия средств для оплаты юридической помощи, но при этом не создается полноценного механизма предоставления бесплатной правовой помощи. Решение о ее предоставлении напрямую зависит от органа, ведущего уголовный процесс (следователя), так как норма сформулирована в диспозитивной форме: при наличии к тому оснований, орган, ведущий уголовный процесс «*вправе»* освободить подозреваемого, обвиняемого, осужденного полностью или частично от оплаты юридической помощи, о чем выносит мотивированное постановление (часть 3 статьи 67). Это при том, что нельзя говорить о действительной заинтересованности органа, ведущего уголовный процесс, в таком участии адвоката.

Сторона обвинения в Украине поставлена в условия, когда она волей-неволей заинтересована в обязательном участии в процессе защитников, в том числе при каждом задержании лица. Ведь информация, полученная от подозреваемого без участия защитника, признается недопустимым доказательством (пункт 3 части 2 статьи 87 УПК Украины).

Возможность для манипулирования остается у стороны обвинения при решении вопроса об отводах иных участников дела (Глава 11 Проекта) и отстранении защитника от участия (статья 94 Проекта). Тогда как согласно УПК Украины ходатайства об отводе любого участника процесса рассматриваются следственным судьей.

Проект УПК Казахстана также не предусматривает обязательства стороны обвинения информировать лиц о том, что по отношению к ним применялись негласные следственные действия, даже по окончании досудебного расследования.

Согласно проекту УПК Казахстана, техническое фиксирование процессуального действия в ряде случаев необязательно, если в нем участвуют понятые. Но возможность подачи стороной защиты обязательного для исполнения ходатайства о техническом фиксировании процессуального действия не предусмотрена (как в части 1 статьи 107 УПК Украины).

Одним из главных принципов для защиты является реальное обеспечение равноправия сторон и состязательность производства (статья 23 Проекта).

С этой целью в Украине обеим сторонам предоставлены максимально одинаковые возможности для собирания доказательств. Они могут только на основании решения следственного судьи:

- делать привод лиц на процессуальное действие;
- иметь доступ к вещам или документам у третьих лиц и их копировать;
- изымать вещи или документы у третьих лиц;
- депонировать показания свидетеля или потерпевшего (протоколы допросов не являются доказательством).

У нас защита также может самостоятельно привлекать эксперта для проведения экспертизы.

Согласно же проекта УПК Казахстана принцип равноправия сторон декларируется, но не реализуется. Так, сторона обвинения имеет право без каких-либо решений суда делать привод лиц, выемку вещей и документов, допрашивать лиц (при этом протоколы допроса будут источниками доказательств). А стороне защиты нужно будет в каждом таком случае обращаться к следственному судье. Самостоятельное привлечение эксперта останется только в случае, если объект исследования не находиться в органе, ведущем расследование (часть 7 статьи 272 Проекта).

Но самое главное отличие нового УПК Украины для стороны защиты состоит в том, что она получила любые возможности по поиску и фиксации информации о свидетелях, вещах или документах. Измененные правила о доказательствах предусматривают, что по завершении досудебного расследования две стороны производства должны обменяться собранными материалами или дать возможность их скопировать. А на предварительном судебном заседании собранные материалы предоставляются судье, рассматривается вопрос допустимости той или иной информации в качестве доказательств и т.д.

С этой целью в украинском Кодексе даже намеренно отказались от термина «уголовное дело», потому что теперь каждая сторона имеет свое «дело» (свой перечень документов).

Предложенный в Проекте механизм собирания доказательств и доказывания существенно не отличается от советского типа. А он в свою очередь не обеспечивает равенства сторон процесса и состязательности.

Для гарантирования прав подозреваемых необходим также достаточный ***объем судебного контроля над досудебным расследованием***. Согласно проекту УПК Казахстана следственные судьи могут санкционировать:

1) применение мер пресечения: содержание под стражей, домашний арест, экстрадиционный арест, залог;

2) применение мер процессуального принуждения: привод лица (только по инициативе защиты); денежное взыскание; арест имущества, истребование сведений, документов, предметов (только по инициативе защиты); конфискация имущества до вынесения приговора; меры безопасности;

3) производство следственных действий: принудительное помещение лица в медицинскую организацию для производства психиатрической экспертизы; эксгумация трупа; объявление международного розыска подозреваемого, обвиняемого; депонирование показаний потерпевшего и свидетеля; экспертиза;

4) утверждение процессуального соглашения.

УПК Украины предусматривает гораздо большее количество (примерно в 3 раза) полномочий следственного судьи, чем проект УПК Казахстана. Следственные

судьи предоставляют разрешения на ограничение прав человека в следующих случаях:

1) отвода участников досудебного производства (следователей, прокуроров, представителей, защитников);

2) применения всех мер пресечения: личное обязательство, личное поручительство, залог, домашний арест, содержание под стражей;

3) применения мер обеспечения производства: привод лица для проведения следственного действия, денежное взыскание, временное ограничение в использовании специального права, отстранение подозреваемого от должности, предоставление временного доступа к вещам и документам, выемка вещей и документов, арест имущества, задержание и доставление подозреваемого для решения вопроса о мере пресечения;

4) проведения следственных действий: осмотр жилища, помещения и иного владения юридического лица; обыск жилища, помещения и иного владения юридического лица; допрос свидетеля, потерпевшего на досудебной стадии; экспертиза за счет государства; направление лица в медицинское учреждение для проведения психиатрической экспертизы;

5) проведения 9 из 12 предусмотренных негласных следственных действий в виде: аудио-, видеоконтроль лица; арест, осмотр и выемка корреспонденции; снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей; снятие информации с электронных информационных сетей; осмотр публично недоступных мест, жилища и иного владения лица; установление места расположения радиоэлектронного средства; слежка за лицом, местом, вещью; аудио-, видеоконтроль места; негласное получение образцов для сравнительного исследования;

6) проведения действий в порядке международной правовой помощи: допрос лица по запросу компетентного органа иностранного государства; временный арест лица; экстрадиционный арест; упрощенная выдача лица иностранному государству.

Из этого следует, что по проекту УПК Казахстана полномочия следственных судей незначительны и они не способны гарантировать надлежащий контроль судебной власти над обеспечением прав лиц на неприкосновенность жилища, частной собственности и частной жизни в рамках уголовного процесса.

Как указывалось выше, в Украине применение всех мер пресечения санкционируется следственным судьей. И это дало свои позитивные результаты – всего лишь за год действия нового Кодекса количество лиц в СИЗО уменьшилось почти на 45% (с 32 000 до 17 000).

В то время как проектом УПК Казахстана большинство этих мер отнесено к полномочиям органа, который ведет уголовный процесс. Так, из 7 предусмотренных статьей 137 Проекта мер только 2 санкционируются следственным судьей. Это – домашний арест и содержание под стражей.

А подписка о невыезде и надлежащем поведении, личное поручительство, передача военнослужащего под наблюдение командования воинской части, отдача несовершеннолетнего под присмотр применяются стороной обвинения. Еще сторона обвинения (а не суд) имеет возможность применять 6 дополнительных мер, предусмотренных частью 3 статьи 140 Проекта. В Украине 9 схожих видов ограничений объединены в одну меру, которая санкционируется только судом – личное обязательство.

Залог согласно Проекту может применяться как судом, так и прокурором. Значительное уменьшение количества лиц, которые содержатся под стражей в Украине, стало возможным благодаря новым правилам о залоге. Во всех случаях взятия под стражу, следственный судья обязан указывать размер залога, при внесении которого подозреваемое лицо не будет помещаться в СИЗО. Практика

показывает, что меньше 1% лиц, которые внесли залог, не исполняют свои обязательства и скрываются от следствия.

Не следует ожидать того же эффекта в Казахстане, если и далее в законе будут оставаться ограничения в определении залога в делах об особо тяжких преступлениях (часть 8 статьи 148 Проекта) или при наличии простого подозрения в препятствии подозреваемыми судопроизводству (пункт 3 части 9 статьи 148 Проекта).

Очень важной новацией в Украине стал перечень из 6-ти рисков, которые являются основанием для применения и/или продления сроков мер пресечения (статья 177 УПК). Каждый из этих рисков имеет свою значимость при решении вопроса следственным судьей. Если один из рисков не доказывается стороной обвинения, то суд имеет право применить более мягкую меру или отказать в удовлетворении соответствующего ходатайства.

Подобное регулирование отсутствует в казахстанском Проекте.

Вызывает также обеспокоенность длительность сроков содержания под стражей – они могут длиться 18 месяцев (часть 4 статьи 181). УПК Украины устанавливает более строгие правила в интересах подозреваемых: не более 6 месяцев – в делах средней тяжести, не более 12 месяцев – в тяжких делах.

Проект УПК Казахстана идет по украинскому примеру в вопросе регулирования ***начала досудебного расследования*** – предусматривается автоматическое начало вместо привычной для постсоветского процесса стадии возбуждения уголовного дела.

Но и в этом вопросе, по нашему мнению, не обошлось без существенных проблем:

- сроки расследования начинаются с момента регистрации заявления в Едином реестре досудебных расследований (часть 2 статьи 192 Проекта). Это может привести к злоупотреблениям следователями и способствовать незаконному сокрытию от регистрации заявлений о тех преступлениях, которые изначально, по их мнению, тяжело раскрыть. В Украине сроки расследования начинаются с момента появления подозреваемого лица. До этого момента расследование может продолжаться до завершения сроков уголовного преследования, установленных уголовным законом;

- начало производства может обжаловаться (часть 1 статьи 106 Проекта). Такой механизм способен заблокировать деятельность государственных органов по расследованию определенного преступления, что негативно скажется на защите прав потерпевших лиц. В Украине такое обжалование невозможно;

- автоматическое начало производства не привело к автоматическому признанию статуса за потерпевшим. И далее вступление в процесс потерпевшего будет зависеть от решения следователя, прокурора (часть 3 статьи 71). Согласно УПК Украины сторона обвинения лишена этого полномочия;

- основанием для начала производства будет оставаться явка с повинной (статья 182 Проекта). В Украине отказались от этого института ввиду его использования органами расследования для получения незаконными методами признательных показаний лиц.

Ноябрь, 2013 г.

КАСЬКО В.
Эксперт Совета Европы,
Партнер Адвокатского объединения «Arzinger» (Украина)

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ И ПРОЕКТЕ УПК КАЗАХСТАНА[3]

Составляющие элементы состязательности:

- Наличие сторон, обособленных от суда
- Равноправие сторон (относительное равноправие сторон, трудности одной из сторон должны быть сбалансированы компенсаторными возможностями)
- Освобождение суда от процессуальных функций сторон (исключения могут быть связаны с исполнением положительных обязательств государств по защите прав человека).

Следует отметить, что в проекте УПК Казахстана стороны все же четко не обособленны: несмотря на то, что в ст.7 (разъяснение понятий) данные термины употребляются, проект далее не развивает этот подход, а применяет термины «государственные органы и должностные лица, осуществляющие функции уголовного преследования» (гл. 8) и «участники процесса, которые защищают свои или представляемые права и интересы» (гл. 9). К числу последних включены, например, потерпевший и частный обвинитель, что только путает принцип разделения функций в уголовном процессе.

Проявления состязательности (ЕКПЧ + УПК Украины):

- Личное присутствие и эффективное участие
- Состязательная процедура
- Равенство процессуальных средств сторон
- Право на вызов и допрос свидетелей на равных условиях с другой стороной (свидетель - понятие автономное)
- Право на защиту в широком смысле, включая право на достаточное время и возможности для подготовки своей защиты

+ публичность = контроль общества

Сторона защиты и статус защитника

Не должно существовать процедуры, по которой «доступ» защитника к своему подзащитному зависит от решения посредника, тем более, если таким посредником выступает другая сторона процесса – сторона обвинения.

В УПК Украины (глава 3, пар. 3: сторона защиты) термин «допуск» в отношении защитника не употребляется вообще. Несмотря на то, что ст.48 (привлечение защитника) и ст.50 (подтверждение полномочий защитника) УПК Украины сформулированы очень четко, на практике сторона обвинения все же пыталась вернуть порядок вынесения решений о допуске защитника, но безуспешно. В случае с проектом УПК Казахстана целесообразно более четко сформулировать эти

[3] Доклад подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в обзоре, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

положения с тем, чтобы не допустить разночтений в толковании нормы ч.8 ст.68 проекта. Как вариант: ч.2 ст.50 УПК Украины предусматривает, что установление каких-либо дополнительных требований или условий для подтверждения полномочий защитника или привлечения его к участию в уголовном производстве НЕ ДОПУСКАЕТСЯ.

В проекте УПК Казахстана я не нашел прямой нормы, которая бы четко предусматривала процедуру реализации права задержанного на уведомление о задержании защитника по собственному выбору. П.3 ч.9 ст.64 проекта УПК предусматривает право подозреваемого самостоятельно или через своих родственников или доверенных лиц пригласить защитника. Как реализовать это право, какой порядок, если лицо задержано? Особенно с учетом того, что ч.3 ст.64 проекта предусматривает лишь право задержанного подозреваемого немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту жительства или работы о своем задержании и месте содержания. Кстати, ст.135 проекта ведет речь уже об уведомлении в течение 12 часов, что вызывает сомнения в немедленности такого уведомления. В любом случае, это не звонок адвокату.

В УПК Украины этот вопрос детально урегулирован. Так, согласно ч.1 ст.48 следователь, прокурор, следственный судья, суд **обязаны** предоставить задержанному / лицу, содержащемуся под стражей, помощь в установлении связи с защитником или лицами, которые могут его пригласить, а также дать возможность использовать средства связи для приглашения защитника. Более того, ч.4 ст.213 предусматривает **обязанность** уполномоченного лица, осуществившего задержание, *незамедлительно* уведомить об этом орган, предоставляющий бесплатную правовую помощь (по каждому задержанию и автоматически). Адвокат центра бесплатной правовой помощи прибывает не позднее 6 часов после задержания (центр на практике старается обеспечить его прибытие в пределах 2 часов после уведомления). Адвокат выбирается по графику дежурств, назначение какого-то конкретного адвоката (вне графика) не допускается. Кроме того, ч.5 ст.213 содержит дополнительную гарантию – обязанность лица, ответственного за пребывание задержанного (специальный офицер полиции), проверить соблюдение права на уведомление третьих лиц по выбору лица и защитника, и в случае, если уведомление не было сделано – самостоятельно это сделать и зафиксировать.

Следующий важный аспект - отказ от адвоката. В соответствии с ч.1 ст.69 проекта УПК Казахстана такой отказ допускается только по инициативе подозреваемого, обвиняемого, подсудимого **в присутствии** *участвующего в производстве по уголовному делу защитника или защитника по назначению*. В ст.54 УПК Украины есть важная дополнительная гарантия – только после предоставления возможности конфиденциального общения с защитником. К тому же, гарантия присутствия при таком отказе защитника по назначению без комплексной реформы системы бесплатной правовой помощи в полную силу работать не будет.

Ст.67 проекта УПК Казахстана содержит длинный перечень оснований для признания участия защитника по делу обязательным. Хотел бы обратить внимание на п.3 ч.1 ст.49 УПК Украины, в соответствии с которым участие защитника обязательно, если следователь, прокурор, следственный судья или суд решат, что **обстоятельства уголовного производства требуют** участия защитника, а подозреваемый, обвиняемый его не привлек. Практика ЕСПЧ – «*когда интересы правосудия того требуют*…». Критерии – сложность дела, тяжесть правонарушения, тяжесть наказания, которое может быть назначено.

Подозреваемому, обвиняемому должна быть обеспечена эффективная (квалифицированная) правовая помощь. Поэтому посмотрим, как этот вопрос

регулирует УПК Украины (**ст.20**): **обязанность следователя, прокурора, следственного судьи, суда обеспечить** подозреваемому, обвиняемому право на *квалифицированную* правовую помощь со стороны избранного им или назначенного ему защитника. Проект УПК Казахстана в ст.27 говорит о том, что **каждый имеет право** на квалифицированную правовую помощь, а ст.70 закрепляет **обязанность защитника** оказать квалифицированную правовую помощь подзащитному. Как видим, акценты сильно отличаются.

Что касается системы оказания правовой помощи за счет государства – есть серьезные сомнения, что система оказания такой помощи в рамках коллегий адвокатов, существующая с советских времен и доказавшая у нас свою полную несостоятельность, сработает в Казахстане. Для обеспечения ее эффективности необходимо создание органа с гарантиями независимости от стороны обвинения, надлежащим финансовым обеспечением, прозрачными процедурами назначения на конкретное дело и оплаты услуг таких адвокатов.

Без создания системы бесплатной правовой помощи соответствующие нормы УПК в части права на защиту и квалифицированной правовой помощи не принесут ожидаемого эффекта.

УПК Украины многими адвокатами критикуется за то, что в нем нет отдельной нормы о правах защитника. Звучат даже заявления о том, что в нынешнем УПК защитники более бесправны, чем в УПК 1960 года. На самом деле, философия Кодекса исходила из того, что права защитника производны от прав подзащитного. Так, согласно ч.4 ст.46 УПК защитник пользуется процессуальными правами подозреваемого, обвиняемого, защиту которого он осуществляет, кроме тех из них, реализация которых осуществляется непосредственно подозреваемым, обвиняемым и не может быть поручена защитнику. Права подозреваемого и обвиняемого довольно широки и лишь часть из них перечислена в ст.42 УПК Украины. Проект УПК Казахстана содержит отдельные статьи о правах подозреваемого (ст.64), обвиняемого (ст.65) и полномочиях защитника (ст.70). Однако по существу этих прав и возможностях их реализации возникают некоторые вопросы.

Так, подозреваемый вправе участвовать в следственных действиях, проводимых по его ходатайству или ходатайству защитника только ***лишь с разрешения органа уголовного преследования***. Каких-либо критериев для принятия такого решения проект не содержит, т.е. этот вопрос полностью отдан на откуп обвинения. Казалось бы, компенсировать ущербность этого права подозреваемого может право защитника по ст.70 проекта участвовать в следственных и процессуальных действиях, производимых по ходатайству подзащитного или по ходатайству самого защитника. Однако, во-первых, непонятно, почему его реализация подозреваемым лицом должна зависеть от участия / неучастия в процессе защитника, во-вторых, не всегда защитник может обладать всей необходимой фактической информацией, которой его подзащитный владеет, в-третьих, право на участие защитника в указанных случаях не обеспечивается четкими обязанностями стороны обвинения в разумный срок (заблаговременно) уведомить защитника о времени и месте проведения таких действий (см., в частности, ст.197 проекта). Пример, когда это может быть проблемой!

Подозреваемый/обвиняемый наделен УПК Украины правом принимать участие в проведении процессуальных действий (ст.42). В соответствии со ст.223 УПК Украины следователь, прокурор обязаны принять надлежащие меры для обеспечения присутствия во время проведения следственного (розыскного) действия лиц, чьи права и законные интересы могут быть ограничены или нарушены. При этом, следственное (розыскное) действие, которое проводится по

ходатайству стороны защиты, проводится с участием лица, которое его инициировало и (или) его защитника, кроме случаев, когда из-за специфики следственного (розыскного) действия это невозможно или такое лицо письменно отказалось от участия в нем.

Положения УПК Украины не позволяют, например, отказать адвокату подозреваемого или обвиняемого в участии в обыске дома или офисе своего подзащитного, если защитник явился. Если такой отказ будет зафиксирован – результаты обыска будут признаны недопустимым доказательством из-за нарушения права на защиту.

Состязательность и равенство сторон, следственный судья как компенсатор неравенства

Меры процессуального принуждения

В Украине так называемые меры обеспечения уголовного производства (вызов к следователю / прокурору, привод, наложение денежного взыскания, временное ограничение в пользовании специальным правом, отстранение от должности, временный доступ к вещам и документам, временное изъятие и арест имущества, задержание и меры пресечения) – прерогатива стороны обвинения. Сторона защиты не имеет права использовать их напрямую, что порождает неравенство.

Общее правило - процессуальные средства принуждения могут быть применены только *с разрешения следственного судьи*. В Украине есть только 2 исключения из правила: вызов следователем/прокурором (первоначально в проекте и это действие требовало судебного разрешения) и кратковременное задержание лица в ограниченных случаях, предусмотренных Конституцией, с незамедлительной доставкой после задержания к следственному судье. Иное задержание, кроме этих 2 случаев, требует предварительной санкции суда.

Любая мера пресечения применяется после рассмотрения ходатайства стороны обвинения в состязательном процессе и с разрешения следственного судьи.

В проекте УПК Казахстана:

- любое задержание не требует предварительной санкции суда;
- применение большинства мер пресечения не требует предварительной санкции суда (исключение – содержание под стражей и домашний арест);
- иные меры процессуального принуждения (глава 19 проекта) в своем большинстве не требуют предварительной санкции суда (например, привод, отстранение от должности, запрет на приближение без судебной санкции).

В проекте УПК Казахстана судья прямо обязан не устанавливать залог в альтернативе взятию под стражу в определенных случаях. В УПК Украины это относится к дискреционным полномочиям следственного судьи или суда, что соответствует практике ЕСПЧ. В УПК Украины нет такого основания для неприменения залога в альтернативе как «наличие достаточных оснований полагать, что подозреваемый будет препятствовать судопроизводству или же скроется от следствия и суда» (п.3 ч.9 ст.148 проекта), соответствующие риски на практике могут быть с успехом устранены применением залога адекватного размера и иных ограничений.

Следственный судья по проекту УПК также не наделен полномочиями по защите прав человека, которые он имеет по **ст.206 УПК Украины** (право освободить

из-под стражи любое лицо, содержащееся без судебной санкции + проверка прав задержанного + принятие мер к выяснению обстоятельств жестокого обращения).

В проекте УПК усматривается ограничение состязательности сторон при рассмотрении следственным судьей вопроса о взятии под стражу или о домашнем аресте. Так, в соответствии с ч.3 ст.147 проекта следственный судья при решении вопросов, связанных с санкционированием содержания под стражей, ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании меры пресечения. Он может в случае необходимости истребовать уголовное дело. Данный подход крайне опасен, так как ограничивает судью изучением материалов, предоставленных лишь одной из сторон – стороной обвинения, лишая тем самым принцип состязательности реального содержания.

В свою очередь УПК Украины в ст.193 предусматривает возможность полного исследования доказательств в ходе решения вопроса о применении любой меры пресечения в судебной процедуре (как с точки зрения разумного подозрения, так и с точки зрения рисков). В частности, по ходатайству любой из сторон или по собственной инициативе *следственный судья имеет право заслушать* ***любого*** *свидетеля или исследовать* ***любые*** *материалы*, имеющие значение для решения вопроса о применении меры пресечения.

Сбор доказательств на досудебной стадии

Как и по УПК Украины, в проекте УПК Казахстана сторона защиты не наделена правом осуществлять сбор доказательств путем самостоятельного проведения гласных и негласных следственных (розыскных) действий.

При этом УПК Украины содержит не только право стороны защиты на обращение с ходатайствами к стороне обвинения о проведении указанных действий, но и механизм обеспечения такого права. Так, в случае отсутствия реакции со стороны обвинения на такое ходатайство или в случае отказа в его удовлетворении, сторона защиты вправе обжаловать такое бездействие или решение об отказе следственному судье в порядке ст.303 УПК Украины, который рассматривает жалобу в состязательном процессе с вызовом сторон. При этом важно, что следственный судья по результатам рассмотрения такой жалобы вправе принять решение, которым прямо обязать сторону обвинения провести такое действие (ст.307 УПК Украины).

Проект же УПК Казахстана, наоборот, прямо запрещает следственному судье давать какие-либо указания о направлении расследования, проведении следственных действий, совершать действия и принимать решения вместо лиц, осуществляющих досудебное производство, и надзирающего прокурора (ч.4 ст.56 проекта). Более того, вызывает серьезные вопросы с точки зрения состязательности общее правило ч.2 ст.56 проекта, по которой следственный судья рассматривает вопросы, отнесенные к его компетенции, единолично и *без проведения судебного заседания*. Обжалование отказа стороны обвинения провести следственные действия по ходатайству стороны защите к самой же стороне обвинения (ст.105 проекта) не является эффективным и вызывает сомнения с точки зрения принципа состязательности. Обжалование такого отказа в судебном порядке проектом не предусмотрено (ст.106 проекта такие жалобы не включает в сферу ее действия). На этом круг замыкается.

Как и по УПК Украины, проект УПК Казахстана не наделяет сторону защиты правом *непосредственно* получать **показания** на стадии досудебного расследования. Такие показания непосредственно имеет право в системах

уголовного процесса обоих стран получать лишь сторона обвинения. Такое неравенство, очевидно, должно быть сбалансировано надлежащим образом.

В УПК Украины этим уравновешивающим фактором выступает **запрет суду**, который рассматривает дело по существу, ***обосновывать свои решения показаниями, которые давались стороне обвинения, и ссылаться на них*** (ч.4 ст.95 УПК Украины). Это безоговорочный и категорический запрет.

В проекте УПК Казахстана данное неравенство надлежащим образом не сбалансировано, так как прямого запрета использовать такие показания в обвинительном приговоре суда не предусмотрено.

Депонирование показаний при помощи допроса следственным судьей не меняет ситуации, так как, во-первых, касается обеих сторон, а во-вторых, касается лишь ограниченных категорий свидетелей и потерпевших.

В рамках УПК Украины стороны обвинения и защиты могут в равной мере обращаться к следственному судье за разрешением на доступ к вещам и документам, и за их изъятием в определенных случаях в процессе доступа. Определение следственного судьи о доступе реализует сама сторона, которая такой доступ получила (ст.ст.159-166 УПК Украины).

Закрепленные в п.2 ч.3 ст.70 и ч.3 ст.122 проекта УПК Казахстана права защитника по истребованию предметов и документов противоречат друг другу (ответ на запрос в пределах 3 или 10 суток, только ли организации обязаны отвечать на запросы или все лица и т.д.) и не конкретизированы в дальнейшем соответствующей обеспечительной процедурой. В то время как сторона обвинения сохранила за собой монопольное право проводить выемку предметов и документов в процессе следствия.

Выемка и обыск по санкции прокурора (сторона в процессе) в проекте УПК добавляет аргументы в пользу нарушения принципа состязательности.

Оценка допустимости доказательств

Крайне спорный подход в проекте УПК, когда от решения стороны в процессе зависит, будут ли доказательства допустимыми – так называемое последующее санкционирование прокурором действий, которые вторгаются в права граждан: ч. 3 ст.254 проекта (допускает обыск без санкции прокурора в отдельных случаях, после чего прокурор уведомляется и решает вопрос о том, был ли обыск законным, если прокурор для себя решает, что «нет» – это доказательство не может быть допущено в качестве доказательства по делу), ч.14 ст.220 (то же в отношении осмотра), ч.2 ст.235 (то же самое в отношении негласных следственных действий, не терпящих отлагательства) и т.д.

Проект УПК не воспринимает доктрину «плодов отравленного дерева» в части допустимости доказательств (ст.112 проекта), которая предусмотрена в ст.87 УПК Украины (недопустимыми являются доказательства, полученные вследствие существенного нарушения прав и свобод человека, *и какие-либо доказательства, добытые **благодаря информации**, полученной вследствие существенного нарушения прав и свобод человека*).

Явка с повинной все еще может быть доказательством по проекту УПК, в УПК Украины само это понятие не упоминается как явление.

Следственный судья должен быть отдельным должностным лицом в суде и не рассматривать уголовные дела по существу.

Таким образом, Вам решать, обеспечивает ли проект УПК Казахстана в нынешней редакции надлежащую компенсацию независимым органом очевидного

неравенства между полномочиями стороны обвинения и защиты в сфере применения мер процессуального принуждения, сбора и оценки доказательств.

Подача доказательств в суд

Разный подход в УПК Украины и проекте УПК Казахстана.

Доктрина двух папок - открытие доступа к материалам каждой стороны в УПК Украины.

Все еще концепция ознакомления защиты с «материалами уголовного дела» в проекте УПК Казахстана, хоть и с элементами состязательности. Отсюда же идут положения проекта о том, что экспертизы, полученные по инициативе защиты, почему-то приобщаются к материалам уголовного дела (материалам обвинения), а депонированные показания свидетеля защиты направляются стороне обвинения для приобщения к материалам уголовного дела и так далее. Материалы уголовного дела направляются прокурором в суд, и у суда формируется первоначальная собственная позиция по делу на основании именно полученных от стороны обвинения материалов.

Для обеспечения реальной состязательности сторон УПК Украины предусматривает, что стороны подают доказательства суду уже в процессе судебного разбирательства по существу дела. Недаром УПК Украины не предусматривает положений о включении в обвинительный акт информации о доказательствах вины обвиняемого, а материалы обвинения не передаются в суд в виде уголовного дела (см. ст.290 УПК Украины).

Ноябрь, 2013 г.

БАНЧУК А.
кандидат юридических наук,
Центр политико-правовых реформ (Украина)

АВТОМАТИЧЕСКОЕ НАЧАЛО УГОЛОВНОГО ПРОИЗВОДСТВА В ПРОЕКТЕ НОВОЙ РЕДАКЦИИ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ[4]

Подготовленный в Республике Казахстан проект нового Уголовно-процессуального кодекса (проект УПК ПК) во многих подходах схож с действующим Уголовным процессуальным кодексом Украины от 2012 года. Это подтверждается сопоставлением и анализом многих новых правовых институтов, предусмотренных проектом УПК РК и действующим УПК Украины.

Одним из таких новых существующих в УПК Украины институтов, который предлагается внедрить в Казахстане, должно стать автоматическое начало досудебного расследования, предусмотренное главой 23 проекта УПК РК (статьи 179 – 186).

При подготовке УПК Украины в 2006-2009 гг., особенно в части проектирования новой модели начала расследования, рабочая группа использовала опыт европейских стран старой демократии. А он свидетельствует, что в этих государствах отсутствует привычная для советского и постсоветского уголовного процесса стадия возбуждения уголовного дела[5].

При этом у членов группы было желание решить несколько взаимосвязанных проблем, которые возникали в уголовном производстве в Украине до реформы стадии возбуждения дела, а именно:

1) *гарантировать права потерпевших* на расследование совершенных против них преступлений;

2) *упростить работу органов досудебного расследования*, но и одновременно

3) *обеспечить* в полном объеме *права подозреваемых лиц*.

Права потерпевших повсеместно нарушались во время действия старого УПК Украины 1960 г. Суть основных нарушений сводилась к следующему:

- необоснованный отказ в возбуждении уголовного дела (путем принятия соответствующего постановления);
- необоснованный отказ в признании лица потерпевшим (путем принятия соответствующего постановления);
- необоснованная отмена судом постановления о возбуждении уголовного дела.

Уверен, такие же ситуации не редкость в уголовном процессе Казахстана. В ином случае, государство не пошло бы на кардинальный шаг по изменению способа начала производства.

---

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

[5] Такая практика появилась в СССР только в 1930-х годах (прим. автора).

В советском и пост-советском уголовном процессе формальное возбуждение уголовного дела (принятие следователем или прокурором письменного постановления) было основным способом манипулирования уголовной статистикой. Если сотрудник органа расследования в момент подачи заявления видел бесперспективность дальнейшего поиска подозреваемых лиц, то он старался «убедить» заявителя-потерпевшего отказаться от подачи заявления. Ведь такое заявление только ухудшало пресловутый «процент раскрываемости преступлений» и могло иметь для сотрудника негативные дисциплинарные последствия. Поэтому, например, из года в год в Украине ежемесячно возбуждалось не больше 38 – 40 тысяч уголовных дел. А за 10 месяцев действия нового УПК было зафиксировано повышение на 70% количества начатых уголовных производств (65 тысяч производств каждый месяц остается в Едином реестре досудебных расследований - ЕРДР).

Единственное объяснение роста такой статистики – снятие в новом УПК Украины искусственного барьера в виде формального возбуждения дела. Конечно, это не гарантирует того результата, что все начатые производства обязательно логически завершаться розыском подозреваемых и направлением материалов в суд. Но значительное число потерпевших, хотя бы с самого начала, не лишаются надежды на расследование их дела. Ведь раньше отказ в возбуждении дела обжаловало мизерное количество лиц и, таким образом, органами власти достигалась внешняя видимость стабильной криминогенной обстановке в стране.

Но следует предостеречь, что при введении таких новаций могут появиться те кто, обязательно заявят о значительном увеличении уровня преступности в связи с принятием нового УПК (в 2-3 раза), основываясь на сравнении принципиально не сравниваемых данных – о количестве возбужденных дел за прошлые периоды и количестве внесенных уголовных производств в ЕРДР по новому Кодексу[6]. К этому нужно быть готовым и должна быть проведена соответствующая разъяснительная работа.

Внедрение в Украине автоматического начала уголовного производства привело также к необходимости изменения способа признания лица потерпевшим.

Раньше следователи до последнего старались не принимать постановления о привлечении в качестве потерпевшего, а это означало для лица, находящегося в фактическом состоянии потерпевшего, невозможность участия в процессе расследования и отстаивания своих прав и интересов. Теперь эта процедура также носит автоматический характер – в момент подачи лицом заявления о совершенном против него правонарушении такое лицо признается потерпевшим без принятия дополнительного решения со стороны органа уголовного преследования. Только в случае если следователь считает заявление очевидно необоснованным, тогда он имеет возможность принять письменное постановление об отказе в признании лица потерпевшим с приведением достаточных для этого обоснований.

Письменное решение о возбуждении уголовного дела, как и любой другой акт органа государственной власти, мог раньше обжаловаться заинтересованным лицом в судебном порядке и, соответственно, отменяться судом. Отмена постановления о возбуждении дела имела последствием запрет на проведение последующего расследования факта совершенного преступления (очень часто такие решения судов становились результатом коррупционных деяний). Около 1% постановлений отменялись в таком порядке. В этих случаях потерпевшие оставались ни с чем – даже без возможности обжаловать такое определение суда.

---

[6] Геннадия Москаля уличили в манипулировании статистикой о преступности. URL: http://m.lb.ua/news/2013/02/07/188586_ moskalya_ulichili_manipulirovanii.html

Процедура обжалования решения о начале расследования появилась как механизм защиты прав подозреваемых лиц от незаконного уголовного преследования. Но она была искажена неоднозначной практикой применения. На наш взгляд, права подозреваемых должны защищаться иным способом, а не возможностью блокирования всей процедуры расследования и запрета государственным органам искать обстоятельства совершения того или иного преступления.

Анализ проекта УПК РК в части начала производства свидетельствует, что он еще далек от защиты описанных выше прав потерпевших.

Так, начало сроков досудебного расследования исчисляется с момента регистрации заявления, сообщения в ЕРДР (часть 2 статьи 192 проекта УПК РК). Это означает, что следователи в начале производства искусственно ставятся в ситуацию требующую от них оценки перспектив его завершения в определенный законом срок. Такое регулирование, очевидно, приведет к сокрытию многих заявлений от регистрации.

В Украине досудебные сроки начинаются с момента появления подозреваемого лица. До этого момента расследование может длиться столько времени, сколько необходимо для выявления подозреваемых и всех необходимых доказательств, но не дольше сроков давности. В то же время потерпевший у нас имеет возможность в любое время обжаловать следственному судье бездействие следователя и добиться проведения следственного действия.

Если потерпевший считает необоснованным отказ от внесения информации в ЕРДР, он должен иметь право обжаловать такое бездействие в суд. Но в части 1 статьи 106 проекта УПК РК идет речь о возможности обжаловать «отказ в приеме» заявления об уголовном правонарушении. А в части 1 статьи 179 проекта УПК РК говориться о процедуре «регистрации» заявления, сообщения об уголовном правонарушении. Непонятной остается причина этой неточности – она терминологическая или содержательная? Ведь прием заявления о преступлении не означает его автоматическую регистрацию в ЕРДР. То есть, согласно буквальному толкованию этих положений проекта УПК РК, следственный судья может обязать следственный орган принять заявление, но не зарегистрировать его.

Следует также обратить внимание на то, что обжалование действий (бездействий) органов расследования происходит не напрямую в суд, а через прокурора (часть 1 статьи 105 проекта УПК). Это создает еще один необоснованный фильтр для доступа лиц к правосудию.

Не пойдет на пользу интересам потерпевших также сохранение в проекте УПК РК разрешительной процедуры признания лица потерпевшим – только по постановлению следователя, прокурора (часть 3 статьи 71 Проекта УПК РК). Очень часто фактические интересы стороны обвинения и потерпевшего могут существенно отличаться и нельзя ставить привлечение одной стороны в процесс в зависимость от решения (или доброй воли) противоположной стороны.

Неоднозначностью также характеризуется регулирование в проекте УПК РК вопроса обжалования начала производства. Согласно части 1 статьи 106 любое лицо, которое считает нарушенными свои права и свободы, может обжаловать «нарушение закона в начале досудебного расследования». Если такое нарушение будет установлено, то непонятными остаются действия следственного судьи в соответствии с частью 8 статьи 106 проекта УПК РК.

В Украине этот вопрос, на наш взгляд, решен более четко - обжалование начала расследования невозможно.

Работа органов досудебного расследования в большинстве постсоветских стран характеризуется дублированием процессуальной деятельности и многоэтапностью досудебного производства. Так, в Украине до 2012 г. существовало несколько форм расследования:

- доследственная проверка сроком от 3 до 10 дней, которая являлась формой реагирования органа власти на заявление (сообщение) о преступлении;
- оперативно-розыскная деятельность, урегулированная отдельным законом;
- дознание, которое было одновременно и предварительной стадией расследования (завершалась составлением постановления о направлении дела для досудебного следствия), и единственной стадией досудебного расследования по процедуре протокольной формы досудебной подготовки материалов по делам о преступлениях небольшой тяжести;
- досудебное следствие[7].

Ярким примером неэффективности разграничения видов расследования стала практика исполнения органом дознания поручений следователя о проведении следственных или оперативно-розыскных действий. Этот процесс состоял из двенадцати этапов: составление поручения следователем; направление его в отдел документального обеспечения органа дознания; направление поручения из отдела документального обеспечения начальнику органа дознания; рассмотрение этого документа начальником органа дознания и определение им исполнителя; направление поручения в отдел документального обеспечения; получение и исполнение поручения лицом, которому оно поручено начальником; подготовка материалов по поручению и сопроводительного письма от имени начальника органа дознания на имя следователя; направление материалов и письма в отдел документального обеспечения; направление их из отдела документального обеспечения начальнику; рассмотрение материалов начальником и подпись письма; направление письма и материалов в отдел документального обеспечения; получение следователем материалов исполнения поручения. Срок исполнения таких поручений, как правило, был 10 дней. При таком подходе энергия дознавателей часто направлялась не на эффективное исполнение поручения следователя, а на «эффективное» оформление формальных ответов следователю, которые не имеют никакого значения для уголовного судопроизводства.

Эта зарегулированность возникла в следствие того, что разграничение видов досудебного производства имеет институциональные последствия в виде создания отдельных органов дознания, следствия и т.д.

Согласно новому УПК Украины все досудебное производство происходит в одной процессуальной форме – досудебного расследования. Оно имеет единые принципы начала, движения и завершения. При этом предусмотренные отдельные процедуры по процессуальным соглашениям, частному обвинению, особенностям рассмотрения дел с участием несовершеннолетних и т.д. не нарушают указанного выше правила. Это достигнуто путем:

- ликвидации стадии доследственной проверки;
- выделения из оперативно-розыскных мероприятий негласных следственных (оперативных) действий как процессуальных действий;

[7] Подробно об этом: Банчук А. Формализованность начала уголовного преследования: негативный опыт Украины и необходимые реформы. URL: http://www.pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-18-16/960-formalyzovannost-nachala-uholovnoho-presledovanyia-nehatyvnyi-opyt-ukrayny-y-neobkhodymye-reformy.html

- ограничения в законе задач оперативно-розыскной деятельности вопросами выявления и прекращения преступлений (без их раскрытия);

- объединения дознания и следствия.

Следует однако заметить, что номинально названия «дознание» и «досудебное следствие» в УПК РК остались. Это объясняется тем, что термины «орган дознания» и «орган досудебного следствия» упоминаются в Конституции Украины. Однако единственное отличие этих производств друг от друга в том, что дознанием является расследование уголовных проступков, а досудебным следствием – расследование преступлений.

В проекте УПК РК сделан шаг к объединению ОРД и досудебного следствия: предлагается внедрить институт негласных действий (глава 30, статьи 231 – 251), а в Законе об ОРД – ограничить задачи оперативной деятельности вопросами выявления, предупреждения и пресечения преступлений (предложения по изменению статьи 2 Закона об ОРД).

Но в вопросе унификации досудебного расследования проект Кодекса не содержит никаких улучшений. Согласно статье 189 проекта УПК в дальнейшем будут одновременно существовать:

- дознание;
- предварительное следствие;
- протокольная форма;
- ускоренное досудебное производство.

Кроме того, прокуратура обязана расследовать дела частного и частно-публичного обвинения, если там принимает участие лицо, находящееся в беспомощном или зависимом состоянии (часть 4 статьи 32 проекта УПК РК).

Такая множественность видов досудебного расследования, несмотря на кажущуюся внешнюю привлекательность и тенденцию к дифференциации, имеет один существенный недостаток. Если на любом из этапов расследования или судебного рассмотрения соответствующего уголовного дела будет установлены факт непричастности подозреваемого к этому деянию или основания для подозрения в совершении более тяжкого преступления, то органу расследования нужно будет начинать установление этих обстоятельств заново, в рамках новой процедуры. И таких случаев может быть большое количество.

Множественность органов расследования (следствия и дознания) обязательно приведет к техническим сложностям в самом начале реализации Кодекса.

Согласно проекту УПК РК, информацию в ЕРДР будут вносить дознаватели, следователи и прокуроры. Это обусловливает необходимость обеспечения точками доступа к Реестру:

- органов прокуратуры;
- следователей трех органов расследования: КНБ, полиции, финансовой полиции;
- дознавателей восьми органов дознания: полиции, финансовой полиции, Службы охраны Президента Республики Казахстан, военной полиции, пограничной службы, противопожарной службы, таможенной службы, органа юстиции.

В Украине шла речь о подключению к ЕРДР:

- прокуратуры;
- милиции;
- налоговой милиции;
- Службы безопасности Украины.

Но и это не уберегло от технических сбоев в работе в начале действия нового УПК. Пользователями ЕРДР на Украине на сегодня являются около 35 тысяч

сотрудников органов расследования. При этом стоимость разработки реестра составляет около 25 млн. долларов США.

В Казахстане предлагается одномоментно соединить через ЕРДР намного большее количество учреждений и сотрудников, что вызывает обоснованные сомнения в реальности такого предложения.

Права подозреваемых невозможно гарантировать без действенного судебного контроля. Для этого в УПК Украины предусмотрены процедуры разрешения следственного судьи на такие ограничения прав человека и иные процессуальные действия:

1) отвод участников досудебного производства (представителей, защитников);

2) применение 7 из 8 предусмотренных мер обеспечения производства:

- привод лица для проведения следственного действия;
- денежное взыскание;
- временное ограничение в использовании специального права (на управление транспортным средством, на предпринимательскую деятельность и т.д.);
- отстранение подозреваемого от должности;
- предоставление временного доступа к вещам и документам;
- выемка вещей и документов;
- арест имущества;
- задержание и доставление подозреваемого для решения вопроса о мере пресечения;

3) применение всех мер пресечения в виде:

- личного обязательства (прибывать к определенному служебному лицу с установленной периодичностью; не отлучаться из населенного пункта без разрешения следователя, прокурора или суда; сообщать следователю, прокурору или суду об изменении своего местожительства и/или места работы; воздерживаться от общения с любым определенным лицом или общаться с ним с соблюдением условий, определенных следственным судьей, судом; не посещать определенные места; пройти курс лечения от наркотической или алкогольной зависимости; приложить усилия к поиску работы или учебы; сдать на хранение свой паспорта; носить электронное средство контроля);
- личного поручительства;
- залога;
- домашнего ареста;
- содержания под стражей;

4) проведение отдельных следственных действий:

- осмотр жилищ, помещений и иных владений юридических лиц;
- обыск жилищ, помещений и иных владений юридических лиц;
- допрос свидетеля, потерпевшего на досудебной стадии;
- проведение экспертизы за счет государства;
- направление лица в медицинское учреждение для проведения психиатрической экспертизы;

5) проведение 9 из 12 предусмотренных негласных следственных действий в виде:

- аудио-, видеоконтроля лица;
- ареста, осмотра и выемки корреспонденции;
- снятия информации с транспортных телекоммуникационных сетей;
- снятия информации с электронных информационных сетей;
- осмотра публично недоступных мест, жилища и иного владения лица;

- установления места расположения радиоэлектронного средства (мобильного телефона);

- слежки за лицом, местом, вещью;

- аудио-, видеоконтроля места;

- негласного получения образцов для сравнительного исследования;

6) проведения отдельных действий в порядке международной правовой помощи:

- допроса лица по запросу компетентного органа иностранного государства;

- временного ареста лица;

- экстрадиционного ареста;

- упрощенной выдачи лица иностранному государству.

Таким образом, с 2012 г. украинская судебная власть уполномочена контролировать около 30 процессуальных действий стороны обвинения на досудебных стадиях. А согласно проекту УПК РК полномочия следственных судей существенно урезаны. Они могут санкционировать только:

1) применение мер пресечения:

- содержания под стражей;

- домашнего ареста;

- экстрадиционного ареста;

- залога (но такое полномочие одновременно имеет и прокурор);

2) применение мер процессуального принуждения:

- привода лица (только по ходатайству стороны защиты);

- денежного взыскания;

- ареста имущества;

- истребования сведений, документов, предметов (только по ходатайству стороны защиты);

- конфискации имущества до вынесения приговора;

- мер безопасности;

3) производство следственных действий:

- принудительного помещения лица в медицинскую организацию для производства психиатрической экспертизы;

- эксгумации трупа;

- объявления международного розыска подозреваемого, обвиняемого;

- депонирования показаний потерпевшего и свидетеля;

- проведения экспертизы;

4) утверждение процессуального соглашения.

Фактически, объем полномочий следственных судей в Казахстане будет меньше в 3 раза, чем соответствующие возможности украинский судей. При этом Украина не является лидером в вопросе распространения судебного контроля в уголовном производстве. В настоящее временя украинский законодатель не намерен распространять полномочия судей на такие вопросы, как: проверка законности каждого задержания, вызов лиц для производства процессуальных действий и продление сроков досудебного расследования.

Отказ от расширения полномочий суда будет означать, что наиболее чувствительные сферы защиты права человека (неприкосновенность жилища, частной собственности и частной жизни) останутся в Казахстане без надлежащего контроля со стороны судебной власти.

Негативное влияние на права подозреваемых следует ожидать от слишком широко перечня неотложных следственных действий, которые могут проводиться до внесения информации в ЕРДР (часть 2 статьи 179 проекта УПК). Такими действиями признаются: осмотр, выемка, освидетельствование, доставление, допрос. На момент

производства этих следственных мероприятий не известен статус участников, их права и обязанности. Эти лица не знают содержания производства, по которому происходит, например, осмотр или выемка. Фактически идет речь о возможностях нарушения права лиц на защиту, гарантируемого пунктом 3 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

При этом в Украине до регистрации заявления (информации) в ЕРДР может происходить только осмотр места происшествия (часть 3 статьи 214 УПК).

С целью информирования участников процессуальных действий о содержании конкретного уголовного производства важно определять в законе перечень данных, который будет вноситься в реестр. Если раньше такую информативную функцию исполняло постановление о возбуждении уголовного дела, то реформа стадии начала расследования заставляет внимательнее отнестись к вносимым в ЕРДР данным. Так, в украинский реестр должны обязательно вносится сведения о:

- дате подачи заявления, сообщения об уголовном правонарушении;
- потерпевшем или заявителе;
- другом источнике, из которого выявлены обстоятельства, которые могут свидетельствовать о совершении уголовного правонарушения;
- обстоятельствах, которые могут свидетельствовать о совершении уголовного правонарушения;
- предварительной правовой квалификации уголовного правонарушения;
- следователе, прокуроре, который внес сведения в реестр;
- дате внесения информации;
- номере уголовного производства (часть 5 статьи 214 УПК Украины).

Справка с ЕРДР с указанной информацией предоставляется каждый раз участникам процессуального действия, что гарантирует их информированность о существе производства.

В отличие от описанного выше опыта, проект УПК РК не содержит ни перечня информации, подлежащей внесению в ЕРДР, ни обязанности предоставления справки во время производства процессуальных действий.

С ведением Единого реестра досудебных расследований связан вопрос об утверждении соответствующего положения. В Проекте УПК РК, как и в украинском УПК, предлагается, чтобы положение об ЕРДР утверждается Генеральный прокурор (часть 3 статьи 180 проекта УПК РК). Наш опыт показывает, что этот шаг был ошибочным. Прокуратура является заинтересованной стороной и очень часто толкует те или иные положения УПК в свою пользу и в ущерб стороне защиты и потерпевшим[8]. Также нормативные акты Генерального Прокурора, как и в Казахстане, не подлежат государственной регистрации. Поэтому изменения в это Положение в Украине вносятся Генеральной Прокуратурой без обсуждения с экспертным сообществом, а Министерство юстиции не контролирует этот документ на предмет соответствия требованиям законов (в частности, УПК).

В Украине намеренно отказались от такого повода для начала производства как явка с повинной. Проект УПК РК в статье 182 сохраняет данный, много раз скомпрометирующий себя институт. Этот шаг на Украине был обусловлен необходимостью пресечь распространенные на то время факты пыток и других форм бесчеловечного обращения. Ведь полученная следователем в самом начале

[8] Подробно об этом: Реализация нового УПК Украины в 2013 году (мониторинговый отчет) / А.А. Банчук, И.А. Дмитриева, З.М. Саидова, Н.И. Хавронюк. – К., 2013. – С. 16-18 (на укр. языке). URL: http://www.pravo.org.ua/files/ebook/KPK_Zvit_Print_WEB.pdf; Банчук А. Новые технологии и старые инструкции, или Как органы исполнительной власти применяют нормы действующего УПК // Закон и бизнес. - № 33 (1123). - 17.08 - 23.08.2013 г.URL: http://zib.com.ua/ru/38716-pod_noviy_upk_prinimayut_starie_po_ideologii_i_duhu_instrukc.html

дела явка лица (в отсутствии адвоката) становилась железобетонным основанием для его осуждения. Европейский суд по правам человека в десятках украинских дел констатировал нарушение прав человека в процедуре получения явки с повинной и иных признательных показаний.

Остается также неясным соотношение явки с повинной и оснований для заключения процессуального соглашения о признании вины (статья 615 проекта УПК РК).

Проведенный анализ соответствующих положений проекта УПК РК позволяет сделать вывод, что предложенное изменение способа начала расследования из формализованного на автоматическое является механическим и не изменит содержание досудебного производства (обсудить?). Такая реформа не позволит повысить степень защищенности прав подозреваемых лиц, потерпевших, и не упростит работу органов расследования.

На наш взгляд, для полноценной реформы стадии возбуждения уголовного дела следует:

1) объединить в одну форму расследования все предложенные виды досудебного производства (дознание, предварительное следствие, протокольную форму , ускоренное досудебное производство дел частного и частно-публичного обвинения);

2) защитить права подозреваемых лиц путем:

- увеличения минимум в три раза перечня полномочий следственного судьи на досудебных стадиях и распространить судебный контроль на все вопросы, которые касаются ограничения личной свободы, неприкосновенности жилища, частной собственности и частной жизни;
- существенного ограничения перечня неотложных следственных действий, проводимых до внесения информации в ЕРДР;
- определения в УПК РК перечня сведений, вносимых в ЕРДР;
- изъятия явки с повинной из перечня поводов для начала производства;

3) гарантировать права потерпевших лиц путем:

- отказа от исчисления сроков расследования с момента регистрации заявления в ЕРДР;
- внедрения процедуры автоматического приобретения статуса потерпевшего;
- отказа от процедуры обжалования факта начала расследования;
- детализации процедуры обжалования факта невнесения заявления в ЕРДР;
- лишения прокуроров полномочий по предварительному рассмотрению жалоб на действия (бездействия) следователей.

Ноябрь, 2013 г.

КАНАФИН Д.К.
Кандидат юридических наук, доцент

ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ В ПРОЕКТЕ НОВОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН[9]

Вопрос о предмете, содержании и формах судебного контроля является одним из самых сложных в науке уголовного процесса. Природа этого института прорастает корнями в концепцию правового демократического государства, основу которого определяет идея разделения властей на независимые друг от друга исполнительную, судебную и законодательную ветви, взаимодействующие между собой посредством системы сдержек и противовесов. Организованное таким образом управление оберегает общество и граждан от тирании и произвола.

Поскольку уголовный процесс фактически является главным орудием государственного принуждения, именно в этой сфере правовых отношений важно создать механизмы защиты прав и свобод человека от необоснованного нарушения. Базис этих механизмов, в специальной литературе определяемых как процессуальные гарантии, состоит в создании разумного баланса между правовым статусом участников судопроизводства и отправляемыми ими функциями. Этот баланс должен обеспечивать справедливость уголовного правосудия и эффективность применяемых в нем процедур.

Уголовное преследование за совершение преступлений является прерогативой исполнительной власти. Такое преследование невозможно без совершения действий, связанных с ограничением прав личности, поскольку сбор доказательств и создание условий для последующего отправления правосудия требуют в некоторых случаях серьезного вторжения в сферу частных интересов во имя общего блага.

Однако, во избежание злоупотреблений властью со стороны полицейских структур, следует предусмотреть формы контроля над законностью и обоснованностью действий и решений органов уголовного преследования. Очевидно, что только суд, как независимый от исполнительной власти субъект может эффективно отправлять эту функцию.

Таким образом, 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.

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.

---

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

Очевидно, что развитие судебного контроля – одно из наиболее важных и необходимых направлений совершенствования уголовного судопроизводства. К сожалению, в проекте нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан этот институт получил только зачаточное, неполное развитие.

Идея судебного контроля разработчиками нового УПК воплощена в создании должности следственного судьи. Однако, приходится признать, что концепция введения следственного судьи в уголовный процесс в проекте фактически носит декоративный характер и в действительности не означает создания полноценного судебного контроля. 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. Такое положение вещей, по всей видимости, указывает на недостаточное уважение со стороны разработчиков проекта УПК к месту и роли судебной системы в демократическом правовом государстве. Вместе с тем, расширение пределов судебного контроля было продекларировано в Указе Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года».

Во исполнение идей, заложенных в данной Концепции, а также в целях совершенствования гарантий прав личности, усиления начал состязательности и равноправия сторон в уголовном процессе, предлагаем конкретные формулировки по изменению и дополнению норм проекта УПК, направленные на развитие и совершенствование функции судебного контроля.

Сравнительная таблица
по проекту Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (первое чтение)

№ п/п	Структур-ный элемент	Редакция проекта	Редакция предлагаемого изменения или дополнения	Автор изменения или дополнения и его обоснование
1	2	3	4	5
1.	П. 40) ст. 7	40) «следственный судья» – судья суда первой инстанции, осуществляющий предусмотренные настоящим Кодексом полномочия в ходе досудебного производства;	40) «следственный судья» – судья **специализированного суда**, осуществляющий предусмотренные настоящим Кодексом полномочия в ходе досудебного производства	***Судебный контроль и отправление правосудия по уголовным делам – две кардинально отличные функции и потому должны осуществляться разными, не связанными между собой судьями, находящимися в независимых друг от друга структурных подразделениях судебной системы. Независимость подразумевает свободу, как от внешнего, так и от внутрикорпоративного влияния на принимаемые судом решения.*** ***По этой причине, полагаем необходимым создание специализированных судей, осуществляющих контроль за законностью предварительного следствия и соблюдением прав человека. Аналогичная рекомендация содержится в Аналитическом отчете «Судебное***

				санкционирование ареста в Республике Казахстан», опубликованном БДИПЧ ОБСЕ в Варшаве в 2011 г. (стр. 6). ***В обоснование данной позиции можем привести следующие аргументы.*** ***Возложение функции судебного контроля на судей районного суда, основной задачей которых является рассмотрение уголовных дел по существу, станет препятствием для полноценной работы самих судей и негативно отразится на качестве, как отправления правосудия, так и осуществления процессуального контроля, поскольку, совмещение контрольной и основной судебной функции в рамках одного суда, а значит и одного трудового коллектива, пронизанного неформальными, житейскими связями, усложнит ситуацию с объективностью и беспристрастностью судей, возможно, создаст дополнительные условия для коррупции. В предусмотренном***

				проектом УПК варианте следственный судья будет выбираться коллегами в районном и приравненном суде или назначаться председателем этого суда. Таким образом, судьи одного суда будут вынуждены давать оценку законности и обоснованности действий своего коллеги, так как будут выносить приговоры по делам, по которым их товарищ давал санкцию на арест, объявлял в розыск, арестовывал имущество и пр. Осознание того, что сегодня коллега зависит от твоего решения, а завтра ты, возможно, будешь зависеть от него, в наших реалиях ни к чему, кроме усиления негативной корпоративности и коррупции в судебной системе не приведет. В этой связи, судебный контроль как самостоятельное направление процессуальной деятельности должен быть отнесен к компетенции специального субъекта, обособленного внутри судебной системы.

2.	Ч. 2 ст. 53	**Статья 53. Полномочия суда** 1. Полномочия суда как органа судебной власти определяются законом. 2. Только суд правомочен: 1) признать лицо виновным в совершении уголовного правонарушения и назначить ему наказание, в том числе с рассмотрением дела в сокращенном порядке; 2) применить к лицу принудительные меры медицинского характера либо принудительные меры воспитательного воздействия; 3) отменить или изменить решение, принятое нижестоящим судом; 4) утвердить процессуальное соглашение о сотрудничестве; 5) пересмотреть судебные акты по вновь открывшимся обстоятельствам; 6) санкционировать избранную следователем, дознавателем, органом дознания, прокурором в отношении подозреваемого, обвиняемого меру пресечения в виде содержания под стражей, домашнего ареста, экстрадиционного ареста и продлевать их сроки; 7) принудительно поместить не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для	**Статья 53. Полномочия суда** 1. Полномочия суда как органа судебной власти определяются законом. 2. Только суд правомочен: 1) признать лицо виновным в совершении уголовного правонарушения и назначить ему наказание, в том числе с рассмотрением дела в сокращенном порядке; 2) применить к лицу принудительные меры медицинского характера либо принудительные меры воспитательного воздействия; 3) отменить или изменить решение, принятое нижестоящим судом; 4) утвердить процессуальное соглашение о сотрудничестве; 5) пересмотреть судебные акты по вновь открывшимся обстоятельствам; 6) санкционировать избранную следователем, дознавателем, органом дознания, прокурором в отношении подозреваемого, обвиняемого меру пресечения в виде содержания под стражей, домашнего ареста, экстрадиционного ареста и продлевать их сроки; 7) принудительно поместить не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для	***По проекту правовой статус следственного судьи носит недостаточно содержательный характер. Пределы компетенции следственного судьи не распространяются на контроль за наиболее суровыми правоограничительными следственно-процессуальными действиями. Этот судья не обладает даже теми полномочиями, которыми наделены соответствующие судьи в России, Украине и Кыргызстане. В данной статье проекта УПК следственному судье передано 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.*** ***Вместе с тем, расширение списка санкционируемых судом действий необходимо, поскольку во всех случаях, когда полицейская власть***

		производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы, поместить несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специальное детское учреждение; 8) санкционировать эксгумацию трупа, объявление международного розыска, наложение ареста на имущество. 3. В случаях и порядке, предусмотренных настоящим Кодексом, суд: 1) рассматривает жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования, прокурора; 2) по ходатайству прокурора, защитника депонирует показания свидетеля и потерпевшего; 3) накладывает денежное и административное взыскание; 4) рассматривает вопросы, связанные с исполнением приговора. 4. Если при судебном рассмотрении дела будут выявлены обстоятельства, способствовавшие совершению уголовного правонарушения, нарушению прав и свобод граждан, а также другие нарушения закона, допущенные в ходе досудебного расследования, суд выносит частное постановление,	производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы, поместить несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специальное детское учреждение; 8) санкционировать эксгумацию трупа, объявление международного розыска, наложение ареста на имущество. **11) санкционировать обыск и выемку;** **12) санкционировать осмотр жилого помещения если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими заболеваниями или возражают против осмотра;** **13) санкционировать негласные следственные действия, перечисленные в ст. 231 настоящего кодекса.** 3. В случаях и порядке, предусмотренных настоящим Кодексом, суд: 1) рассматривает жалобы на решения и действия (бездействие) органа уголовного преследования, прокурора; 2) по ходатайству прокурора, защитника депонирует показания	***пытается стеснить права граждан, на страже этих прав должен стоять именно суд, который независим от органов уголовного преследования, руководствуется только требованиями закона и на этой основе должен объективно решать, насколько правомерно и обоснованно желание этих органов провести то или иное следственное действие, связанное с посягательством на наиболее важные гражданские права и свободы. Только суд должен рассматривать вопрос о допустимости и целесообразности ограничения фундаментальных прав человека, поскольку является субъектом самостоятельной ветви государственной власти, защищающей справедливость, интересы гражданина и общества.*** ***Поэтому разрешение на обыск, выемку, осмотр жилища, помимо воли проживающего в нем лица, прослушивание переговоров, перехват***

		которым обращает внимание соответствующих организаций или лиц на данные обстоятельства и факты нарушений закона, требующие принятия необходимых мер. Суд вправе вынести частное постановление и в других случаях, если признает это необходимым. 5. Частное постановление в адрес нижестоящего суда (судьи) не выносится. О нарушениях закона, допущенных нижестоящим судом, повлекших отмену или изменение приговора, постановления, указывается в судебном акте вышестоящей судебной инстанции. При установлении фактов совершения деяний, образующих составы других уголовных правонарушений либо деяний, влекущих административную или дисциплинарную ответственность, суд выносит в адрес соответствующего прокурора частное постановление для принятия мер, предусмотренных законом. 6. В предусмотренных законом случаях, по рассматриваемым делам судья имеет право истребовать оперативно-розыскные материалы органов дознания, относящиеся к рассматриваемому делу, и знакомиться с ними, за исключением	свидетеля и потерпевшего; 3) накладывает денежное и административное взыскание; 4) рассматривает вопросы, связанные с исполнением приговора. 4. Если при судебном рассмотрении дела будут выявлены обстоятельства, способствовавшие совершению уголовного правонарушения, нарушению прав и свобод граждан, а также другие нарушения закона, допущенные в ходе досудебного расследования, суд выносит частное постановление, которым обращает внимание соответствующих организаций или лиц на данные обстоятельства и факты нарушений закона, требующие принятия необходимых мер. Суд вправе вынести частное постановление и в других случаях, если признает это необходимым. 5. Частное постановление в адрес нижестоящего суда (судьи) не выносится. О нарушениях закона, допущенных нижестоящим судом, повлекших отмену или изменение приговора, постановления, указывается в судебном акте вышестоящей судебной инстанции. При установлении фактов совершения деяний, образующих составы других уголовных	***сообщений и производство иных, в том числе негласных действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, тайны переписки и сообщений, неприкосновенности личности и собственности, может разрешать только суд. Эта идея вполне соответствует положениям Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года.***

		не подлежащих разглашению сведений об организации оперативно-розыскной деятельности, конкретных оперативно-розыскных мероприятиях, источниках и способах получения информации.	правонарушений либо деяний, влекущих административную или дисциплинарную ответственность, суд выносит в адрес соответствующего прокурора частное постановление для принятия мер, предусмотренных законом. 6. В предусмотренных законом случаях, по рассматриваемым делам судья имеет право истребовать оперативно-розыскные материалы органов дознания, относящиеся к рассматриваемому делу, и знакомиться с ними, за исключением не подлежащих разглашению сведений об организации оперативно-розыскной деятельности, конкретных оперативно-розыскных мероприятиях, источниках и способах получения информации.	
3.	Ч. 1 ст. 55	**Статья 55. Полномочия следственного судьи** 1. В ходе досудебного производства следственный судья в предусмотренных настоящим Кодексом случаях рассматривает вопросы: 1) санкционирования содержания под стражей; 2) санкционирования домашнего ареста; 3) санкционирования	**Статья 55. Полномочия следственного судьи** 1. В ходе досудебного производства следственный судья в предусмотренных настоящим Кодексом случаях рассматривает вопросы: **1) оценки законности и обоснованности задержания лица по подозрению в совершении преступления;** 2) санкционирования содержания	***Международные стандарты процедуры Habeas Corpus гарантируют каждому лишенному свободы право предстать перед судом для оценки законности и обоснованности произведенного задержания. Данное положение отражено в Замечаниях № 8 Комитета ООН по правам человека в отношении всех лиц,***

		экстрадиционного ареста; 4) продления сроков содержания под стражей, домашнего ареста, экстрадиционного ареста; 5) применения залога; 6) санкционирования наложения ареста на имущество; 7) принудительного помещения не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы, а также применения мер безопасности к лицам, совершившим запрещенные уголовным законом деяния и страдающим психическими заболеваниями, помещения несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специальное детское учреждение; 8) при установлении факта психического заболевания о переводе лица, в отношении которого ранее применено содержание под стражей, в специальную медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь, приспособленную для содержания больных в условиях строгой изоляции; 9) эксгумации трупа;	под стражей; 3) санкционирования домашнего ареста; 4) санкционирования экстрадиционного ареста; 5) продления сроков содержания под стражей, домашнего ареста, экстрадиционного ареста; 6) применения залога; 7) санкционирования наложения ареста на имущество; 8) принудительного помещения не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебно-психиатрической и/или судебно-медицинской экспертизы, а также применения мер безопасности к лицам, совершившим запрещенные уголовным законом деяния и страдающим психическими заболеваниями, помещения несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого в специальное детское учреждение; 9) при установлении факта психического заболевания о переводе лица, в отношении которого ранее применено содержание под стражей, в специальную медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь,	***лишенных свободы в результате ареста или заключения под стражу. Аналогичная рекомендация представлена в Аналитическом отчете БДИПЧ ОБСЕ «Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан» (стр. 6, 15). Обязательная оценка судом правомерности задержания позволит лучше соблюдать право на неприкосновенность личности, кардинально сократит случаи неоправданного лишения свободы на досудебном этапе уголовного процесса.*** ***Расширение полномочий следственного судьи по санкционированию действий, направленных на ограничение фундаментальных прав личности, было обосновано выше. Введение этих норм, помимо указанных ранее последствий, позволит обеспечить более разумное и уместное вторжение в сферу частной жизни и прав личности. Оценка законности***

		10) объявления международного розыска подозреваемого, обвиняемого. 2. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, следственный судья: 1) рассматривает жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя и прокурора; 2) рассматривает ходатайство прокурора о конфискации до вынесения приговора имущества, полученного незаконным путем; 3) депонирует в ходе досудебного производства показания потерпевшего и свидетеля; 4) налагает денежное взыскание на лиц, не выполняющих или выполняющих ненадлежаще процессуальные обязанности в досудебном производстве; 5) рассматривает вопрос о взыскании процессуальных издержек по уголовному делу по представлению прокурора; 6) по мотивированному ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос об истребовании любых сведений, документов, предметов, необходимых для оказания надлежащей юридической помощи и	приспособленную для содержания больных в условиях строгой изоляции; 10) эксгумации трупа; 11) объявления международного розыска подозреваемого, обвиняемого; **12) санкционирования обыска и выемки;** **13) санкционирования осмотра жилого помещения если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими заболеваниями или возражают против осмотра;** **14) санкционирования негласных следственных действий, перечисленных в ст. 231 настоящего кодекса.** 2. В случаях, предусмотренных настоящим Кодексом, следственный судья: **1)** рассматривает жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя и прокурора; **2)** депонирует в ходе досудебного производства показания потерпевшего и свидетеля; **3)** налагает денежное взыскание на лиц, не выполняющих или	***задержания и санкционирование дополнительных процессуальных действий следственным судьей усилит позиции судебной власти на предварительном следствии, что повысит его качество и объективность. Кроме того, предлагаемые изменения соответствуют содержанию выступления Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева на Съезде Судей 20 ноября 2013 г., где было сказано, о том, что в новом УПК «расширится круг санкционируемых судом следственных действий». В опубликованном проекте УПК принципиального расширения этого круга пока не произошло, в связи с чем, полагаем предложенные изменения необходимыми и уместными.*** ***Дополнение п. 7) ч. 2 настоящей статьи положением о том, что следственный судья может рассматривать ходатайства***

		защиты интересов подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, имеющего право на защиту, за исключением сведений, составляющих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, в случаях отказа в исполнении запроса либо непринятия решения по нему в течение трех суток; 7) по мотивированному ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос о назначении и производстве экспертизы, если органом уголовного преследования в удовлетворении такого ходатайства было необоснованно отказано либо по нему не принято решение в течение трех суток; 8) по ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос о принудительном приводе в орган, ведущий уголовный процесс, ранее опрошенного им свидетеля, обеспечение явки которого для дачи показаний затруднительно; 9) утверждает процессуальное соглашение. 3. Постановление следственного судьи может быть обжаловано, опротестовано в порядке части второй статьи 107 настоящего	выполняющих ненадлежаще процессуальные обязанности в досудебном производстве; **4)** рассматривает вопрос о взыскании процессуальных издержек по уголовному делу по представлению прокурора; **5)** по мотивированному ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос об истребовании любых сведений, документов, предметов, необходимых для оказания надлежащей юридической помощи и защиты интересов подозреваемого, обвиняемого, свидетеля, имеющего право на защиту, за исключением сведений, составляющих государственные секреты и иную охраняемую законом тайну, в случаях отказа в исполнении запроса либо непринятия решения по нему в течение трех суток; **6)** по мотивированному ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос о назначении и производстве экспертизы, **или иного следственного действия,** если органом уголовного преследования в удовлетворении такого ходатайства было необоснованно отказано либо по нему не принято решение в	***о проведении не только экспертизы, но и иных следственных действий, в проведении которых отказано органом уголовного преследования, позволит усилить начала состязательности и равноправия сторон на стадии предварительного расследования, поскольку дает возможность стороне защиты эффективнее пользоваться процессуальными средствами собирания доказательств, предоставленными следствию. Благодаря этой норме, адвокат сможет настаивать на производстве в интересах представляемых им участников процесса всего комплекса следственных действий, предусмотренных законом, например, осмотров, выемок, очных ставок, следственных экспериментов и пр.*** ***Исключение п. 2 ч. 1 настоящей статьи о досудебной конфискации имущества предложено в связи с тем, что такая конфискация до***

		Кодекса.	течение трех суток; **7)** по ходатайству адвоката, участвующего в качестве защитника, рассматривает вопрос о принудительном приводе в орган, ведущий уголовный процесс, ранее опрошенного им свидетеля, обеспечение явки которого для дачи показаний затруднительно; **8)** утверждает процессуальное соглашение. 3. Постановление следственного судьи может быть обжаловано, опротестовано в порядке части второй статьи 107 настоящего Кодекса.	***разрешения дела по существу противоречит принципу презумпции невиновности, нарушает право собственности до признания факта совершения преступления и вины привлечённого к ответственности лица, создает условия для коррупционных злоупотреблений в ходе уголовного судопроизводства. Это положение включает в полномочия следственного судьи явно не свойственные ему карательные функции, что не соответствует роли и сущности суда в правовом демократическом государстве.***
4.	Ч. 1 ст. 56	**Статья 56. Общие условия осуществления полномочий следственным судьёй** 1. Следственный судья осуществляет свои полномочия согласно правилам настоящей статьи и особенностей, предусмотренных соответствующими статьями настоящего Кодекса. Следственный судья (судьи) избирается собранием судей суда первой инстанции из числа судей	**Статья 56. Общие условия осуществления полномочий следственным судьёй** 1. Следственный судья рассматривает вопросы, отнесенные к его компетенции, единолично без проведения судебного заседания. Если необходимо исследовать обстоятельства, имеющие значение для принятия законного и обоснованного решения, следственный судья постановляет о	***Предложение об исключении ч. 1 ст. 56 проекта УПК обосновано в разделе 1 настоящей таблицы.*** ***Полагаем, что избрание или назначение следственного судьи из числа судей районного суда негативно отразится на объективности и беспристрастности как отправления функции судебного контроля, так и***

		этого суда, а при численности судей менее пяти – назначается председателем этого суда. При необходимости замены следственного судьи он может быть переизбран или переназначен. 2. Следственный судья рассматривает вопросы, отнесенные к его компетенции, единолично без проведения судебного заседания. Если необходимо исследовать обстоятельства, имеющие значение для принятия законного и обоснованного решения, следственный судья постановляет о проведении судебного заседания с участием соответствующих лиц и прокурора. При рассмотрении вопросов, указанных в пунктах 1) – 6) части первой, в пунктах 1) – 3), 6), 9) части второй статьи 55 настоящего Кодекса проведение судебного заседания обязательно. В случае, когда проведение судебного заседания обязательно, о времени и месте судебного заседания заблаговременно извещается сторона защиты и прокурор. По распоряжению следственного судьи судебное заседание может быть проведено в режиме видеосвязи. В ходе судебного заседания ведется протокол.	проведении судебного заседания с участием соответствующих лиц и прокурора. При рассмотрении вопросов, указанных в **пунктах 1) – 9), 11** части первой, в **пунктах 1) – 8)** части второй статьи 55 настоящего Кодекса проведение судебного заседания обязательно. В случае, когда проведение судебного заседания обязательно, о времени и месте судебного заседания заблаговременно извещается сторона защиты и прокурор. По распоряжению следственного судьи судебное заседание может быть проведено в режиме видеосвязи. В ходе судебного заседания ведется протокол. 3. Следственный судья вправе: 1) требовать от органа досудебного производства дополнительной информации по рассматриваемому вопросу; 2) знакомиться со всеми материалами соответствующего досудебного производства и исследовать их; 3) вызывать участников процесса в судебное заседание и получать от них необходимую информацию по уголовному делу. 4. Следственный судья не должен предрешать вопросы, которые в	***самого разрешения дел по существу, поскольку такой порядок назначения следственного судьи ставит всех членов районного суда в положение взаимной зависимости и формирует излишнюю замкнутость и корпоративность принятия решений по наиболее важным в уголовном судопроизводстве вопросам. В этой связи полагаем необходимым создание межрайонных специализированных судов по контролю за соблюдением прав человека и законности.*** ***Расширение оснований, по которым обязательно проведение судебных заседаний, предложено в связи с изменениями ч. 1 ст. 55 (оценка законности и обоснованности задержания), а также в целях обеспечения равенства сторон и состязательности при осуществлении судебного контроля, поскольку объективное и всестороннее рассмотрение вопросов, указанных в пунктах 1) – 9), 11***

		3. Следственный судья вправе: 1) требовать от органа досудебного производства дополнительной информации по рассматриваемому вопросу; 2) знакомиться со всеми материалами соответствующего досудебного производства и исследовать их; 3) вызывать участников процесса в судебное заседание и получать от них необходимую информацию по уголовному делу. 4. Следственный судья не должен предрешать вопросы, которые в соответствии с настоящим Кодексом могут быть предметом судебного рассмотрения при разрешении дела по существу, давать указания о направлении расследования и проведении следственных действий, совершать действия и принимать решения вместо лиц, осуществляющих досудебное производство, и надзирающего прокурора, а также суда, рассматривающего дело по существу. 5. При заявлении подозреваемого о применении к нему пыток и других незаконных действий или наличии на нём следов применения насилия следственный судья обязан поручить	соответствии с настоящим Кодексом могут быть предметом судебного рассмотрения при разрешении дела по существу, давать указания о направлении расследования и проведении следственных действий, совершать действия и принимать решения вместо лиц, осуществляющих досудебное производство, и надзирающего прокурора, а также суда, рассматривающего дело по существу. 5. При заявлении подозреваемого о применении к нему пыток и других незаконных действий или наличии на нём следов применения насилия следственный судья обязан поручить надзирающему прокурору осуществить немедленную проверку указанных фактов.	***части первой, в пунктах 1) – 8) части второй статьи 55, возможно только с участием сторон, что подразумевает проведение соответствующего судебного заседания, в котором участникам процесса предоставляются необходимые процессуальные механизмы для отстаивания своих прав и законных интересов.***

		надзирающему прокурору осуществить немедленную проверку указанных фактов.		
5.	Ч. 5 и ч. 6 ст. 106	**Статья 106. Судебный порядок рассмотрения жалоб на действия (бездействие) и решения прокурора, органов уголовного преследования** 1. Лицо, чьи личные права и свободы непосредственно затрагиваются действием (бездействием) и решением прокурора, органов следствия и дознания, вправе обратиться с жалобой в суд на отказ в приеме заявления об уголовном правонарушении, а также нарушении закона при начале досудебного расследования, прерывании сроков расследования, прекращении уголовного дела, принудительного помещения в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской экспертизы, производстве обыска и (или) выемки, совершения иных действий (бездействия) и принятии решений, если отложение проверки законности таких действий (бездействия) и решений до стадии судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав и свобод человека и гражданина	**Статья 106. Судебный порядок рассмотрения жалоб на действия (бездействие) и решения прокурора, органов уголовного преследования** 1. Лицо, чьи личные права и свободы непосредственно затрагиваются действием (бездействием) и решением прокурора, органов следствия и дознания, вправе обратиться с жалобой в суд на отказ в приеме заявления об уголовном правонарушении, а также нарушении закона при начале досудебного расследования, прерывании сроков расследования, прекращении уголовного дела, принудительного помещения в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской экспертизы, производстве обыска и (или) выемки, совершения иных действий (бездействия) и принятии решений, если отложение проверки законности таких действий (бездействия) и решений до стадии судебного разбирательства делает восстановление ущемленных прав и свобод человека и гражданина	***Обоснование изменений в ч. 5 ст. 106 см. в п. 1 и п. 4 настоящей Таблицы.*** ***Предложение об открытом рассмотрении жалоб на незаконные действия органов уголовного преследования, направлено на лучшее обеспечение принципа гласности и открытости судебных заседаний, на усиление и развитие общественного контроля за деятельностью правоохранительных органов и судов. Открытое рассмотрение судами жалоб позволит средствам массовой информации и населению напрямую наблюдать процесс контроля за законностью действий органов, ведущих уголовный процесс, повысит доверие граждан к судебной системе.*** ***Обоснование изменений в ч. 5 ст. 106 см. в разделах 1 и 4***

		затруднительным или невозможным. При рассмотрении жалобы в порядке настоящей статьи суд не должен предрешать вопросы, которые в соответствии с настоящим Кодексом могут являться предметом судебного рассмотрения при разрешении уголовного дела по существу. 2. При рассмотрении жалобы суд, не давая оценки имеющимся в деле доказательствам, должен выяснить, проверены и учтены ли дознавателем, следователем, прокурором все обстоятельства, на которые указывает заявитель в жалобе. При этом суд, не делая выводов о доказанности или недоказанности вины, допустимости или недопустимости собранных доказательств, должен проверить наличие либо отсутствие материально-правовых и процессуальных оснований для принятия решения по делу. 3. Пределы судебной проверки ограничены выяснением соблюдения норм закона при совершении действий (бездействия) и принятии решений, указанных в части первой настоящей статьи. 4. Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение	затруднительным или невозможным. При рассмотрении жалобы в порядке настоящей статьи суд не должен предрешать вопросы, которые в соответствии с настоящим Кодексом могут являться предметом судебного рассмотрения при разрешении уголовного дела по существу. 2. При рассмотрении жалобы суд, не давая оценки имеющимся в деле доказательствам, должен выяснить, проверены и учтены ли дознавателем, следователем, прокурором все обстоятельства, на которые указывает заявитель в жалобе. При этом суд, не делая выводов о доказанности или недоказанности вины, допустимости или недопустимости собранных доказательств, должен проверить наличие либо отсутствие материально-правовых и процессуальных оснований для принятия решения по делу. 3. Пределы судебной проверки ограничены выяснением соблюдения норм закона при совершении действий (бездействия) и принятии решений, указанных в части первой настоящей статьи. 4. Принесение жалобы не приостанавливает производство обжалуемого действия и исполнение	***настоящей Таблицы.***

		обжалуемого решения. 5. Жалоба может быть подана в районный суд по местонахождению органа, ведущего уголовный процесс, в течение пятнадцати суток со дня ознакомления с решением, с которым лицо несогласно, либо в этот же срок после получения уведомления прокурора об отказе в удовлетворении жалобы, поданной на его имя, или со дня истечения пятнадцати суток после подачи жалобы прокурору, если не был получен на нее ответ. 6. Жалоба рассматривается следственным судьей единолично в закрытом заседании в течение десяти суток с момента ее поступления. О времени и месте судебного заседания извещается прокурор, заявитель и иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) и решением. Неявка на судебное заседание надлежаще извещенных лиц, не служит препятствием к рассмотрению жалобы. Должностные лица, чьи действия (бездействие) и решения обжалуются, по запросу суда обязаны в течение трех суток представить в суд материалы, послужившие основанием для	обжалуемого решения. 5. Жалоба может быть подана в **специализированный межрайонный суд по контролю за соблюдением законности и прав человека** по местонахождению органа, ведущего уголовный процесс, в течение пятнадцати суток со дня ознакомления с решением, с которым лицо несогласно, либо в этот же срок после получения уведомления прокурора об отказе в удовлетворении жалобы, поданной на его имя, или со дня истечения пятнадцати суток после подачи жалобы прокурору, если не был получен на нее ответ. 6. Жалоба рассматривается следственным судьей единолично в **открытом** заседании в течение десяти суток с момента ее поступления. О времени и месте судебного заседания извещается прокурор, заявитель и иные лица, чьи интересы непосредственно затрагиваются обжалуемым действием (бездействием) и решением. Неявка на судебное заседание надлежаще извещенных лиц, не служит препятствием к рассмотрению жалобы. Должностные лица, чьи действия (бездействие) и решения обжалуются, по запросу	

		совершения таких действий (бездействия) и решений. 7. В начале судебного заседания следственный судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, затем заявитель, если участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся лица, которые вправе предоставлять суду доказательства. 8. По результатам рассмотрения жалобы следственный судья выносит одно из следующих постановлений: 1) об отмене признанного незаконным процессуального решения; 2) о признании действия (бездействия) соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и его обязанности устранить допущенное нарушение; 3) о возложении на прокурора обязанности устранить допущенное нарушение прав и законных интересов гражданина или организации; 4) об оставлении жалобы без удовлетворения.	суда обязаны в течение трех суток представить в суд материалы, послужившие основанием для совершения таких действий (бездействия) и решений. 7. В начале судебного заседания следственный судья объявляет, какая жалоба подлежит рассмотрению, затем заявитель, если участвует в судебном заседании, обосновывает жалобу, после чего заслушиваются другие явившиеся лица, которые вправе предоставлять суду доказательства. 8. По результатам рассмотрения жалобы следственный судья выносит одно из следующих постановлений: 1) об отмене признанного незаконным процессуального решения; 2) о признании действия (бездействия) соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и его обязанности устранить допущенное нарушение; 3) о возложении на прокурора обязанности устранить допущенное нарушение прав и законных интересов гражданина или организации; 4) об оставлении жалобы без удовлетворения.	

6.	Ч. 1 и ч. 4 ст. 107	**Статья 107. Обжалование, опротестование постановлений следственного судьи** 1. В ходе досудебного расследования подозреваемый, его защитник, законный представитель, потерпевший, его законный представитель, представитель вправе обжаловать, а прокурор опротестовать постановление следственного судьи: 1) о санкционировании меры пресечения в виде содержания подозреваемого под стражей, экстрадиционного ареста, домашнего ареста, залога или продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста; 2) об отказе в даче санкции на содержание подозреваемого под стражей, экстрадиционного ареста, домашнего ареста, залога или отказе в продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста; 3) об отмене либо отказе в отмене санкционированной меры пресечения; 4) о наложении либо отказе в наложении ареста на имущество; 5) об эксгумации либо отказе в этом; 6) об объявления международного розыска либо отказе в этом; 7) о принудительном помещении	**Статья 107. Обжалование, опротестование постановлений следственного судьи** 1. В ходе досудебного расследования подозреваемый, его защитник, законный представитель, потерпевший, его законный представитель, представитель вправе обжаловать, а прокурор опротестовать постановление следственного судьи: **1) об оценке законности и обоснованности задержания;** 2) о санкционировании меры пресечения в виде содержания подозреваемого под стражей, экстрадиционного ареста, домашнего ареста, залога или продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста; 3) об отказе в даче санкции на содержание подозреваемого под стражей, экстрадиционного ареста, домашнего ареста, залога или отказе в продлении срока содержания под стражей, домашнего ареста; 4) об отмене либо отказе в отмене санкционированной меры пресечения; 5) о наложении либо отказе в наложении ареста на имущество; 6) об эксгумации либо отказе в этом; 7) об объявления международного	***Изменения в ст. 107 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ч. 1 ст. 55 проекта УПК и обоснованы в разделе 3 настоящей таблицы. Полагаем, что право на опротестование и обжалование решения о законности задержания, санкционирования или отказа в санкционировании следственных действий, ограничивающих конституционные права граждан должно быть предоставлено соответствующим участникам уголовного процесса.*** ***Продление срока подачи жалобы/протеста до пяти суток обусловлено недостаточностью ныне действующего трехсуточного срока для составления и подачи соответствующего обращения. В некоторых случаях вопросы, рассматриваемые в порядке досудебного обжалования, являются сложными и***

		лица в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской и/или судебно-психиатрической экспертизы либо отказе в помещении лица в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской и/или судебно-психиатрической экспертизы. 8) об обращении предмета залога в доход государства или отказе в этом; 9) по рассмотрению жалоб на действия (бездействия) и решения прокурора, органов уголовного преследования. 2. Постановление следственного судьи может быть обжаловано, опротестовано в апелляционном порядке в областной или приравненный к нему суд через суд, следственный судья которого вынес постановление. Решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы, протеста, является окончательным. Пропущенный по уважительной причине срок по ходатайству заинтересованного лица может быть восстановлен в соответствии со статьей 50 настоящего Кодекса. 3. Подача жалобы или принесение протеста не приостанавливает исполнение указанных в	розыска либо отказе в этом; 8) о принудительном помещении лица в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской и/или судебно-психиатрической экспертизы либо отказе в помещении лица в медицинскую организацию для производства судебно-медицинской и/или судебно-психиатрической экспертизы. 9) об обращении предмета залога в доход государства или отказе в этом; 10) по рассмотрению жалоб на действия (бездействия) и решения прокурора, органов уголовного преследования; **11) о санкционировании обыска, выемки, осмотра жилого помещения если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими заболеваниями или возражают против осмотра;** **12) об отказе в санкционировании обыска, выемки, осмотра жилого помещения если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими**	***требуют значительного времени для анализа и оспаривания решений судьи. Косвенно это дополнение направлено на обеспечение всесторонности, полноты и объективности рассмотрения обращений участников процесса, а значит способствует повышению эффективности судебного контроля в этой части.***

		постановлении решений по вопросам, указанным в пунктах 1), 2), 7) части первой настоящей статьи. 4. Постановление следственного судьи, вынесенное в соответствии с правилами настоящей статьи, в течение трех суток с момента его оглашения может быть обжаловано лицами, указанными в части первой настоящей статьи, а также опротестовано прокурором в областной и приравненный к нему суд через суд, следственный судья которого вынес постановление. По истечении срока для обжалования материалы с жалобой, протестом направляются в областной или приравненный к нему суд с извещением об этом заявителя и лица, действия и решения которого обжалуются, и прокурора. 5. Судья областного или приравненного к нему суда с соблюдением правил и сроков, предусмотренных частями второй и третьей настоящей статьи, не позднее трех суток с момента поступления жалобы, протеста в суд осуществляет проверку законности и обоснованности постановления следственного судьи. Постановление судьи областного или приравненного к нему суда	**заболеваниями или возражают против осмотра;** **13) о санкционировании негласных следственных действий, перечисленных в ст. 231 настоящего кодекса;** **14) об отказе в санкционировании негласных следственных действий, перечисленных в ст. 231 настоящего кодекса.** 2. Постановление следственного судьи может быть обжаловано, опротестовано в апелляционном порядке в областной или приравненный к нему суд через суд, следственный судья которого вынес постановление. Решение, принятое по результатам рассмотрения жалобы, протеста, является окончательным. Пропущенный по уважительной причине срок по ходатайству заинтересованного лица может быть восстановлен в соответствии со статьей 50 настоящего Кодекса. 3. Подача жалобы или принесение протеста не приостанавливает исполнение указанных в постановлении решений по вопросам, указанным в пунктах 1), 2), 7) части первой настоящей статьи. 4. Постановление следственного судьи, вынесенное в соответствии с	

		вынесенное по результатам рассмотрения жалобы, протеста, вступает в законную силу с момента оглашения. 6. В судебном заседании участвуют прокурор и защитник подозреваемого. В заседании также могут участвовать подозреваемый, законный представитель подозреваемого, потерпевший, его законный представитель и представитель, и другие лица, чьи права и интересы затрагиваются обжалуемым решением, неявка которых при своевременном извещении о времени рассмотрения жалобы, протеста не препятствует их судебному рассмотрению. 7. Заслушав доводы сторон, рассмотрев представленные материалы, суд выносит одно из следующих мотивированных постановлений: 1) об оставлении постановления следственного судьи районного или приравненного к нему суда без изменения; 2) об изменении постановления следственного судьи; 3) об отмене постановления следственного судьи и вынесении нового постановления. 8. Копия постановления суда	правилами настоящей статьи, в течение **пяти** суток с момента его оглашения может быть обжаловано лицами, указанными в части первой настоящей статьи, а также опротестовано прокурором в областной и приравненный к нему суд через суд, следственный судья которого вынес постановление. По истечении срока для обжалования материалы с жалобой, протестом направляются в областной или приравненный к нему суд с извещением об этом заявителя и лица, действия и решения которого обжалуются, и прокурора. 5. Судья областного или приравненного к нему суда с соблюдением правил и сроков, предусмотренных частями второй и третьей настоящей статьи, не позднее трех суток с момента поступления жалобы, протеста в суд осуществляет проверку законности и обоснованности постановления следственного судьи. Постановление судьи областного или приравненного к нему суда вынесенное по результатам рассмотрения жалобы, протеста, вступает в законную силу с момента оглашения. 6. В судебном заседании участвуют	

		направляется в орган досудебного расследования, а также прокурору, подозреваемому, защитнику и представителю администрации места содержания лица под стражей и подлежит немедленному исполнению. 9. Обжалование решения о выдаче лица, обвиняемого в совершении преступления или осужденного на территории иностранного государства, и судебная проверка его законности и обоснованности осуществляются в порядке, предусмотренном статьей 594 настоящего Кодекса.	прокурор и защитник подозреваемого. В заседании также могут участвовать подозреваемый, законный представитель подозреваемого, потерпевший, его законный представитель и представитель, и другие лица, чьи права и интересы затрагиваются обжалуемым решением, неявка которых при своевременном извещении о времени рассмотрения жалобы, протеста не препятствует их судебному рассмотрению. 7. Заслушав доводы сторон, рассмотрев представленные материалы, суд выносит одно из следующих мотивированных постановлений: 1) об оставлении постановления следственного судьи районного или приравненного к нему суда без изменения; 2) об изменении постановления следственного судьи; 3) об отмене постановления следственного судьи и вынесении нового постановления. 8. Копия постановления суда направляется в орган досудебного расследования, а также прокурору, подозреваемому, защитнику и представителю администрации места содержания лица под стражей	

			и подлежит немедленному исполнению. 9. Обжалование решения о выдаче лица, обвиняемого в совершении преступления или осужденного на территории иностранного государства, и судебная проверка его законности и обоснованности осуществляются в порядке, предусмотренном статьей 594 настоящего Кодекса.	
7.	Ч. 2 и ч. 13 ст. 145	**Статья 145. Залог** 1. Залог состоит во внесении самим подозреваемым, обвиняемым либо другим лицом на депозит суда денежных средств в обеспечение выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке к лицу, осуществляющему досудебное расследование, прокурору или в суд по их вызову. В качестве залога могут быть приняты другие ценности, движимое и недвижимое имущество, на которое налагается арест. Доказывание ценности залога и отсутствие обременений возлагается на залогодателя. Залог не применяется в отношении лиц, подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений. 2. Залог применяется только с санкции прокурора либо по	**Статья 145. Залог** 1. Залог состоит во внесении самим подозреваемым, обвиняемым либо другим лицом на депозит суда денежных средств в обеспечение выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке к лицу, осуществляющему досудебное расследование, прокурору или в суд по их вызову. В качестве залога могут быть приняты другие ценности, движимое и недвижимое имущество, на которое налагается арест. Доказывание ценности залога и отсутствие обременений возлагается на залогодателя. Залог не применяется в отношении лиц, подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений. **2. Залог применяется только по постановлению суда,**	***Полагаем целесообразным вопрос о применении залога отнести к исключительной компетенции суда, поскольку это мера пресечения, не связанная с лишением свободы, вместе с тем налагает существенные обременения на лиц, вовлеченных в орбиту уголовного процесса.*** ***Исключение нормы о том, что порядок применения залога определяется совместным приказом государственных органов, уполномоченных осуществлять досудебное расследование, необходимо, поскольку использование такого рода отсылочных норм***

		постановлению суда, следственного судьи. 3. Размер залога определяется с учетом тяжести подозрения, личности подозреваемого, обвиняемого, характера преступного деяния, имущественного положения залогодателя и не может быть меньше: стократного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении преступления небольшой тяжести; трехсоткратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении неосторожного преступления средней тяжести; пятисоткратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении умышленного преступления средней тяжести; тысячекратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении тяжкого преступления. 4. Подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, который не содержится под стражей, либо другое лицо не позднее пяти суток со дня избрания, применения меры пресечения в виде залога обязан внести средства на соответствующий счет и представить подтверждающий документ лицу,	**следственного судьи.** 3. Размер залога определяется с учетом тяжести подозрения, личности подозреваемого, обвиняемого, характера преступного деяния, имущественного положения залогодателя и не может быть меньше: стократного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении преступления небольшой тяжести; трехсоткратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении неосторожного преступления средней тяжести; пятисоткратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении умышленного преступления средней тяжести; тысячекратного размера месячного расчетного показателя – при подозрении в совершении тяжкого преступления. 4. Подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, который не содержится под стражей, либо другое лицо не позднее пяти суток со дня избрания, применения меры пресечения в виде залога обязан внести средства на соответствующий счет и представить подтверждающий документ лицу, осуществляющему досудебное	***при регулировании вопроса о применении меры пресечения в уголовном процессе недопустимо. Данный круг правоотношений должен напрямую регулироваться нормами УПК, как основного отраслевого кодифицированного законодательного акта. Это позволит, во-первых, избежать злоупотреблений посредством ведомственного нормотворчества, способного дезавуировать положения закона, а во-вторых, сохранит в полном объеме предоставленные законом права суда при решении вопроса о применении залога в качестве меры пресечения.***

		осуществляющему досудебное расследование, прокурору, суду. 5. При предоставлении в качестве залога других ценностей, движимого и недвижимого имущества залогодатель обязан в тот же срок представить их органу, ведущему уголовный процесс, с правоустанавливающими документами. В случае применения меры пресечения в виде залога к подозреваемому, задержанному в порядке статьи 128 настоящего Кодекса, до фактического внесения залога следственный судья применяет меру пресечения в виде содержания под стражей и домашнего ареста в порядке части седьмой статьи 148 настоящего Кодекса. В случае замены залогом ранее избранной меры пресечения в виде содержания под стражей или домашнего ареста, подозреваемый, обвиняемый освобождается из-под стражи только после фактического внесения залога. Если к этому моменту истекли предусмотренные настоящим Кодексом сроки содержания под стражей, то они продлеваются до внесения залога. 6. При применении меры пресечения	расследование, прокурору, суду. 5. При предоставлении в качестве залога других ценностей, движимого и недвижимого имущества залогодатель обязан в тот же срок представить их органу, ведущему уголовный процесс, с правоустанавливающими документами. В случае применения меры пресечения в виде залога к подозреваемому, задержанному в порядке статьи 128 настоящего Кодекса, до фактического внесения залога следственный судья применяет меру пресечения в виде содержания под стражей и домашнего ареста в порядке части седьмой статьи 148 настоящего Кодекса. В случае замены залогом ранее избранной меры пресечения в виде содержания под стражей или домашнего ареста, подозреваемый, обвиняемый освобождается из-под стражи только после фактического внесения залога. Если к этому моменту истекли предусмотренные настоящим Кодексом сроки содержания под стражей, то они продлеваются до внесения залога. 6. При применении меры пресечения в виде залога подозреваемому,	

		в виде залога подозреваемому, обвиняемому разъясняются его обязанности и последствия их неисполнения, а залогодателю, не являющемуся обвиняемым, подозреваемым, – в совершении какого уголовного правонарушения подозревается, обвиняется лицо, предусмотренное законом наказание за совершенное деяние, обязанности по обеспечению надлежащего поведения подозреваемого, обвиняемого и его явки по вызову, также последствия неисполнения этих обязанностей. 7. О принятии залога составляется протокол, в котором отмечается, что подозреваемому, обвиняемому разъяснены обязанности о явке по вызову, а залогодатель предупрежден, что в случае уклонения подозреваемого, обвиняемого от явки по вызову залог обращается в доход государства. Протокол подписывается должностным лицом, избравшим эту меру пресечения, подозреваемым, обвиняемым, а также залогодателем, когда им является другое лицо. Протокол и документ о внесении залога в депозит суда приобщаются к материалам дела, а залогодателю вручается копия протокола.	обвиняемому разъясняются его обязанности и последствия их неисполнения, а залогодателю, не являющемуся обвиняемым, подозреваемым, – в совершении какого уголовного правонарушения подозревается, обвиняется лицо, предусмотренное законом наказание за совершенное деяние, обязанности по обеспечению надлежащего поведения подозреваемого, обвиняемого и его явки по вызову, также последствия неисполнения этих обязанностей. 7. О принятии залога составляется протокол, в котором отмечается, что подозреваемому, обвиняемому разъяснены обязанности о явке по вызову, а залогодатель предупрежден, что в случае уклонения подозреваемого, обвиняемого от явки по вызову залог обращается в доход государства. Протокол подписывается должностным лицом, избравшим эту меру пресечения, подозреваемым, обвиняемым, а также залогодателем, когда им является другое лицо. Протокол и документ о внесении залога в депозит суда приобщаются к материалам дела, а залогодателю вручается копия протокола. 8. В случае внесения залога согласно	

		8. В случае внесения залога согласно постановлению следственного судьи, вынесенному в порядке части восьмой статьи 148 настоящего Кодекса, в отношении лица, к которому была применена меры пресечения в виде содержания под стражей, разъяснение подозреваемому, обвиняемому обязанностей по залогу и последствий их неисполнения осуществляется начальником места содержания под стражей. 9. Предмет залога немедленно возвращается залогодателю, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил возложенные на него обязанности, но в отношении подозреваемого, обвиняемого применена более строгая мера пресечения, вынесены приговор или постановление о прекращении производства по уголовному делу. В случаях, если залогодателем является подозреваемый, обвиняемый, суд, рассматривая вопрос о судьбе залога при наличии гражданского иска, процессуальных издержек и необходимости иных имущественных взысканий вправе по ходатайству прокурора принять решение об обращении взыскания на предмет залога либо его часть.	постановлению следственного судьи, вынесенному в порядке части восьмой статьи 148 настоящего Кодекса, в отношении лица, к которому была применена меры пресечения в виде содержания под стражей, разъяснение подозреваемому, обвиняемому обязанностей по залогу и последствий их неисполнения осуществляется начальником места содержания под стражей. 9. Предмет залога немедленно возвращается залогодателю, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил возложенные на него обязанности, но в отношении подозреваемого, обвиняемого применена более строгая мера пресечения, вынесены приговор или постановление о прекращении производства по уголовному делу. В случаях, если залогодателем является подозреваемый, обвиняемый, суд, рассматривая вопрос о судьбе залога при наличии гражданского иска, процессуальных издержек и необходимости иных имущественных взысканий вправе по ходатайству прокурора принять решение об обращении взыскания на предмет залога либо его часть. Обращение взыскания на предмет	

		Обращение взыскания на предмет залога, внесенного залогодателем, не являющимся подозреваемым, обвиняемым, может быть произведено только с его согласия. 10. В случае письменного обращения лица, внесшего залог за подозреваемого, обвиняемого, о том, что он не в состоянии в дальнейшем обеспечивать выполнение подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке в орган, ведущий уголовный процесс, предмет залога подлежит немедленному возвращению, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил указанные обязанности. При постановлении приговора или вынесении постановления, окончательно разрешающих уголовное дело, соответственно, суд или орган уголовного преследования одновременно решают судьбу предмета залога. 11. В случае неисполнения без уважительных причин подозреваемым, обвиняемым обязательств, обеспеченных залогом, прокурор направляет следственному судье ходатайство об обращении залога в доход государства. Суд принимает соответствующее	залога, внесенного залогодателем, не являющимся подозреваемым, обвиняемым, может быть произведено только с его согласия. 10. В случае письменного обращения лица, внесшего залог за подозреваемого, обвиняемого, о том, что он не в состоянии в дальнейшем обеспечивать выполнение подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке в орган, ведущий уголовный процесс, предмет залога подлежит немедленному возвращению, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил указанные обязанности. При постановлении приговора или вынесении постановления, окончательно разрешающих уголовное дело, соответственно, суд или орган уголовного преследования одновременно решают судьбу предмета залога. 11. В случае неисполнения без уважительных причин подозреваемым, обвиняемым обязательств, обеспеченных залогом, прокурор направляет следственному судье ходатайство об обращении залога в доход государства. Суд принимает соответствующее решение, которое может быть	

		решение, которое может быть обжаловано залогодателем в вышестоящий суд в порядке статьи 107 настоящего Кодекса. 12. При возвращении предмета залога с залогодателя взыскивается сумма, затраченная на обеспечение сохранности залога. 13. Порядок применения залога определяется совместным приказом государственных органов, уполномоченных осуществлять досудебное расследование.	обжаловано залогодателем в вышестоящий суд в порядке статьи 107 настоящего Кодекса. 12. При возвращении предмета залога с залогодателя взыскивается сумма, затраченная на обеспечение сохранности залога.	
8.	Ч. 9. Ст. 148	**Статья 148. Рассмотрение следственным судьей ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей** 1. Право санкционирования содержания под стражей принадлежит следственному судье районного и приравненного к нему суда, а в случаях, предусмотренных пунктом 2) части седьмой статьи 107 настоящего Кодекса, – судьям областного и приравненного к нему суда. 2. Следственный судья с соблюдением порядка, определенного статьей 56 настоящего Кодекса, в течение восьми часов с участием прокурора,	**Статья 148. Рассмотрение следственным судьей ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей** 1. Право санкционирования содержания под стражей принадлежит следственному судье районного и приравненного к нему суда, а в случаях, предусмотренных пунктом 2) части седьмой статьи 107 настоящего Кодекса, – судьям областного и приравненного к нему суда. 2. Следственный судья с соблюдением порядка, определенного статьей 56 настоящего Кодекса, в течение восьми часов с участием прокурора,	***Положения п. 2) ч. 9 данной статьи проекта УПК подлежат исключению, поскольку это условие носит неоправданно широкий характер и фактически ограничивает свободное усмотрение следственного судьи при решении вопроса об избрании альтернативной аресту меры пресечения по очень большому кругу уголовных дел. В целях гуманизации следственно-судебной практики и сокращения тюремного населения полагаем целесообразным не создавать следственному судье***

		подозреваемого, обвиняемого, его защитника рассматривает ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель и представитель. Неявка указанных участников процесса в случае своевременного их извещения судом о месте и времени судебного заседания не препятствует проведению судебного заседания. В ходе судебного заседания ведется протокол. 3. При решении вопросов, связанных с санкционированием содержания под стражей, следственный судья ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения. В случае необходимости судья вправе истребовать уголовное дело. 4. Рассмотрение следственным судьей ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей в отсутствие подозреваемого, обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов	подозреваемого, обвиняемого, его защитника рассматривает ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель и представитель. Неявка указанных участников процесса в случае своевременного их извещения судом о месте и времени судебного заседания не препятствует проведению судебного заседания. В ходе судебного заседания ведется протокол. 3. При решении вопросов, связанных с санкционированием содержания под стражей, следственный судья ограничивается исследованием материалов дела, относящихся к обстоятельствам, учитываемым при избрании указанной меры пресечения. В случае необходимости судья вправе истребовать уголовное дело. 4. Рассмотрение следственным судьей ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей в отсутствие подозреваемого, обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов	***излишних формальных препятствий при решении им вопроса о выборе меры пресечения. Это предложение также соответствует рекомендации № 6 Аналитического отчета БДИПЧ ОБСЕ «Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан» (см. стр. 6 Отчета).*** ***Положение п. 3) ч. 9 этой статьи является очевидным и конкретизации в законе при условии разумного и принципиального решения вопроса о применении залога не требует.***

		Республики Казахстан и уклонения от явки в орган, ведущий уголовный процесс, при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания. В случае задержания подозреваемый, обвиняемый доставляется к следственному судье для рассмотрения обоснованности применения избранной меры пресечения. 5. В начале заседания следственный судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Затем прокурор обосновывает необходимость избрания в качестве меры пресечения в виде содержания под стражей подозреваемого, после чего заслушивается подозреваемый, обвиняемый и другие явившиеся в судебное заседание лица. Подозреваемый, обвиняемый, а также в его интересах защитник в ходе рассмотрения ходатайства прокурора о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей вправе заявить ходатайство о применении меры пресечения в виде домашнего ареста либо залога. 6. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого,	Республики Казахстан и уклонения от явки в орган, ведущий уголовный процесс, при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания. В случае задержания подозреваемый, обвиняемый доставляется к следственному судье для рассмотрения обоснованности применения избранной меры пресечения. 5. В начале заседания следственный судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Затем прокурор обосновывает необходимость избрания в качестве меры пресечения в виде содержания под стражей подозреваемого, после чего заслушивается подозреваемый, обвиняемый и другие явившиеся в судебное заседание лица. Подозреваемый, обвиняемый, а также в его интересах защитник в ходе рассмотрения ходатайства прокурора о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей вправе заявить ходатайство о применении меры пресечения в виде домашнего ареста либо залога. 6. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого,	

		обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором при необходимости непосредственно после оглашения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании содержания под стражей в случае, когда он считает нецелесообразным его опротестование в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. В случае вынесения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании домашнего ареста, залога, прокурор вправе его опротестовать по правилам, установленным статьей 107 настоящего Кодекса. 7. По итогам рассмотрения ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей обвиняемого, подозреваемого, следственный судья выносит постановление о санкционировании либо отказе в санкционировании содержания под стражей. При отказе в санкционировании содержания под стражей подозреваемого или обвиняемого следственный судья вправе санкционировать меру пресечения в виде домашнего ареста	обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором при необходимости непосредственно после оглашения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании содержания под стражей в случае, когда он считает нецелесообразным его опротестование в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. В случае вынесения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании домашнего ареста, залога, прокурор вправе его опротестовать по правилам, установленным статьей 107 настоящего Кодекса. 7. По итогам рассмотрения ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей обвиняемого, подозреваемого, следственный судья выносит постановление о санкционировании либо отказе в санкционировании содержания под стражей. При отказе в санкционировании содержания под стражей подозреваемого или обвиняемого следственный судья вправе санкционировать меру пресечения в виде домашнего ареста	

		либо применить залог. 8. Следственный судья при вынесении постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей, за исключением дел об особо тяжких преступлениях, обязан определить размер залога, достаточного для обеспечения выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей, предусмотренных частью третьей статьи 140 настоящего Кодекса, кроме случаев, предусмотренных частью девятой настоящей статьи. В постановлении следственного судьи, суда указывается, какие обязанности, предусмотренные статьей 140 настоящего Кодекса, будут возложены на подозреваемого, обвиняемого в случае внесения залога, последствия их неисполнения, обоснованность избрания размера залога, а также возможность его применения. Подозреваемый, обвиняемый либо другое лицо вправе в любой момент внести залог в размере, установленном в постановлении следственного судьи, суда о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей. 9. При вынесении следственным	либо применить **иную меру пресечения**. 8. Следственный судья при вынесении постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей, за исключением дел об особо тяжких преступлениях, обязан определить размер залога, достаточного для обеспечения выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей, предусмотренных частью третьей статьи 140 настоящего Кодекса, кроме случаев, предусмотренных частью девятой настоящей статьи. В постановлении следственного судьи, суда указывается, какие обязанности, предусмотренные статьей 140 настоящего Кодекса, будут возложены на подозреваемого, обвиняемого в случае внесения залога, последствия их неисполнения, обоснованность избрания размера залога, а также возможность его применения. Подозреваемый, обвиняемый либо другое лицо вправе в любой момент внести залог в размере, установленном в постановлении следственного судьи, суда о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей.	

		судьей, судом постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей залог не устанавливается в случаях: 1) подозрения, обвинения лица в совершении преступлений, повлекших смерть потерпевшего; 2) подозрения, обвинения лица в совершении преступления в составе преступной группы, а также иных террористических и /или экстремистских преступлений; 3) наличия достаточных оснований полагать, что подозреваемый, обвиняемый будет препятствовать судопроизводству или скроется от следствия и суда; 4) нарушения подозреваемым, обвиняемым ранее избранной меры пресечения в виде залога. 10. Постановление следственного судьи незамедлительно вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также направляется лицу, осуществляющему досудебное расследование, а также прокурору, потерпевшему и начальнику учреждения места содержания под стражей, в котором находится подозреваемый, обвиняемый, и подлежит немедленному исполнению. 11. Постановление о	9. При вынесении следственным судьей, судом постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей залог не устанавливается в случаях: 1) подозрения, обвинения лица в совершении преступлений, повлекших смерть потерпевшего; 2) нарушения подозреваемым, обвиняемым ранее избранной меры пресечения в виде залога. 10. Постановление следственного судьи незамедлительно вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, а также направляется лицу, осуществляющему досудебное расследование, а также прокурору, потерпевшему и начальнику учреждения места содержания под стражей, в котором находится подозреваемый, обвиняемый, и подлежит немедленному исполнению. 11. Постановление о санкционировании содержания под стражей подозреваемого, обвиняемого или отказе в этом может быть обжаловано, опротестовано в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. 12. Рассмотрение областным или приравненным к нему судом вопроса	

		санкционировании содержания под стражей подозреваемого, обвиняемого или отказе в этом может быть обжаловано, опротестовано в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. 12. Рассмотрение областным или приравненным к нему судом вопроса о санкционировании содержания под стражей обвиняемого, подозреваемого в случаях отмены постановления судьи районного или приравненного к нему суда об отказе в санкционировании содержания под стражей осуществляется в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. 13. Повторное обращение в суд с ходатайством о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения следственным судьей, судом постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения возможно лишь при возникновении новых обстоятельств, обосновывающих необходимость содержания под стражей. 14. О применении содержания под стражей в качестве меры пресечения	о санкционировании содержания под стражей обвиняемого, подозреваемого в случаях отмены постановления судьи районного или приравненного к нему суда об отказе в санкционировании содержания под стражей осуществляется в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. 13. Повторное обращение в суд с ходатайством о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей в отношении одного и того же лица по тому же уголовному делу после вынесения следственным судьей, судом постановления об отказе в санкционировании указанной меры пресечения возможно лишь при возникновении новых обстоятельств, обосновывающих необходимость содержания под стражей. 14. О применении содержания под стражей в качестве меры пресечения лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано уведомить родственников подозреваемого в порядке, установленном статьей 135 настоящего Кодекса.	

		лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано уведомить родственников подозреваемого в порядке, установленном статьей 135 настоящего Кодекса.		
9.	Ч.ч. 3-5 ст. 217	**Статья 217. Особенности допроса следственным судьей потерпевшего, свидетеля (депонирование показаний)** 1. Прокурор, подозреваемый или его адвокат, участвующий в деле в качестве защитника вправе ходатайствовать о допросе следственным судьей лица, являющегося потерпевшим, свидетелем, в случае, если имеются основания 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), а также в целях исключения последующих допросов несовершеннолетних свидетелей и потерпевших для исключения психотравмирующего воздействия. Лицо, осуществляющее досудебное	**Статья 217. Особенности допроса следственным судьей потерпевшего, свидетеля (депонирование показаний)** 1. Прокурор, подозреваемый или его адвокат, участвующий в деле в качестве защитника вправе ходатайствовать о допросе следственным судьей лица, являющегося потерпевшим, свидетелем, в случае, если имеются основания 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), а также в целях исключения последующих допросов несовершеннолетних свидетелей и потерпевших для исключения психотравмирующего воздействия. Лицо, осуществляющее досудебное	***Получение доказательств в суде должно происходить в справедливых условиях, исключающих дискриминацию участников процесса, именно этим обусловлены предлагаемые изменения ч. 3 настоящей статьи. Необходимо конкретизировать в законе, что производство допроса следственным судьей должно осуществляться в присутствии сторон, поскольку, это является важной гарантией соблюдения принципа состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты, объективности и полноты процесса получения доказательственной информации в ходе данного процессуального действия.*** ***Положение о возможности допроса свидетеля без участия подозреваемого подлежит исключению, так как эта норма прямо***

		расследование, вправе инициировать перед прокурором вопрос о направлении следственному судье ходатайства о депонировании показаний. К обращению лицо, осуществляющее досудебное расследование, прилагает материалы уголовного дела, подтверждающие необходимость депонирования показаний потерпевшего, свидетеля. Рассмотрев представленные материалы, прокурор в течение суток решает вопрос о направлении следственному судье ходатайства о депонировании показаний. 2. Следственный судья рассматривает ходатайство в течение трех суток с момента его получения и по результатам выносит мотивированное постановление об удовлетворении ходатайства либо отказе в его удовлетворении. В случае удовлетворения ходатайства следственный судья назначает время допроса при первой возможности, о чем извещаются прокурор, подозреваемый и его адвокат, участвующий в деле в качестве защитника. Постановление следственного судьи об отказе в удовлетворении ходатайства обжалуется и опротестовывается в	расследование, вправе инициировать перед прокурором вопрос о направлении следственному судье ходатайства о депонировании показаний. К обращению лицо, осуществляющее досудебное расследование, прилагает материалы уголовного дела, подтверждающие необходимость депонирования показаний потерпевшего, свидетеля. Рассмотрев представленные материалы, прокурор в течение суток решает вопрос о направлении следственному судье ходатайства о депонировании показаний. 2. Следственный судья рассматривает ходатайство в течение трех суток с момента его получения и по результатам выносит мотивированное постановление об удовлетворении ходатайства либо отказе в его удовлетворении. В случае удовлетворения ходатайства следственный судья назначает время допроса при первой возможности, о чем извещаются прокурор, подозреваемый и его адвокат, участвующий в деле в качестве защитника. Постановление следственного судьи об отказе в удовлетворении ходатайства обжалуется и опротестовывается в	***противоречит п. е) ч. 3 ст. 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах, согласно которому каждый привлеченный к уголовной ответственности имеет право «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».*** ***В целях гарантирования доступа к судебной защите для всех участников процесса, имеющих в деле и отстаивающих свой интерес, полагаем, что право ходатайствовать перед следственным судьей о помощи в обеспечении явки свидетеля на допрос должно быть предоставлено не только защитнику, но и каждому адвокату, вне зависимости от того на какой стороне процесса он выступает.***

		порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. Отказ следственного судьи в удовлетворении ходатайства не препятствует повторному обращению лиц, указанных в части первой настоящей статьи, в случае возникновения обстоятельств, указывающих на наличие оснований для направления в суд ходатайства о депонировании показаний. 3. Допрос следственным судьей потерпевшего и свидетеля производится в присутствии лиц, ходатайствовавших о депонировании их показаний. Подозреваемый не вызывается на допрос, если присутствие подозреваемого на допросе угрожает безопасности потерпевшего, свидетеля. Обеспечение явки лиц для участия в судебном заседании при депонировании показаний возлагается на лиц, заявивших ходатайство следственному судье. Защитник подозреваемого может для вызова лица ходатайствовать перед следственным судьей о предоставлении помощи в обеспечении явки лица на допрос. Неявка подозреваемого, получившего повестку, не препятствует проведению допроса.	порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. Отказ следственного судьи в удовлетворении ходатайства не препятствует повторному обращению лиц, указанных в части первой настоящей статьи, в случае возникновения обстоятельств, указывающих на наличие оснований для направления в суд ходатайства о депонировании показаний. 3. Допрос следственным судьей потерпевшего и свидетеля производится в присутствии **сторон**. Обеспечение явки лиц для участия в судебном заседании при депонировании показаний возлагается на лиц, заявивших ходатайство следственному судье. **Адвокат** может для вызова лица ходатайствовать перед следственным судьей о предоставлении помощи в обеспечении явки лица на допрос. Неявка подозреваемого, получившего повестку, не препятствует проведению допроса. Допрос не состоится, если получивший вызов прокурор или защитник не явился по уважительной причине и предварительно сообщил об этом суду. Если участник процесса, ходатайствовавший о	***Дополнение ч. 4 настоящей статьи положением об обязательности аудиозаписи депонированного допроса направлено на обеспечение достоверности и полноты фиксации хода и результатов этого следственно-судебного действия.*** ***Дополнение ч. 5 настоящей статьи конкретным сроком ознакомления участников процесса с протоколом судебного заседания направлено на обеспечение своевременности получения ими необходимой информации и исключения волокиты с процессуальным оформлением результатов этого действия.***

		Допрос не состоится, если получивший вызов прокурор или защитник не явился по уважительной причине и предварительно сообщил об этом суду. Если участник процесса, ходатайствовавший о проведении допроса, не является на допрос или не доставляет к следственному судье лицо, о допросе которого он ходатайствует, то допрос не проводится, о чем судья выносит постановление. 4. Допрос и ведение протокола допроса у следственного судьи производятся с соблюдением правил статей 347, 369, 370, 371 настоящего Кодекса. 5. Протокол судебного заседания, в котором зафиксированы депонированные следственным судьей показания допрашиваемого лица, подписывается судьей и секретарем судебного заседания. Присутствующие при депонировании показаний участники процесса вправе получить копию протокола судебного заседания и принести на него свои замечания, которые рассматриваются следственным судьей в тот же день вынесением постановления об их принятии или отклонении. После этого протокол судебного заседания, замечания на	проведении допроса, не является на допрос или не доставляет к следственному судье лицо, о допросе которого он ходатайствует, то допрос не проводится, о чем судья выносит постановление. 4. Допрос и ведение протокола допроса у следственного судьи производятся с соблюдением правил статей 347, 369, 370, 371 настоящего Кодекса. **Производство аудиозаписи допроса обязательно.** 5. Протокол судебного заседания, в котором зафиксированы депонированные следственным судьей показания допрашиваемого лица, подписывается судьей и секретарем судебного заседания. Присутствующие при депонировании показаний участники процесса вправе **в течение суток после проведения допроса получить** копию протокола судебного заседания и принести на него свои замечания, которые рассматриваются следственным судьей в тот же день вынесением постановления об их принятии или отклонении. После этого протокол судебного заседания, замечания на него, если они были принесены, и постановление судьи об их	

		него, если они были принесены, и постановление судьи об их рассмотрении направляются процессуальному прокурору для приобщения к материалам уголовного дела.	рассмотрении направляются процессуальному прокурору для приобщения к материалам уголовного дела.	
10.	Ч.ч. 13, 14 ст. 220	**Статья 220. Общие правила производства осмотра** 1. Осмотр, как правило, производится безотлагательно, когда в этом возникла необходимость. 2. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, получив заявление или сообщение о совершенном уголовном правонарушении, обязано немедленно прибыть к месту события и произвести осмотр. 3. В случае невозможности своевременного прибытия лица, осуществляющего досудебное расследование, осмотр обязан произвести дознаватель или иной сотрудник органа дознания, куда поступило заявление или сообщение. 4. Сотрудники органов дознания обязаны оказывать содействие при производстве осмотра и по поручению лица, осуществляющего досудебное расследование, проводить необходимые	**Статья 220. Общие правила производства осмотра** 1. Осмотр, как правило, производится безотлагательно, когда в этом возникла необходимость. 2. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, получив заявление или сообщение о совершенном уголовном правонарушении, обязано немедленно прибыть к месту события и произвести осмотр. 3. В случае невозможности своевременного прибытия лица, осуществляющего досудебное расследование, осмотр обязан произвести дознаватель или иной сотрудник органа дознания, куда поступило заявление или сообщение. 4. Сотрудники органов дознания обязаны оказывать содействие при производстве осмотра и по поручению лица, осуществляющего досудебное расследование, проводить необходимые	***Изменения в ст. 220 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 2 и 3 настоящей Таблицы.***

		мероприятия по охране места происшествия, выявлению очевидцев, обнаружению и задержанию лиц, совершивших уголовное правонарушение, эвакуации пострадавших, транспортировке погибших, пресечению продолжающихся и предупреждению повторных уголовных правонарушений и ликвидации иных последствий происшествия. 5. Осмотр производится с применением технических средств фиксации хода и результатов, а в случае, предусмотренном частями тринадцатой и четырнадцатой настоящей статьи, с участием понятых. 6. При необходимости осмотр проводится с участием подозреваемого, потерпевшего, свидетеля, а также специалиста. 7. Осмотр обнаруженных следов и иных материальных объектов осуществляется на месте производства следственного действия. Если же для осмотра потребуется продолжительное время или осмотр на месте обнаружения значительно затруднен, объекты должны быть изъяты, упакованы, опечатаны и без повреждений	мероприятия по охране места происшествия, выявлению очевидцев, обнаружению и задержанию лиц, совершивших уголовное правонарушение, эвакуации пострадавших, транспортировке погибших, пресечению продолжающихся и предупреждению повторных уголовных правонарушений и ликвидации иных последствий происшествия. 5. Осмотр производится с применением технических средств фиксации хода и результатов, а в случае, предусмотренном частями тринадцатой и четырнадцатой настоящей статьи, с участием понятых. 6. При необходимости осмотр проводится с участием подозреваемого, потерпевшего, свидетеля, а также специалиста. 7. Осмотр обнаруженных следов и иных материальных объектов осуществляется на месте производства следственного действия. Если же для осмотра потребуется продолжительное время или осмотр на месте обнаружения значительно затруднен, объекты должны быть изъяты, упакованы, опечатаны и без повреждений	

		доставлены в другое, удобное для осмотра, место. 8. Все обнаруженное и изъятое при осмотре должно быть предъявлено понятым, другим участникам осмотра, о чем делается отметка в протоколе. 9. Изъятию подлежат только те объекты, которые могут иметь отношение к делу. Изъятые объекты упаковываются, опечатываются и заверяются подписями лица, осуществляющего досудебное расследование, и понятых при их привлечении. 10. Лица, участвующие в осмотре, вправе обращать внимание лица, осуществляющего досудебное расследование, на все, что, по их мнению, может способствовать выяснению обстоятельств дела. 11. В необходимых случаях при осмотре производятся измерения, составляются планы и схемы осматриваемых объектов, а также фотографирование и запечатление иными средствами, о чем делается отметка в протоколе, к которому приобщаются указанные материалы. 12. Осмотр живого лица проводится в форме визуального, внешнего осмотра одежды, в которую он одет, и открытых частей тела, ход и	доставлены в другое, удобное для осмотра, место. 8. Все обнаруженное и изъятое при осмотре должно быть предъявлено понятым, другим участникам осмотра, о чем делается отметка в протоколе. 9. Изъятию подлежат только те объекты, которые могут иметь отношение к делу. Изъятые объекты упаковываются, опечатываются и заверяются подписями лица, осуществляющего досудебное расследование, и понятых при их привлечении. 10. Лица, участвующие в осмотре, вправе обращать внимание лица, осуществляющего досудебное расследование, на все, что, по их мнению, может способствовать выяснению обстоятельств дела. 11. В необходимых случаях при осмотре производятся измерения, составляются планы и схемы осматриваемых объектов, а также фотографирование и запечатление иными средствами, о чем делается отметка в протоколе, к которому приобщаются указанные материалы. 12. Осмотр живого лица проводится в форме визуального, внешнего осмотра одежды, в которую он одет, и открытых частей тела, ход и	

		результаты которого отражаются в протоколе следственного действия. 13. Осмотр жилого помещения производится только с согласия проживающих в нем совершеннолетних лиц или с санкции прокурора. Если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими заболеваниями или возражают против осмотра, лицо, осуществляющее досудебное расследование, выносит постановление о принудительном осмотре, которое должно быть санкционировано прокурором. В случае отказа в даче санкции, осмотр не производится. 14. Если жилое помещение является местом происшествия и его осмотр не терпит отлагательства, то осмотр жилого помещения может быть произведен по постановлению лица, осуществляющего досудебное расследование, но с последующим уведомлением прокурора в суточный срок о произведенном осмотре для проверки его законности. Получив указанное уведомление, прокурор проверяет законность произведенного осмотра и выносит постановление о его законности или	результаты которого отражаются в протоколе следственного действия. 13. Осмотр жилого помещения производится только с согласия проживающих в нем совершеннолетних лиц или с санкции **следственного судьи**. Если проживающие в нем лица являются несовершеннолетними или заведомо страдающими психическими или иными тяжкими заболеваниями или возражают против осмотра, лицо, осуществляющее досудебное расследование, выносит постановление о принудительном осмотре, которое должно быть санкционировано **следственным судьей**. В случае отказа в даче санкции, осмотр не производится. 14. Если жилое помещение является местом происшествия и его осмотр не терпит отлагательства, то осмотр жилого помещения может быть произведен по постановлению лица, осуществляющего досудебное расследование, но с последующим уведомлением **следственного судьи** в суточный срок о произведенном осмотре для проверки его законности. Получив указанное уведомление, **следственный судья** проверяет законность произведенного осмотра	

		незаконности, которое приобщается к материалам уголовного дела. В случае, если принято решение о незаконности произведенного осмотра, его результаты не могут быть допущены в качестве доказательств по делу. 15. При осмотре жилого помещения должно быть обеспечено присутствие проживающего в нем совершеннолетнего лица. В случае невозможности его присутствия, приглашаются представители местного исполнительного органа. 16. Осмотр в помещениях и на территории организаций производится в присутствии представителей их администрации. 17. Осмотр в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а равно в помещениях, в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, может производиться лишь по просьбе или с согласия главы дипломатического представительства или лица, его заменяющего, и в его присутствии. Согласие дипломатического представителя испрашивается через Министерство иностранных дел Республики Казахстан. При производстве осмотра обязательно	и выносит постановление о его законности или незаконности, которое приобщается к материалам уголовного дела. В случае, если принято решение о незаконности произведенного осмотра, его результаты не могут быть допущены в качестве доказательств по делу. 15. При осмотре жилого помещения должно быть обеспечено присутствие проживающего в нем совершеннолетнего лица. В случае невозможности его присутствия, приглашаются представители местного исполнительного органа. 16. Осмотр в помещениях и на территории организаций производится в присутствии представителей их администрации. 17. Осмотр в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а равно в помещениях, в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, может производиться лишь по просьбе или с согласия главы дипломатического представительства или лица, его заменяющего, и в его присутствии. Согласие дипломатического представителя испрашивается через Министерство иностранных дел Республики Казахстан. При	

		присутствие прокурора и представителя Министерства иностранных дел Республики Казахстан. 18. Если по каким-либо причинам при первом осмотре не исследованы детали объекта, производится их дополнительный осмотр. 19. Повторный осмотр того же самого объекта может быть проведен: 1) когда условия первоначального осмотра были неблагоприятны для эффективного восприятия объекта; 2) когда после первоначального осмотра могут быть получены новые сведения; 3) в случае, если первоначальный осмотр проведен некачественно.	производстве осмотра обязательно присутствие прокурора и представителя Министерства иностранных дел Республики Казахстан. 18. Если по каким-либо причинам при первом осмотре не исследованы детали объекта, производится их дополнительный осмотр. 19. Повторный осмотр того же самого объекта может быть проведен: 1) когда условия первоначального осмотра были неблагоприятны для эффективного восприятия объекта; 2) когда после первоначального осмотра могут быть получены новые сведения; 3) в случае, если первоначальный осмотр проведен некачественно.	
11.	Ч.ч. 1-3 ст. 234	**Статья 234. Санкционирование негласных следственных действий** 1. Санкцию на проведение негласных следственных действий по постановлению органа досудебного расследования – дают Генеральный Прокурор Республики Казахстан и его заместители, прокуроры областей и приравненные к ним прокуроры. Санкция дается только по зарегистрированным в	**Статья 234. Санкционирование негласных следственных действий** 1. Санкцию на проведение негласных следственных действий по постановлению органа досудебного расследования – **дает следственный судья специализированного межрайонного суда.** Санкция дается только по зарегистрированным в установленном настоящим Кодексом	***Изменения в ст. 234 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 1, 2 и 3 настоящей Таблицы.***

		установленном настоящим Кодексом порядке сообщениям и заявлениям о преступлениях. 2. Постановление о проведении негласного следственного действия в течение двадцати четырех часов после подписания с материалами, подтверждающими основание его проведения, представляется уполномоченному прокурору. Прокурор, проверив законность и обоснованность постановления, в течение двадцати четырех часов обязан принять решение о его санкционировании или отказе в санкционировании. В случаях необходимости истребования дополнительных материалов, допускается рассмотрение постановления свыше установленного срока, но не более семидесяти двух часов. В случае необоснованности вынесенного постановления, прокурор отказывает в его санкционировании, который оформляется составлением сопроводительного письма о возврате без санкционирования постановления с указанием причин принятия такого решения. 3. О результатах проведения негласного следственного действия	порядке сообщениям и заявлениям о преступлениях. 2. Постановление о проведении негласного следственного действия в течение двадцати четырех часов после подписания с материалами, подтверждающими основание его проведения, представляется **следственному судье.** **Следственный судья**, проверив законность и обоснованность постановления, в течение двадцати четырех часов обязан принять решение о его санкционировании или отказе в санкционировании. В случаях необходимости истребования дополнительных материалов, допускается рассмотрение постановления свыше установленного срока, но не более семидесяти двух часов. В случае необоснованности вынесенного постановления, **следственный судья** отказывает в его санкционировании, который оформляется составлением сопроводительного письма о возврате без санкционирования постановления с указанием причин принятия такого решения. 3. О результатах проведения негласного следственного действия не позднее двух суток со дня его	

		не позднее двух суток со дня его окончания уведомляется прокурор, давший санкцию на его проведение.	окончания уведомляется **следственный судья,** давший санкцию на его проведение.	
12.	Ч.ч. 1 и 2 ст. 235	**Статья 235. Проведение негласных следственных действий в случаях, не терпящих отлагательства** 1. В случаях, не терпящих отлагательства, допускается производство негласных следственных действий, указанных в части третьей статьи 232 настоящего Кодекса, с уведомлением прокурора в течение двадцати четырех часов и последующим получением санкции в порядке, предусмотренном статьей 234 настоящего Кодекса. 2. Прокурор, изучив представленные материалы, в случае согласия с неотложностью проведенного негласного следственного действия, санкционирует постановление о проведении негласного следственного действия, в случае несогласия – выносит постановление о его прекращении и недопустимости использования полученных результатов в качестве доказательств.	**Статья 235. Проведение негласных следственных действий в случаях, не терпящих отлагательства** 1. В случаях, не терпящих отлагательства, допускается производство негласных следственных действий, указанных в части третьей статьи 232 настоящего Кодекса, с уведомлением **следственного судьи** в течение двадцати четырех часов и последующим получением санкции в порядке, предусмотренном статьей 234 настоящего Кодекса. 2. **Следственный судья**, изучив представленные материалы, в случае согласия с неотложностью проведенного негласного следственного действия, санкционирует постановление о проведении негласного следственного действия, в случае несогласия – выносит постановление о его прекращении и недопустимости использования полученных результатов в качестве доказательств.	***Изменения в ст. 235 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 2 и 3 настоящей Таблицы.***

13.	Ч.ч. 2 и 3 ст. 236	**Статья 236. Сроки проведения негласных следственных действий** 1. Подлежащее санкционированию негласное следственное действие проводится в срок не более тридцати суток. 2. При необходимости продления за трое суток до истечения срока проведения выносится постановление о продлении, которое после получения санкции прокурора направляется уполномоченному органу для исполнения. 3. Общий срок проведения может быть продлен прокурором области или приравненным к нему прокурором до шести месяцев. Вопросы санкционирования проведения мероприятия свыше шести месяцев решаются только Генеральным Прокурором Республики Казахстан или его заместителями. 4. Негласное следственное действие может осуществляться в любое время суток и непрерывно в течение всего срока его проведения.	**Статья 236. Сроки проведения негласных следственных действий** 1. Подлежащее санкционированию негласное следственное действие проводится в срок не более тридцати суток. 2. При необходимости продления за трое суток до истечения срока проведения выносится постановление о продлении, которое после получения санкции **следственного судьи** направляется уполномоченному органу для исполнения. 3. Общий срок проведения может быть продлен **следственным судьей** до шести месяцев. 4. Негласное следственное действие может осуществляться в любое время суток и непрерывно в течение всего срока его проведения.	***Изменения в ст. 236 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 2 и 3 настоящей Таблицы.*** ***Исключение возможности продления срока производства негласных следственных действий свыше шести месяцев направлены на защиту режима законности и ценностей демократического правового государства, в котором ущемление прав человека не может длиться неоправданно долго. Не ограниченное сроками проведение негласных следственных действий приведет к грубым нарушениям конституционных прав граждан и создаст условия для произвола и злоупотреблений со стороны специальных служб.***
14.	Ч.ч. 1 и 3 ст. 254	**Статья 254. Порядок производства обыска и выемки** 1. Обыск и выемка производятся лицом, осуществляющим досудебное	**Статья 254. Порядок производства обыска и выемки** 1. Обыск и выемка производятся лицом, осуществляющим досудебное	***Изменения в ст. 254 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и***

		расследование, по мотивированному постановлению. Постановление о производстве обыска, а также выемке документов, содержащих государственные секреты или иную охраняемую законом тайну, должно быть санкционировано прокурором или его заместителем. 2. Выемка в жилом помещении против воли проживающих в нем лиц производится по правилам частей тринадцатой и четырнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 3. В исключительных случаях, когда имеется реальное опасение, что разыскиваемый и подлежащий изъятию объект может быть из-за промедления с его обнаружением утрачен, поврежден или использован в преступных целях либо разыскиваемое лицо может скрыться, обыск и выемка могут быть произведены без санкции прокурора, но с последующим направлением ему в течение двадцати четырех часов сообщения о произведенном обыске. Получив указанное уведомление, прокурор проверяет законность произведенного обыска, выемки и выносит постановление о его законности или незаконности. В случае, если принято решение о незаконности произведенного	расследование, по мотивированному постановлению. Постановление о производстве обыска, а также выемке документов, содержащих государственные секреты или иную охраняемую законом тайну, должно быть санкционировано **следственным судьей** или его заместителем. 2. Выемка в жилом помещении против воли проживающих в нем лиц производится по правилам частей тринадцатой и четырнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 3. В исключительных случаях, когда имеется реальное опасение, что разыскиваемый и подлежащий изъятию объект может быть из-за промедления с его обнаружением утрачен, поврежден или использован в преступных целях либо разыскиваемое лицо может скрыться, обыск и выемка могут быть произведены без санкции **следственного судьи**, но с последующим направлением ему в течение двадцати четырех часов сообщения о произведенном обыске. Получив указанное уведомление, **следственный судья** проверяет законность произведенного обыска, выемки и выносит постановление о его законности или незаконности. В	***обоснованы в разделах 2 и 3 настоящей Таблицы.***

		обыска, выемки, данное действие не может быть допущено в качестве доказательства по делу. 4. Обыск производится с участием понятых, а в необходимых случаях – с участием специалиста и переводчика. Выемка производится с обязательным применением технических средств фиксации хода и результатов, при необходимости могут быть привлечены специалист и переводчик. 5. Обыск или выемка в жилых помещениях, помещениях организаций производятся в присутствии лиц, указанных в частях пятнадцатой и шестнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 6. Обыск и выемка в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а также в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, производятся с соблюдением требований, установленных частью семнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 7. До начала производства обыска или выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано предъявить постановление об их производстве.	случае, если принято решение о незаконности произведенного обыска, выемки, данное действие не может быть допущено в качестве доказательства по делу. 4. Обыск производится с участием понятых, а в необходимых случаях – с участием специалиста и переводчика. Выемка производится с обязательным применением технических средств фиксации хода и результатов, при необходимости могут быть привлечены специалист и переводчик. 5. Обыск или выемка в жилых помещениях, помещениях организаций производятся в присутствии лиц, указанных в частях пятнадцатой и шестнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 6. Обыск и выемка в помещениях, занимаемых дипломатическими представительствами, а также в которых проживают члены дипломатических представительств и их семьи, производятся с соблюдением требований, установленных частью семнадцатой статьи 220 настоящего Кодекса. 7. До начала производства обыска или выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано	

		8. Приступая к обыску, лицо, осуществляющее досудебное расследование, предлагает выдать добровольно подлежащие изъятию предметы и документы, могущие иметь значение для дела. Если они выданы добровольно и нет оснований опасаться сокрытия подлежащих изъятию предметов и документов, лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе не производить дальнейших поисков. О добровольности выдачи лицом предметов и документов, для обнаружения которых может быть проведен обыск, обязательно указывается в протоколе обыска. 9. При производстве обыска могут вскрываться запертые помещения и хранилища, если владелец отказывается добровольно их открыть. При этом не должны допускаться не вызываемые необходимостью повреждения запоров дверей и других предметов. 10. При производстве выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, предлагает выдать предметы и документы, подлежащие изъятию, а в случае отказа в этом производит выемку принудительно. 11. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано	предъявить постановление об их производстве. 8. Приступая к обыску, лицо, осуществляющее досудебное расследование, предлагает выдать добровольно подлежащие изъятию предметы и документы, могущие иметь значение для дела. Если они выданы добровольно и нет оснований опасаться сокрытия подлежащих изъятию предметов и документов, лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе не производить дальнейших поисков. О добровольности выдачи лицом предметов и документов, для обнаружения которых может быть проведен обыск, обязательно указывается в протоколе обыска. 9. При производстве обыска могут вскрываться запертые помещения и хранилища, если владелец отказывается добровольно их открыть. При этом не должны допускаться не вызываемые необходимостью повреждения запоров дверей и других предметов. 10. При производстве выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, предлагает выдать предметы и документы, подлежащие изъятию, а в случае отказа в этом производит выемку принудительно.	

		принимать меры к тому, чтобы не были оглашены выявленные при обыске и выемке обстоятельства частной жизни лица, занимающего данное помещение, или других лиц. 12. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе запретить лицам, находящимся в помещении или месте, где производится обыск или выемка, и лицам, приходящим в это помещение или место, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска или выемки. 13. При производстве обыска и выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, должно ограничиваться изъятием предметов и документов, могущих иметь отношение к делу. Предметы и документы, запрещенные к обращению, подлежат изъятию, независимо от их отношения к делу. 14. Изымаемые предметы и документы при обыске предъявляются понятым и другим присутствующим лицам, упаковываются, опечатываются на месте обыска и удостоверяются подписями понятых и присутствующих при этом лиц. 15. Изымаемые предметы и	11. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, обязано принимать меры к тому, чтобы не были оглашены выявленные при обыске и выемке обстоятельства частной жизни лица, занимающего данное помещение, или других лиц. 12. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе запретить лицам, находящимся в помещении или месте, где производится обыск или выемка, и лицам, приходящим в это помещение или место, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска или выемки. 13. При производстве обыска и выемки лицо, осуществляющее досудебное расследование, должно ограничиваться изъятием предметов и документов, могущих иметь отношение к делу. Предметы и документы, запрещенные к обращению, подлежат изъятию, независимо от их отношения к делу. 14. Изымаемые предметы и документы при обыске предъявляются понятым и другим присутствующим лицам, упаковываются, опечатываются на месте обыска и удостоверяются подписями понятых и	

		документы в ходе выемки предъявляются присутствующим лицам, упаковываются, опечатываются на месте выемки и удостоверяются подписями присутствующих при этом лиц. 16. В необходимых случаях при производстве обыска производятся фотографирование, киносъемка и видеозапись.	присутствующих при этом лиц. 15. Изымаемые предметы и документы в ходе выемки предъявляются присутствующим лицам, упаковываются, опечатываются на месте выемки и удостоверяются подписями присутствующих при этом лиц. 16. В необходимых случаях при производстве обыска производятся фотографирование, киносъемка и видеозапись.	
15.	Ч. 3 ст. 255	**Статья 255. Личный обыск** 1. При наличии оснований, предусмотренных статьей 252, и с соблюдением требований статьи 254 настоящего Кодекса лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе произвести личный обыск в целях обнаружения и изъятия предметов и документов, находящихся на теле обыскиваемого, в его одежде и имеющихся при нем вещах. 2. Личный обыск производится только лицом одного пола с обыскиваемым и с участием понятых и специалистов того же пола. 3. Личный обыск может быть произведен без вынесения специального постановления и санкции прокурора, если:	**Статья 255. Личный обыск** 1. При наличии оснований, предусмотренных статьей 252, и с соблюдением требований статьи 254 настоящего Кодекса лицо, осуществляющее досудебное расследование, вправе произвести личный обыск в целях обнаружения и изъятия предметов и документов, находящихся на теле обыскиваемого, в его одежде и имеющихся при нем вещах. 2. Личный обыск производится только лицом одного пола с обыскиваемым и с участием понятых и специалистов того же пола. 3. Личный обыск может быть произведен без вынесения специального постановления и санкции **следственного судьи**,	***Изменения в ст. 255 корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 2 и32 настоящей Таблицы.*** ***Полагаем, что положение п. 2) ч. 3 данной нормы в редакции законопроекта о возможности производства личного обыска задерживаемого, арестовываемого без участия понятых подлежит исключению, поскольку такой порядок снижает гарантии соблюдения прав человека на достойное обращение, защиту от злоупотреблений со стороны сотрудников***

		1) есть достаточно оснований полагать, что лицо, находящееся в помещении или ином месте, в котором производится обыск, скрывает при себе документы или предметы, могущие иметь значение для дела; 2) он производится при задержании лица или заключении его под стражу. В этом случае личный обыск может быть произведен в отсутствии понятых.	если: 1) есть достаточно оснований полагать, что лицо, находящееся в помещении или ином месте, в котором производится обыск, скрывает при себе документы или предметы, могущие иметь значение для дела; 2) он производится при задержании лица или заключении его под стражу.	***правоохранительных органов, осуществляющих задержание, а также законности и достоверности результатов проведенного следственного действия.***
16.	Ч.ч. 1 и 3 ст. 268	**Статья 268. Обязательность исполнения постановления о получении образцов** 1. У подозреваемого, обвиняемого образцы могут быть получены принудительно. 2. У потерпевшего и свидетеля образцы могут быть получены только с их согласия, за исключением случаев, когда на данном действии настаивает подозреваемый, обвиняемый, для проверки показаний, изобличающих его в преступлении, а также при необходимости получить образцы для диагностики венерических и иных инфекционных заболеваний, если такая диагностика имеет значение для дела. 3. Принудительное получение	**Статья 268. Обязательность исполнения постановления о получении образцов** **1.** У потерпевшего и свидетеля образцы могут быть получены только с их согласия, за исключением случаев, когда на данном действии настаивает подозреваемый, обвиняемый, для проверки показаний, изобличающих его в преступлении, а также при необходимости получить образцы для диагностики венерических и иных инфекционных заболеваний, если такая диагностика имеет значение для дела. **2**. Принудительное получение образцов у потерпевшего, свидетеля в случаях, указанных в части второй настоящей статьи, а также у	***Предусмотренное ч. 1 ст. 268 проекта УПК положение о возможности принудительного получения образцов для сравнительного исследования подлежит исключению, поскольку прямо противоречит международному стандарту справедливого уголовного процесса о праве каждого не свидетельствовать против самого себя. Такого рода принуждение признано недопустимым в практике Европейского Суда по правам человека (См., например: Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00), а также прямо противоречит ч. 5 ст. 26 проекта УПК, согласно***

		образцов у потерпевшего, свидетеля в случаях, указанных в части второй настоящей статьи, а также у заявителя и лица, на которого заявитель прямо указывает как на лицо, совершившее преступление, допускается только с санкции прокурора или по решению суда.	заявителя и лица, на которого заявитель прямо указывает как на лицо, совершившее преступление, допускается только с санкции **суда**.	***которой «подозреваемый, обвиняемый не должны принуждаться к даче показаний, представлению органам уголовного преследования каких-либо материалов, оказанию им какого бы то ни было содействия».*** ***Изменения в ч. 3 ст. 268 проекта УПК корреспондируют с дополнениями, предложенными в ст. 55 и ст. 56 проекта УПК и обоснованы в разделах 2 и 3 настоящей Таблицы.***

Ноябрь, 2013 г.

ХАВРОНЮК Н.И.
Директор по научному развитию
Центра политико-правовых реформ,
профессор Киевского національного университета
имени Тараса Шевченко (г. Киев, Украина),
доктор юридических наук, профессор

ЭКСПЕРТНОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ О СОДЕРЖАНИИ ГЛАВЫ 18 «МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ» ПРОЕКТА УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН (ПРОЕКТ ПО СОСТОЯНИЮ НА 1 ОКТЯБРЯ 2013 ГОДА)[10]

I. Замечания общего характера

1. Согласно практике демократических государств ограничение любых прав и свобод человека может осуществляться только в рамках, обозначенных Конституцией, в соответствии с законом и по решению суда.

Применение в отношении лица любых мер пресечения, а также большинства иных мер обеспечения уголовного производства реально ограничивает человека в осуществлении его прав, а поэтому должно осуществляться именно по решению следственного судьи, суда.

В этой связи можно вспомнить положения ч. 2 ст. 13, ч. 1 ст. 14 Конституции Республики Казахстан, а также следует учитывать положения ч. 1 ст. 12, частей 1 и 2 ст. 23 проекта УПК, где изложены основные принципы уголовного процесса. Представляется, что понятие «уголовное преследование» не может охватывать собой понятие «меры обеспечения уголовного производства».

Контроль со стороны следственного судьи на ранних стадиях уголовного судопроизводства, в том числе в рамках рассмотрения вопроса о применении меры пресечения, значительно расширяет возможности подозреваемого, обвиняемого по защите своих прав.

Кроме того, подход, при котором именно следственный судья, суд разрешает вопрос о применении, замене и отмене любой меры пресечения, является единственным, при котором соблюдается принцип состязательности, а сторона обвинения и сторона защиты имеют равные права в доказывании перед судом необходимости или же, наоборот, невозможности применения к подозреваемому, обвиняемому меры пресечения вообще либо той или иной меры пресечения.

В связи с этим предлагаю изменить предусмотренный проектом порядок и в ст. 140 (или другой статье) установить, что орган, ведущий уголовный процесс, выносит не постановление, а ходатайство о применении меры пресечения. Например, в таком виде:

---

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

«Статья ___. Ходатайство о применении меры пресечения

1. Ходатайство органа, ведущего уголовный процесс, о применении меры пресечения должно содержать:

1) короткое изложение фактических обстоятельств преступления, в котором подозревается или обвиняется лицо;

2) правовую квалификацию преступления с указанием статьи (части статьи) Уголовного кодекса;

3) изложение обстоятельств, которые дают основания подозревать, обвинять лицо в совершении преступления, и ссылка на материалы, которые подтверждают эти обстоятельства;

4) ссылки на один или несколько рисков, отмеченных в статье 136 этого Кодекса;

5) изложение обстоятельств, на основании которых орган, ведущий уголовный процесс, пришел к заключению о наличии одного или нескольких рисков, отмеченных в ходатайстве, и ссылки на материалы, которые подтверждают эти обстоятельства;

6) обоснование невозможности предотвращения риска или рисков, отмеченных в ходатайстве, путем применения более мягких мер пресечения;

7) обоснование необходимости возложения на подозреваемого, обвиняемого конкретных обязанностей, предусмотренных частью 3 статьи 140 этого Кодекса.

2. Копия ходатайства и материалов, которыми обосновывается необходимость применения меры пресечения, предоставляется подозреваемому, обвиняемому не позже чем за три часа до начала рассмотрения ходатайства в суде.

3. К ходатайству прилагаются:

1) копии материалов, которыми орган, ведущий уголовный процесс, обосновывает доводы ходатайства;

2) перечень свидетелей, которых орган, ведущий уголовный процесс, считает необходимым допросить во время судебного разбирательства относительно меры пресечения;

3) подтверждение того, что подозреваемому, обвиняемому предоставлены копии ходатайства и материалов, которыми обосновывается необходимость применения меры пресечения.

4. Применение меры пресечения к каждому лицу требует отдельного ходатайства».

Соответственно, суд должен выносить постановление о применении меры пресечения, а не о санкционировании ее применения.

2. В статьях 136, 138, 145 проекта говорится о «совершенном преступлении (деянии)». Однако, поскольку речь идет о предварительном расследовании, такое словосочетание противоречит принципу презумпции невиновности (ст. 19 проекта) и его следует заменить. Возможно, вместо понятия «тяжесть совершенного преступления» можно применить, например, понятие «тяжесть наказания, угрожающего подозреваемому, обвиняемому».

3. В одной из статей этой главы (или в ст. 127 проекта) следовало бы указать, что «выраженные в постановлении следственного судьи по результатам рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения выводы относительно любых обстоятельств, которые касаются подозрения, обвинения, не имеют преюдициального значения для суда во время судебного разбирательства».

4. Предлагаю рассмотреть возможность дополнения Главы 18 статьями такого содержания:

«Статья . Ходатайства подозреваемого, обвиняемого об изменении меры пресечения

1. Подозреваемый, обвиняемый, к которому применена мера пресечения, его защитник имеет право подать органу, избравшему меру пресечения, ходатайство об изменении меры пресечения, а также об отмене или изменении обязанностей, предусмотренных частью 3 статьи 140 этого Кодекса и возложенных на него следственным судьей, или об изменении способа их выполнения.

2. К ходатайству должны быть приобщены:

1) копии материалов, которыми подозреваемый, обвиняемый обосновывает доводы ходатайства;

2) перечень свидетелей, которых подозреваемый, обвиняемый считает необходимым допросить во время рассмотрения ходатайства, с указанием сведений, какие они могут предоставить, и обоснованием значения этих сведений для решения вопроса.

3. Орган, избравший меру пресечения, обязан рассмотреть ходатайство в течение трех дней со дня его получения согласно правилам, предусмотренным для рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения.

4. Орган, избравший меру пресечения, имеет право оставить без рассмотрения ходатайство об изменении меры пресечения, поданное ранее тридцати дней со дня постановления предыдущего постановления о применении, изменении или отказе в изменении меры пресечения, если в нем не отмечены новые обстоятельства, которые не рассматривались ранее.

Статья ___. Порядок освобождения лица из-под стражи при изменении или отмене меры пресечения

1. В случае применения меры пресечения в виде подписки о невыезде и надлежащем поведении подозреваемый, обвиняемый, который был задержан, освобождается из-под стражи немедленно.

2. В случае применения меры пресечения в виде личного поручительства подозреваемый, обвиняемый, который был задержан, освобождается из-под стражи немедленно после предоставления его поручителями определенного обязательства.

3. В случае применения меры пресечения в виде домашнего ареста

подозреваемый, обвиняемый, который был задержан:

1) немедленно доставляется к своему местожительству и там освобождается из-под стражи, если согласно условиям избранной меры пресечения ему запрещено оставлять жилье круглосуточно;

2) немедленно освобождается из-под стражи и обязывается безотлагательно прибыть к месту своего жительства, если согласно условиям избранной меры пресечения ему запрещено оставлять жилье в определенный период суток.

4. Подозреваемый, обвиняемый освобождается из-под стражи после внесения залога, определенного следственным судьей в постановлении о санкционировании применения меры пресечения в виде содержания под стражей.

После получения и проверки документа, подтверждающего внесение залога, начальник места содержания под стражей, где находится подозреваемый, обвиняемый, немедленно издает распоряжение о его освобождении из-под стражи и сообщает об этом устно и письменно лицу, осуществляющему досудебное расследование, прокурору и следственному судье. Проверка документа, подтверждающего внесение залога, не может длиться больше одного рабочего дня.

С момента освобождения из-под стражи в связи с внесением залога подозреваемый, обвиняемый считается таким, к которому применена мера пресечения в виде залога.

5. В случае вынесения следственным судьей постановления об отказе в продлении срока содержания под стражей, об отмене меры пресечения в виде содержания под стражей либо ее изменении на другую меру пресечения, или в случае окончания срока действия постановления следственного судьи о санкционировании применения меры пресечения в виде содержания под стражей подозреваемый, обвиняемый должен быть немедленно освобожден.

Статья ___. Немедленное прекращение действия мер пресечений

1. Постановление о применении меры пресечения прекращает свое действие после окончания срока действия постановления об избрании меры пресечения, вынесения оправдательного приговора или прекращения уголовного дела в порядке, предусмотренном этим Кодексом.

Статья ___. Запрещение задержание без разрешения следственного судьи, суда

Если к подозреваемому, обвиняемому применена мера пресечения, не связанная с содержанием под стражей, он не может быть задержан без разрешения следственного судьи в связи с подозрением или обвинением в том же уголовном правонарушении.

Статья . Общие обязанности судьи относительно защиты прав человека

1. Каждый следственный судья суда, в пределах территориальной юрисдикции которого находится лицо, содержащееся под стражей, имеет право вынести постановление, которым обязать любой орган государственной власти или служебное лицо обеспечить соблюдение прав такого лица.

2. Если следственный судья получает из любых источников сведения, которые создают обоснованное подозрение, что в пределах территориальной юрисдикции суда находится лицо, лишенное свободы при отсутствии судебного решения, вступившего законную силу, или не освобожденное из-под стражи после внесения залога в установленном этим Кодексом порядке, он обязан вынести постановление, которым обязать начальника места содержания под стражей или иной уполномоченный орган государственной власти немедленно доставить это лицо к следственному судье для выяснения оснований лишения свободы.

3. Следственный судья обязан освободить лишенное свободы лицо, если ему не будет предоставлено судебное решение, вступившее в законную силу, или предъявлены другие официальные документы, содержащие правовые основания для лишения лица свободы.

4. Если во время любого судебного заседания лицо заявляет о применении к нему насилия во время задержания или содержания в уполномоченном органе государственной власти, государственном учреждении, следственный судья обязан зафиксировать такое заявление или принять от лица письменное заявление и:

1) обеспечить неотложное проведение судебно-медицинского обследования лица;

2) поручить соответствующему органу досудебного расследования провести исследование фактов, изложенных в заявлении лица;

3) принять необходимые меры для обеспечения безопасности лица согласно законодательству.

5. Следственный судья обязан действовать в порядке, предусмотренном частью 4 настоящей статьи, независимо от наличия заявления лица, если его внешний вид, состояние или другое известные следственному судье обстоятельства дают основания для обоснованного подозрения в нарушении требований законодательства во время задержания или содержания под стражей, кроме случаев, когда прокурор докажет, что эти действия уже осуществлены или осуществляются.

6. Следственный судья обязан принять необходимые меры для обеспечения лица, которое лишено свободы, защитником и отложить любое рассмотрение, в котором участвует такое лицо, на необходимое для обеспечения лица защитником время, если оно желает привлечь защитника или если следственный судья решит, что обстоятельства, установленные во время уголовного судопроизводства, требуют участия защитника».

II. ЗАМЕЧАНИЯ К ОТДЕЛЬНЫМ СТАТЬЯМ[11]

Глава 18. Меры пресечения	
Статья 136. Основания для применения мер пресечения	
1. При наличии достаточных оснований полагать, что подозреваемый, обвиняемый скроется от органов уголовного преследования или суда, либо воспрепятствует объективному расследованию дела или его разбирательству в суде, либо будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения исполнения приговора орган, ведущий уголовный процесс, в пределах своих полномочий вправе применить к этому лицу одну из мер пресечения, предусмотренных статьей 137 настоящего Кодекса.	1) Сами по себе слова «При наличии достаточных оснований полагать...» в ч. 1 ст. 136 проекта не совсем соответствуют, по моему мнению, положению ч. 3 ст. 19 проекта, раскрывающему содержания принципа презумпции невиновности, о том, что «3. Неустранимые сомнения в виновности подозреваемого, обвиняемого, подсудимого толкуются в его пользу. В пользу подозреваемого, обвиняемого, подсудимого должны разрешаться и сомнения, возникающие при применении уголовного и уголовно-процессуального законов». Иными словами, понятие «достаточные основания полагать» должно быть заменено более конкретным понятием. Речь следует вести об определенных рисках. Возможно, имело бы смысл изложить соответствующие основания, например, так: «Основанием применения меры пресечения является наличие обоснованного подозрения, обвинения в совершении лицом преступления и одновременно наличие рисков, которые дают достаточные основания органу, ведущему уголовный процесс, полагать, что подозреваемый, обвиняемый не только будет нарушать возложенные на него процессуальные обязанности, предусмотренные частью 3

[11] Замечания к отдельным статьям изложены двумя способами: 1) в тексте самого законопроекта (выделены цветом в левой колонке) и/или 2) пояснений в правой колонке.

	статьи 140 этого Кодекса, но и может предпринять попытку: 1) скрыться от органов досудебного расследования и/или суда; 2) уничтожить, спрятать или исказить любой из предметов или документов, имеющих существенное значение для установления обстоятельств преступления; 3) незаконно повлиять на потерпевшего, свидетеля, другого подозреваемого, обвиняемого, эксперта, специалиста, иного участника уголовного процесса в этом же уголовном деле; 4) препятствовать уголовному производству иным образом; 5) продолжить совершение преступления, в котором он подозревается, обвиняется, или совершить другое преступление». При этом предлагаемые пункты 1, 2, 4 и 5 в более конкретной форме отражают положение ч. 1 ст. 136 проекта, а пункт 3 – учитывает положение пункта 4 ч. 1 ст. 97 этого же проекта о том, что избранная в отношении подозреваемого, обвиняемого мера пресечения должна исключать возможность применения (организации применения) в отношении участников уголовного процесса насилия или совершения (организации совершения) иных преступных деяний. 2) В части 1 этой же статьи следует сделать указание о том, что изложенное в ней не касается случаев, предусмотренных ст. 513 этого Кодекса («меры пресечения не могут быть применены к лицам, совершившим запрещенные уголовным законом деяния и страдающим психическими заболеваниями»). 3) В части 1 этой же статьи следует сделать указание о том, что особенности применения мер пресечения в отношении

	несовершеннолетних определяются в статье 543 этого Кодекса.
2. К лицам, подозреваемым, обвиняемым в совершении преступлений, предусмотренных статьями 99 (пунктом 15) части второй), 171 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 253 (частью четвертой), 260 (частью пятой), 282 (частью четвертой), 292 (частью четвертой), 293 (частью четвертой), 294 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан, содержание под стражей в качестве меры пресечения может быть применено по мотивам одной лишь тяжести совершенного преступления.	4) Если преступления, перечисленные в ч. 2 ст. 136, являются настолько тяжкими, что по мотивам одной лишь их тяжести к лицам, подозреваемым, обвиняемым в их совершении, должна применяться только такая мера пресечения, как **заключение под стражу**, то эту норму следует перенести в ст. 147, где уже изложены несколько иные риски, чем в ч. 1 ст. 136 проекта. При этом в ст. 136 необходимо сделать ссылочную норму, например: «2. В предусмотренных этим Кодексом случаях мера пресечения в виде заключения под стражу может быть применена и при наличии других видов рисков, а также при отсутствии каких-либо упомянутых рисков – в случае, если лицо обоснованно подозревается, обвиняется в совершении особо тяжкого насильственного преступления». При этом статьи 99 (пунктом 15) части второй), 171 (частью четвертой), 175, 177, 178, 184, 253 (частью четвертой), 260 (частью пятой), 282 (частью четвертой), 292 (частью четвертой), 293 (частью четвертой), 294 (частью четвертой) Уголовного кодекса Республики Казахстан следует перечислить в ст. 147 проекта.
Статья 137. Меры пресечения и дополнительные ограничения	1) Название предлагаю изменить так, чтобы оно не совпадало с названием главы: «Статья 137. Виды мер пресечения» 2) Что касается положений о дополнительных ограничениях, то их лучше расширить и перенести в другую, специальную

	статью, например, в таком виде: «Статья ___. Применение электронных средств слежения 1. Применение электронных средств слежения заключается в закреплении на теле подозреваемого, обвиняемого устройства, которое дает возможность отслеживать и фиксировать его местонахождение. Такое устройство должно быть защищено от самостоятельного съема, повреждения или другого вмешательства в его работу с целью уклонения от контроля и сигнализировать о попытках лица осуществить такие действия. 2. Электронные средства слежения могут применяться на основании постановления следственного судьи, суда об избрании относительно подозреваемого, обвиняемого меры пресечения (за исключением передачи военнослужащего под наблюдение командования воинской части и содержания под стражей), которой на последнего возложена соответствующая обязанность. 3. Электронные средства слежения применяются в порядке, установленном Правительством Республики Казахстан. 4. Не допускается применение электронных средств слежения, которые существенно нарушают нормальный уклад жизни лица, влекут значительные неудобства в их ношении или могут представлять опасность для жизни и здоровья лица, которое их использует. 5. Орган уголовного преследования перед применением электронного средства слежения обязан под роспись в соответствующем постановлении следственного судьи, суда об избрании меры пресечения разъяснить подозреваемому, обвиняемому правила пользования устройством, технику безопасности обращения с ним и последствия его снятия или неправомерного вмешательства в его работу с целью уклонения от контроля. 6. Отказ от ношения средства электронного слежения,

	преднамеренное снятие, повреждение или другое вмешательство в его работу с целью уклонения от контроля, а ровно попытка совершить отмеченные действия является невыполнением обязанностей, возложенных судом на подозреваемого, обвиняемого при избрании меры пресечения, не связанной с лишением свободы или в виде домашнего ареста*».*
2. При необходимости в отношении лица, к которому применена мера пресечения, за исключением передачи военнослужащего под наблюдение командования воинской части и содержания под стражей, могут быть применены электронные средства слежения.	3) Эту часть статьи, а также части 3 и 4 предлагаю исключить (см. выше). 4) Употребленные в названии статьи слова «дополнительные ограничения» тут не раскрываются и поэтому непонятно, что именно имеется в виду под такими ограничениями. Если не будет воспринято предложение о создании новой статьи, то предлагаю хотя бы изменить текст так: «...могут быть применены дополнительные ограничения путем установления электронных средств слежения».
О применении электронных средств слежения и разъяснении подозреваемому, обвиняемому их назначения делается отметка в постановлении о применении меры пресечения.	5) В других статьях говорится о «постановлении о санкционировании содержания под стражей». Так где следует делать отметку?
3. Применение электронных средств слежения допускается при условии принятия мер к сокрытию их от наблюдения окружающими, должно осуществляться с учетом мест, посещаемых подозреваемым, обвиняемым и путей его перемещения, а также возраста, состояния здоровья, семейного положения и образа жизни.	6) Что значит «при условии принятия мер к сокрытию их от наблюдения окружающими»? А если это условие будет нарушено (например, путем ношения шортов и тенниски), то какие правовые последствия? 7) Что значит «должно осуществляться с учетом мест, посещаемых подозреваемым, обвиняемым и путей его перемещения, а также возраста, состояния здоровья, семейного положения и образа жизни»? Это запрещение их применять, или ограничение в их применении, или что-то еще? Эти положения неконкретные, позволяют как злоупотреблять

	законом, так и не выполнять его. Поэтому их следует исключить.
4. Порядок, условия и основания применения электронных средств слежения определяются Правительством Республики Казахстан.	
Статья 138. Обстоятельства, учитываемые при избрании меры пресечения и установлении дополнительных ограничений	
1. При решении вопроса о необходимости применения меры пресечения и какой именно, помимо оснований, указанных в статье 136 настоящего Кодекса, а также установлении дополнительных ограничений, указанных в части второй статьи 137 настоящего Кодекса, должны учитываться также тяжесть совершенного преступления, личность подозреваемого, обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий, имущественное положение, наличие постоянного местожительства и другие обстоятельства.	1) Перечень обстоятельств, подлежащих учету, представляется неполным, а также не учитывающим принципа состязательности (ст. 23 проекта) и права стороны защиты. Предлагаю изложить эту часть так: *«1.* При решении вопроса об избрании меры пресечения, кроме наличия рисков, отмеченных в статье 136 этого Кодекса, следственный судья, суд на основании предоставленных сторонами материалов обязан оценить в совокупности все обстоятельства, в том числе: 1) весомость имеющихся доказательств о совершении подозреваемым, обвиняемым преступления; 2) тяжесть наказания, которое угрожает соответствующему лицу в случае признания подозреваемого, обвиняемого виновным в преступлении, в совершении которого он подозревается, обвиняется; 3) возраст и состояние здоровья подозреваемого, обвиняемого; 4) личность подозреваемого, обвиняемого, прочность его социальных связей в месте постоянного проживания, в том числе наличие у него семьи и иждивенцев; 5) наличие у подозреваемого, обвиняемого постоянного места работы или учебы; 6) репутацию подозреваемого, обвиняемого; 7) имущественное состояние подозреваемого, обвиняемого; 8) наличие судимости у подозреваемого, обвиняемого;

	9) соблюдение подозреваемым, обвиняемым условий применения мер пресечения, если они применялись к нему раньше; 10) наличие данных о совершении им другого преступления; 11) совершение им преступления в составе группы лиц, организованной группы или преступного сообщества (преступной организации); 12) размер имущественного вреда, в причинении которого подозревается, обвиняется лицо, или размер дохода, в получении которого в результате совершения преступления подозревается, обвиняется лицо, а также весомость имеющихся доказательств, которыми обосновываются соответствующие обстоятельства*».*
2. При отсутствии оснований, перечисленных в статье 136 настоящего Кодекса, тяжесть совершенного преступления не может являться единственным основанием для избрания меры пресечения в виде содержания под стражей, за исключением случаев, предусмотренных частью второй статьи 136 настоящего Кодекса.	2) Вместо ссылки на ст. 136 предлагаю сделать такую ссылку на ст. 147 (см. предложения к ст. 136).
Статья 139. Применение меры пресечения до вынесения постановления о квалификации деяния подозреваемого	
1. В исключительных случаях при наличии оснований, предусмотренных статьей 136, и с учетом обстоятельств, указанных в статье 138 настоящего Кодекса, мера пресечения может быть применена в отношении подозреваемого до вынесения постановления о квалификации деяния подозреваемого. При этом постановление о квалификации деяния подозреваемого должно быть объявлено не позднее десяти суток, а в случае совершения хотя бы одного из преступлений, предусмотренных статьями 173, 179, 180, 184, 253 – 265 и 269 Уголовного кодекса Республики Казахстан, – не позднее тридцати суток с момента применения меры пресечения, а	1) Не совсем понятно, почему отличаются списки статей УК в ч. 2 ст. 136 и в ч. 1 ст. 139 (совпадают только статьи 184 и 260). Если в ч. 1 ст. 139 речь идет не о преступлениях исключительной опасности, то о каких? Или их выделение обусловили процессуальные особенности расследования этих преступлений?

если подозреваемый был задержан, а затем заключен под стражу, – в тот же срок с момента задержания. Если в этот срок постановление о квалификации деяния подозреваемого не будет вынесено и объявлено, мера пресечения немедленно отменяется.	
2. При объявлении подозреваемому постановления о квалификации его деяния вопрос о применении к нему содержания под стражей в качестве меры пресечения рассматривается судом повторно в порядке, предусмотренном статьей 147 настоящего Кодекса. Если за двадцать четыре часа до истечения срока, указанного в части первой настоящей статьи, к начальнику места содержания под стражей не поступило постановление суда о санкционировании содержания под стражей подозреваемого, начальник места содержания под стражей обязан уведомить об этом орган или лицо, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора. Если по истечении указанного в части первой настоящей статьи срока соответствующие решения об отмене меры пресечения или санкционировании судом содержания под стражей обвиняемого не поступили, начальник места содержания под стражей освобождает его своим постановлением, копию которого в течение двадцати четырех часов направляет органу или лицу, в производстве которого находится уголовное дело, и прокурору.	2) «Начальник места содержания под стражей» (ч. 2) и «руководитель администрации места содержания» (ч. 3) – это одно и то же лицо или разные? 3) Следует указать, каким именно способом «начальник места содержания под стражей» обязан уведомить орган или лицо, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора. 4) Не совсем понятно, о каком именно «порядке, предусмотренном статьей 147 настоящего Кодекса», идет речь. Вероятно, следует сделать ссылки на конкретные части статьи 147, а также 148. 5) Третье предложение ч. 2 ст. 139 почти дословно повторяется в ч. 4 ст. 152 проекта. Возможно, следует изложить его в отдельной статье «Действия начальника места содержания под стражей при истечении сроков»?
3. При невыполнении требований части второй настоящей статьи руководитель администрации места содержания под стражей несет ответственность, установленную законом.	6) Вероятно, ответственность наступает не «при невыполнении», а «за невыполнение». Кроме того, непонятно, о каких именно требованиях идет речь, ведь слово «требование» в ч. 2 этой статьи отсутствует. Следует написать прямо, что ответственность наступает за «не уведомление органа или лица, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора, о не поступлении постановления суда о

	санкционировании содержания под стражей подозреваемого» и за «не освобождение и несвоевременное освобождение лица, содержащегося под стражей», или же, более коротко, «за неисполнение своих обязанностей, указанных в части второй этой статьи».
Статья 140. Порядок применения мер пресечения	
2. О применении меры пресечения орган, ведущий уголовный процесс, выносит постановление, содержащее указание на преступление, в котором подозревается, обвиняется лицо, и основания для применения этой меры пресечения. Копия постановления вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, и одновременно ему разъясняется порядок обжалования решения о применении меры пресечения, предусмотренный настоящим Кодексом.	1) Этот вопрос, на мой взгляд, подлежит иному и более детальному регулированию (см. выше - пункт 1 Замечаний общего характера).
В отношении подозреваемого мера пресечения применяется только после вынесения постановления о квалификации его деяния, кроме случаев, предусмотренных статьей 139 настоящего Кодекса.	2) Не «статьей 139», а «частью первой статьи 139», т.к. части 2 и 3 не имеют отношения к этому вопросу.
3. При применении меры пресечения, не связанной с содержанием под стражей, на подозреваемого, обвиняемого, подсудимого для обеспечения надлежащего поведения могут быть возложены одна или несколько следующих обязанностей:	3) В пункте 4 ч. 3 ст. 140 слова «и посещать определенные места» заменить словами «и не посещать определенные места». 4) Часть 3 ст. 140 не совсем согласуется с ч. 2 ст. 137, где указано: «2. При необходимости в отношении лица, к которому применена мера пресечения, за исключением передачи военнослужащего под наблюдение командования воинской части и содержания под стражей, могут быть применены электронные средства слежения». Во-первых, в ч. 3 ст. 140 не упоминается о наблюдении командования. Во-вторых, нелепо обязывать военнослужащего, находящегося под наблюдением командования воинской части, выполнять обязанности, предусмотренные пунктами 1–5.
1) являться к лицу, осуществляющему досудебное расследование, прокурору либо в суд в установленное ими время;	
2) не покидать постоянное или временное местожительство без разрешения органа, ведущего уголовный процесс;	
3) уведомлять лицо, ведущее уголовный процесс, прокурора об изменении местожительства, места работы;	
4) не общаться с определенными лицами и посещать определенные места;	

5) пройти курс лечения от наркотической или алкогольной зависимости; 6) носить электронные средства слежения.	5) Слова пункта 4 «не общаться с определенными лицами» не учитывают положений статей 155 и 165 проекта. Предлагаю частично перенести из ч. 2 ст. 141 и изложить как отдельный абзац части 3 ст. 140 слова: «Наряду с указанными обязанностями к подозреваемому, обвиняемому могут быть применены меры процессуального принуждения, предусмотренные главой 19 этого Кодекса, а при совершении преступления, связанного с применением насилия или угрозой его применения, при наличии письменного заявления потерпевшего, как обязательная мера – запрет на приближение в порядке, предусмотренном статьей 165 этого Кодекса». 6) После слов «не покидать постоянное или временное местожительство» предлагаю добавить слова «(населенный пункт)». 7) Предлагаю дополнить часть 3 пунктами такого содержания: «7) приложить усилия к поиску работы или учебы; 8) сдать на хранение в соответствующие органы государственной власти свой паспорт (паспорта) для выезда за границу; 9) не препятствовать расследованию и разбирательству дела в суде».
4. В случае совершения подозреваемым, обвиняемым действий, для предупреждения которых были применены меры, предусмотренные статьями 141, 142, 143, 144, 145 и 146 настоящего Кодекса, к нему применяется более строгая мера пресечения, о чем подозреваемому, обвиняемому должно быть объявлено при вручении копии	6) Не при любом нарушении обязанностей, предусмотренных частью 3 этой статьи, следует сразу применять более строгую меру пресечения. Это жестоко и нецелесообразно. Поэтому предлагаю установить в части 4 ст. 140, что «Подозреваемому, обвиняемому в письменном виде под роспись сообщаются возложенные на него обязанности,

соответствующего постановления. В случае нарушения меры процессуального принуждения, предусмотренной статьей 156 настоящего Кодекса, в отношении подозреваемого, обвиняемого избирается одна из мер пресечения.	предусмотренные частью третьей этой статьи, и разъясняется, что в случае их невыполнения на него будет наложено денежное взыскание в размере от... и до... и может быть применена более строгая мера пресечения». Если же более строгую меру пресечения применять безусловно при любом нарушении, то уже малейшее нарушение (или даже уверенность подозреваемого, обвиняемого в том, что о нем подумают, будто он совершил такое нарушение, например, пообщался с определенными лицами) будет психологически подталкивать подозреваемого, обвиняемого к тому, чтобы скрыться от следствия и суда. 7) Аналогично наложение денежного взыскания можно предусмотреть и за нарушение меры процессуального принуждения, предусмотренной статьей 156 (письменное обязательство о своевременной явке по вызову в орган уголовного преследования или суд, а в случае перемены местожительства незамедлительного сообщения об этом). Ведь причины несвоевременной явки могут быть разными, вплоть до дорожного затора. Кроме того, согласно ч. 6 ст. 205 несвоевременная явка или неявка без уважительных причин может быть обеспечена еще и такой мерой процессуального принуждения, как доставка приводом. Поэтому слова «избирается одна из мер пресечения» предлагаю заменить словами «может быть наложено денежное взыскание в размере от... и до... и применена мера пресечения».
Статья 141. Подписка о невыезде и надлежащем поведении	
1. Подписка о невыезде и надлежащем поведении состоит в отобрании от подозреваемого, обвиняемого органом, ведущим уголовный процесс, письменного обязательства	1) Поскольку в ч. 3 ст. 140 уже указано, что «При применении меры пресечения, не связанной с содержанием под стражей, на подозреваемого, обвиняемого, подсудимого для

не покидать постоянное или временное место жительства (населенный пункт) без разрешения дознавателя, следователя или суда, не препятствовать расследованию и разбирательству дела в суде, в назначенный срок являться по вызовам органа, ведущего уголовный процесс.	обеспечения надлежащего поведения могут быть возложены одна или несколько следующих обязанностей...», то, вероятно, нет смысла в ч. 1 ст. 141 снова повторять определенные слова. Следует написать коротко: «...письменного обязательства исполнять обязанности, предусмотренные пунктами 1–3, 9 части 3 статьи 140 этого Кодекса».
2. При совершении преступления, связанного с применением насилия или с угрозой его применения, по письменному заявлению потерпевшего органом, ведущим уголовный процесс, подозреваемый, обвиняемый письменно предупреждаются о запрете разыскивать, преследовать, посещать потерпевшего, вести устные, телефонные переговоры и вступать с ним в контакты иными способами.	2) Норма ч. 2 ст. 141 является общей нормой, касающейся не только лиц, к которым применяется подписка о невыезде. Поэтому упоминание о ней следует перенести в часть 3 статьи 140 Кодекса (см. выше). Кроме того, тут не учтено, что эта норма должна корреспондировать со ст. 165 проекта.
Статья 142. Личное поручительство	
1. Личное поручительство состоит в принятии на себя заслуживающими доверия лицами письменного обязательства о том, что они ручаются за надлежащее поведение подозреваемого, обвиняемого и явку их по вызову органа, ведущего уголовный процесс. Число поручителей не может быть менее двух.	1) В ч. 1 ст. 142 речь должна идти о явке «его» (т.е. подозреваемого, обвиняемого), а не «их» (поручителей). 2) Тут следует вести речь о том, что поручители ручаются не за абстрактное «надлежащее поведение», а за то, что «подозреваемый, обвиняемый выполнит возложенные на него обязанности, предусмотренные частью 3 статьи 140 этого Кодекса, а в случае их невыполнения или недобросовестного выполнения они (поручители) доставят его в орган досудебного расследования или в суд».
3. Поручитель дает подписку о личном поручительстве, в которой он подтверждает, что ему разъяснены сущность подозрения лица, в отношении которого он дает поручительство, ответственность поручителя, состоящая в наложении на него денежного взыскания в случае совершения подозреваемым, обвиняемым действий, для	3) Тут следовало бы дать прямую ссылку на статьи 159 и 160 проекта, в которых определен размер денежного взыскания и порядок его наложения. 4) Поскольку поручителей не менее чем двое (может быть и сто), следовало бы определить, является их финансовая

предупреждения которых применяется эта мера пресечения.	ответственность индивидуальной либо солидарной.
4. Поручитель в любой момент производства по уголовному делу вправе отказаться от поручительства. При этом в течение сорока восьми часов с момента отказа в отношении подозреваемого, обвиняемого с учетом требований части первой статьи 136 настоящего Кодекса должна быть избрана иная мера пресечения.	5) Тут желательно указать, что поручитель, если он отказался от взятых на себя обязательств до возникновения оснований, которые влекут за собой его ответственность, обязан обеспечить явку подозреваемого, обвиняемого в орган досудебного расследования или суд для решения вопроса об изменении ему меры пресечения на другую.
5. В случае совершения подозреваемым, обвиняемым действий, для предупреждения которых было применено личное поручительство, на каждого поручителя может быть наложено судом денежное взыскание в порядке, предусмотренном статьей 160 настоящего Кодекса.	6) Следует конкретизировать, за что именно наступает ответственность поручителей. Не за «совершение подозреваемым, обвиняемым действий, для предупреждения которых было применено личное поручительство», а за «нарушение возложенных на него обязанностей, предусмотренных частью 3 статьи 140 этого Кодекса».
Статья 143. Наблюдение командования воинской части за военнослужащим	1) Название статьи не соответствует названию меры, как она определена в п. 3 ч. 1 ст. 137 проекта.
4. Лица, виновные в невыполнении возложенных на них обязанностей по наблюдению, несут предусмотренную законодательством дисциплинарную ответственность.	2) Ответственность может быть не обязательно дисциплинарная. Например, если из-за недостаточного контроля со стороны ответственного лица военнослужащего убили родственники потерпевшего или он покончил жизнь самоубийством, может быть уголовная ответственность за халатное отношение к службе.
5. В период действия данной меры пресечения не допускается привлечение подозреваемого, обвиняемого к боевому дежурству, несению боевой или караульной службы, службы в составе гарнизонного наряда или суточного наряда части (подразделения).	3) Предлагаю добавить слова «... а также участию в боевых стрельбах, учениях и других мероприятиях, что предполагает выдачу этому лицу боевого оружия».
Статья 144. Отдача несовершеннолетнего под присмотр	
1. Отдача несовершеннолетнего под присмотр родителей, опекунов, попечителей или других заслуживающих доверие лиц, а также администрации специального учреждения,	1) Тут следует вести речь о том, что поручители ручаются не за абстрактное «надлежащее поведение», а за то, что «несовершеннолетний подозреваемый, обвиняемый

котором он находится, состоит в принятии на себя кем-либо из указанных лиц письменного обязательства обеспечить надлежащее поведение несовершеннолетнего и его явку по вызову органа, ведущего уголовный процесс, в том числе ограничить его пребывание вне дома, не допускать выезд в другие местности без разрешения органа, ведущего уголовный процесс.	выполнит возложенные на него обязанности, предусмотренные частью 3 статьи 140 этого Кодекса, а в случае их невыполнения или недобросовестного выполнения поручитель доставит его в орган досудебного расследования или в суд». 2) Слова «в том числе ограничить его пребывание вне дома, не допускать выезд в другие местности без разрешения органа, ведущего уголовный процесс» являются лишними, т.к. они есть в ч. 3 ст. 140. 3) Вообще существует сомнение в том, что передача под присмотр родителей и т.д. является мерой пресечения. Ведь указанные в ст. 144 лица и так обязаны по закону следить за поведением ребенка.
4. На лиц, которым был отдан под присмотр несовершеннолетний, в случае невыполнения ими принятого обязательства может быть наложено денежное взыскание в порядке, предусмотренном статьей 160 настоящего Кодекса.	4) Тут следовало бы дать прямую ссылку на статьи 159 и 160 проекта, в которых определен размер денежного взыскания и порядок его наложения.
Статья 145. Залог	
1. Залог состоит во внесении самим подозреваемым, обвиняемым либо другим лицом на депозит суда денежных средств в обеспечение выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке к лицу, осуществляющему досудебное расследование, прокурору или в суд по их вызову. В качестве залога могут быть приняты другие ценности, движимое и недвижимое имущество, на которое налагается арест. Доказывание ценности залога и отсутствие обременений возлагается на залогодателя. Залог не применяется в отношении лиц,	1) Сомневаюсь, что драгоценности, автомобили, недвижимость и т.п. могут быть приняты «на депозит суда». Вероятно, следует отказаться от идеи принимать в качестве залога любое другое имущество, кроме денег. Ведь принятие подобных предметов залога требует четкого нормативного урегулирования вопросов: - что может, а что не может быть принято; - как будет осуществляться оценка имущества изначально и на момент обращения имущества в доход государства с учетом его естественной порчи или уменьшения ценности;

подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений.	- где оно будет храниться; - кто будет нести ответственность за его повреждение, уничтожение в результате действий людей и сил природы; - могут ли пользоваться имуществом определенные лица во время его нахождения под залогом (квартирой, домом) и если да, то в каком порядке... Кроме того, неминуемо будут возникать конфликты, связанные с порчей, утратой имущества, взысканием суммы, затраченной на обеспечение сохранности залога (см. ч. 12 этой статьи), и т.д. 2) Залоговые суммы денег следует перечислять не на депозит суда, т.к. это может повлечь за собой усложнение бухгалтерии суда, злоупотребления и халатность, а на единственный специальный счет, определенный в порядке, установленном Кабинетом Министров и надежно контролируемый государством.
2. Залог применяется только с санкции прокурора либо по постановлению суда, следственного судьи.	3) В законе следует четко определить, кто применяет залог – суд или прокурор. По моему мнению, это должен быть только суд (следственный судья), ибо речь идет об ограничении прав человека. Кроме того, согласно ч. 3 ст. 26 Конституции Республики Казахстан, никто не может быть лишен своего имущества, иначе как по решению суда. В данном же случае речь идет о том, что сначала имущество передается в залог, а затем оно может полностью или частично не возвращаться (см. ч. 9 ст. 145). Что же это как не лишение имущества, сначала временное, условное, а затем и окончательное?
5. При предоставлении в качестве залога других ценностей, движимого и недвижимого имущества залогодатель обязан в тот же срок представить их органу, ведущему уголовный процесс, с правоустанавливающими документами.	4) Этот абзац предлагаю исключить. В любом случае нумерацию пункта следует перенести на абзац ниже.
В случае замены залогом ранее избранной меры пресечения в виде содержания под стражей или домашнего	5) Второе предложение ч. 5 ст. 145 противоречит ч. 2 ст. 139, согласно которой, если по истечении соответствующего

ареста, подозреваемый, обвиняемый освобождается из-под стражи только после фактического внесения залога. Если к этому моменту истекли предусмотренные настоящим Кодексом сроки содержания под стражей, то они продлеваются до внесения залога.	срока решения об отмене меры пресечения или санкционировании судом содержания под стражей обвиняемого не поступили, начальник места содержания под стражей освобождает его своим постановлением.
7. О принятии залога составляется протокол, в котором отмечается, что подозреваемому, обвиняемому разъяснены обязанности о явке по вызову, а залогодатель предупрежден, что в случае уклонения подозреваемого, обвиняемого от явки по вызову залог обращается в доход государства. Протокол подписывается должностным лицом, избравшим эту меру пресечения, подозреваемым, обвиняемым, а также залогодателем, когда им является другое лицо. Протокол и документ о внесении залога в депозит суда приобщаются к материалам дела, а залогодателю вручается копия протокола.	6) Эту норму следует сформулировать более четко, поскольку из нее следует, что залог обращается в доход государства даже в случае неумышленной неявки подозреваемого, обвиняемого или неявки по уважительным причинам и т.д. Например: «7. О принятии залога составляется протокол, в котором отмечается, что подозреваемому, обвиняемому разъяснены обязанности о явке по вызову, а залогодатель предупрежден, что в случае уклонения подозреваемого, обвиняемого, должным образом поставленного в известность, от явки по вызову без уважительных причин или не сообщении им о причинах своей неявки, или нарушении других возложенных на него при применении меры пресечения обязанностей, залог обращается в доход государства. Протокол подписывается должностным лицом, избравшим эту меру пресечения, подозреваемым, обвиняемым, а также залогодателем, когда им является другое лицо. Протокол и документ о внесении залога в депозит суда приобщаются к материалам дела, а залогодателю вручается копия протокола».
9. Предмет залога немедленно возвращается залогодателю, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил возложенные на него обязанности, но в отношении подозреваемого, обвиняемого применена более строгая мера пресечения, вынесены приговор или постановление о прекращении производства по уголовному делу.	7) Следует дополнить этот абзац после слова «залогодателю» словами «если мера пресечения отменена или».
10. В случае письменного обращения лица, внесшего залог	8) Из этой нормы непонятно, как быть с мерой пресечения.

за подозреваемого, обвиняемого, о том, что он не в состоянии в дальнейшем обеспечивать выполнение подозреваемым, обвиняемым обязанностей по явке в орган, ведущий уголовный процесс, предмет залога подлежит немедленному возвращению, если подозреваемый, обвиняемый не нарушил указанные обязанности.	
12. При возвращении предмета залога с залогодателя взыскивается сумма, затраченная на обеспечение сохранности залога.	9) Если предметом залога недвижимость и т.п. (кроме денег) не будут, эту часть следует исключить.
Статья 146. Домашний арест	
1. Домашний арест заключается в изоляции подозреваемого, обвиняемого от общества без содержания его под стражей, но с применением ограничений, установленных судьей, в порядке, предусмотренном статьей 147 настоящего Кодекса.	1) Непонятно, о каких именно ограничениях идет речь. Ведь в статье 147 слово «ограничения» не употребляется. Вероятно, эту норму следует изложить так: «1. Домашний арест заключается в изоляции подозреваемого, обвиняемого от общества без содержания его под стражей, но с применением ограничений, предусмотренных частью второй этой статьи, установленных судьей». Домашний арест применяется в порядке, предусмотренном статьей 147 настоящего Кодекса». 2) В этой части нет абзаца шестого, на который сделана ссылка (тут всего три абзаца). Вероятно, в пункте 2 подразумевается пункт 5 части второй.
2. При применении домашнего ареста в отношении подозреваемого, обвиняемого, подсудимого могут быть применены одно или несколько ограничений:	3) Поскольку в ст. 140 речь шла об обязанностях (а не ограничениях), целесообразно было бы тут расширить перечень обязанностей, одновременно убрав повторы, и изложить норму в таком виде: «2. При применении домашнего ареста кроме обязанностей, предусмотренных частью второй статьи 140 этого Кодекса, на подозреваемого, обвиняемого, подсудимого могут быть возложены также обязанности: 1) не выхода из жилища полностью или в определенное время;

	2) не вести телефонные переговоры, не отправлять корреспонденцию и не использовать средства связи, за исключением случаев, предусмотренных пунктом 3 настоящей части; 3) отвечать на контрольные телефонные звонки или иные сигналы контроля, звонить по телефону или лично являться в определенное время в орган дознания или другой орган, осуществляющий надзор за поведением подозреваемого, обвиняемого, подсудимого. За подозреваемым, обвиняемым, подсудимым или его жилищем может быть установлено наблюдение, а также охрана его жилища или отведенного ему в качестве жилища помещения, другие меры, обеспечивающие надлежащее поведение подозреваемого, обвиняемого и его изоляцию от общества. При осуществлении надзора...».
При осуществлении надзора за соблюдением арестованным установленных ограничений выхода из жилища орган, ведущий уголовный процесс, вправе в любое время суток проверять его нахождение по местожительству. Проверка производится не более двух раз в дневное время и не более одного раза в ночное время. Нахождение должностного лица в жилище арестованного допускается с согласия этого лица и лиц, проживающих с ним совместно, и не должно превышать тридцать минут.	4) Не следует ограничивать законом количество возможных проверок. Ведь окончание, например, ночной проверки может стать сигналом для проверяемого, что больше этой ночью его беспокоить не будут. С другой стороны, Конституция (ст. 25) разрешает в случаях и в порядке, установленных законом, «проникновение в жилище, производство его [жилища, а не подозреваемого, обвиняемого] осмотра и обыска», но не бесцельное нахождение в жилище в течение получаса. Кроме того, непонятно, как быть, если кто-то из числа лиц, «проживающих с ним совместно» (включая малолетних детей, испугавшихся дяди), будет против нахождения в жилище проверяющих. Наконец, проверки должен делать не сам следователь («орган, ведущий уголовный процесс»), а по его указанию представители полиции. Итак, для того, чтобы избежать лишних конфликтов,

	вероятно, следует изложить эту норму так: «При осуществлении надзора за соблюдением арестованным установленных для него обязанностей уполномоченное должностное лицо вправе в любое время суток проверять его нахождение по местожительству. Проверка производится путем установления факта нахождения арестованного без входа в жилище («на пороге жилища») либо, с согласия арестованного или одного из совершеннолетних лиц, проживающих с ним совместно, а в случае необходимости удостовериться в действительном нахождении арестованного в жилище, и без согласия указанных лиц, – с кратковременным проникновением в жилище. В последнем случае нахождение должностного лица в жилище арестованного не должно превышать времени, необходимого для того, чтобы убедиться в том, что арестованный пребывает (отсутствует) в жилище и не нарушает своих обязанностей (или нарушает их и эти нарушения подлежат фиксации). Должностные лица, осуществляющие надзор, в случае совершения ими проверок, количество или продолжительность которых явно не соответствуют поведению арестованного и его отношению к возложенным на него обязанностям, несут ответственность за служебное злоупотребление».
3. В постановлении суда о домашнем аресте устанавливаются конкретные ограничения, применяемые к подозреваемому, обвиняемому, а также указывается орган или должностное лицо, ведущее надзор.	5) Соответственно, слова «ограничения, применяемые к подозреваемому, обвиняемому» предлагаю заменить словами «обязанности подозреваемого, обвиняемого, подсудимого».
4. Срок домашнего ареста, порядок его продления определяются правилами, установленными статьями 151 и 549 – 553 настоящего Кодекса.	6) Возможно, максимальный срок домашнего ареста следует ограничить 6 месяцами или одним годом. Ведь домашний арест не применяется в случае совершения особо тяжких преступлений, а длительное время осуществлять надзор за арестованным – достаточно сложно. Поэтому можно указать:

	«Совокупный срок содержания лица под домашним арестом во время досудебного расследования не может превышать шести (двенадцати) месяцев. По окончанию этого срока постановление о применении меры пресечения в виде домашнего ареста прекращает свое действие и мера пресечения считается отмененной».
Статья 147. Содержание под стражей	
1. Содержание под стражей в качестве меры пресечения применяется только с санкции судьи и лишь в отношении подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок не менее пяти лет. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть применена в отношении лица подозреваемого, обвиняемого, подсудимого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок менее пяти лет, если:	1) Относительно значения тяжести наказания, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ)[12] придерживается позиции, что «существование весомого подозрения в **причастности лица к тяжкому преступлению** хотя и имеет значение, но само по себе не может оправдать длительного срока содержания под стражей» (Kalashnikov v. Russia, no. 47095 /99, § 116, ECHR 2002 -VI).
1) он не имеет постоянного местожительства на территории Республики Казахстан;	2) Представляется, что риск «**лицо не имеет постоянного местожительства на территории Республики Казахстан**» является дискриминационным, в первую очередь по отношению к иностранцам, что может вызвать обострение отношений с другими государствами. Например, взятие под стражу гражданина другого государства лишь на том основании, что это лицо не имеет постоянного местожительства на территории Республики Казахстан чревато международными скандалами (конечно, речь идет о любом государстве, но особенно скандалы могут возникать в случаях ареста граждан лидирующих в мире государств,
2) не установлена его личность;	
3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;	
4) он пытался скрыться или скрылся от органов уголовного преследования или суда;	
5) он подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);	
6) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление;	

[12] Решения ЕСПЧ наилучшим образом отражают видение гарантий прав человека в демократическом государстве. Кроме того, хотя Республика Казахстан и не является участником Европейской конвенции о правах человека, не исключено, что она станет им в будущем. По указанным причинам считаю корректным делать здесь ссылки на решения ЕСПЧ.

7) имеются данные о продолжении им преступной деятельности.	таких, которые имеют особые «рычаги влияния»). Кроме того, вероятно, это положение противоречит ст. 14 Конституции Республики Казахстан («Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, **места жительства** или по любым иным обстоятельствам) и ч. 2 ст. 21 проекта УПК. Даже если лицо «б.о.м.ж.», его конституционные права не должны ущемляться. 3) На мой взгляд, риски, установленные в ч. 1 ст. 147, должны быть согласованы с рисками, установленными в ч. 1 ст. 136, но иметь свои особенности. С учетом предложенной мною выше редакции частей 1 и 2 ст. 136 предлагаю такую редакцию пунктов 1–7 ч. 1 ст. 147. «…если: «1) не установлена его личность и поэтому высокой является вероятность того, что он предпримет попытку скрыться; 2) он пытался скрыться либо скрылся от органов уголовного преследования и/или суда; 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения; 4) высокой является вероятность того, что он воспрепятствует уголовному производству по делу; 5) имеются данные о совершении им другого преступления или высокой является вероятность того, что он продолжит совершать другие преступления, – кроме случаев, когда этот риск может быть устранен путем применения иных мер процессуального принуждения; 6) он подозревается в совершении преступления в составе организованной группы или преступного сообщества (преступной организации);

	7) он имеет судимость за ранее совершенное тяжкое или особо тяжкое преступление. К лицу, подозреваемому, обвиняемому в совершении преступления, за которое не может быть назначено в качестве наказания лишение свободы, мера пресечения в виде содержания под стражей не применяется, кроме случаев, предусмотренных пунктами 2 и 3 этой части»[13]. Согласно сложившейся практике ЕСПЧ по применению частей 1 (c) и 3 ст. 5 Европейской конвенции о правах человека (ЕКПЧ) «допустимыми» рисками для содержания под стражей являются: - **вероятность побега** (см. Smirnova v. Russia, nos. 46133/99 and 48183 /99, § 60, ECHR 2003-IX). ЕСПЧ подчеркивал, что вероятность побега не может оцениваться только на основании строгости ожидаемого наказания. Ее следует оценивать исходя также из многих других релевантных обстоятельств, которые могут либо подтвердить угрозу бегства, или сделать ее настолько незначительной, что это не сможет оправдать содержание под стражей (Mansur v. Turkey, 8 June 1995, § 55, Series A no. 319-B); - **вероятность воспрепятствования уголовному производству** (см., среди прочих, Becciev v. Moldova, no. 9190/03 § 59, 4 October 2005). Такое воспрепятствование ЕСПЧ объясняет ограничительным образом: оно включает только уничтожение, искажение документов, незаконное влияние на других обвиняемых и давление на свидетелей; - **вероятность рецидива** (см. Matznetter v. Austria, 10 November 1969, p. 198, § 7, Series A no. 10) и **опасность для общественного порядка** (см. Letellier v. France, 26 June 1991, § 51, Series A no. 207). Оценка этих двух рисков тесно

[13] Согласовано с положением части 2 ст. 292.

	связана с характером обвинения. Например, в случае совершения преступлений, связанных с использованием власти или служебного положения, или финансовых преступлений, альтернативные меры (например, отстранение от должности или арест имущества) будут более эффективными, чем содержание под стражей. Вместе с тем, при определенных обстоятельствах для предотвращения насильственного преступления любые другие меры, кроме содержания под стражей, могут оказаться неэффективными; - **опасность для лица, в отношении которого ведется расследование** (см. IA v. France, 23 September 1998, § 108, Reports of Judgments and Decisions 1998 VII).
2. При необходимости избрания в качестве меры пресечения содержание под стражей лицо, осуществляющее досудебное расследование, в соответствии со статьей 140 настоящего Кодекса выносит постановление о возбуждении ходатайства перед судом о даче санкции на применение данной меры. К постановлению прилагаются заверенные копии уголовного дела, подтверждающие обоснованность ходатайства.	4) В ст. 140 на самом деле не упоминается «постановление о возбуждении ходатайства перед судом о даче санкции». Там речь идет о «вынесении постановления органом, ведущим уголовный процесс, и о том, что копия постановления вручается лицу, в отношении которого оно вынесено, и одновременно ему разъясняется порядок обжалования решения о применении меры пресечения, предусмотренный настоящим Кодексом». 5) Вероятно, не «копии уголовного дела», а «копии отдельных материалов уголовного дела».
Постановление об избрании данной меры пресечения, ходатайство перед судом о санкционировании ее применения со всеми приложенными материалами должны быть представлены прокурору не позднее, чем за восемнадцать часов до истечения срока задержания.	6) Следует уточнить – какому именно прокурору. Что, если лицо было задержано в другом, далеком от места производства расследования, регионе? 7) Почему не предоставить право прокурору выносить такие постановления самостоятельно – в случае необходимости? Когда счет идет на часы, а права человека не могут быть нарушены, нужно предусмотреть все возможности.
3. При решении вопроса о поддержании ходатайства лица, осуществляющего досудебное расследование,	8) Эту норму следует согласовать с положениями ч. 4 ст. 549, ч. 4 ст. 551, ч. 4 ст. 552, ч. 4 ст. 553 (или сделать ссылку на

санкционировании содержания под стражей подозреваемого прокурор обязан ознакомиться со всеми материалами, содержащими основания для содержания под стражей, и вправе допросить подозреваемого, обвиняемого. Прокурор, изучив все представленные материалы, принимает одно из следующих решений:	них), согласно которым: - вносит не любой прокурор, а именно Генеральный прокурор; - не постановление, а представление; - не в суд, а в другой орган; - в несколько ином порядке.
2) об отказе в поддержании ходатайства и освобождении подозреваемого из-под стражи ввиду отсутствия оснований для применения меры пресечения в виде содержания под стражей;	9) После слов «отсутствия оснований» предлагаю дополнить пункт словами «предусмотренных частью первой этой статьи». Ведь «неподтверждение подозрения» (см. п. 3) – это тоже отсутствие оснований.
Постановление об отказе в поддержании ходатайства о санкционировании содержания под стражей и освобождении из-под стражи подозреваемого направляется заинтересованным лицам. Указанное постановление может быть обжаловано лицом, осуществляющим досудебное расследование, вышестоящему прокурору либо участниками процесса, защищающими свои или представляемые права и интересы, в порядке статьи 106 настоящего Кодекса.	10) Непонятно, кем направляется постановление и кому именно, а также кому оно может быть обжаловано участниками процесса. Почему только постановление? Почему не направляется «ходатайство перед судом о санкционировании ее применения со всеми приложенными материалами» (см. ч. 2 этой статьи)?
4. Постановление прокурора о поддержании ходатайства лица, осуществляющего досудебное расследование, санкционировании содержания под стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть предоставлены прокурором следственному судье не позднее, чем за двенадцать часов до истечения срока задержания, о чем уведомляются заинтересованные лица.	11) Если «право санкционирования содержания под стражей принадлежит следственному судье» (см. ч. 1 ст. 148 ниже), то о каком же «санкционировании содержания под стражей» прокурором идет речь тут?
Статья 148. Рассмотрение следственным судьей ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей	
1. Право санкционирования содержания под стражей принадлежит следственному судье районного и приравненного к нему суда, а в случаях, предусмотренных пунктом 2) части седьмой статьи 107 настоящего Кодекса, –	1) О каком суде (по территориальности) идет речь? Что, если лицо было задержано в другом, далеком от места производства расследования, регионе? Суд должен быть обозначен конкретно. Ведь согласно ч. 4 ст.

судьям областного и приравненного к нему суда.	11 проекта, «Приговор и другие решения суда, осуществлявшего уголовное судопроизводство по не подсудному ему делу, превысившего свои полномочия или иным образом нарушившего предусмотренные настоящим Кодексом принципы уголовного процесса, незаконны и подлежат отмене». 2) Эту норму следует согласовать с положениями ч. 5 ст. 549, ч. 5 ст. 551, ч. 5 ст. 552, ч. 5 ст. 553 (или сделать ссылку на них).
2. Следственный судья с соблюдением порядка, определенного статьей 56 настоящего Кодекса, в течение восьми часов с участием прокурора, подозреваемого, обвиняемого, его защитника рассматривает ходатайство о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей. В судебном заседании вправе также участвовать законный представитель и представитель. Неявка указанных участников процесса в случае своевременного их извещения судом о месте и времени судебного заседания не препятствует проведению судебного заседания.	3) Кроме ст. 56 тут можно сослаться также и на ст. 24. 4) Стилистически неправильно писать «в течение восьми часов». Ведь нельзя принудить судью восемь часов без перерыва рассматривать один вопрос. Видимо, речь следует вести о том, что следственный судья должен приступить к рассмотрению ходатайства не позднее чем за четыре часа до истечения срока задержания. 5) Рассмотрение ходатайства в отсутствие ВСЕХ участников процесса – это, во-первых, нонсенс, во-вторых, «при частом использовании» – злоупотребление суда, не имеющего ничего общего с принципами гласности, состязательности и др. Особенно недопустимо рассмотрение вопроса, существенно ограничивающего право человека на свободу, в отсутствие ЭТОГО человека. Кроме того, эта норма прямо противоречит ч. 4 этой же статьи.
В ходе судебного заседания ведется протокол.	6) Это – общая норма: в ходе судебного заседания всегда ведется протокол (см. ч. 2 ст. 56 «Общие условия осуществления полномочий следственным судьёй», статья 347 «Протокол главного судебного разбирательства»). Если

	протокол ведется не всегда, то следует указать случаи, когда протоколы не ведутся. Поэтому абзацы «В ходе судебного заседания ведется протокол» из статей 148, 163 следует исключить.
В случае необходимости судья вправе истребовать уголовное дело.	7) Эти слова следует дополнить словами «для его изучения при рассмотрении ходатайства прокурора».
4. Рассмотрение следственным судьей ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей в отсутствие подозреваемого, обвиняемого допускается только в случаях объявления его в розыск или нахождения вне пределов Республики Казахстан и уклонения от явки в орган, ведущий уголовный процесс, при надлежащем уведомлении о времени и месте судебного заседания. В случае задержания подозреваемый, обвиняемый доставляется к следственному судье для рассмотрения обоснованности применения избранной меры пресечения.	8) Последнее предложение после слова «обвиняемый» предлагаю дополнить словами «в течение 48 часов», а после слов «меры пресечения» – словами «в виде содержания под стражей или ее изменении на более мягкую меру пресечения».
5. В начале заседания следственный судья объявляет, какое ходатайство подлежит рассмотрению, разъясняет явившимся в судебное заседание лицам их права и обязанности. Затем прокурор обосновывает необходимость избрания в качестве меры пресечения в виде содержания под стражей подозреваемого, после чего заслушивается подозреваемый, обвиняемый и другие явившиеся в судебное заседание лица.	9) Непонятно, какие именно права и обязанности разъясняет судья. Особенно важно это для подозреваемого, обвиняемого. Следует указать, например: «Следственный судья, к которому прибыл или доставлен подозреваемый, обвиняемый для участия в рассмотрении ходатайства о применении меры пресечения, обязан разъяснить его права: 1) иметь защитника и с какого времени; 2) знать суть и основания подозрения или обвинения; 3) знать основания его задержания, если он был задержан, и основания применения к нему мер пресечения; 4) отказаться давать объяснения, показания; 5) давать объяснения относительно любых обстоятельств его задержания и содержания под стражей; 6) исследовать вещественные доказательства, документы, показания, на которые ссылается прокурор, и предоставлять

	вещи, документы, показания других лиц в опровержение доводов прокурора; 7) заявлять ходатайство о вызове и допросе свидетелей, показания которых могут иметь значение для решения вопроса о применении к нему меры пресечения».
Подозреваемый, обвиняемый, а также в его интересах защитник в ходе рассмотрения ходатайства прокурора о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей вправе заявить ходатайство о применении меры пресечения в виде домашнего ареста либо залога.	10) Почему только «в виде домашнего ареста либо залога»? Разве нельзя ходатайствовать о применении другой меры и фактически применить ее, в частности к военнослужащему или несовершеннолетнему?
6. Ходатайство об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде домашнего ареста может быть заявлено прокурором при необходимости непосредственно после оглашения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании содержания под стражей в случае, когда он считает нецелесообразным его опротестование в порядке, предусмотренном статьей 107 настоящего Кодекса. В случае вынесения следственным судьей постановления об отказе в санкционировании домашнего ареста, залога, прокурор вправе его опротестовать по правилам, установленным статьей 107 настоящего Кодекса.	11) Почему в первом предложении не упомянут залог, хотя во втором – упомянут?
7. По итогам рассмотрения ходатайства о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей обвиняемого, подозреваемого, следственный судья выносит постановление о санкционировании либо отказе в санкционировании содержания под стражей. При отказе в санкционировании содержания под стражей подозреваемого или обвиняемого следственный судья вправе санкционировать меру пресечения в виде	12) Эту часть следовало бы расширить, сделать общей и изложить в отдельной статье. Это должно касаться все видов мер пресечения, а не только содержания под стражей. Например, так: «Статья 194. Постановление следственного судьи по ходатайству о санкционировании меры пресечения [в виде содержания под стражей или домашнего ареста][14] 1. Во время рассмотрения ходатайства о применении меры

[14] Текст в квадратных скобках подается на тот случай, если не будет воспринято мое предложение о том, чтобы любую меру пресечения применял только следственный судья.

домашнего ареста либо применить залог.	пресечения [в виде содержания под стражей или домашнего ареста] следственный судья обязан установить, доказаны ли предоставленные сторонами уголовного производства доказательствами обстоятельства, которые свидетельствуют о наличии: 1) обоснованного подозрения в совершении подозреваемым, обвиняемым преступления; 2) достаточных оснований считать, что существует хотя бы один из рисков, предусмотренных статьей 136 этого Кодекса, на которые указывает прокурор, а при применении меры пресечения в виде содержания под стражей – рисков, предусмотренных статьей 147 этого Кодекса, на которые указывает прокурор; 3) недостаточность применения более мягкой меры пресечения либо иной меры процессуального принуждения для предотвращения риска или рискам, заявленным в ходатайстве. 2. Следственный судья обязан вынести постановление об отказе в применении меры пресечения [в виде содержания под стражей или домашнего ареста], если во время рассмотрения ходатайства прокурор не докажет наличие всех обстоятельств, предусмотренных частью первой настоящей статьи. 3. Следственный судья имеет право обязать подозреваемого, обвиняемого прибывать по каждому требованию к суду или к другому органу государственной власти, определенному следственным судьей, если прокурор докажет обстоятельства, предусмотренные пунктом 1 части первой настоящей статьи, но не докажет обстоятельства, предусмотренные пунктами 2 и 3 части первой настоящей статьи. 4. Если при рассмотрении ходатайства об избрании меры пресечения [в виде содержания под стражей или домашнего

	ареста] прокурор докажет обстоятельства, предусмотренные пунктами 1 и 2 части первой настоящей статьи, но не докажет обстоятельства, предусмотренные пунктом 3 части первой настоящей статьи, следственный судья имеет право применить более мягкую меру пресечения, чем та, которая отмечена в ходатайстве, а также возложить на подозреваемого, обвиняемого обязанности, предусмотренные частью 3 статьи 140 этого Кодекса, необходимость возложения которых установлена из приведенного прокурором обоснования ходатайства. 5. В постановлении о применении меры пресечения следственный судья указывает сведения о: 1) преступлении (его суть и правовую квалификацию с указанием статьи (части статьи) Уголовного кодекса), в котором подозревается, обвиняется лицо; 2) обстоятельства, которые свидетельствуют о существовании рисков, предусмотренных статьей 136, а при применении меры пресечения в виде содержания под стражей – рисков, предусмотренных статьей 147 этого Кодекса; 3) обстоятельства, которые свидетельствуют о недостаточности применения более мягких мер пресечения для предотвращения рисков, предусмотренных статьей 136 этого Кодекса; 4) ссылки на доказательства, которые обосновывают эти обстоятельства; 5) мера пресечения, которая применяется. 6. В постановлении о применении меры пресечения, не связанной с содержанием под стражей, отмечаются конкретные обязанности, предусмотренные статьей 140 этого Кодекса, которые возлагаются на подозреваемого, обвиняемого, и в случаях, установленных этим Кодексом, срок, на который они возложены.

	7. В постановлении о применении меры пресечения в виде домашнего ареста отмечается точный адрес жилья, которое подозреваемому, обвиняемому запрещается оставлять. 8. Следственный судья обязан определить в постановлении об избрании меры пресечения в виде содержания под стражей или домашнего ареста дату окончания его действия в пределах срока, предусмотренного этим Кодексом. 9. Копия постановления о применении меры пресечения вручается подозреваемому, обвиняемому немедленно после его объявления».
8. Следственный судья при вынесении постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей, за исключением дел об особо тяжких преступлениях, обязан определить размер залога, достаточного для обеспечения выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей, предусмотренных частью третьей статьи 140 настоящего Кодекса, кроме случаев, предусмотренных частью девятой настоящей статьи.	13) Слова «за исключением дел об особо тяжких преступлениях» противоречат части 9 этой статьи, в которой сделаны другие четыре исключения. Поэтому часть 8 следует изложить иначе, например так: «8. Следственный судья при вынесении постановления о санкционировании меры пресечения в виде содержания под стражей обязан, кроме случаев, предусмотренных частью девятой настоящей статьи, определить размер залога, достаточного для обеспечения выполнения подозреваемым, обвиняемым обязанностей, предусмотренных частью третьей статьи 140 настоящего Кодекса».
Статья 149. Содержание подозреваемых, к которым в порядке меры пресечения применено содержание под стражей	
Подозреваемые, к которым в качестве меры пресечения применено содержания под стражей, содержатся в следственных изоляторах. Порядок и условия их содержания определяются законодательством.	1) При взятии под стражу необходимо делать медицинский осмотр лица. Это следует из положений ст. 29 Конституции, а также частей 7 и 8 ст. 14 проекта УПК, в которых речь идет о том, что граждане Республики Казахстан имеют право на охрану здоровья и на получение бесплатно гарантированного объема медицинской помощи, и что «содержание лица под стражей, а также задержанного по подозрению в преступлении должно осуществляться в условиях, исключающих угрозу его жизни и здоровью, а вред,

	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 150. Содержание подозреваемых, обвиняемых и подсудимых, к которым в качестве меры пресечения применено содержание под стражей, в местах содержания задержанных	1) Статья 150 не соответствует предмету уголовно-процессуального законодательства. Ведь тут регламентируется не порядок уголовного судопроизводства. Это предмет закона о предварительном заключении.
Статья 151. Сроки содержания под стражей и порядок их продления	
2. В случае невозможности закончить расследование в срок до двух месяцев и при отсутствии оснований для изменения или отмены меры пресечения этот срок может быть продлен по мотивированному ходатайству лица, осуществляющего досудебное расследование, согласованному с районным (городским) и приравненным к нему прокурором – следственным судьей – до трех месяцев, а в случае невозможности завершения расследования в трехмесячный срок и при необходимости дальнейшего содержания подозреваемого, обвиняемого под стражей по мотивированному ходатайству лица, осуществляющего досудебное расследование, согласованному с прокурором области и приравненными к нему прокурорами и их заместителями, – следственным судьей – до девяти месяцев.	1) Из текста частей 2 и 3 ст. 151 следует, что следователь должен согласовывать продление срока до 9, 12 месяцев непосредственно с прокурором области, минуя прокурора, который непосредственно осуществляет надзор за расследованием. Вероятно, на практике так все равно не будет, а потому не следует создавать закон, который противоречит логике расследования и устоявшейся практике. Поэтому следовало бы сделать схему такую же, как в ч. 4 этой статьи: сначала утверждает прокурор района (города), а затем согласовывает прокурор области. А вообще нет никакой необходимости в том, чтобы ответственность с прокурора района (города) перекладывалась на прокурора области и вышестоящего, т.е. необходимости возить (пересылать) документы. Если нет указанных в законе оснований продлевать срок, то следственный судья должен отказать в его продлении, невзирая на авторитет областного и Генерального прокуроров. 2) Трудно понять критерии определения сроков. Согласно проекту:

	а) обычное дело – расследуется в срок до 2 месяцев, но этот срок может быть продлен б) без всяких оснований, просто – до 3 месяцев; в) «в случае невозможности завершения расследования в трехмесячный срок» (но причина «невозможности» не указывается, т.е. может быть выдумана следователем) – до 9 месяцев, – а потом скачок – сразу две важные причины: г) ввиду «особой сложности дела» и по «особо тяжким преступлениям» – до 12 месяцев, а д) «в исключительных случаях» по «особо тяжким преступлениям, преступлениям в составе преступной группы, а также иным террористическим и/или экстремистским преступлениям» – до 18 месяцев. Думается, что **при продлении срока более чем на 3 месяца необходимо иметь весомые причины**, хотя бы так: - до 6 месяцев – «сложность дела» по «преступлениям средней тяжести, тяжким и особо тяжким преступлениям»; - до 9 месяцев – «особая сложность дела» по «тяжким и особо тяжким преступлениям»; - до 12 месяцев – «исключительная сложность дела» по «особо тяжким преступлениям, а также тяжким преступлениям, совершенным в составе преступной группы, и любым террористическим и/или экстремистским преступлениям»; - до 18 месяцев – «исключительная сложность дела» и только по «особо тяжким преступлениям и любым террористическим и/или экстремистским преступлениям».
3. Продление срока содержания под стражей свыше девяти месяцев, но не более, чем до двенадцати месяцев может быть осуществлено следственным судьей районного и приравненного к нему суда лишь ввиду особой сложности дела, в отношении лиц, подозреваемых в совершении	

особо тяжких преступлений по мотивированному ходатайству начальника следственного отдела либо прокурора, принявшего уголовное дело к своему производству, либо руководителя следственной, следственно-оперативной группы, согласованному с прокурором области и приравненными к нему прокурорами.	
4. Продление срока содержания под стражей свыше двенадцати месяцев, но не более чем до восемнадцати месяцев допускается в исключительных случаях в отношении лиц, подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений, преступлений в составе преступной группы, а также иных террористических и /или экстремистских преступлений, следственным судьей районного и приравненного к нему суда по мотивированному ходатайству руководителя следственного подразделения центрального аппарата органа уголовного преследования либо прокурора, принявшего уголовное дело к своему производству, руководителя следственной, следственно-оперативной группы, утвержденному прокурором области и приравненным к нему прокурором и согласованному с Генеральным Прокурором Республики Казахстан, его заместителями.	3) Что это за документ – «мотивированное ходатайство»? Это постановление или что-то иное? Согласно п. 31 ст. 7 проекта «ходатайство» – это просьба стороны или заявителя, обращенная к органу, ведущему уголовный процесс, о производстве процессуального действия или принятии процессуального решения. 4) Не может делать «мотивированное ходатайство» лицо, которое лично не осуществляет предварительное расследование дела, даже если это и руководитель следственного подразделения. Каждый служащий государства должен нести ответственность за собственные действия, а не чьи-то. Кроме того, это положение не согласовывается с положением ч. 9 этой статьи, где написано, что «прокурор согласовывает постановление лица, осуществляющего досудебное расследование». 5) Следовало бы дополнить эту статью такими положениями: «Ходатайство о продлении срока содержания под стражей должно содержать изложение обстоятельств, которые: - свидетельствуют о том, что заявленный в ходатайстве о взятии под стражу риск не уменьшился или появились новые риски, которые оправдывают содержание лица под стражей; - препятствуют завершению досудебного расследования до окончания действия предыдущего постановления о содержании под стражей».

5. Дальнейшее продление срока содержания под стражей не допускается, содержащийся под стражей подозреваемый, обвиняемый подлежит немедленному освобождению.	
6. Ходатайство о продлении срока содержания под стражей до трех месяцев представляется для согласования районному (городскому) прокурору и приравненным к нему иным прокурорам не позднее десяти суток до истечения срока содержания под стражей и рассматривается прокурором в срок не более трех суток с момента его поступления.	6) Части 6–8 можно объединить в одну часть такого содержания: «Ходатайство о продлении срока содержания под стражей представляется для согласования соответствующему прокурору не позднее чем за десять дней до истечения срока содержания под стражей (при продлении срока свыше двенадцати месяцев – не позднее чем за двадцать дней) и рассматривается прокурором в срок не более пяти дней с момента его поступления», – а часть 10, соответственно, изложить в такой редакции: «Ходатайство о продлении срока содержания под стражей представляется в суд не позднее пяти дней до истечения ранее установленного срока содержания под стражей». Ведь от того, на сколько месяцев продлевается срок содержания под стражей, сложность самой процедуры согласования и передачи материалов в суд не слишком сильно изменяется. Сроки важны лишь для того, чтобы согласование успело своевременно вернуться из столицы страны (из Генеральной прокуратуры) к следственному судье.
Статья 152. Рассмотрение следственным судьей ходатайства о продлении срока содержания под стражей и исчисление сроков	1) Можно было бы ограничиться нормой о том, что «Следственный судья обязан рассмотреть ходатайство о продлении срока содержания под стражей к окончанию срока действия предыдущего постановления согласно правилам, предвиденным для рассмотрения ходатайства о применении меры пресечения». И сослаться на ст. 148 проекта.
1. Ходатайство о продлении срока содержания под стражей	2) Норма о порядке рассмотрения ходатайства является

подлежит рассмотрению следственным судьей единолично. В судебном заседании обязательно участвует прокурор. В заседании также могут участвовать защитник, законный представитель подозреваемого, потерпевший, его законный представитель и представитель, неявка которых при своевременном извещении о времени рассмотрения ходатайства не препятствует их судебному рассмотрению.	общей. Если бы какие-то вопросы следственный судья рассматривал не единолично, тогда это было бы исключением, о котором стоит говорить.
4. Руководитель администрации места содержания под стражей обязан не позднее, чем за двадцать четыре часа до истечения срока содержания под стражей подозреваемого, обвиняемого уведомить об этом орган или лицо, в производстве которого находится уголовное дело, а также прокурора. Если по истечении установленного законом срока содержания под стражей соответствующее решение об освобождении подозреваемого, обвиняемого либо о продлении срока его содержания под стражей не поступило, руководитель администрации места содержания под стражей освобождает его своим постановлением, копию которого в течение двадцати четырех часов направляет органу или лицу, в производстве которого находится уголовное дело, и прокурору.	3) Положения частей 4 и 5 повторяют аналогичные положения частей 2 и 3 ст. 139 проекта. В таких случаях лучше сделать ссылки на нормы, а не повторять их.
9. В случае выдачи Республике Казахстан иностранным государством разыскиваемого лица, срок содержания под стражей исчисляется со дня его прибытия на территорию Республики Казахстан, а время содержания под стражей лица в порядке экстрадиционного ареста на территории иностранного государства засчитывается при назначении наказания в общий срок содержания под стражей.	4) Ч. 9 ст. 152 следует согласовать со ст. 586 проекта.
Статья 153. Отмена или изменение меры пресечения	
1. Мера пресечения отменяется, когда в ней отпадает необходимость, или изменяется на менее или более строгую, когда изменяются основания и обстоятельства,	1) Ст. 153 следует согласовать со ст. 515 проекта.

предусмотренные статьями 136 и 138 настоящего Кодекса.	
2. Отмена или изменение меры пресечения производится по мотивированному постановлению органа, ведущего уголовный процесс.	2) Из ч. 2 ст. 153 следует, что принцип состязательности игнорируется, сторона защиты никак не может повлиять на решение органа, ведущего уголовный процесс, а лишь обжаловать его пост-фактум (ч. 4 этой статьи). Например, даже если последний решил освободить подозреваемого из-под стражи, не учитывая того, что на свободе ему может угрожать смертельная опасность.
3. Мера пресечения, санкционированная, примененная прокурором, избранная по его указанию в ходе досудебного производства по уголовному делу, может быть отменена или изменена только с согласия прокурора.	3) Положение ч. 3 ст. 153, по моему мнению, противоречит ст. 16 Конституции, согласно которой все вопросы о мере пресечения, по крайней мере связанной с арест и содержанием под стражей, должен решать суд, а не прокурор: «2. Арест и содержание под стражей допускаются только в предусмотренных законом случаях и лишь с санкции суда с предоставлением арестованному права обжалования...». Кроме того, согласно ч. 1 ст. 12 и ч. 2 ст. 14 проекта, «каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод», «содержание под стражей и домашний арест допускаются... лишь с санкции суда с предоставлением заключенному под стражу либо домашний арест права судебного обжалования».
4. Обжалование, опротестование постановления органа уголовного преследования об изменении либо отмене меры пресечения производятся в порядке, предусмотренном статьями 100 – 106 настоящего Кодекса.	4) слова «статьями 100 – 106» следует заменить словами «статьями 100 – 107».
5. Отмена или изменение меры пресечения в виде содержания под стражей, домашнего ареста подозреваемого, обвиняемого, санкционированной следственным судьей, производится на основании мотивированного постановления органа уголовного преследования, с согласия прокурора, за исключением случаев, предусмотренных частью восьмой статьи 145	5) Представляется, что в положении ч. 5 ст. 153 нет логики: во-первых, оно не согласовано с ч. 2 этой статьи, где прокурор не упоминается, во-вторых, непонятно, к чему тут вспоминается ч. 8 ст. 145, в третьих, это положение не согласовано с положениями частей 3 и 4 ст. 288, ч. 5 ст. 291 и ст. 303 проекта, согласно которым все решает прокурор, а не орган, ведущий уголовный процесс.

настоящего Кодекса.	
Статья 154. Право на попечение и присмотр за имуществом	
1. Несовершеннолетние, а также нетрудоспособные лица, оставшиеся в результате содержания под стражей родителя или кормильца, а равно других действий лица, осуществляющего досудебное расследование, без присмотра, ухода и средств к существованию, имеют право на попечение, которое указанное должностное лицо обязано им обеспечить за счет средств республиканского бюджета. Поручения органа, ведущего уголовный процесс, организовать присмотр, уход и временное помещение нетрудоспособных лиц в государственные органы социальной помощи или медицинскую организацию обязательны для органа опеки и попечительства, а также руководителей названных организаций. Орган, ведущий уголовный процесс, вправе также доверить попечение несовершеннолетних и нетрудоспособных лиц их родственникам с согласия последних.	1) Что следует понимать под «другими действиями» лица, осуществляющего досудебное расследование, в результате которых дети остаются без кормильца и т.д.? 2) Части 1–3 ст. 154. Лицо, осуществляющее досудебное расследование, должно заниматься расследованием, а не распоряжаться средствами государственного бюджета и давать поручения органам, которые ему не подчинены, о том, кому следует предоставить средства к существованию или о том, за какими кошками или коровами следует присмотреть... Особенно странно это выглядит в случаях, когда подозреваемый – замминистра или министр, или депутат. Кому будет давать поручения следователь – министру здравоохранения? министру труда и социальной защиты населения?

Ноябрь, 2013 г.

ЛЕР С.Н.
Эксперт Центра исследования правовой политики

СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВА НА СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО В РАЗУМНЫЕ СРОКИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН[15]

Введение

Настоящая работа посвящена одному из актуальных вопросов обеспечения справедливого уголовного судебного разбирательства. Право на судебное разбирательство в разумные сроки, и в целом вопрос соблюдения процессуальных сроков, имеет важное значение при построении состязательной модели судопроизводства с гарантиями равноправия сторон и доступа граждан к правосудию. Разумный срок или отсутствие задержек при исчислении и соблюдении процессуальных сроков гарантируется основными универсальными и региональными международными правовыми документами с позиции соблюдения абсолютного права человека на личную свободу и недопущения незаконного и необоснованного лишения человека свободы, тем более на длительные сроки.

Республика Казахстан придерживается закрепленного ст. 1 Конституции принципа правового государства, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы. В 2005 г. Казахстан ратифицировал Международный Пакт о гражданских и политических правах (далее – МПГПП)[16] и продолжает проводить реформы в сферах уголовного правосудия и судебной системы. Однако, имеют место случаи продолжительных и необоснованных арестов, длительных сроков судебных разбирательств и «затягивания» производства по делу со стороны правоохранительных органов, что негативно сказывается на качестве материалов дела, достоверности и точности полученных доказательств, особенно свидетельских показаний. Кроме этого, при длительных сроках следствия и судопроизводства человек подвергается лишению свободы и другим ограничительным аспектам уголовного преследования, будучи не признанным виновным.

Концепция развития правовой политики на период с 2010 по 2020 годы[17] определила «дальнейшее утверждение принципов правового государства» и «реализацию основополагающих принципов уголовного судопроизводства, направленных на защиту прав и свобод человека». В частности, речь идет о защите от незаконного ограничения прав и свобод и от необоснованного обвинения, о дальнейшем развитии принципа состязательности сторон защиты и обвинения. Среди целей для развития правоохранительной системы отмечено быстрое и полное раскрытие преступлений, в судебной системе отмечено сокращение сроков рассмотрения дел. В рамках Концепции был разработан проект новой редакции Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – Проект УПК),

[15] Настоящее экспертное заключение подготовлено при финансовой поддержке Посольства Нидерландов в Казахстане. Мнения и взгляды содержащиеся в заключении не отражают точку зрения Посольства Нидерландов в Казахстане.

[16] Закон Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года N 91.

[17] Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года. Утверждена Указом Президента Республики Казахстан от 24 августа2009 года № 858. URL: http://www.kaz-emb.kg/index.php?id=91

положения которого в части соблюдения процессуальных сроков будут затронуты в настоящей работе.

Разумные сроки в уголовном процессе или принцип срочности отправления правосудия как гарантия обеспечения презумпции невиновности и права на личную свободу будут рассмотрены в свете его трактовки статьями 9 и 14 МПГПП и в контексте деятельности Комитета ООН по правам человека (далее – Комитет). Соответствует ли действующее процессуальное законодательство требованиям скорого суда и насколько возможно его улучшить с учетом сложившейся модели отправления правосудия.

Глава 1. Разумные сроки в положениях Международного Пакта о гражданских и политических правах и практике Комитета ООН по правам человека

Сроки уголовного судопроизводства в статьях 9 и 14 МПГПП упоминаются часто и оцениваются с позиции соблюдения основных гарантий человека на справедливый судебный процесс. Такие временные категории как «в срочном порядке», «в течение разумного срока», «без неоправданной задержки» применимы как на досудебной стадии (стадии задержания лица, предъявления обвинения, применения к нему меры пресечения, проведения следствия и передачи дела в суд), так и в ходе судебного разбирательства, вплоть до пересмотра приговора вышестоящей судебной инстанцией.

1.1. Понятие разумности сроков на досудебной стадии уголовного производства

В соответствии с п. 3 ст. 9 МПГПП «*Каждое арестованное или задержанное по уголовному обвинению лицо в срочном порядке доставляется к судье…, и имеет право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение. Содержание под стражей лиц, ожидающих судебного разбирательства, не должно быть общим правилом, но освобождение может ставиться в зависимость от предоставления гарантий явки в суд, явки на судебное разбирательство в любой его стадии и, в случае необходимости, явки для исполнения приговора».*

Одним из наиболее встречаемых оснований для задержания лица является подозрение его в совершении преступления. Однако, в соответствии с международным правом одного подозрения недостаточно для неограниченного срока заключения лица под стражу в силу презумпции невиновности и того факта, что заключение под стражу рассматривается как крайняя мера для достижения результатов правосудия, а альтернативы лишению свободы до суда должны применяться как можно раньше.[18] На этом основывается право правонарушителя (подозреваемого, обвиняемого) в срочном порядке предстать перед судом и право на судебное разбирательство в разумные сроки или на освобождение. Речь идет не об отказе от обвинения, а об освобождении лица из предварительного заключения в ожидании суда.

[18] Пункты 6.1 и 6.2 Минимальных стандартных правил Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением [Токийские правила]. Приняты резолюцией 45/110 Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1990 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/tokyo_rules.shtml

1. Требование срочности для доставления правонарушителя к «судье или к другому должностному лицу, которому принадлежит право осуществлять судебную власть по закону»[19] - означает немедленно. Комитет разъяснил, что в большинстве случаев законом устанавливаются более точные предельные сроки (в зависимости от страны), однако «задержка не должна превышать нескольких дней»[20] **с момента задержания и до момента доставки к судье** для определения законности ареста и исключения произвольности задержания. Например, в деле Борисенко против Венгрии гражданин Украины был задержан по подозрению в совершении кражи на территории Венгрии. С момента задержания прошло три дня (72 часа) перед тем, как он был доставлен к судье. Власти посчитали заключение под стражу оправданным, по причине отсутствия у подозреваемого места жительства в Венгрии, сослались на характер преступления и опасение рецидива. Комитет, однако, не принял эти объяснения достаточными для задержания подозреваемого на этот срок и признал такую задержку противоречащей п. 3 ст. 9 МПГПП.[21] Незамедлительность или срочность доставления подозреваемого к судье не предусматривает никаких исключений для их соблюдения. В тоже время, направленность международных норм на допущение задержки в «несколько дней» усиливает обеспечение задержанного лица иными процессуальными гарантиями.

2. Положение о проведении суда в разумные сроки подразумевает обеспечение приоритетного права на рассмотрение дела судом (в случаях, когда лицо находится в предварительном заключении). Международные документы не определяют с точностью «разумные сроки» (количество часов, недель), но дают общий ориентир для достижения «золотой середины» между соблюдением права на личную свободу и защитой интересов общества. Так, Комитет пояснил, что в п. 3 ст. 9 идет **речь об общем сроке содержания под стражей до начала судебного разбирательства**. В связи с чем, члены Комитета выразили свое мнение о том, что «содержание под стражей до судебного разбирательства должно рассматриваться как исключительная мера[22], и срок его должен быть как можно более коротким».[23] Комитет признал, что должно предоставляться право «на освобождение под залог, кроме тех случаев, когда существует вероятность того, что обвиняемый скроет или

---

[19] В практике Комитета ООН по правам человека неоднократно принимались решения касательно права подозреваемого на судебный контроль над его содержанием под стражей. В частности, в одном из своих решений Комитет пришел к выводу, что «… государственный прокурор не может рассматриваться как должностное лицо, обладающее институциональной объективностью и беспристрастностью, необходимыми, чтобы считаться «должностным лицом, которому принадлежит право осуществлять любую судебную власть», по смыслу пункта 3 статьи 9», что является нарушением положения п. 3 ст. 9. См. далее: Кальдаров против Кыргызстана, пар. 8.2. URL: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/472/67/PDF/G1147267.pdf?OpenElement

[20] Пункт 2 Замечания общего порядка № 8 к статье 9 МПГПП. Комитет по правам человека (16 сессия, 1982 год). URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=38

[21] Обращение № 852/1999, Rostislav Borisenko v. Hungary, CCPR/C/76/D/825/1999, пар. 4.6, 7.4.

[22] Аналогичное требование содержится в п. 6.1 Минимальных стандартных правил ООН в отношении мер, не связанных с тюремным заключением («Токийские правила»). Приняты резолюцией 45/110 Генеральной Ассамблеей от 14 декабря 1990 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/tokyo_rules.shtml

[23] Пункт 3 Замечания общего порядка № 8 к статье 9 МПГПП. Комитет по правам человека (16 сессия, 1982 год). URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=27&Itemid=38

уничтожит доказательства, повлияет на свидетелей, или же убежит от правосудия».[24] В 2012 г. органами следствия и прокурорами залог избирался в 0,01% случаев, домашний арест в 0,56% случаев, подписка о невыезде в 56% случаев, арест в 41% случаев. Суд отказал в избранной мере пресечения – аресте – только в 5% случаев. В свою очередь 80% лиц задержанных в порядке ст.132 УПК РК подверглись аресту по ст.150 УПК РК.[25]

3. В практике применения МПГПП и Европейской конвенции по защите прав и основных свобод (далее – ЕКПЧ) при оценке разумности общего срока предварительного заключения учитывались в совокупности **основные факторы** как: сложность дела, характер наказания, поведение заявителей, поведение властей. Кроме этого, упоминались и индивидуальные обстоятельства той или иной страны, такие как недостаток бюджетных средств на администрирование уголовного правосудия или трудное экономическое положение страны.[26] Сложность дела охватывает характер и тяжесть преступления, количество предъявленных обвинений, характер необходимого расследования и количество вовлеченных правонарушителей. Данный фактор влияет на обоснование продолжительного срока содержания под стражей, однако брать за достаточное основание какой-либо из его составляющих, как и основываться только на степени наказания за вменяемое правонарушение неверно.[27] В 2009 г. Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека (далее – БДИПЧ/ОБСЕ) рекомендовало Казахстану отказаться от такого подхода и практики санкционирования ареста только по мотивам тяжести обвинения, а также учитывать индивидуальные обстоятельства каждого дела.[28] Однако, исходя из статистических данных, можно сделать вывод, что в период с 2009 по 2012 годы в среднем 80,3% ходатайств о применении ареста как меры пресечения были удовлетворены судами первой инстанции на основании совершения лицом тяжкого или особо тяжкого преступления. Тогда как основания, характеризующие риски, связанные с нанесением ущерба следствию[29], применялись значительно реже и в среднем на тот же отчетный период составили 16% от числа удовлетворенных ходатайств.[30]

---

[24] Обращение № 526/1993, M. and B.Hill v. Spain, para. 12.3.

[25] Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. URL: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat

[26] Обращение № 336/1988, N. Fillastre v. Bolivia. UN doc. CCPR/C/43/D/336/1988, пар. 4.6, 6.5. URL: http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/f306b037a7b4cb6641256d640055beef?OpenDocument

[27] Рекомендация (2006) 13 Комитета Министров Совета Европы «О временном заключении, условиях, в которых оно исполняется и создании гарантий против злоупотреблений». URL: http://www.wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1041281&Site=CM, Мацей Бернатт, Анна Копаня. «Стандарты применения временного ареста в свете международных стандартов защиты прав человека». – С. 10, 12. URL: http://www.hfhrpol.waw.pl/uzbek/ru/images/stories/file/Bernat_tymczasowe_ru.pdf

[28] Аналитический Отчет БДИПЧ/ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 6. URL: http://www.osce.org/ru/odihr/77358

[29] Такие основания как: розыск, попытка скрыться от следствия, отсутствие постоянного места жительства, не установленная личность, нарушение ранее избранной меры пресечения, международный розыск.

[30] Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. URL: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat. См. также:

4. Практика Комитета показывает, что длительное содержание под стражей может быть оправданным в случае, если «это диктуется необходимостью не допустить попытки **скрыться** или помешать собиранию доказательств», но при этом власти должны опираться на индикаторы таких случаев.[31] При этом, требуются достаточные обоснования для продления сроков заключения под стражей и в случае, если «результаты следствия могут быть достигнуты путем применения менее жестких мер, они должны применяться». Комитет пришел к выводу, что «простого предположения» не достаточно, чтобы «обосновать исключения к п. 3 ст. 9», а именно обосновать вероятность побега обвиняемого и на основании этого предположения отказать ему в освобождении под залог и продлевать его содержание под стражей в течение 22 месяцев. «Власти не предоставили информацию о том, какие конкретные факторы такой вероятности легли в основу и почему не были рассмотрены другие меры для освобождения».[32]

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) также подчеркнул, что «опасность побега не должна мериться исключительно строгостью наказания, а должна оцениваться с точки зрения других факторов, которые могут либо подтвердить существование угрозы побега либо указать на ее незначительность, что не может обосновать содержание под стражей до суда».[33] Позиция правоприменительной практики ЕСПЧ исходит из того, что **при наличии всех четырех оснований** для заключения, подозреваемый может находиться под стражей.[34] В 2011 и 2012 годах суды удовлетворили 557 из 12930 и 608 из 13404 ходатайств соответственно о применении ареста на основании попытки скрыться. Риск побега редко оценивается органами следствия (около 4,5% случаев), наряду с этим тяжесть преступления имеет определенное значение.[35]

5. Продление срока предварительного заключения под стражей до 16 месяцев[36] в деле Калдаров против Кыргызстана, по которому наказание предусматривает

Применение мер пресечения в Республике Казахстан 2005-2010 гг. Ежегодник Центра исследования правовой статистики 2010. Алматы. 2011 – с. 303-305, 332.

[31] Обращение № 1369/2005, Кулов против Кыргызстана, CCPR/C/99/D/1369/2005, пар. 8.3.

[32] Обращение № 1178/2003, A. Smanster v. Belarus, CCPR/C/94/D/1178/2003. URL: http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/160f6e7f0fb318e8c1256d410033e0a1/2c9f7ba2c969fb7cc12575210031c05a?OpenDocument

[33] Applicaiton No.16419/90, Yagci and Sargin v. Turkey, paras. 52, 55. URL: http://www.guneydinc.com/aihm-kararlar-ing/case-of-yagci-and-sargin.pdf

[34] См. подробнее: Четыре основания для заключения лица под стражу: 1) существует обоснованное подозрение, что это лицо совершило преступление; 2) существенные основания полагать, что в случае освобождения из-под стражи лицо либо скроется, либо совершит серьезное правонарушение, либо будет препятствовать осуществлению правосудия или будет представлять серьезную угрозу общественному порядку; 3) отсутствует возможность применить альтернативные меры пресечения, чтобы исключить вышеуказанные действия; 4) эта мера применяется в рамках уголовного процесса. См. далее: Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse (Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies). Para. 7. URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1041281&Site=CM

[35] Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. Доступно на сайте: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat.

[36] Обращение № 1338/2005, Soyuzbek Kaldarov v. Kyrgyzstan. CCPR/C/98/D/1338/2005, para. 3.1

смертную казнь, признано нарушением ст. 9. Кроме того, обвинение было предъявлено только спустя три недели с момента задержания, что привело к нарушению требования «срочности» п. 2 ст. 9 МПГПП.[37] Комитет посчитал, что «каждое решение о продлении срока предварительного содержания под стражей должно быть открыто для периодичного контроля для оценки оснований», таким образом, власти должны каждый раз при продлении сроков представлять **более существенные основания**. Таким образом, «должно быть гарантировано право на судебное обжалование длительности задержания» в соответствии с п. 4 ст. 9 МПГПП и возможность освобождения по решению суда.[38]

Аналогичное объяснение дает ЕСПЧ в деле Асенов и др. против Болгарии, что «продолжительность обоснованного подозрения в том, что арестованное лицо совершило преступление, является необходимым условием для законности длительного содержания под стражей, однако по истечению времени оно не может более удовлетворять и необходимо **устанавливать иные основания**». В свете этого условия, важное значение имеет и качество проводимого следствия в отношении лица, находящегося под стражей. В том же деле суд установил, что в течение двух лет, которые понадобились для ведения следствия и передачи дела в суд, «фактически никаких действий не предпринималось: не были собраны новые доказательства и обвиняемый был допрошен лишь раз».[39]

БДИПЧ/ОБСЕ подчеркнуло, что технические проблемы следствия, как незавершение следственных действий или неполучение результатов экспертиз, не должны являться основаниями для продления сроков содержания под стражей.[40] За 2011-2012 годы число удовлетворенных ходатайств о продлении сроков ареста по «другим основаниям» близко к числу дел тяжкой и особо тяжкой категории. Так, в 2011 г. из 3 785 ходатайств – 3 696 удовлетворено по «другим основаниям» и 3 596 из них составили дела о тяжких и особо тяжких преступлениях. В 2012 г. из 3 625 ходатайств – удовлетворено по «другим основаниям» 3 542 и 3 404 ходатайства составили дела о тяжких и особо тяжких преступлениях.[41]

6. Комитет продолжает призывать государства-участники применять менее жесткие меры принуждения, такие как поручительство, освобождение под залог, наложения обязательства явки по требованию.[42] При нахождении лица под стражей и в случае отказа ему в праве быть освобожденным в ожидании суда, следует обеспечить его право на судебное разбирательство в наиболее короткие сроки. Так, в течение срока предварительного заключения, который составил более четырех

---

[37] Обращение № 702/1996, Crifford McLawrance v. Jamaica. CCPR/C/60/D/702/1996, paraы. 5.5, 5.6. URL: http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/fulltextccpr.nsf/ac824e16154a0621c1256d3d003321f6/8bd859bb3ec
9ecf241256d5d004c4dd9?OpenDocument

[38] Обращение № 560/1993, A. v. Australia, CCPR/C/59/D/560/1993, пар. 9.2, 9.4

[39] Дело Асенов и другие против Болгарии, пар. 157-158. Доступно на сайте: http://www.cilevics.eu/minelres/coe/court/assenov.htm

[40] Аналитический Отчет БДИПЧ/ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 38. URL: http://www.osce.org/ru/odihr/77358

[41] Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. URL: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat.

42 Обращение № 1069/2002, Ali Aqsar Bakhtiyary v. Australia, CCPR/C/79/D/1069/2002, пар. 9.3

лет, не была назначена дата судебного разбирательства.[43] В делах по обвинению лиц в совершении особо тяжких преступлений, например, убийства или геноцида, и в случае отказа освобождать их до суда, такие дела «должны рассматриваться в скором порядке насколько это возможно» и «сложная фактическая ситуация» не может обосновывать срок пребывания в заключении свыше трех лет с момента предъявления обвинения и началом суда.[44] Положительная практика ЕКПЧ, на которую целесообразно обратить внимание, гласит, что отказ задержанному в освобождении под залог до суда должен быть оправдан обоснованными и достаточными причинами. В Казахстане в период с 2005 по 2009 годы залог применялся в 0,2 – 0,5% случаях,[45] домашний арест в 2011 – 2012 годах составил 1,04% и 1,18% соответственно.[46] Альтернативные меры пресечения применяются крайне редко, отдавая предпочтение мере исключительной – заключению под стражу, что не соответствует уже озвученным рекомендациям со стороны международных организаций.

1.2. Понятие срочности в стадии судебного разбирательства

В ст. 14 МПГПП предусмотрено право на скорый суд, вне зависимости от того, находится ли обвиняемый в уголовном преступлении под стражей или нет.[47] Аналогичные гарантии содержатся и в п. 1 ст. 6 ЕКПЧ.[48]

1. Члены Комитета пояснили, что гарантия быть судимым без неоправданной задержки касается всех стадий разбирательства дела в суде, и исчисляется **от времени назначения судебного рассмотрения дела и до момента, к которому оно должно завершиться**, и должно быть вынесено судебное решение по нему, включая стадию обжалования.[49] Это право налагает на государство обязанность следить за тем, чтобы разбирательства завершались, и решения были вынесены в разумные сроки. В связи с этим, п. 3(с) ст. 14 МПГПП должен рассматриваться вместе с п. 5, предусматривающим, что «право на пересмотр осуждения и приговора было реализовано без задержки».[50] Для этого осужденный должен иметь доступ к судебным решениям всех стадий обжалования **без промедлений**.[51] Принято считать, что «право быть судимым незамедлительно характеризуется максимой «отложенное правосудие есть отказанное правосудие»[52], поэтому соблюдение

---

43 Обращение № 386/1989, Famara Kone v. Senegal, CCPR/C/52/D/386/1989, пар. 8.6

44 Обращение № 473/1991, Insidora Barroso v. Panama, CCPR/C/54/D/473/1991, пар. 8.5

45 Применение мер пресечения в Республике Казахстан 2005-2010 гг. Ежегодник Центра исследования правовой статистики 2010. Алматы. 2011 – С. 341

46 Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. Доступно на сайте: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat

47 *«Каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:*
… (с) быть судимым без неоправданной задержки»;

48 *каждому «при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок…»*

49 Замечание Общего порядка № 13 – статья 14 (Отправление правосудия). HRI/GEN/1/REV/ 9 (Vol. I), пар. 10, С. 239-240

50 Обращение № 210/1986 и № 225/1987, E. Pratt and I. Morgan v. Jamaica, GAOR, A/44/40, пар. 13.3

51 Обращение № 663/1995, McCordie Morrison v. Jamaica, CCPR/C/64/D/663/1995, пар. 8.5

52 Руководство Международной Амнистии по справедливому судопроизводству. С. 106

данного права связывается с недопущением вреда обвиняемому и его защите. В частности, при длительных сроках разбирательства может пострадать качество добытых доказательств, свидетели могут забыть детали случившегося, а вред, нанесенный репутации человека, который находится под стражей, зачастую просто невосполним.

2. Комитет при оценке задержки принимает во внимание пребывание обвиняемого под стражей, сложность дела, поведение самого обвиняемого и поведение властей.[53] Особенно важно ускорять судебные разбирательства дел обвиняемых, находящихся в предварительном заключении и не допускать длительных задержек.[54] Комитет уточняет, что бремя обоснования любой задержки и доказывание сложности дела остается на государстве.[55] В деле Хилл против Испании среди причин «недопустимых задержек» Комитет отметил «сложные обстоятельства дела», однако власти не предоставили информацию, указывающую на эти сложности. Наоборот, в ходе судебного следствия был заслушан один свидетель, в деле отсутствовали материалы, свидетельствующие о необходимости проведения дополнительных следственных действий, что говорит о «незапутанном деле». По мнению Комитета, частично задержка может быть оправдана решением обвиняемых о смене адвокатов. В данном деле срок составил один год и четыре месяца между предъявлением официального обвинения и назначением судебного рассмотрения, вторая задержка произошла на стадии апелляции, жалоба по которой не была рассмотрена в течение двух лет.[56] В деле, по которому уже осужденное лицо подало апелляцию на приговор суда первой инстанции, прошло три года и один месяц до принятия решения по его жалобе Комитет посчитал этот срок превышающим переделы разумного.[57]

3. В практике ЕСПЧ касательно сроков проведения расследования и рассмотрения дел в судах учитывается, что определение продолжительности судебного разбирательства начинается с момента, когда лицу предъявляется обвинение и заканчивается в день, когда дело прекращается или обвинение подтверждается решением суда самой высшей инстанции.[58] Также, суд определил, что органы судебной системы должны назначать судебные слушания в более плотном графике, чтобы ускорять производство по делам.[59] Именно суд несет ответственность за организацию производства по рассмотрению уголовных дел. В деле Ягси и Саргин против Турции действия суда по делам государственной безопасности штата признаны нарушающими право на справедливое судебное разбирательство в разумные сроки. Так, судом в течение двух с половиной лет «было проведено 20 заседаний»; заявители в итоге были оправданы судом только

[53] Аналогичные критерии оценки сроков разбирательства применяются в практике Европейского Суда по правам человека. См. Case of Kemmache v. France (Application No. 12325/86, 14992/89), para.50

[54] Communication No. 473/1991, Barroso v. Panama, CCPR/C/54/D/473/1991, par. 8.5, Communication No. 818/1998, Sextus v. Trinidad and Tobago, CCPR/C/72/D/818/1998, par. 7.2

[55] Communication No. 526/1993, Michael and Brian Hill v. Spain, CCPR/C/59/D/526/1993, par. 12.4

[56] Сообщение № 526/1993, Michel and Brian Hill v. Spain, Доклад КПП, том II, GAOR, Дополнение № 40 (A/52/40), пар.12.4

[57] Обращение № 796/1998, Lloyd Reece v. Jamaica, CCPR/C/78/D/796/1998, пар. 7.5

[58] См. подробнее: http://creditors.chat.ru/EC_article6_comm.html

[59] См. Дело Панченко против России (Жалоба № 45100/98)

через шесть месяцев после вступления в силу закона, предусматривающего отмену наказания за преступления, в совершении которых они обвинялись.[60]

Международные стандарты провозглашают исключительность досудебного лишения свободы на длительные сроки, призывают применять альтернативные меры принуждения и стремиться ускорять сроки производства по делам, где подозреваемые находятся под стражей. Кроме этого, право на освобождение под залог является ключевой гарантией от неоправданного лишения человека свободы, кроме конкретных случаев реальной угрозы воспрепятствования расследованию и побега. На суд возлагается обязанность организовать рассмотрение дел должным образом с целью соблюдения всех сроков. Отрадно отметить, что за 2011 и 2012 годы при рассмотрении уголовных дел нарушений процессуальных сроков допущено не было, наряду с этим снизилось количество оконченных уголовных дел (43676 в 2012 году против 48627 в 2011).[61]

Глава 2. Обзор действующего процессуального законодательства с учетом положений проекта новой редакции УПК в контексте требования срочности и соблюдения разумных сроков в уголовном судопроизводстве.

При определении процессуальных сроков в национальном законодательстве берется в основу теоритическое понятие. «Процессуальный срок – это установленный УПК период времени, в течение которого должны совершаться процессуальные действия или в течение которого от совершения этих действий следует воздержаться».[62] Соблюдение сроков гарантирует справедливость всего уголовного процесса и обеспечивает выполнение задач уголовного преследования. Однако, длительность тех или иных сроков для процессуальных действий вызывает обеспокоенность особенно в отношении лиц, лишенных свободы на досудебной стадии производства и непосредственно в стадии судебного разбирательства, несовершеннолетних.

2.1 Требование срочности на досудебной стадии уголовного производства

1. Согласно действующему УПК (далее – УПК РК) п. 5 ст. 54 срок задержания подозреваемого исчисляется с момента (часа) фактического применения этой меры[63]. Данная норма соответствует выводам Конституционного Совета Республики

---

[60] Дело Наби Ягси и Нихат Саргин против Турции. Бюллетень Конституционного правосудия. – С. 109. URL: http://www.venice.coe.int/Files/Bulletin/Special_Bulletin_Leading_Cases_ECHR_RUS.pdf

[61] См. Об итогах отправления правосудия в Республике Казахстан за 2012 год. URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/

[62] URL: http://www.pravo.vuzlib.org/book_z079_page_91.html

[63] Верховный Суд РК под фактическим задержанием согласно действующего УПК понимает «лишение лица возможности передвигаться и совершать иные действия по своему усмотрению (захват, физическое удержание, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или оставаться на месте)», - см. подробнее: Нормативное Постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28.12.2009 № 7 «О применении уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким и унижающим человеческое достоинства видам обращения и наказания», пар. 2

Казахстан[64], который дополнительно установил два момента. Во-первых, что «*законодателем могут быть установлены и меньшие, в пределах семидесяти двух часов, сроки для принятия соответствующего решения»* в отношении задержанного лица. Во-вторых, определены моменты начала и конца для исчисления срока задержания, а именно «*час с точностью до минуты, когда ограничение свободы задержанного лица… стало реальным, независимо от придания задержанному какого-либо процессуального статуса. Моментом окончания этого срока является истечение семидесяти двух часов, исчисляемых непрерывно со времени фактического задержания»*. Следовательно, законодатель имеет возможность сократить срок содержания под стражей до суда до 48 часов, однако этот вопрос не нашел своего разрешения в проекте, в п. 5 ст. 128 которого вводится временной отрезок задержания от момента фактического задержания и не превышая 72 часов. Ранее Казахстану уже были даны рекомендации БДИПЧ/ОБСЕ и Специального докладчика ООН по пыткам ограничить срок задержания без судебной санкции до 48 часов максимум.[65]

2. Согласно п. 1 ст. 134 УПК РК «в срок не более трех часов с момента фактического задержания следователь или дознаватель составляет протокол о задержании», после чего подозреваемому разъясняются его права, в том числе право на защиту. В соответствии с п. 2 ст. 68 и п. 1 ст. 216 УПК РК в случае задержания подозреваемого, допрос осуществляется в течение 24 часов «с момента задержания» при обеспечении права на свидание наедине и конфиденциально до первого допроса с избранным им или назначенным защитником. Однако, следует отметить, что в законе не определено понятие «фактическое задержание», отсутствует механизм обеспечения задержанных правом на адвоката с момента фактического задержания, правом на телефонный звонок. Фактически, в течение длительного периода времени до составления протокола задержанный пребывает в неопределенном статусе и может стать жертвой злоупотреблений со стороны должностных лиц. Органам внутренних дел, осуществляющим задержания подозреваемого лица, не предписано разъяснять права при задержании, и не указано в течение которого времени задержанный подлежит доставлению в ОВД.[66] Данные вопросы находят свое разрешение в проекте отчасти. В части 28 ст. 7 проекта дается определение фактическому задержанию, и на органы уголовного преследования налагается обязанность информировать подозреваемого о его правах (п. 2 ст. 64 проекта); согласно п. 3 ст. 64 проекта подозреваемый в случае задержания «должен быть допрошен в течение 24 часов с момента составления протокола о задержании», который в свою очередь в соответствии с п. 2 ст. 131 и п. 1 ст. 129 проекта составляется по истечении трех часов с момента доставления

---

[64] См.: Нормативное Постановление Конституционного Совета РК «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков» от 13.04.2012 г. № 2. Доступно на сайте: http://www.constcouncil.kz/rus/resheniya/?cid=11&rid=783

[65] Аналитический Отчет БДИПЧ/ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 21. Доступен на сайте: http://www.osce.org/ru/odihr/77358, Доклад Специального докладчика ООН по пыткам и иных формам бесчеловечного и жестокого обращения и наказания М. Новака по итогам визита в Казахстан в 2009 г. С. 21. URL: http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/kazakhstan_unsrt_2009_report.pdf

[66] См.: Приказ Министерства внутренних дел «Об объявлении правил патрульной службы МВД Республики Казахстан по обеспечению охраны общественного порядка и безопасности» от 06.04.2001 г. N 300, пункты 150-158. URL: http://kazakhstan.news-city.info/docs/sistemsg/dok_oerdvo/index.htm

задержанного в орган уголовного преследования для выяснения его причастности к совершенному преступлению. Представляется необходимым указать в законе время составления протокола с момента фактического ограничения лица свободы (особенно, если лицо находится в передвижном транспорте) и извещения задержанного о его праве на защиту в момент фактического задержания (до придания ему статуса подозреваемого).

3. Статья 129 проекта вводит понятие краткосрочного задержания – или доставления сроком до трех часов, цель которого выяснить причастность лица к преступлению. Очевидно, что такое задержание допустимо при обнаружении лица в момент совершения преступления или непосредственно на месте преступления. Однако, в целом такая ситуация не совсем соответствует положениям п. 3 ст. 9 МПГПП, где четко указано, что каждое задержанное по уголовному обвинению лицо **в срочном порядке** доставляется к судье для проверки наличия достаточных оснований для ареста и определения необходимости задержания до суда. В международном праве нет деления на кратковременное или долгосрочное задержание.[67] Акт задержания, или арест, должен подвергаться судебному контролю на самой ранней стадии для возможности пресечения незаконного задержания, «исчезновений», применения пыток и освобождения лица до назначения суда. В Казахстане же сложилась практика, когда суд санкционирует содержание под стражей как меру пресечения по истечении 72 часов, и соответственно продлевает его сроки.[68] Тогда как о произведенном задержании уведомляется прокурор, а не судья. Очевидно, что это отвечает задачам прокуратуры по ведению надзора за предварительным следствием. Однако, при обеспечении каждого задержанного реальной возможностью встретиться с судьей, эффективнее стал бы применяться судебный контроль и соблюдался бы в полной мере принцип презумпции невиновности.[69]

4. В статье 138 УПК РК, как и в ст. 135 проекта, предусмотрен срок уведомления родственников задержанного лица о его месте нахождения в течение 12 часов. Данная статья в предложенной редакции не полностью раскрывает право задержанных на общение с внешним миром, а предложенный срок видится достаточно длительным для обеспечения данного права. Каждое задержанное лицо имеет право сообщить о себе семье или близким людям, прежде всего лично, либо при помощи властей. Информация о себе должна содержать факт задержания и место содержания, более того, она должна быть передана немедленно.[70]

---

[67] Аналитический Отчет БДИПЧ/ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 18. URL: http://www.osce.org/ru/odihr/77358

[68] Комитет ООН против пыток уже рекомендовал Казахстану сократить срок действующий срок задержания в 72 часа и наряду с этим избегать длительных сроков содержания под стражей и предварительного заключения до суда. См.: Report of the Committee against Torture. Twenty-fifth session (13-24 November 2000) Twenty-sixth session (30 April-18 May 2001). Fifty-sixth session Supplement No. 44 (A/56/44), para. 129(g). P. 54. URL: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/f327aba841fb8eb3c1257038002d1ecd/$FILE/G0143626.pdf

[69] См.: Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Леонардо Деспуи. Комиссия по правам человека, Шестьдесят первая сессия, 7 января 2005 г. E/CN.4/2005/60/Add.2. Пар. 82. URL: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/102/65/PDF/G0510265.pdf?OpenElement

[70] См.: принципы 16(1), (4) и 15 Свода принципов защиты всех лиц, подвергающихся задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, правило 92 Единых стандартных правил обращения с заключенными

5. В статье 140 УПК РК дается исчерпывающий перечень мер пресечения, среди которых предлагаются шесть альтернативных содержанию под стражей мер. Проект не вводит каких-либо дополнительных мер пресечения. Согласно ст. 139 УПК РК основаниями для применения меры пресечения являются риск того, что лицо скроется от следствия или суда, либо воспрепятствует объективному расследованию и разбирательству дела в суде, или будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а также для обеспечения исполнения приговора. Аналогичные основания нашли свое место и в проекте (п. 1 ст. 136). Однако Генеральная Прокуратура указала «применять арест в отношении подозреваемых только в исключительных случаях. К несовершеннолетним арест применять лишь в случаях невозможности применения иной меры пресечения».[71] БДИПЧ/ОБСЕ в своих рекомендациях не раз подчеркивало о необходимости исключить «обеспечение приговора» из перечня оснований для выбора меры пресечения, как практики, противоречащей презумпции невиновности.[72]

6. Согласно ст. 151 проекта минимальный срок предварительного содержания под стражей составляет два месяца, с последующим его продлением до трех, девяти и 12 месяцев. Нововведением является дальнейшее продление срока до 18 месяцев «лишь с исключительных случаях, в отношении лиц, подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений, преступлений в составе преступной группы, а также иных террористических и /или экстремистских преступлений». Следует отметить, что исключительно тяжесть преступления не может выступать основанием для продления сроков заключения. В сравнении с действующим п. 4 ст. 153 УПК РК предельный срок ареста составляет 12 месяцев. Дальнейшее продление сроков не допускается (п. 5 ст. 153 УПК РК). Не совсем понятно, почему появилась необходимость вводить продление срока содержания под стражей до 18 месяцев, когда в 2012 году в отношении 91% лиц содержащихся под стражей следствие было завершено в двухмесячный срок, и лишь 9% лиц содержались под стражей с продлением сроков, но не более 9 месяцев.[73] В суды поступил только 1,04% (40) ходатайств о продлении срока ареста до 12 месяцев в отношении обвиняемых в совершении преступлений тяжкой (24 ходатайства) и особо тяжкой (16 ходатайств) категорий. Все они были удовлетворены судом без рассмотрения каких-либо иных оснований для продления сроков. Очевидно, что уже существующие сроки в 12 месяцев используются нечасто, а предоставление возможности продлять сроки до 18 месяцев исходя исключительно из тяжести преступления лишь поспособствует злоупотреблениям со стороны органов следствия.

7. Согласно ст. 152 проекта срок содержания под стражей исчисляется с момента «заключения подозреваемого под стражу до уведомления его об окончании производства следственных действий и разъяснении права ознакомиться с материалами уголовного дела». Действующий УПК РК в п. 15 ст. 153 определяет

---

[71] См.: Инструкция об организации прокурорского надзора за законностью предварительного следствия и дознания. Утверждена Приказом Генерального Прокурора Республики Казахстан
от 7 января 2003 года N 1, п. 39. URL: http://195.12.104.236/kk/doc/show/V030002147_

[72] Аналитический Отчет БДИПЧ/ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 38-39. URL: http://www.osce.org/ru/odihr/77358

[73] Исходные данные, полученные с Информационного сервиса Комитета по правовой статистике и специальным учетам Генеральной Прокуратуры Республики Казахстан. URL: http://service.pravstat.kz/portal/page/portal/POPageGroup/Services/Pravstat

общий срок ареста «с момента заключения обвиняемого, подозреваемого под стражу до направления прокурором дела в суд». Законодатель предлагает не учитывать время ознакомления с материалами уголовного дела подозреваемым, обвиняемым и его защитником в срок содержания под стражей. В данной ситуации затрагивается и право на предоставление достаточного времени для подготовки к защите, которое должно приниматься во внимание при определении сроков досудебного производства в законодательстве страны. Комитет считает приемлемым предоставить обвиняемому возможность ходатайствовать перед судом об отложении разбирательства на основании того, что ему не было предоставлено достаточно времени для подготовки защиты,[74] однако сроки первичного ознакомления с материалами следует учитывать при расчете сроков заключения под стражей. Также играет значение, насколько интенсивно подозреваемое или обвиняемое лицо сношалось с защитником в ходе следствия, имелся ли доступ к материалам следственных действий у защитника. Согласно разъяснениям Комитета, общий срок содержания под стражей должен исчисляться с момента ареста (акта задержания) и до начала судебного рассмотрения (во многих решениях Комитета фигурирует момент «назначение судебного заседания»). Таким образом, предлагаемый срок исчисления не в полном объеме соответствует требованиям МПГПП.

8. Статья 192 проекта определяет для проведения досудебного расследования разумные сроки. А именно, «разумный срок по конкретному делу, по которому выдвинуто подозрение лицу совершившему преступление, не должно превышать одного месяца по делам, по которым производится дознание, а по делам, по которым производится предварительное следствие, не более 2 месяцев». Следовательно, по общему правилу в течение 2 месяцев должно завершится следствие и подозреваемому предъявляется обвинение. Отсчет времени начинается со дня регистрации заявления (сообщения) и до момента передачи дела прокурору. Далее, срок следствия может быть продлен до 3 и 12 месяцев исключительно в силу сложности (особой сложности) дела. В соответствии с п. 8 ст. 192 проекта подозреваемый и потерпевший «вправе обжаловать необоснованное затягивание расследования и подать ходатайство прокурору об установлении конкретного срока» для завершения расследования в полном объеме. Можно сделать вывод, что срок следствия свыше 12 месяцев можно расценивать как затягивание процесса. Однако, в совокупности с ч. 16 п. 1 ст. 193 проекта прокурор вправе устанавливать разумные сроки следствия и продлевать их. Таким образом, в случае затягивания расследования подозреваемый имеет возможность подать жалобу лицу, определяющему эти самые сроки. Существующий механизм подачи жалобы прокурору не является эффективной мерой защиты по причине статуса прокурора и его участия в судебном разбирательстве на стороне обвинения, что не дает достаточных гарантий их независимому и беспристрастному рассмотрению. Представляется необходимым внедрить в закон судебные меры защиты в случаях допущения затягивания следствия, таким образом расширяя функции судебного контроля. Необходимость продлевать сроки следствия до 18 месяцев ставится под сомнение, так как согласно данным за 2012 год

[74] Руководство по справедливому судопроизводству. Международная амнистия. М.: Издательство «Права человека», 2003. – С. 59

2.2 Разумные сроки на стадии судебного рассмотрения

1. Позиция судебной власти относительно рассмотрения дел в суде в разумные сроки была представлена в Нормативном Постановлении Верховного Суда РК, согласно которому «разумный срок завершения судебного разбирательства предполагает не только соблюдение пределов установленного законодательством сроков судопроизводства, но и возможность его завершения в более краткий срок, исходя из конкретных обстоятельств рассматриваемого дела».[75] Согласно оценкам отдельных экспертов минимальный срок в четыре с половиной месяца на совершение процессуальных действий органами следствия и судом с момента подачи заявления о преступлении и до оглашения приговора (по делам небольшого объема и не представляющим особой сложности) представляется длительным. Кроме этого, отмечается, что это влечет снижение качества правосудия и нарушает права подследственных и подсудимых лиц.[76]

2. Согласно ст. 319 проекта в срок, не позднее пяти дней с момента поступления дела в суд, судья обязан вынести постановление о принятом решении по делу: назначать предварительное слушание либо главное судебное разбирательство. Таким образом, после поступления дела в суд, оно может быть сразу рассмотрено по существу, кроме случаев, предусмотренных п. 1 ст. 321: приостановления производства по делу, направления по подсудности, прекращения дела, соединения уголовных дел, рассмотрения ходатайств сторон, в том числе о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей. Согласно п. 4 ст. 322 проекта главное судебное разбирательство должно начаться не ранее трех суток после надлежащего извещения сторон о времени и месте его проведения и не позже 15 суток после вынесения постановления о назначении судебного разбирательства. Само же главное судебное разбирательство должно быть окончено в месячный срок (однако, из предложенной редакции не совсем понятно с какого момента: либо с момента назначения главного разбирательства либо со дня проведения первого заседания). Проект предусматривает «исключительные случаи» для продления этих сроков, однако, не уточняет на какой период и в каких конкретных случаях. Согласно практике судов, причинами продления сроков являются неявка подсудимого и потерпевших, неэтапирование подсудимых на судебное заседание, неявка в суд прокурора, розыск подсудимого и необходимость проведения дополнительной экспертизы.[77] Схожая тенденция сохранялась в 2005-2006 годах: основными причинами несостоявшихся судебных заседаний являлись неявка участников процесса (42%) и пропуск по техническим причинам (23,5%), например, подсудимый не был ознакомлен с обвинительным заключением, недостаточно мест в зале, конвой не доставил подсудимого.[78] Очевидно, что причины носят организационный

[75] См.: Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан», п. 13. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30197893&sublink=1300

[76] См. подробнее: Юрченко Р.Н. Об упрощенном досудебном производстве по уголовным делам в Республике Казахстан. Центр исследования правовой политики. Алматы, 2009. URL: http://www.zakon.kz/162129-ob-uproshhennom-dosudebnom-proizvodstve.html

[77] См.: Обзор судебной практики рассмотрения уголовных дел в сокращенном порядке судами Республики Казахстан за 2003 год. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049634

[78] Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005 – 2006 годы. Отчет. – Алматы, 2007. – с. 46-49

характер, в связи с чем Казахстану было рекомендовано создать эффективную систему планирования заседаний, неукоснительно соблюдать процедуру информирования участников процесса. Данные рекомендации остаются актуальными и на сегодяшний день.

3. После назначения главного судебного разбирательства судья обязан обеспечить стороны возможностью ознакомления с теми материалами дела, с которыми они не были ознакомлены на досудебной стадии производства. В тоже время, согласно ст. 328 проекта неясно в течение какого срока стороны могут знакомиться с материалами дела и «выписывать из них необходимые сведения». В контексте п. 3(b) ст. 14 МПГПП каждый имеет право «… достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником…». Данное право уравновешивает право на судебное разбирательство в разумные сроки, поскольку время, выделенное для ознакомления с материалами дела, не входит в «разумный срок» рассмотрения дела. Представляется, что «достаточное время» - это разумное количество дней/часов для изучения материалов дела, исходя из обстоятельств дела, учитывая доступ к документам и свидетельским показаниям и возможность сноситься с защитником,[79] помимо выписывания сведений.

4. Как в действующей редакции УПК, так и в проекте сроки подачи и порядок направления апелляционных жалоб/протестов не претерпели изменений. В части продления сроков рассмотрения дела в апелляционной инстанции ст. 425 проекта предусматривает последующее продление сроков рассмотрения дела по уважительным причинам на один месяц. Аналогичная ситуация складывается и в действующем УПК в ст. 406. Однако, проект предусматривает неограниченное количество продлений сроков рассмотрения жалобы в апелляционной инстанции по постановлению председателя коллегии областного суда, что может отрицательно повлиять на значение разумности сроков судопроизводства.

5. Считается, что производство в кассационной и надзорной инстанциях является наиболее длительным и затяжным. Согласно действующему УПК (п. 5 ст. 446-1) кассационная жалоба/протест могут быть поданы в течение 6 месяцев со дня вступления приговора в законную силу (если это приговор суда первой инстанции) или с момента оглашения приговора или постановления апелляционной коллегии суда, за исключением оснований, указанных п. 6 этой же статьи. В соответствии со ст. 446-4 УПК РК срок рассмотрения дела составляет один месяц (или меньше) со дня его поступления в кассационную инстанцию. Опять таки, срок может быть продлен неограниченное количество раз, но каждый раз не более чем на один месяц, по решению суда ввиду сложности или большого объема дела, а также при наличии иных уважительных причин. Идентичная ситуация складывается и ст. 451 проекта.

6. Как в действующем УПК, так и в проекте для пересмотра дела в порядке надзора предусмотрено два срока. Первый срок в один месяц со дня поступления ходатайства отводится для предварительного рассмотрения самого ходатайства о пересмотре вступивших в законную силу судебных актов (при истребовании дела – по получении дела). Второй срок также в один месяц со дня передачи дела в надзорную инстанцию для рассмотрения самого дела в надзорном производстве

[79] Замечание общего порядка № 13 (статья 14) Комитета ООН по правам человека. пар. 9

(ст.ст. 463-465 УПК РК и 490-492 проекта). Согласно п. 2 ст. 467 УПК РК и п. 2 ст. 494 проекта «после разрешения заявленных отводов и ходатайств суд принимает решение о продолжении слушания либо о его отложении». Исходя из упоминания о возможном отложении слушания, неясно какие причины принимаются судом во внимание. В ранее обсуждаемых вариантах редакции проекта не упоминалось о продлении срока рассмотрения дела, то есть любые паузы между слушаниями не могли длиться настолько долго, чтобы не выйти за рамки одного месяца. Однако, ст. 292 проекта новой редакции сохранила положение о продлении срока неограниченное количество раз не более чем на месяц. Таким образом, значение разумности сроков судебного разбирательства подвергается определенным злоупотреблениям, что противоречит требованиям МПГПП.

Рекомендации

1. Право на личную свободу наряду с правом лица на судебное разбирательство в разумные сроки должны быть закреплены на уровне закона с целью обеспечения презумпции невиновности и справедливого уголовного процесса.

2. В ходе досудебного производства представляется необходимым сократить срок задержания до явки задержанного перед судьей до 48 часов. Обеспечить исполнение рекомендаций, данных в рамках проекта «Мониторинг судебного санкционирования ареста в Республике Казахстан». С учетом достаточно широкого перечня альтернативных лишению свободы мер пресечения, необходимо обеспечить их применение на практике, тем самым сократить до минимума содержание под стражей.

3. Принимая во внимание рекомендации БДИПЧ/ОБСЕ, а также практику Комитета ООН по правам человека, необходимо привести проект новой редакции УПК к стандартам соблюдения права на справедливое уголовное разбирательство и отказаться от применения «тяжести преступления» как исключительного основания для санкционирования ареста и продления сроков содержания под стражей.

4. Сохраняя действующие сроки содержания под стражей, отказаться от введения еще более длительного срока досудебного заключения до 18 месяцев, принимая во внимание предлагаемые причины его применения.

5. Рассмотреть возможность пересмотра исчисления общего срока содержания под стражей и привести его в более полное соответствие с рекомендациями Комитета ООН по правам человека.

6. Представляется необходимым разработать и закрепить законодательно процедуру, позволяющую гражданину обжаловать в суде чрезмерно длительные сроки судебного разбирательства и досудебного производства как непосредственно в ходе их проведения, так и после их окончания. Закон должен называть средства судебной защиты от длительных сроков и указывать какое возмещение будет обеспечено в случае допущения таковых (помимо денежной компенсации довольно эффективными средствами служат сокращение срока приговора или уменьшение суммы штрафа, отсрочка приговора, освобождение от оплаты судебных издержек, смягчение условий приговора).

7. К соблюдению сроков производства по делам ведет качественное управление временем или сроками в уголовном процессе. В данном контексте следует особо изучить и применить уже разработанную методику по управлением временем, которая базируется на следующих составляющих этапах: установить реалистичные сроки для каждой стадии процесса, обеспечить соблюдение сроков, осуществлять постоянный мониторинг количества нерешенных дел, разработать политику управления процедурами, следить за загруженностью судей.[80] Является целесообразным предусмотреть в судоустройстве позиции менеджеров (не из числа судей) в судах, чьи функции бы сводились к организации деятельности судей и суда в целом.

8. Предусмотреть в законе четкие временные сроки для назначения перерывов между слушаниями по делам особой сложности, а также определить порядок продления апелляционного и кассационного производства по постановлению председателей судов, избегая возможностей злоупотреблений при продлении сроков неограниченное количество раз. В связи с чем, представляется необходимым внедрять более тесные контакты между судьей, прокурором и защитником в целях более детального планирования рассмотрения каждого конкретного дела с учетом его обстоятельств и занятости сторон.

Сентябрь, 2013 г.

[80] Следует отметить работу Европейской Комиссии по эффективности правосудия (CEPEJ), которая была основана 18 сентября 2002 г. Резолюцией Res(2002)12 Комитета Министров Совета Европы. В частности, в рамках ее деятельности была создана Исследовательская сеть по изучению и анализу использования судебного времени (SATURN Centre). В ходе своей работы, специалисты собирают информацию о судебных сроках в странах-членах ЕС и помогают правительствам стран применять политику, нацеленную на предотвращение нарушений права на судебное разбирательство в разумные сроки, гарантированное ст. 6 ЕКПЧ. В частности, был представлен Краткий Отчет «О лучшем опыте по управлению временем в судебных разбирательствах» в 2006 г. (URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2006)13&Sector=secDGHL&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6), а также разработано Руководство по управлению временем в судах в 2008 г., в котором содержатся основные принципы организации деятельности судов и оценки эффективности их деятельности с учетом соблюдения процессуальных сроков (URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2008)8Rev&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=eff2fa&BackColorIntranet=eff2fa&BackColorLogged=c1cbe6).

ЧЕРНОБИЛЬ Т.
Независимый консультант по
международному праву в области прав человека

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ ЗАЩИТЫ ОТ ПЫТОК В КАЗАХСТАНЕ[81]

Введение

Гарантии защиты от пыток относятся к так называемым «позитивным обязательствам» государства, согласно которым государство обязуется не просто не применять («негативное обязательство») пытки, но и соглашается, согласно статье 2 Конвенции ООН против пыток[82], «предпринима[ть] эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры для предупреждения актов пыток на любой территории под его юрисдикцией».

Гарантии защиты от пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания обеспечивают реализацию права каждого на достоинство и личную неприкосновенность. Право на достоинство утверждается в Преамбуле к Международному пакту о гражданских и политических правах[83], а в Казахстане – в статье 17 Конституции, где признается неприкосновенность человеческого достоинства и запрещаются пытки. Право на личную неприкосновенность констатируется в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах и в Казахстане гарантируется принципами уголовного и административного процессов.

I.Сфера действия гарантий защиты от пыток. Международные стандарты

Гарантии защиты от пыток распространяются на все случаи возможной угрозы достоинству и личной неприкосновенности человека со стороны государства в лице его должностных лиц или лиц, действующих в официальном качестве, либо по их подстрекательству, с их согласия или при их попустительстве, когда такая угроза возникает в связи с определенной целью, преследуемой исполнителем, то есть чревата пытками, либо без цели. В последнем случае речь идет об угрозе применения жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

Посольство Великобритании Астана
81 Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Казахстане.
82 Ратифицирована Законом Республики Казахстан от 29 июня 1998 года № 247.
83 Ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года № 91-III.

Гарантии защиты от пыток, а также иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (далее - Пытки[84]) не охватывают лишь случаи угрозы личной неприкосновенности и достоинству, возникающие, согласно статье 1 Конвенции ООН против пыток[85], «в результате законных санкций, неотделимы от этих санкций или вызываются ими случайно». При этом, понятие «законные санкции», согласно Комментариям к Конвенции ООН против пыток[86], означает меры государственного принудительного воздействия на личность, соответствующие, кроме национальных, также международным стандартам, например Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными[87] или Принципам защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме[88]. Примером таких законных санкций может быть факт заключения под стражу по решению суда как таковой или единовременное краткосрочное помещение заключенного в условия одиночного содержания в качестве меры дисциплинарного воздействия. В таких случаях личная неприкосновенность и достоинство человека неизбежно страдают, но отступление от гарантий по статье 1 и 16 Конвенции ООН против пыток при этом будет считаться допустимым, при условии соблюдения Статьи 2 названной Конвенции о том, что «никакие исключительные обстоятельства, какими бы они ни были […], не могут служить оправданием пыток»[89].

Обстоятельства, в которых достоинство и личная неприкосновенность человека, то есть его физическая и психическая целостность, ставятся под угрозу действием или бездействием[90] со стороны государства, как правило, складываются в условиях властно-подчиненных отношений, то есть в условиях зависимости человека от представителя или представителей власти либо же третьих лиц при явном или скрытом попустительстве властей. К таким обстоятельствам относятся, прежде всего, осуществление уголовного преследования или административного производства и исполнение наказаний, как то: производство задержания; личный досмотр; заключение под стражу и нахождение под стражей; производство следственных действий с участием обвиняемого, подозреваемого, в том числе, допрос; лишение свободы; принудительные меры медицинского характера. Любое содержание под стражей влечет «существенное ограничение личной свободы человека»[91], поэтому гарантии защиты от пыток действуют, кроме указанных обстоятельств, также в «любых местах, находящихся под юрисдикцией и контролем

---

[84] В рамках настоящей работы, для упрощения, под «пытками» понимаются также жестокое, бесчеловечное, унижающее достоинство обращение и наказание, запрещенные к применению статьей 16 Конвенции ООН против пыток.

[85] Ратифицирована Законом Республики Казахстан от 29 июня 1998 года № 247.

[86] Manfred Nowak and Elizabeth McArthur. UN Convention against Torture. A Commentary. New York City: Oxford University Press, 2008, стр. 79-85.

[87] Одобрены резолюцией Экономического и Социального Совета ООН в его резолюциях 663 C (XXIV) от 31 июля 1957 года и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 года.

[88] Приняты резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года.

[89] Статья 2 Конвенции ООН против пыток. Конвенция ратифицирована Законом Республики Казахстан от 29 июня 1998 года № 247.

[90] Обстоятельства, в которых, согласно Замечанию общего порядка № 2 Комитета ООН против пыток (см. 12 ниже) , «невмешательство государства провоцирует и повышает угрозу ущерба, причиняемого частными лицами», считается «одной из форм поощрения или де-факто одобрения» (см. 12 ниже, п. 18).

[91] Нормативное постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 13 апреля 2012 № 2 «Об официальном толковании норм Конституции Республики Казахстан по вопросу исчисления конституционных сроков».

государства, где содержатся или могут содержаться лица, лишенные свободы, по распоряжению государственного органа или по его указанию, либо с его ведома или молчаливого согласия»[92], в том числе «в больницах, в школах, в учреждениях по уходу за детьми, престарелыми, психически больными или инвалидами, на военной службе и в других учреждениях, а также в обстоятельствах, когда невмешательство государства провоцирует и повышает угрозу ущерба, причиняемого частными лицами»[93].

В таких обстоятельствах и таких местах лицами, от которых может исходить угроза пыток, считаются лица, действующие «де-юре или де-факто от имени государства-участника [Конвенции ООН против пыток], совместно с ним или по его указанию»[94]. К таким лицам, кроме должностных лиц, также относятся: «сотрудники различных учреждений, частные подрядчики и другие субъекты, выступающие в официальном качестве или действующие от имени государства, совместно с государством или в ином качестве под прикрытием закона»[95].

Лицами, на которые распространяется защита от пыток, являются «любые лица, граждане или негражданe, находящиеся де-юре или де-факто под контролем того или иного государства-участника [Конвенции ООН против пыток]»[96]. К ним относятся «все лица независимо от расы, цвета кожи, этнического происхождения, возраста, религиозных убеждений и вероисповедания, национального или социального происхождения, пола, сексуальной ориентации, трансгендерной самоидентификации, психических или иных расстройств, состояния здоровья, участия в экономической деятельности или принадлежности к коренным народам, вида преступления, за которые лицо содержится под стражей, включая лиц, обвиняемых в политических преступлениях или террористических актах, лиц, ищущих убежища, беженцев или других лиц, нуждающихся в международной защите, или какого-либо иного статуса или неблагоприятного признака»[97].

II. Основные гарантии защиты от пыток. Международные стандарты

К базовым гарантиям защиты от пыток всех лиц, находящихся де-юре или де-факто под контролем государства, Комитет ООН против пыток относит[98]:

- ведение официального реестра содержащихся под стражей лиц,
- право содержащихся под стражей лиц быть информированными о своих правах,
- право оперативно получать независимую юридическую помощь и
- независимую медицинскую помощь,
- вступать в контакт с родственниками,
- наличие беспристрастных механизмов для инспектирования и посещения мест содержания под стражей и мест лишения свободы,

---

[92] Факультативный протокол к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видом обращения и наказания (2002). Ратифицирован 26 июня 2008 № 48-4. Статья 4.

[93] Комитет ООН против пыток, Замечание общего порядка № 2: Имплементация статьи 2 государствами-участниками, CAT/C/GC/2, 24 января 2008 год, п. 15.

[94] Там же, п. 7.

[95] См. 12.

[96] Там же.

[97] Там же, п. 21.

[98] Там же, п. 13.

• обеспечение доступа содержащихся под стражей лиц и лиц, рискующих подвергнуться пыткам или жестокому обращению, к судебным и иным средствам правовой защиты, гарантирующим своевременное и беспристрастное рассмотрение их жалоб, защиту их прав и оспаривание законности содержания под стражей или примененного обращения.

Этот список не является исчерпывающим, со временем появляются новые гарантии, обеспечивающие дополнительную защиту от пыток. Однако, согласно сложившейся международной практике[99], основными гарантиями защиты от пыток лиц, лишенных де-юре или де-факто свободы, являются: 1) право задержанного уведомить о своем задержании третью сторону по своему выбору (близких, друзей, консульство, т.д.); 2) право на доступ к адвокату; и 3) право быть осмотренным врачом по своему выбору (кроме обязательного осмотра медицинским работником по предложению властей).

Гарантии защиты от пыток, как видим, направлены на создание, в первую очередь, правовых и административных препятствий к совершению пыток, устранению «территорий вне закона», подчинению всех сфер взаимодействия представителей власти с лицами, лишенными – де-юре или де-факто – свободы, контролю и надзору.

Гарантии защиты от пыток целесообразно рассматривать, во-первых, с точки зрения соотношения прав лиц, на защиту которых эти гарантии направлены, с полномочиями тех, кто своими действиями или бездействием способен причинить вред этим лицам, и, во-вторых, с точки зрения существующих обязанностей властей по обеспечению соблюдения гарантий защиты человека от пыток.

III. Обстоятельства применения пыток в Казахстане

Задержание подозреваемого

Вследствие того, что в Казахстане, чаще всего пытки совершаются в ходе уголовного преследования, а также местах исполнения наказаний, лицами, подлежащими защите от пыток в таких случаях, будут: свидетель, задержанный, административно задержанный, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный и заключенный, а лицами, чьи действия создают угрозу совершения пыток, – сотрудники органов дознания, следствия и исполнения наказаний, а также сотрудники органов, уполномоченных к проведению оперативно-розыскных мероприятий (органы внутренних дел, органы национальной безопасности, органы финансовой полиции и др.).

Рассмотрим некоторые наиболее типичные обстоятельства применения пыток. В Казахстане это – задержание, помещение под стражу, содержание под стражей и исполнение наказаний. Действительно, обобщение в 2010 году Верховным Судом Республики Казахстан судебной практики по вопросу обеспечения прав и свобод граждан в уголовном процессе подтвердило, что «нередко задержание используется как средство получения от подозреваемого признания вины в совершении преступлений, […] что категорически запрещено законом»[100].

---

[99] Например, Стандарты Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП), Извлечения из второго Общего доклада [CPT/Inf (92) 3].

[100] Обобщение судебной практики по вопросу применения некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в

Задержание в целях уголовного преследования применяется в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений, которые влекут наказание в виде лишения свободы. В статье 132 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан[101] (УПК РК) задержание определяется как мера процессуального принуждения, применимая с целью выяснению причастности задержанного к преступлению, по подозрению в совершении которого он был задержан.

Права задержанных с точки зрения гарантий защиты от пыток

В обстоятельствах задержания по подозрению в совершении преступления, к лицам, на которые распространяются гарантии защиты от пыток, казахстанское уголовно-процессуальное законодательство относит задерживаемых *подозреваемых*, т.е. лиц, в отношении которых «осуществлено *задержание*»[102] (курсив наш. – Т.Ч.). Следовательно, задерживаемый по подозрению в преступлении не является самостоятельным процессуальным лицом, а разделяет процессуальный статус подозреваемого, и на задерживаемых, с момента фактического их задержания[103], должны распространяться права подозреваемых, предусмотренные статьей 68 УПК РК, из которых наиболее существенными с точки зрения предупреждения пыток являются:

- «немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания»[104];
- «получить от лица, осуществившего задержание, немедленное разъяснение принадлежащих ему прав»[105];
- «знать в чем он подозревается»[106];
- «самостоятельно или через своих родственников или доверенных лиц пригласить защитника, в случае, если защитник не приглашен подозреваемым, его родственниками или доверенными лицами, следователь, дознаватель обязаны обеспечить его участие в порядке, предусмотренном [УПК]», с которым «иметь свидание […] наедине и конфиденциально до начала допроса»[107];
- «отказаться от дачи объяснений и показаний»[108];
- «давать объяснения и показания только в присутствии защитника, за исключением случаев отказа подозреваемого от него»[109]. Также, казахстанское уголовное процессуальное законодательство предусматривает[110]

уголовном процессе (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений). Опубликовано в «Бюллетене Верховного Суда Республики Казахстан» № 4, 2010.

[101] Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, ст. 68, ч. 1.

[102] Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I "Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан» (УПК).

[103] Фактическое задержание – «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» (см. 10 выше).

[104] Часть 2 Статьи 68 УПК РК.

[105] Часть 7 Статьи 68 УПК РК.

[106] Там же, п. 2.

[107] Там же, пп. 3, 4.

[108] Там же, п. 7.

[109] Там же, п. 5.

• помещение лиц, задержанных по подозрению в совершении преступлений, в изоляторы временного содержания (ИВС), тем самым обеспечивая гарантию не быть подвергнутым содержанию вне мест официального содержания под стражей. При помещении в ИВС, задержанные подозреваемые

• «опрашиваются дежурным по изолятору временного содержания (фельдшером) о состоянии их здоровья. В случае жалоб на плохое состояние здоровье и явных симптомах заболевания дежурный по изолятору временного содержания (фельдшер) обязан вызвать бригаду скорой неотложной медицинской помощи. При наличии у подозреваемых телесных повреждений и явных признаках причинения вреда здоровью дежурный устанавливает причины их появления, докладывает в письменной форме начальнику изолятора временного содержания, начальнику органа внутренних дел»[111].

Как видим, в сравнении с основными международными требованиями относительно гарантий защиты от пыток, в казахстанском перечне прав лиц, подвергнутых задержанию, нет права быть обследованным независимым врачом по своему выбору и права на судебное обжалование законности задержания как меры процессуального принуждения.

Между тем, стандарты[112], например, Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП), предусматривают, что лица, находящиеся под стражей, независимо от их процессуального статуса, должны иметь официально признанное право на «безотлагательный» доступ к врачу по первому требованию «в дополнение к любому медицинскому обследованию, выполненному врачом, которого вызвала полиция», причем «все медицинские обследования лиц, находящихся под стражей в полиции, должны проводиться вне досягаемости для слуха сотрудников правоохранительных органов, а также, если задействованный врач не потребует иного в каждом отдельном случае, и вне поля зрения этих сотрудников».

Право на судебное обжалование законности задержания, известное как процедура habeas corpus, гарантирует «судебную защиту против незаконного посягательства на свободу и личную неприкосновенность»[113] и содержится в статьях 3, 9 и 10 Всеобщей декларации прав человека[114], в статье 9 Международного пакта о гражданских и политических правах[115], а также подтверждается в пункте 1 принципа 11 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме[116], гласящем о том, что «лицо не может находиться в задержании без предоставления эффективной возможности быть в срочном порядке заслушанным судебным или иным органом». Следует отличать это право от полномочий суда «рассматривать, в случае необходимости, основания для

---

[110] Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, ст. 137.

[111] Приказ Министра внутренних дел Республики Казахстан от 1 июня 2002 года N 385. Зарегистрирован в Министерстве юстиции Республики Казахстан 13 июня 2002 года N 1883 «Об утверждении Правил внутреннего распорядка изоляторов временного содержания органов внутренних дел», п. 13.

[112] Стандарты Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП), Извлечения из двенадцатого Общего доклада [CPT/Inf (2002) 15], п. 42.

[113] Комментарий к статье 22 Конституции Российской Федерации (под ред. В.Д. Зорькина и Л.В. Лазарева) на http://kommentarii.org/konstitutc/index.html.

[114] Принята резолюцией 217 A (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года.

[115] См. 2.

[116] См. 7.

продолжения задержания»[117], - того, что в казахстанском уголовно-процессуальном праве называется «судебным санкционированием ареста» и не является процедурой habeas corpus, не гарантируя срочной судебной защиты в случае незаконного задержания.

Также, казахстанские правоприменители отнюдь не едины во мнении относительно того, считать ли задержанного «подозреваемым» в смысле статьи 68 УПК РК, либо – до «решения вопроса о его процессуальном задержании»[118] – считать задержанного неким «лицом, подозреваемое в совершении преступления»[119]. При этом ни «лицо, подозреваемое в совершении преступления», ни «задержанный» не относятся, согласно УПК РК, к «участникам уголовного процесса»[120] или «иным лицам, участвующим в уголовном процессе»[121], а значит, согласно комментариям к Нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7[122], не являясь «лицами, […] процессуальный статус которых официально определен», не считаются «правообладателями». Из чего можно сделать вывод, что правами подозреваемого, как участника уголовного процесса, лица, задержанные по подозрению в совершении преступления, до их признания в качестве подозреваемых, не располагают, а значит, лишены процессуальных гарантий защиты от пыток. Этот вывод подтверждается также тем, что согласно статье 134 УПК РК, задержанный признается подозреваемым не в момент его фактического задержания[123], а с момента составления протокола задержания, т.е. в течение 3-х часов, отводимых законодательством на составления такого протокола, когда задержанному впервые оглашаются его права подозреваемого. Кроме того, согласно части 3 статьи 70 УПК РК, защитник к участию в деле допускается «с момента признания лица подозреваемым либо обвиняемым», не ранее того. Соответственно, до признания задержанного процессуальным подозреваемым в смысле статьи 68 УПК РК, т.е. в период между фактическим задержанием лица, подозреваемого в совершении преступления, до его юридического задержания, выраженного в составлении протокола, задержанный права на защитника лишен.

Так же обстоит дело с другими правами подозреваемых, гарантирующих защиту от пыток. Например, согласно части 2 статье 68 УПК, право на уведомление о своем задержании и месте содержания третьих лиц «по месту своего жительства или работы» путем сообщения «по телефону или иным способом» у «задержанного подозреваемого» возникает «немедленно». Вместе с тем, статья 138 УПК РК преимущественное право уведомить о задержании «кого-либо из совершеннолетних

---

[117] Там же, п. 3, Принцип 11.

[118] Нормативное постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «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 или наказания».

[119] Там же.

[120] См. Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, гл. 9 УПК РК «Участники процесса, защищающие свои или представляемые права или интересы».

[121] См. Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, гл. 10 УПК РК «Иные лица, участвующие в уголовном процессе».

[122] Комментарии к Нормативному постановлению Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 члена НКС Верховного Суда Республики Казахстан Юрченко Р.Н., кандидата юридических наук.

[123] См. 22.

членов семьи [подозреваемого], а при отсутствии их – других родственников или близких лиц», отводит дознавателю либо следователю, и только потом – самому задержанному подозреваемому. При этом не только сокращается круг лиц, уведомляемых о задержании и месте содержания подозреваемого, но и само время уведомления растягивается до 12 часов, в нарушение международных стандартов защиты от пыток о праве задержанного на немедленное уведомление третьих лиц по своему выбору о своем задержании и месте содержания. Так, согласно стандартам ЕКПП[124], это право, наряду с правом на доступ к адвокату по своему выбору и независимому медицинскому освидетельствованию, «следует применять с самого момента лишения свободы, независимо от его названия в данной правовой системе (задержание, арест, и т.д.)». ЕКПП допускает отступление от этого правила в «интересах полицейского расследования», оговаривая при этом, что «подобные исключения должны быть четко определены и строго ограничены по времени, и обращение к ним должно сопровождаться соответствующими гарантиями (например, любая задержка в сообщении о содержании под стражей должна быть письменно зафиксирована с указанием причин и сделана с одобрения старшего полицейского должностного лица, не связанного с делом, или прокурором)»[125]. Свод принципов ООН о защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме[126], подтверждает, что при «исключительных обстоятельствах расследования»[127][,] «лицу, находящемуся в заключении, может быть отказано в связи с внешним миром, и в частности с его семьей или адвокатом»[128], но устанавливает, что такая отсрочка не может превышать «разумный период»[129]. В предыдущей редакции части 3 статьи 138 УПК РК, предусматривалась возможность отсрочки уведомления родственников или близких подозреваемого на срок до 72 часов. Вместе с похвальным исключением этой нормы в 2011 году были также изъяты условия такой отсрочки, которые, как представляется, следует вернуть в статью 138 УПК РК, установив право подозреваемых информировать третьих лиц по своему выбору о своем задержании и месте содержания в момент фактического задержания, а «при исключительных обстоятельствах, когда это диктуется особым характером дела, в целях надлежащего обеспечения соблюдения тайны первоначального этапа следствия с санкции прокурора, его заместителя»[130], - в течение, но не позднее, 12 часов с момента фактического задержания.

Таким образом, без приведения в законодательстве Казахстана понятий «фактическое задержание», «момент задержания», «момент составления протокола», «задержанный», «лицо, подозреваемое в совершении преступления», «задержанный подозреваемый», «подозреваемый» в согласование между собой, нельзя говорить о гарантиях лиц, лишенных свободы, в смысле статей 9 и 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Для обеспечения гарантий защиты от пыток, права подозреваемых, предусмотренные статьей 68 УПК РК, при условии приведения их в полное

---

[124] См. 18, п. 36.

[125] Стандарты Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП), Извлечения из двенадцатого Общего доклада [CPT/Inf (2002) 15], п. 43.

[126] См. 7.

[127] Там же, п. 4, Принцип 16.

[128] См. 7, Принцип 15.

[129] См. 46.

[130] (Старая редакция) Уголовно-процессуальный кодекс РК от 13.12.97 № 206-I, ч. 3, ст. 138, исключена в соответствии с Законом РК от 18.01.11 г. № 393-IV.

соответствие с признанными международными стандартами[131], должны распространяться в равной степени на лиц, подвергнутых задержанию по подозрению в совершении преступления с момента их фактического задержания.

Полномочия органов, производящих задержание, с точки зрения гарантий защиты от пыток

Для того чтобы понять, насколько достаточны все же гарантии защиты, предлагаемые казахстанским законодательством, чтобы уберечь лиц, лишаемых или лишенных свободы, от пыток, сравним вышеперечисленные права лиц, подвергаемых задержанию, с правами и полномочиями лиц, его производящих.

Оперативно-розыскная деятельность

Как правило, незаконные посягательств органов, уполномоченных производить задержание, и их сотрудников, на достоинство и личную неприкосновенность подозреваемых, возникают в условиях проведения оперативно-розыскных мероприятий. В Казахстане оперативно-розыскную деятельность могут осуществлять строго определенные органы, среди которых: органы внутренних дел, органы национальной безопасности, органы финансовой полиции. В этих органах распоряжением руководителя создаются соответствующие службы, подразделения, занятые оперативно-розыскной деятельностью. Согласно пункту 1 статьи 22 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»[132], «сотрудники органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, при исполнении служебных обязанностей являются *представителями власти*» (курсив наш. – Т.Ч.). Неповиновение сотруднику/сотрудникам органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, может быть расценено как повод для применения специальных средств, силы или огнестрельного оружия[133]. Только лица, «прямо уполномоченные на то законом»[134], могут вмешиваться в законные действия сотрудников и органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Это - руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, вышестоящие ведомственные органы и органы прокуратуры в рамках своих надзорных полномочий.

Оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться как в интересах уголовного процесса – для подготовки и участия в следственных и судебных действиях, – так и для выполнения «других задач», определяемых Законом «Об оперативно-розыскной деятельности».

---

[131] Например, см. «Принципы защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме», приняты резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года, или «Стандарты Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП)».

[132] Закон Республики Казахстан от 15 сентября 1994 года № 154-XIII «Об оперативно-розыскной деятельности» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 08.01.2013 г.).

[133] См. ст.ст. 59, 60, 61 Закона Республики Казахстан от 06.01.2011 № 380-IV «О правоохранительной службе»; ст. 14 Закона Республики Казахстан от 21.12.1995 № 2710 «Об органах национальной безопасности Республики Казахстан»; гл. 4 Закона Республики Казахстан от 04.07.2002 № 336-II «Об органах финансовой полиции Республики Казахстан»; гл. 3 Закона Республики Казахстан от 21.12.1995 № 2707 «Об органах внутренних дел Республики Казахстан».

[134] Там же, ст. 22.

Оперативно-розыскные мероприятия, в ходе осуществления которых может быть нанесен урон достоинству и личной неприкосновенности человека, согласно Закону «Об оперативно-розыскной деятельности», включают: опрос; преследование и задержание лица, готовящего, совершающего или совершившего преступление; личный досмотр задержанных лиц, осмотр и изъятие, находящихся у них вещей и документов, могущих относиться к преступной деятельности; захват вооруженных преступников.

Круг лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия, в отличие от круга лиц, участников уголовного процесса, неопределенно широк. В него, кроме очевидных участников уголовного процесса – «подозреваемых», «обвиняемых», «подсудимых», – чьи права и обязанности регулируются уголовно-процессуальным законодательством, входят также иные лица, чей процессуальный статус не определен: «опрашиваемое лицо», «искомое лицо», «изучаемое лицо», «конкретное лицо», «проверяемое лицо», «лица, скрывшиеся от следствия, дознания или суда, уклоняющиеся от уголовной ответственности», «лицо, готовящее, совершающее или совершившее преступление», «задержанное лицо», и «вооруженные преступники». Видимо, следует полагать, что на лиц, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия, но которые, при этом, не являются участниками уголовного процесса, распространяются права, присущие свободным лицам. Но являются ли такие лица по-настоящему свободными? «Опрос», «задержание», «личный досмотр», «захват» - такие действия предполагают, как минимум, зависимость лица, по отношении к которому они применяются, от лиц эти действия производящих, а, согласно международным стандартам, являются фактическим лишением человека – объекта этих мероприятий – свободы. Так, согласно, Принципам ООН о защите всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме[135], «задержание лица по подозрению в совершении какого-либо правонарушения *или по решению какого-либо органа*» (курсив наш. – Т.Ч.) считается «арестом», а «лицо, лишенное личной свободы не в результате осуждения за совершение правонарушения» - «задержанным лицом».

Таким образом, на лиц без определенного процессуального статуса, в отношении которых проводятся оперативно-розыскные мероприятия, посягающие на неприкосновенность их достоинства и личности, такие как: опрос, задержание, личный досмотр, захват, должны распространяться права участника уголовного процесса, гарантирующие защиту от пыток, а особенно: право на уведомление третьих лиц о задержании или месте удержания, право на медицинскую помощь и право на защиту, включая право знать об основаниях своего задержания. Сейчас лицо, в отношении которого проводятся оперативно-розыскные мероприятия, вправе узнать о «сведениях, послуживших основанием для его проверки и о характере имеющейся в отношении него информации»[136] (в допустимых законом пределах), только если *не* будет доказана его «***виновность*** в подготовке или совершении преступления»[137] (курсив наш. – Т.Ч.), то есть post-factum. При этом, учитывая, что, виновность может быть признана только судом, получается, что лицо, ставшее объектом уголовного преследования в результате проведенных в отношении него оперативно-розыскных мероприятий, сможет узнать, а значить опротестовать, сведения, послужившие основанием для осуществления оперативно-розыскных мероприятий против себя, не ранее, чем в суде, и то при условии, что суд его

[135] См. 7.
[136] См. 51, п. 3, ст. 5.
[137] См. 51, п. 1, ст. 5.

оправдает. Этим нарушается право на защиту и принцип равенства сторон, и риск быть подвергнутым пыткам в таких условиях повышается.

Также, согласно Закону «Об оперативно-розыскной деятельности», такие оперативно-розыскные мероприятия как опрос, задержание, захват, личный досмотр, относятся к «общим»[138] мероприятиями и не требуют, в отличие от «специальных», обязательного санкционирования прокурора, а личный досмотр «в ходе осуществления антитеррористической операции» может производиться даже без участия понятых[139].

Кроме того, не достаточно ясны основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий. Из пяти возможных оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных статьей 10 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности», два не требуют документального подтверждения. Так, к числу оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий, относится непонятное: «поступившая в органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, *информация* […]»[140] и «*необходимость* получения […] информации в интересах общества, государства […]»[141] (курсив наш. – автор). Между тем, все остальные основания[142] имеют документальное выражение и не вызывают вопросов, это: «наличие возбужденного уголовного дела», «письменное поручение следователя по расследуемым уголовным делам», «постановление Генерального прокурора […], а также письменные указания прокурора», «судебные акты» и «запросы международных правоохранительных организаций».

Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» допускает, что представители власти, задействованные в оперативно-розыскных мероприятиях, способны, согласно статье 15, своими действиями создать угрозу жизни, здоровью и имуществу граждан. Такие действия, согласно закону, допустимы, однако, лишь в случаях «крайней необходимости и необходимой обороны», а также в пределах, не допускающих создание «реальной»[143] угрозы жизни, здоровью и имуществу граждан. При этом закон не разъясняет, как и кем должна оцениваться «реальность» такой угрозы.

Исходя из вышесказанного, можно заключить, что обстоятельства проведения оперативно-розыскных мероприятий, проводимые, согласно закону, «на основе конспирации», а также сочетания «гласных» методов с «негласными» [144], и обширные полномочия органов и сотрудников, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия, требуют повышенных гарантий защиты лиц – объектов таких мероприятий.

На лиц, являющихся объектами оперативно-розыскных мероприятий, должны распространяться гарантии защиты от пыток, применимые к «лицам, подвергаемых задержание или заключению в какой бы то ни было форме»[145]. Процессуальный статус таких лиц должен быть четко определен.

Оперативно-розыскные мероприятия, способные повлечь вред достоинству и личной неприкосновенности человека, такие как: опрос, личный досмотр, задержание, захват, должны осуществляться с обязательной санкции прокурора, а лучше – суда. При этом рекомендуется распространить предложение Верховного

[138] См. 51, ст. 11.
[139] Там же, п. 16.
[140] См. 51, п. 1, пп. «б», ст. 10.
[141] См. 51, п. 1, пп. «д», ст. 10.
[142] См. 51, п. 1, ппп. «а», «в», «в-1», «в-2», «г».
[143] См. 51, ст. 15.
[144] См. 51, п.1, ст. 4.
[145] См. 50.

Суда Республики Казахстан о передаче санкционирования *специальных* оперативно-розыскных мероприятий от прокуратуру суду[146] также на указанные оперативно-розыскные мероприятия, разделяя мнение Верховного Суда о том, что «органы прокуратуры, являясь стороной обвинения в уголовном судопроизводстве, предавая обвиняемого суду, заинтересованы в исходе дела, а именно, в вынесении обвинительного приговора, […] и при санкционировании специальных [а наш взгляд – также тех, которые угрожают личной неприкосновенности и достоинству человека] оперативно-розыскных мероприятий […] не могут быть объективными»[147].

Сам Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» не должен допускать разночтений, неясностей и ссылок не определенные нормативно-правовые документы. Все основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий должны иметь документальное подтверждение.

Административное задержание

Кроме обстоятельств проведения оперативно-розыскных мероприятий и производства уголовного задержания, угроза применения пыток также существует при осуществлении административного задержания. По сравнению с уголовным, порядок административного задержания, определяемый законом, предлагает ограниченный круг гарантий защиты от пыток.

Административное задержание как мера обеспечения производства по делу об административном правонарушении выражается во «временном лишении физического лица личной свободы, в частности, свободы действия и передвижения с принудительным содержанием в специальном помещении в течение определенного времени с целью пресечения его противоправных действий»[148].

Перечь оснований для административного задержания и органов, правомочных их осуществлять, определяется законом.

Также как и при производстве уголовного задержания, факт административного задержания и доставления подтверждается протоколом. В КоАП, однако, без отсылки на какие-либо нормативно-правовые акты, не указывается о сроках доставления задержанного в соответствующий орган для составления протокола, в случаях, когда невозможно его составление на месте, а указывается лишь, что доставление должно быть произведено в «возможно короткий срок»[149]. Настораживает то, что и от этого, без того недостаточно четкого, требования допустимы отступления. Кроме того, КоАП не обязывает уведомлять лиц, подвергнутых административному задержанию, об их правах. Третья сторона (родственники, администрация по месту работу или учебы, а также защитник) уведомляются только по просьбе задержанного. При этом в Кодексе не уточняется, в течение какого времени третья сторона подлежит уведомлению, и может ли сам задержанный уведомить третью сторону по своему выбору.

Во избежание применения в таких обстоятельствах пыток или жестокого, бесчеловечного, либо унижающее достоинство обращения, Кодекс об административных правонарушениях следует дополнить более весомыми гарантиями защиты от пыток, в частности, правом быть информированным о своих

[146] См. 37.
[147] Там же.
[148] Кодекс Республики Казахстан Об Административных правонарушениях (по состоянию на 29 января 2013 года) (КоАП).
[149] Кодекс Республики Казахстан Об Административных правонарушениях (по состоянию на 29 января 2013 года) (КоАП), п. 3, ст. 619.

правах в момент задержания, правом задержанного самостоятельно уведомить третью сторону по своему выбору о своем задержании и месте удержания, а также ограничить время составления протокола задержания и доставления конкретными сроками.

Заключение под стражу. Нахождение под стражей

Кроме задержания подозреваемых по уголовным делам либо в связи с совершением административного правонарушении, другим обстоятельством наиболее частого применения пыток является помещение задержанных под стражу.

Международные стандарты[150] устанавливают, что задержанные подозреваемые должны содержаться в специально отведенных для этого местах и не допускают содержания в отсутствие доступа к внешнему миру, т.е. incommunicado.

Именно в условиях отсутствия доступа к внешнему миру чаще всего совершаются пытки.

В Казахстане, отсутствие внешнего контроля за положением задержанного подозреваемого (де-факто или де-юре) может возникнуть в следующих обстоятельствах:

- в ходе доставления задержанного подозреваемого в орган дознания, следствия;
- вне уведомления прокурора и родственников задержанного (обычно, в период между фактическим задержанием и составлением протокола, или после составления протокола до положенного по закону уведомления прокурора и родственников задержанного);
- вне официальной регистрации задержанных.

Как известно, период между процессуальным оформлением задержанного, т.е. составлением протокола задержания, и его фактическим задержанием, может составлять 3 часа[151]. При этом время фактического задержания указывается в протоколе со слов лиц, его произведших, а не самого задержанного. Кроме того, уголовно-процессуальное законодательство предполагает обязательное уведомление прокурора[152] и близких[153] подозреваемого о произведенном задержании в течение 12 часов *с момента составления протокола задержания*. Таким образом, задержанный может находиться в руках заинтересованного в его поимке органа, без регистрации, в течение 15 часов с момента своего физического задержания, и это еще при условии, что время («тот час с точностью до минуты»[154]) его фактического задержания не будет сфальсифицирован. Возможность фальсификации времени фактического задержания подтверждается, в частности, в Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7: «Нередко граждане задерживаются без достаточных на то законных

---

[150] См. Комментарий Общего порядка №20 (44 сессия, 1992 год) Комитета ООН против пыток к статье 7 Конвенции ООН против пыток, п. 11: «Для обеспечения эффективной защиты содержащихся под стражей лиц необходимо принимать меры к тому, чтобы они содержались в местах, официально признанных в качестве мест содержания под стражей, а их фамилии и места содержания под стражей, равно как и фамилии лиц, ответственных за их содержание под стражей, указывались в реестре, доступном для заинтересованных лиц, в том числе для родственников и друзей.»

[151] Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, ч.1 ст. 134.

[152] Там же.

[153] Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан от 13.12.1997 N 206-I, ч.1 ст. 138.

[154] См. 22.

оснований, при этом […] в протоколах искажается время фактического задержания […], которое «подгоняется» к дате составления протоколов, сами же протоколы оформляются значительно позже задержания».

В это время задержанных могут удерживать в частных или служебных машинах, служебных кабинетах, частных квартирах, вне правового поля, а значит в отсутствие каких-либо гарантий защиты.

Из сообщений в СМИ за 2011- 2012 годы, опубликованных на веб-сайте Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности[155]:

«В селе Ащесай (Западно-Казахстанская область) молодого человека Алексея Ложкина полицейский избивал совместно с акимом, вывезя его в багажнике автомашины в соседнее село».

«В Райымбекском районном отделе полиции (Алматинская область) местные стражи порядка систематически пытали ни в чем не повинных граждан, заставляя их брать на себя чужие преступления. Причем, стражи порядка издевались над задержанными не только в ИВС, но и в собственных сараях. В ходе расследования там были обнаружены следы зверств».

«21 декабря, 2011 года сотрудники Жетысузского РУВД г. Алматы задержали четверых членов семьи Оглы (фамилия) - отца, мать и двух братьев. Забрали их прямо из квартиры, после чего задержанные были доставлены в РУВД, где их поместили в разные кабинеты и начали многочасовой допрос, что называется, с пристрастием. С 6 часов утра до 23 вечера их всех методично избивали, заставляя сознаться в убийстве. То есть, называя вещи своими именами, полицейские в течение 17 часов пытали задержанных, выбивая из них признательные показания».

«В Тюлькубасском РОВД (Южно-Казахстанская область) задержанного закрыли в актовом зале РОВД. А утром перевезли на съемную квартиру, где продолжили экзекуцию. К обеду сломали и его, тот написал все, что от него требовали. Отпустили [задержанных] только вечером, объявив, что им нечего бояться, нужно ждать вызова в суд в качестве свидетелей. Факт задержания и пребывания «потенциальных свидетелей» под стражей в течение почти суток нигде зафиксирован не был».

Чтобы не допустить подобных ситуаций правового вакуума, когда задержанные, фактически, находятся за рамками закона, нужно, чтобы закон охватывал все возможные обстоятельства пребывания задержанных в распоряжении сотрудников правоохранительных органов.

Одна из таких гарантий – обязательная фиксация момента фактического задержания. Сейчас закон не предусматривает незамедлительной фиксации или регистрации момента фактического задержания. Время фактического задержания, как было отмечено выше, регистрируется в течение 3-х часов, при составлении протокола задержания. При этом время фактического задержания указывается со слов лиц, его произведших, заинтересованных в ходе уголовного расследования. Неудивительно, что нередко время фактического задержания искажается в угоду интересам правоохранительных органов. Момент задержания, по большому счету,

[155] Взято с веб-сайта Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности: http://bureau.kz/.

ни к чему не обязывает сотрудников правоохранительных органов. В момент задержания и доставления задержанный лишен возможности информировать близких или иных лиц о своем задержании. На тот момент он не имеет процессуального статуса, а значит, лишен процессуальных прав.

Регистрация задержания в момент фактического задержания с одновременным уведомлением задержанного о его правах послужила бы дополнительной гарантией защиты от пыток. Регистрация фактического задержания может выражаться в незамедлительном телефонном уведомлении третьей стороны (напр., надзорного органа, защитника) о задержании и планируемом маршруте доставления задержанного либо видео-фиксации процесса задержания посредством автомобильного или налобного видео-регистратора с указанием времени и даты записи с немедленной передачей данных в надзорный орган.

Другой важной гарантией является обязательная регистрация задержанных и других посетителей в органы внутренних дел.

Похвально в этой связи принятие «Инструкции о порядке электронного учета посетителей в органах внутренних дел областных центров и крупных городов»[156], принятой Совместным приказом Генерального Прокурора и Министра внутренних дел Казахстана в конце 2012 года. Инструкция направлена на соблюдение контроля за соблюдением конституционных прав граждан при доставлении (обращении) в органы внутренних дел. Согласно Инструкции, любое нахождение посетителя в здании органа внутренних дел «свыше трех часов (доставленных) или четырех (иная категория посетителей) часов» по данным системы электронного учета посетителей обязывает постового «незамедлительно сообщать об этом оперативному дежурному», который также «незамедлительно» должен «информировать об этом начальника органа дознания и дежурного прокурора» для «выявление и пресечения фактов нахождения посетителей в зданиях органов внутренних дел свыше срока, установленного законом». «В случае незаконности и необоснованности таких» случаев, дежурный прокурор обязан принять меры к восстановлению нарушенных прав граждан и доложить об этом вышестоящему прокурору.

В базу данной системы электронного учета постовой полицейский обязан заносить данные посетителей (статус посетителя, дату и время прибытия (доставления), должность и фамилию лица, принимающего (доставившего) посетителя, номер служебного кабинета, в который следует (доставляется) посетитель, основания посещения (доставления). Обновление базы данных производится, согласно Инструкции, каждые три часа.

Эта инициатива, безусловна, приветствуется. Желательным бы только было ее распространение на все другие правоохранительные органы, на все их подразделения, по всей территории страны, не ограничиваясь лишь «областными центрами и крупными городами».

Также, следственные изоляторы должны быть возвращены, а из КНБ – переданы, в ведение гражданского министерства. Обвиняемые, к которым применена мера пресечения в виде ареста, ни в коем случае не должны находиться под стражей органа уголовного преследования. Это противоречит и принципу презумпции невиновности, и нарушает требования статьи 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах, и является отступлением от обязательств по статье 2 Конвенции ООН против пыток о необходимости принятия эффективных административных и правовых мер, обеспечивающих защиту от пыток.

---

[156] Утверждена Совместным приказом Генерального Прокурора Республики Казахстан от 25.12.12 № 156 и Министра внутренних дел Республики Казахстан от 25.12.12 № 697.

Пытки в местах лишения свободы

Следующим обстоятельством, в котором чаще всего применяются пытки, является содержание в местах лишения свободы.

В местах лишения свободы пытки, как правило, применяются с целью наказания за дисциплинарные нарушения, т.е. нарушения правил поведения осуждённых, либо непослушание или неподчинение.

Наиболее распространёнными видами незаконного обращения с заключенными являются:

• коллективное наказание больших групп заключенных при любом, даже незначительном, нарушении правил содержания под стражей хотя бы одним из них;

• принуждение к вступлению в различные самодеятельные организации, сотрудничающие с администрацией;

• подчинение военизированным порядкам: изнуряющее марширование, коллективное пение, бессмысленный труд (раскапывание и закапывание ям, т.п.).

Любое неподчинение этим противозаконным требованиям сопровождается репрессиями: избиения, пытки, заключение в штрафные изоляторы и помещения камерного типа.

Жалобы заключенных на пытки редко выливаются в полноценное уголовное расследование. Как правило, все заканчивается внутренней проверкой, в результате которой жалобы заключенных объявляются необоснованными.

Сами заключенные заявляют, что не видят смысла жаловаться: что их жалобы всё равно не расследуются; что они убеждаются в произволе и безнаказанности сотрудников учреждений; что они боятся преследований со стороны администрации; что доказать сам факт пыток, а тем более, виновность указываемых в жалобе лиц, самим заключенным представляется чрезвычайно трудным (редко, когда заключенным удается заснять следы пыток или жестокого обращения или добиться своевременного посещения общественной наблюдательной комиссии). Заключенные жалуются на бездушность и бездействие медицинских работников учреждений, на которых, казалось бы, можно положиться при фиксации следов побоев или других видов жестокого обращения или пыток.

Специальный докладчик ООН по пыткам по итогам своего визита в Казахстан в мае 2009 года, заключил, что «де-факто не имеется действенного механизма подачи жалоб».

В связи с этим, эффективная система подачи и рассмотрения жалоб заключенных и лиц, находящихся под стражей, является особо необходимой в качестве меры защиты заключенных или задержанных от посягательств на неприкосновенность их жизни и достоинства.

Заключенные должны иметь право конфиденциальной подачи жалоб во внешние органы, как того требуют европейские[157] и международные нормы[158]. Каждая жалоба должна быть, при этом, незамедлительно рассмотрена. Ответ на жалобу должен быть обоснованным, позволяющим его такое же мотивированное обжалование при последующей необходимости. На время проведения проверки и

[157] Европейские тюремные правила. Рекомендация Rec(2006)2 Комитета Министров Совета Европы к государствам-членам, январь 2006 года.

[158] Минимальные стандартные правила обращения с заключенными. Приняты на первом Конгрессе Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшемся в Женеве в 1955 году, и одобрены Экономическим и Социальным Советом в его резолюциях 663 C (XXIV) от 31 июля 1957 года и 2076 (LXII) от 13 мая 1977 года.

расследования заключенные должны переводиться в другое место, где они не могли бы быть подвергнуты давлению и преследованию со стороны должностных лиц, на действия которых они жалуются.

Таким образом, нарушение права заключенных и задержанных на свободу от пыток может быть преодолено созданием механизма беспрепятственного направления и эффективного и оперативного рассмотрения жалоб заключенных на пытки или жесткое обращение, а также соответствующее наказание виновных.

IV. Рекомендации

С целью предупреждений пыток и иных жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания, соблюдения прав участников уголовного процесс, прав лиц, лишенных свободы, и прав человека в целом, выполнения международно-правовых обязательств, Казахстану рекомендуется:

1. В законодательстве Казахстана привести понятия «фактическое задержание», «момент задержания», «момент составления протокола», «задержанный», «лицо, подозреваемое в совершении преступления», «задержанный подозреваемый», «подозреваемый» в согласование между собой, с учетом требований статей 9 и 14 Международного пакта о гражданских и политических правах.

2. Для обеспечения гарантий защиты от пыток, права подозреваемых, предусмотренные статьей 68 УПК РК (при условии приведения их в полное соответствие с признанными международными стандартами[159]), должны распространяться в равной степени на лиц, подвергнутых задержанию, с момента их фактического задержания.

3. Предусмотреть в законе и обеспечить на практике соблюдение гарантий защиты от пыток в обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий:

a. На лиц, являющихся объектами оперативно-розыскных мероприятий, должны распространяться гарантии защиты от пыток, применимые к «лицам, подвергаемых задержание или заключению в какой бы то ни было форме»[160]. Процессуальный статус таких лиц должен быть четко определен, а права обозначены, согласно процессуальному статусу.

b. Оперативно-розыскные мероприятия, способные повлечь вред достоинству и личной неприкосновенности человека, такие как: опрос, личный досмотр, задержание, захват, должны осуществляться с обязательной санкции прокурора, а лучше – суда.

c. Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» не должен допускать разночтений, неясностей и ссылок на не определенные нормативно-правовые

[159] Например, см. «Принципы защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме», приняты резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года, или «Стандарты Европейского комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (ЕКПП)».
[160] См. 50.

документы. Все основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий должны иметь документальное подтверждение.

4. Кодекс об административных правонарушениях следует дополнить более весомыми гарантиями защиты от пыток, в частности, правом быть информированным о своих правах в момент задержания, правом задержанного самостоятельно уведомить третью сторону по своему выбору о своем задержании и месте удержания, а также ограничить время составления протокола задержания и доставления конкретными сроками.

5. Предусмотреть в законе и обеспечить на практике обязательную фиксацию времени и даты фактического задержания, либо путем телефонного уведомления третьей стороны (напр., надзорный орган, защитник), либо посредством автоматической видеорегистрации с передачей данных в надзорный орган, либо того и другого.

6. Ввести систему электронного учета посетителей во всех правоохранительных органах, всех их подразделения, по всей территории страны.

7. Следственные изоляторы должны быть возвращены (а из КНБ – переданы) в ведение гражданского министерства.

8. Передать учреждения системы исполнения наказаний в гражданское управление, включая медицинские службы в них.

9. Создать механизм беспрепятственного направления и эффективного и оперативного рассмотрения жалоб заключенных на пытки или жестокое, бесчеловечное либо унижающее достоинство обращение:

a. Заключенные должны иметь право действительно конфиденциальной подачи жалоб во внешние органы.

b. Каждая жалоба должна быть, при этом, незамедлительно рассмотрена.

c. Ответ на жалобу должен быть обоснованным, позволяющим его такое же мотивированное обжалование при последующей необходимости.

d. На время проведения проверки и расследования заключенные должны переводиться в другое место, где они не могли бы быть подвергнуты давлению и преследованию со стороны должностных лиц, на действия которых они жалуются.

Февраль, 2013 г.

СВАНИДЗЕ Э.
Ведущий консультант совместного регионального проекта Европейского Союза и Совета Европы «Усиление борьбы с жестоким обращением и безнаказанностью», эксперт (бывший член) Европейского комитета по предотвращению пыток и других форм бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

РАЗВИТИЕ НЕЗАВИСИМОГО МЕХАНИЗМА ПО РАССЛЕДОВАНИЮ СЛУЧАЕВ ПЫТОК В КАЗАХСТАНЕ[161]

Названия и сокращения

Международных органов или документов, упоминаемых в заключении:

ЕКПП - Европейский Комитет по предотвращению пыток и других форм бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

ЕКПЧ - Европейская Конвенция по защите прав человека и основных свобод

ЕСПЧ - Европейский Суд по Правам Человека

КППЧ - Комитет ООН по правам человека

КПП - Комитет ООН против пыток

КСЕПЧ - Комиссар Совета Европы по правам человека

НОЖДП - Независимый орган по жалобам против действий полиции

ООН - Организация Объединенных Наций

Пакт - Международный пакт о гражданских и политических правах

Стамбульский протокол - Руководство по эффективному расследованию и документированию пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания

Конвенция против пыток - Конвенция ООН против пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

Посольство Великобритании Астана

161 Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают официальную позицию Посольства Великобритании в Казахстане.

Факультативный протокол - Факультативный протокол к Конвенции ООН против пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания

Введение

Абсолютный запрет пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения[162] со всей очевидностью требует борьбы с безнаказанностью там, где такой запрет нарушается. В основе существующей сегодня обеспокоенности фактами безнаказанности лежат многочисленные получаемые в последнее время международными правозащитными структурами жалобы, в которых указывается на неспособность государств надлежащим образом исполнять позитивные обязательства по предотвращению пыток, в том числе путем исполнения процедурных обязательств по расследованию и привлечения к ответственности лиц, виновных в жестоком обращении.

Комитет против пыток, соответствующий специальный докладчик и другие органы и механизмы ООН, Европейский суд по правам человека продолжают выносить значительное количество заключений, мнений, решений против государств по докладам и делам, несмотря на то, что в течение многих лет ими устанавливались стандарты в этой области.

Настоящее заключение подготовлено в рамках реализации проекта «Integrating safeguards against torture in the law and practice of Kazakhstan» (Проект МИД Великобритании – 013) осуществляемого общественным фондом «Центр исследования правовой политики» на грант Посольства Великобритании в Астане. Заключение составлено приглашенным экспертом г-ном Э. Сванидзе[163] на основе анализа законодательства, а также практики, сложившейся в этом отношении в Казахстане и отраженной как в документах соответствующих органов и механизмов ООН (докладе рабочей группы по универсальному периодическому обзору, заключительных комментариях и юриспруденции Комитета против Пыток и т.д.), так и результатах анкетирования некоторых адвокатов, практикующих в республике.

Заключение включает как себя обзор международных стандартов и передового опыта по данному вопросу, так и пакет предложений и рекомендаций по реформированию законодательства Республики Казахстан по исследуемому вопросу. При изложении международных норм и стандартов заключение прежде всего исходит из универсальных международных стандартов разработанных на уровне ООН, в том числе позитивных обязательств общего характера, изложенных в статьях 2 и 16 Конвенции против пыток 1984 г., согласно которой государства обязаны предпринимать эффективные законодательные, административные, судебные и другие меры по предотвращению пыток и иных форм жестокого обращения, и которые уточнены в отношении рассматриваемой тематики в статье 13, которая гласит:

> *Каждое Государство-участник обеспечивает любому лицу, которое утверждает, что оно было подвергнуто пыткам на любой территории, находящейся под юрисдикцией этого Государства, право на предъявление*

[162] В дальнейшем в тексте объединены в одном понятии «жестокое обращение».

[163] Г-н Э. Сванидзе - ведущий консультант совместного регионального проекта Европейского Союза и Совета Европы «Усиление борьбы с жестоким обращением и безнаказанностью», эксперт (бывший член) Европейского комитета по предотвращению пыток и других форм бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания.

жалобы компетентным властям этого Государства и на быстрое и беспристрастное рассмотрение ими такой жалобы. Предпринимаются меры для обеспечения защиты истца и свидетелей от любых форм плохого обращения или запугивания в связи с его жалобой или любыми свидетельскими показаниями.

Заключение основывается на требованиях и стандартах, предлагаемых в Принципах эффективного расследования и документирования пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания;[164] Стамбульском Протоколе; Комментариях общего характера КПП №2 «Имплементация статьи 2 государствами-участниками» (2007)[165], №3 «Имплементация статьи 14 государствами-участниками» (2012)[166], его заключительных комментариях, юриспруденции, в частности решения по сообщению Герасимова против Республики Казахстан[167] и других текстах и документах соответствующих органов и механизмов ООН.

Вместе с тем, в наиболее детальном и иллюстративном виде международные стандарты представлены в ЕКПЧ, иных Европейских инструментах, также юриспруденции ЕСПЧ, ЕКПП, текстах и документах других органов и механизмов Совета Европы. Принимая во внимание, что как Европейские, так и универсальные инструменты взаимно дополняют друг друга, а соответствующие органы взаимно ссылаются на них, заключение основывается на подходе, согласно которому, первые хотя и не являются юридически обязательными для Республики Казахстан, их следует рассматривать как основу для толкования и детализации вторых, т.е. универсальных стандартов прав человека, которыми она обязана руководствоваться. Помимо этого, Европейские подходы являются примерами лучшей мировой практики, которую Казахстану было бы полезно учитывать.

Основное внимание в заключении уделяется процедурным и связанным с ними обязательствам, вытекающим из запрета пыток и иного жестокого обращения, но они релевантны и в части процедур защиты других прав человека, как, например, права на жизнь, а также формирования внутригосударственных механизмов по рассмотрению, расследованию иных серьезных нарушений прав человека.

1. Законодательная база запрета пыток и жестокого обращения

Фундаментальные международные стандарты

1. Наличие четкой внутригосударственной законодательной базы запрета пыток и жестокого обращения является краеугольным камнем обеспечения их эффективного предупреждения, которое в данном случае, достигается прежде всего фокусированной криминализацией пыток и других тяжких (как правило умышленных) форм жестокого обращения.

2. На универсальном межгосударственном уровне соответствующе аспекты обязательств государств наиболее детально обобщены в Комментариях общего характера КПП №2 «Имплементация статьи 2 государствами-участниками»

[164] Рекомендованы Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 55/89 от 4 декабря 2000 г.
[165] CAT/C/GC/2.
[166] CAT/C/GC/3.
[167] CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012.

(2007). Они включают в себя то, что государства-участники должны квалифицировать применение пыток в качестве преступления в соответствии со своим уголовным правом, исходя, как минимум, из элементов определения пытки, содержащегося в статье 1 Конвенции против пыток, и предписаний статьи 4.[168]

В этом отношении подчеркивается ряд обстоятельств, а именно:

- Серьезные расхождения между определением, содержащимся в Конвенции, и определением, включенным во внутреннее право, открывают реальные или потенциальные лазейки для безнаказанности.[169]

- Жестокое обращение может отличаться от пыток степенью боли и страданий и не требует доказательств относительно недопустимости целей. Комитет подчеркивает, что возбуждение преследования в связи с действиями, квалифицируемыми лишь в качестве жестокого обращения, притом, что этим действиям присущи еще и элементы пытки, явилось бы нарушением Конвенции.[170]

- Определяя преступление, состоящее в применении пыток, как отличающееся от обычного посягательства или других преступлений, Комитет исходит из того, что государства-участники будут непосредственно расширять всеохватывающую цель Конвенции - предупреждение пыток и жестокого обращения. Обозначение и определение этого преступления содействуют достижению цели Конвенции, в частности, обращая внимание каждого человека, включая преступников, жертв и общественности в целом, на особую тяжесть преступления, состоящего в применении пыток. Кодификация этого преступления будет также a) подчеркивать необходимость надлежащего наказания, соответствующего тяжести совершенного преступления, b) усиливать сдерживающее воздействие самого запрещения, c) расширять возможности ответственных должностных лиц отслеживать конкретные преступления в форме применения пыток и d) наделять общественность средствами и правами осуществлять наблюдение и, в случае необходимости, оспаривать как действия, так и бездействие государства, которые представляют собой нарушение Конвенции.

Амнистии и помилования «нарушают принцип недопустимости отступления от принятых норм».[171]

3. Европейские стандарты, а именно юриспруденция ЕСПЧ, следуют той же логике и указывают на определенные их дополнительные характеристики.

В частности, в решении по делу Падурец против Молдовы ЕПСЧ с большой озабоченностью принял к сведению, что пытки в Молдавии рассматриваются как «преступления средней тяжести», что позволяет отделить их от более тяжких преступлений и, таким образом, выносить более мягкие приговоры. Такая позиция абсолютно несовместима с обязательствами, вытекающими из статьи 3 Конвенции (о запрете жестокого обращения), с учетом особой тяжести такого преступления, как пытка.[172]

В случаях, когда уполномоченному лицу государства предъявляются связанные с пытками и жестоким обращением обвинения, в целях обеспечения «эффективного средства защиты» к уголовному производству и приговору не должен быть применим срок давности, а амнистия и помилование не должны допускаться.[173]

---

[168] См. параграф 8 указанных комментариев.
[169] См. параграф 9 указанных комментариев.
[170] См. параграф 10 указанных комментариев.
[171] Параграф 5 указанных комментариев.
[172] Решение ЕСПЧ от 5 Января 2010, параграф 77.
[173] *Яман* против Турции, решение ЕСПЧ от 2 ноября 2004 года, параграф 55.

Согласно соответствующей трактовки обязательств по предупреждению жестокого обращения путем неукоснительного и эффективного применения уголовного законодательства, они включают не только необходимость надлежащей квалификации деяний, а именно по статьям, диспозиция которых четко указывает на криминализацию пыток или жестокого обращения, но и назначения адекватного наказания.[174]

4. Менее серьезные нарушения, связанные с попранием гарантий против жестокого обращения, должны влечь за собой дисциплинарную, административную и / или гражданско-правовую ответственность.[175]

Запрет и криминализация пыток и других форм жестокого обращения в Казахстане

5. Конституция Республики Казахстан содержит норму (часть 2 статьи 17), которая соответствует общей международно-правовой формулировке соответствующего права. Она гласит, что никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию.

Следует отметить, что конституционная норма правомерно охватывает как пытку, так и иные формы жестокого обращения. Более того, включение термина «насилие», следует рассматривать как дополнительное (расширительное и, поэтому, приемлемое) внутригосударственное уточнение.

6. Вместе с тем, по завершении своей поездки в 2009 году Специальный докладчик ООН по вопросу о пытках рекомендовал Казахстану внести изменения в законодательство для обеспечения того, чтобы пытка квалифицировалась в качестве серьезного преступления и предусматривала соответствующее наказание, а также привести определение пытки в полное соответствие с определением, содержащимся в Конвенции против пыток.[176]

7. В 2008 году в заключительных замечаниях по результатам рассмотрения второго периодического доклада Казахстана КПП, хотя и принял к сведению усилия, направленные на введение в действие нового закона, предусматривающего включение данного в Конвенции определения пыток в законодательство страны, но по-прежнему выразил обеспокоенность тем, что определение, данное в новой статье 347-1 Уголовного кодекса, не содержит всех элементов статьи 1 Конвенции, ограничивает запрещенную практику пыток действиями "должностных лиц" и не охватывает действия "иных лиц, выступающих в

---

[174] Так в деле Валерию и Николае Рошка против Молдовы (Решение ЕСПЧ от 20 Октября 2009, параграфы 73-74) было обращено внимание, что вместо квалификации деяний полицейских как пытка они были осуждены по статье, предусматривающей уголовную ответственность за превышение власти и служебных полномочий. Не были приняты во внимание отягчающие обстоятельства и полицейский были осуждены к условному сроку. Более того, они не были отстранены от исполнения служебных обязанностей.

[175] См. Решение Европейского суда от 24 мая 2007 года по делу "Зелилоф против Греции", жалоба N 17060/03, п. 58. 14-й Общий отчет о деятельности КПП, CPT/Inf (2004) 28, пункт 27.

[176] A/HRC/13/39/Add.3, параграф 80.

официальном качестве", в том числе действия, совершаемые по подстрекательству, с ведома или с молчаливого согласия должностного лица.[177]

Кроме того, Комитет выразил обеспокоенность по поводу того, что приговоры, вынесенные согласно части первой статьи 347-1 Уголовного кодекса, не соразмерны тяжести преступления, заключающегося в пытках, как того требует Конвенция (статья 4). Комитет обеспокоен также тем, что, несмотря на криминализацию пыток в 2002 году в рамках отдельной статьи Уголовного кодекса, сотрудникам правоохранительных органов при возбуждении против них уголовного преследования по-прежнему вменяется в вину нарушение статей 308 или 347 Уголовного кодекса ("Превышение власти или должностных полномочий" или "Принуждение к даче показаний") (статья 7).[178]

8. Очевидно, что соответствующие изменения в УК Республики Казахстан были продиктованы соответствующими соображениями. Статья 141-1 Кодекса включает в себя основные элементы определения пытки, предусмотренные Конвенцией против пыток.

Вместе с тем, приходится признать, что она во многих параметрах по-прежнему не соответствует вышеперечисленным стандартам, а именно:

- субъект пытки, как было отмечено, не включает в себя иное лицо, выступающее в официальном качестве, т.е. он сужен до должностных лиц, под категорию которых могут не подпадать рядовые и иные сотрудники правоохранительных органов;

- упоминание в качестве субъекта следователя и лица осуществляющего дознание может привести к неверному представлению, что пыткой охватываются только соответствующие деяния, совершенные в контексте раскрытия и расследования преступлений, а не любой правоохранительной (охрана общественного порядка и т.д.) деятельности и иной сферы, в которую вовлечены представители государства;

- исходя из классификации преступлений (ст. 10 УК) пытка без отягчающих обстоятельств отнесена к категории средней тяжести, что не соответствует международной оценке этого преступления, которое рассматривается как одно из наиболее тяжких (независимо от степени вреда нанесенного потерпевшему и наличия других обстоятельств указанных в частях 2 и 3 статьи 141);

- исходя из международной практики возможность назначения за пытки штрафа и иных мягких наказаний не может быть признано соответствующей тяжести этого преступления, и в целом, сравнение санкций, предусмотренных ч. 1 этой статьи, с пределами наказаний за иные преступления показывает, что государство недооценивает необходимость демонстрации его непримиримости к пытке.

Характерным примером в отношении последних двух пунктов является информация (от 17.01.2013) о результатах недавнего судебного рассмотрения уголовного дела по пыткам в отношении троих полицейских в Сарыгашанском районе. Два участковых и оперуполномоченный РОВД были осуждены за выбивание в течение нескольких часов у 22-летнего потерпевшего показаний, что включало избиение дубинками, надевание на голову противогаза, и применение электрошокера. Виновные были приговорены к 3 и 2,5 годам лишения свободы.[179]

---

[177] CAT/C/KAZ/CO/2, параграф 6.
[178] CAT/C/KAZ/CO/2, параграфы 17-18 .
[179] www.tv7.kz/ru/news/show/2143

9. Уголовный кодекс Казахстана отдельно и специально не криминализирует иного значительного жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания в понимании их международно-правового запрета, к которым, как минимум, относятся их умышленное применение представителями государства или иным образом вменяемое им.

10. Изучение проекта Уголовного Кодекса по состоянию на 10 Января 2013 показало, что каких-либо изменений в части пыток или жестокого обращения, за исключением изменения нумерации статьи 141-1 на 145, не предусматривается.

11. Некоторые из аспектов криминализации пытки получили свое отражение и определенное разрешение в Нормативном Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания».[180] В частности, оно разграничивает и указывает на специальный характер статьи, предусматривающей ответственность за пытки, и отсутствие необходимости квалификации деяний как должностных преступлений общего характера.

12. Вместе с тем, следует отметить, что некоторые адвокаты, которых удалось опросить в рамках проекта, указали на продолжающуюся практику квалификации деяний, подпадающих под понятие пытки, как превышения или злоупотребления властью, служебным положением или иные составы общеуголовных преступлений.

13. В отличие от материального, УПК Республики Казахстан упоминает иные формы жестокого обращения, а именно в ч. 5 ст. 14 он предусматривает, что никто не может подвергаться жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению. Вместе с тем, по необъяснимой причине эта норма не включает пытку.

14. В дальнейших нормах УПК наоборот оперирует лишь понятием пытка и не уделяет должного внимания остальным формам жестокого обращения. Так, хотя УПК был доработан в свете международных требований относительно неприемлемости доказательств добытых с применением пытки (п. 1.1 статьи 116) и предусматривает отказ в выдаче лиц, в отношении которых имеются основания полагать, что они могут быть подвергнуты угрозе применения пыток (п.п.1.5 статьи 532), он, вопреки этих же стандартов, не уточняет их применимость в части жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения и наказания.

Характерно, что Нормативное Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7, хотя и оперирует понятиями жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения и наказания, ввиду отсутствия законодательной базы, соответствующим образом также ограничено в части их релевантности для разрешении вопроса приемлемости доказательств и выдачи.

15. Упоминание других форм жестокого обращения встречается в статье 10 Уголовно-исполнительный кодекса РК. Несмотря на значительное внимание

[180] Далее - Нормативное Постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7.

уделяемое международными стандартами общепревентивным подходам, остальные нормативные акты имеющие значение для данной тематики, такие как Закон о Правоохранительной Службе, Закон об Органах Внутренних Дел, Кодекс чести государственных служащих Республики Казахстан (Правила служебной этики государственных служащих), Кодекс чести сотрудников органов внутренних дел Республики Казахстан (Правила служебной этики сотрудников органов внутренних дел Республики Казахстан) не включают не только упоминания о жестоком обращении, но и пытке. Они ограничиваются лишь общим упоминанием о правах физических лиц, которое хотя и охватывает указанные нарушения, но не обладает должным превентивным эффектом в отношении жестокого обращения. Кроме того, это может осложнить и надлежащее применение дисциплинарных и иных мер неуголовного характера в отношении лиц, виновных в нарушениях сопряженных с жестоким обращением (несоблюдение гарантий против жестокого обращения и т.д.).

16. Исходя из вышеизложенного, в целях дальнейшего усовершенствования законодательной базы и обеспечения эффективной борьбы с пытками и иными формами жестокого обращения следовало бы:

- внести изменения в Уголовный Кодекс Республики Казахстан с тем, чтобы диспозиция статьи, предусматривающей уголовную ответственность за пытки, распространялась не только на должностных лиц, но и лиц, выступающих в ином официальном качестве, а также деяния совершенные не только в контексте раскрытия и расследования преступлений, а любой правоохранительной и иной деятельности и сфере, в которую вовлечены представители государства;

- внести изменения в Уголовный Кодекс Республики Казахстан с тем, чтобы санкции за пытку и, соответственно, категория этого преступления были приведены в соответствие с его международно-правовой оценкой;

- внести изменения в Уголовный Кодекс Республики Казахстан с тем, чтобы соответствующим образом криминализировать иные серьезные формы жестокого обращения;

- продолжить принятие мер по усовершенствованию правоприменительной (судебной) практики с тем, чтобы квалификации соответствующих деяний единообразно происходила по статьям, предусматривающим уголовную ответственность за пытки и жестокое обращение, а не должностные и иные преступления общего характера;

- дополнить уголовно-процессуальное и иное соответствующие законодательство и подзаконные акты (Закон о Правоохранительной Службе, Закон об Органах Внутренних Дел и т.д.) с тем, чтобы они специально указывали на запрет пыток и иных форм жестокого обращения в соответствии с международно-правовыми и конституционным определением соответствующего права.

2. Гарантии против пыток и жестокого обращения

Фундаментальные международные стандарты

17. Ввиду особой уязвимости лиц, лишенных свободы, или иным образом ограничиваемых в возможности задействовать свои права при отправлении правоохранительных функций или применения иных принудительных мер органами (представителями) государства, международное право прав человека включает в

себя специальные гарантии, призванные обеспечить как предотвращение пыток и жестокого обращение путем удержания лиц, склонных к их применению,[181] так и, если они все же будут иметь место, их эффективное расследование. В отношении необходимости таких гарантий для обеспечения адекватности расследования характерен ставший стандартным следующий постулат ЕСПЧ:

> *". . . потерпевшему крайне сложно обосновать свои жалобы на пытки во время пребывания под стражей в полиции, если такой потерпевший или такая потерпевшая изолирован(а) от внешнего мира и лишен(а) доступа к врачу, адвокату, родственникам или друзьям, которые могли бы поддержать потерпевшего и собрать необходимые доказательства . . ."*[182]

18. Согласно КПП такие гарантии включают, в частности, ведение официального реестра содержащихся под стражей лиц, их право быть информированными о своих правах, право оперативно получать независимую юридическую помощь, независимую медицинскую помощь и вступать в контакт с родственниками, потребность в наличии беспристрастных судебных механизмов для инспектирования и посещения мест содержания под стражей и мест лишения свободы и обеспечение доступа содержащихся под стражей лиц и лиц, рискующих подвергнуться пыткам или жестокому обращению, к судебным и иным средствам правовой защиты, гарантирующим своевременное и беспристрастное рассмотрение их жалоб, защиту их прав и оспаривание законности содержания под стражей или примененного обращения.[183]

19. Набор соответствующих гарантий предусмотренных в различных универсальных и региональных международно-правовых инструментах в целом идентичен. Некоторые несущественные различия связаны со спецификой соответствующих текстов. Вместе с тем, состав тех гарантий, которые имеют значение для эффективности возможного последующего расследования, не вызывает дискуссии. Это те меры и пути, которые (в первую очередь или в том числе) должны обеспечивать то, что все утверждения, жалобы и иная информация, указывающая на то, что имело место жестокое обращение, направляется и достигает компетентных органов. Помимо этого, соответствующие гарантии призваны зафиксировать медицинские симптомы и иные факты, которые могут подтвердить жестокое обращение. Важно учесть, что по сути эти гарантии действуют до начала процедур по расследованию и независимо от или в дополнение к ним.

Эти гарантии включают в себя следующие права и требования:

- право сообщить о факте своего задержания родственнику или иной третьей стороне на выбор задержанного;[184]

- право на доступ к адвокату по своему усмотрению, который должен предусматривать наличие схемы эффективной юридической помощи лицам, не

---

[181]Шестой Общий отчет о деятельности ЕКПП, CPT/Inf (96) 21, пункт 15. См. тж. 2-й Общий отчет о деятельности ЕКПП, CPT/Inf (92) 3, пункт 36.

[182] *Маммадов (Жалалоглу)* против Азербайджана, решение от 11 января 2007 года, пункт 74.

[183] Комментарии общего характера КПП №2 «Имплементация статьи 2 государствами-участниками» (2007), параграф 13.

[184] См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года, принцип 15. Для граждан иностранных государств это включает в себя уведомление консульских учреждений.

имеющим возможность ее оплатить, право на беседу с адвокатом один на один, а также на присутствие адвоката во время допросов;[185]

- право на доступ к врачу, которое, в дополнение к медицинским освидетельствованиям, проведенным врачом, вызванным полицией, должно охватывать и право на осмотр врачом, которого выбирает сам задержанный, равно как и осмотр судебными медицинскими экспертами; все медицинские освидетельствования должны проводиться вне пределов слышимости и, если сам врач однозначно не требует иного, вне пределов видимости должностных лиц полиции или другого не имеющего отношение к медицине персонала; результаты должны надлежащим образом фиксироваться и передаваться задержанному и его адвокату;[186]

- право на надлежащую регистрацию факта задержания с полным и точным его описанием и с обеспечением доступа задержанного и его адвоката к таким протоколам;[187]

- право направлять жалобы или любые письменные заявления в компетентные органы, а также требовать, в рамках права уважения к личной корреспонденции, передачи этого почтового отправления (направляемое в компетентные органы) без необоснованных задержек, в запечатанном конверте или любым иным способом, который исключает цензуру;[188]

- право быть проинформированным об этих правах в доступной и понятной форме на языке, понятном задержанному, с вручением формуляра, где эти права четко изложены; при этом задержанному должно быть предложено дать расписку в том, что он был ознакомлен с этими правами.[189]

---

[185]См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года, принципы 17-18. Addendum to 2010 Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak, UN. Doc. A/HRC/13/39/Add.5, para. 102. Это право должно быть применимым ко всем лицам, которых содержат под стражей в полиции, независимо от их статуса. Двенадцатый Общий отчет о деятельности КППП, CPT/Inf (2002) 15, пункт 41.

[186] См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года, принцип 24; *Маммадов (Джалалоглу) против Азербайджана,* Решение ЕСПЧ от 11 января 2007, жалоба № 34445/04, пункт 74. *Мехмет Эрен* против Турции, Решение ЕСПЧ от 6 апреля 2004, жалоба № 21689/93, пункт 355. См. тж. Отчет КППП о посещении Албании с 23 мая по 3 июня 2005, CPT/Inf (2006) 24, пункт 49; Отчет КППП о посещении Грузии с 6 по 18 мая 2001, CPT/Inf (2002) 14, пункт 30; пункт 123 Стамбульского протокола, *Мехмет Эрен* против Турции, Решение ЕСПЧ от 6 апреля 2004, жалоба № 21689/93, пункт 355.

[187] См. Addendum to 2010 Report of the Special Rapporteur on Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Manfred Nowak, UN. Doc. A/HRC/13/39/Add.5, para. 84

[188]См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9 декабря 1988 года, принцип 33; *Недбала* против Польши, решение от 4 июля 2000 года, пункт 81.*Попов против России,* решение от 13 июля 2006 года, жалоба № 26853/04, пункты 246-247. Этот перечень может быть дополнен возможностью связаться с органами по телефону или при помощи других средств связи. См. Выводы Комиссара Совета Европы по правам человека о независимом и эффективном рассмотрении жалоб на действия полиции, CommDH(2009)4, пункт 46.

189 См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи ООН от 9

Указанные права должны действовать непосредственно с момента лишения свободы. Даже кратковременные задержки в обеспечении доступа к врачу или неоправданные и продлеваемые отсрочки уведомления о пребывания лица под стражей могут означать нарушение указанных требований.[190] Вместе с тем, для защиты законных интересов расследования, в строго определенных случаях может возникнуть необходимость отложить уведомление о факте своего задержания на некоторое время (несколько часов) или ограничить доступ лишенного свободы лица к выбранному им адвокату, предоставив право пользоваться услугами другого. Такие исключения должны быть четко определены, строго ограничены и обусловлены дополнительными соответствующими гарантиями. Все отсрочки должны фиксироваться в письменной форме с указанием их причин, а также допускаться с разрешения вышестоящего должностного лица полиции, судьи или прокурора, не имеющих отношения к данному делу. По тем же причинам может возникнуть необходимость проведения медицинского освидетельствования содержащегося под стражей лица выбранным им врачом в присутствии врача, назначенного компетентным органом.[191] Подобные или иные ограничения не предусмотрены для других прав.

Кроме того, для этих же целей:

- прокуроры и судьи обязаны самым решительным образом реагировать на сообщения о том, что доставленные к ним лица могли пострадать от жестокого обращения. Они должны обеспечить лицу реальные возможности открыто заявить о том, каким образом с ним обращаются;[192]

- пенитенциарные учреждения и их медицинский персонал обязаны осматривать вновь поступающих заключенных и фиксировать жалобы на жестокое обращение и телесные повреждения, если таковые имеются, и передавать эти сведения компетентным органам.[193]

Законодательство о гарантиях против жестокого обращения и практика их соблюдения

20. Как указывалось, одним из решающих условий эффективности гарантий против жестокого обращения, является их применение с момента, когда лицо фактически лишается свободы.

декабря 1988 года, принцип 13; **Двенадцатый** Общий отчет о деятельности КППП, CPT/Inf (2002) 15, пункт 44.

[190] См. *Маммадов (Джалалоглу)* против Азербайджана, Решение ЕСПЧ от 11 января 2007, жалоба № 34445/04, пункт 74; *Йуксель* против Турции, Решение ЕСПЧ от 20 июля 2004, жалоба № 40154/98, пункт 27.

[191] См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года, принцип 15. См. **Двенадцатый** Общий отчет о деятельности КППП, CPT/Inf (2002) 15, пункт 41; Отчет КППП о посещении Франции с 14 по 26 мая 2000, CPT/Inf (2001) 10, пункт 35.

[192] См. См. Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой-бы то ни было форме, принят резолюцией 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года, принцип 37;решение КПП по *Bouabdallah Ltaief* v. *Tunisia*, CAT/C/31/D/189/2001, параграфы. 10.5-10.8. Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КППП, CPT/Inf (2004) 28, пункт 28. См. тж. *Ахмет Озкан и другие* против Турции, Решение ЕСПЧ от 6 апреля 2004, жалоба № 21689/93, пункт 359; *Тарабурка* против Молдовы, Решение ЕСПЧ от 6 Декабря 2011, пункт 49.

[193] *Тарабурка* против Молдовы, Решение ЕСПЧ от 6 Декабря 2011, пункт 49. Отчет ЕКПП о посещении Литвы с 17 по 24 февраля 2004, CPT/Inf (2006) 9, пункт 96.

Согласно ч. 1 статьи 134 УПК РК, протокол задержания, в котором указываются основания и мотивы, место и время задержания (с указанием часа и минут), результаты личного обыска, а также время составления протокола, подлежит составлению в срок не более трех часов с момента фактического задержания.

Вместе с тем, после посещения Казахстана в 2009 году специальный докладчик по вопросу о пытках заявил, что невозможно установить, соблюдается ли трехчасовой максимальный предел первоначального содержания под стражей, и сообщил, что им получены многочисленные утверждения о том, что первые (незарегистрированные) часы задержания используются правоохранительными органами для получения признаний с помощью пыток.[194]

До этого, в 2008 году в своих заключительных замечаниях по результатам рассмотрения второго периодического доклада Республики Казахстан КПП выразил глубокую обеспокоенность утверждениями о том, что в период между задержанием и официальной регистрацией задержанного лица в полицейском участке имеют место пытки и факты плохого обращения с подозреваемыми, что лишает задержанных достаточных правовых гарантий. Он указал на неподтверждение и нерегистрацию фактического времени ареста задержанного, а также наличие незарегистрированных периодов досудебного задержания и следственных действий. Более того, Комитет с обеспокоенностью отметил признание правительством факта частых нарушений должностными лицами государства-участника Уголовно-процессуального кодекса в том, что касается проведения допроса в течение 24 часов, содержания под стражей до возбуждения уголовного дела, уведомления родственников подозреваемого или обвиняемого лица о задержании этого лица в течение 24 часов и права обращаться к адвокату.[195]

В свете упомянутых стандартов и этих рекомендаций в Казахстане принимались меры по пресечению подобных нарушений. Значительным шагом в этом отношении стало Нормативное Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7, которое дало точное определение фактического задержания в соответствии с международными стандартами. Пункт 2 этого постановления указал, что под фактическим задержанием следует понимать лишение лица возможности свободно передвигаться и совершать иные действия по своему усмотрению (захват, физическое удержание, закрытие в помещении, принуждение пройти куда-либо или остаться на месте и т. п.). В этом же аспекте было разъяснено, что незамедлительно, но не позднее трех часов после фактического задержания, лицо должно быть передано следователю или дознавателю для решения вопроса о его процессуальном задержании.[196] Началом срока задержания лица является время его фактического задержания. Это время с обязательным указанием часов и минут отражается в протоколе задержания, который составляется следователем (дознавателем) в течение трех часов после фактического задержания лица. Более того, судам, в судебном разбирательстве и на досудебной стадии уголовного процесса при проверке заявлений о нарушениях прав на личную свободу и неприкосновенность достоинства человека, рассмотрении ходатайств о санкционировании меры пресечения в виде ареста, необходимо

[194] См. Подборку, подготовленную Управлением Верховного комиссара по правам человека в соответствии с пунктом 15 B) приложения к резолюции 5/1 Совета по правам человека, п. 14. A/HRC/WG.6/7/KAZ/2

[195] CAT/C/KAZ/CO/2, параграфы 9 и 11.

[196] Нормативное Постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7, п.1.

выяснять, когда лицо фактически задержано, на какое время, где оно содержалось, составлялся ли протокол и другие, связанные с этим обстоятельства.[197]

Несмотря на категорические разъяснения Верховного Суда, при опросе, осуществленном в рамках проекта, некоторые адвокаты указали, что по-прежнему имеют место случаи последующей, а не незамедлительной регистрации и оформления задержаний.

Таким образом, **необходимо продолжить принятие мер по обеспечению неукоснительного соблюдения стандартов применимости гарантий против жестокого обращения с момента фактического задержания**. В частности, для этих целей следовало бы активизировать применение указаний Верховного Суда о надлежащем **реагировании на каждый «факт подлога времени задержания подозреваемого лица» и его оценки как преступления.**[198]

21. Ввиду несвоевременной или недостоверной регистрации задержания или иного лишения свободы еще большее значение приобретает система и порядок ведения соответствующих учетов в милиции и других правоохранительных органах. В этом отношении важно не только составление протоколов задержания, но и незамедлительное внесение соответствующих данных о доставлении, задержании или других случаях лишения свободы в журналы и иные учеты подразделений органов внутренних дел и иных ведомств, осуществляющих правоохранительную деятельность. Что касается учетов ИВС и иных учреждений для содержания лиц, лишенных свободы, то в них ведение учетов, как правило, вызывает меньше нареканий как в отношении своевременности, так и аккуратности.

Характерно, что не только УПК, но и Нормативное Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7 фокусируется только на составлении протоколов задержания и не делает должных акцентов на ведении учетов и их изучения при проверке соответствующих жалоб.

Следовательно, обеспечение соблюдения стандартов применимости гарантий против жестокого обращения с момента фактического задержания должно включать и **меры по развитию системы и соблюдению процедур, а также требований незамедлительной, точной и всесторонней регистрации задержания в соответствующих учетах (журналах, электронных носителях) подразделениями органов внутренних дел и иных ведомств, осуществляющих правоохранительную деятельность.**

22. Одним из серьезнейших оснований для критики законодательства Казахстана относительно уведомления о задержании родственников или иных третьих лиц была возможность на основании ч. 3. ст. 138 УПК откладывать его на срок до 72 часов.[199] В связи с этим особо следует приветствовать исключение этой нормы в соответствии с Законом РК от 18.01.11 г. № 393-IV.

Вместе с тем, и оставшиеся положения ст. 138 УПК, а именно двенадцатичасовый период уведомления, предусмотренный ч.1 этой статьи, не соответствует стандарту незамедлительности.

Что касается круга лиц, которых задержанное лицо имеет право уведомить, то ссылка на иных близких лиц или предоставление возможности такого уведомления

[197] Там же, п. 4.

[198] Там же.

[199] См. п. 10 Заключительных замечаний от 12 Декабря 2008 года по результатам рассмотрения второго периодического доклада Республики Казахстан, CAT/C/KAZ/CO/2.

самому подозреваемому или обвиняемому, в принципе, может считаться соответствующим стандарту уведомления третьих лиц по выбору задержанного.

Это же относиться к документальному подтверждению уведомления. Данное процессуальное действие фиксируется в протоколе, который подписывается следователем (дознавателем) и подозреваемым. Большинство адвокатов подтвердили, что уведомление осуществляются после официальной регистрации задержания и составления протокола.[200]

В связи с изложенным, **следовало бы продолжить приведение норм, регулирующих уведомление третьих лиц по усмотрению задержанного в соответствие с международными стандартами, в частности, предусмотреть его «незамедлительное» осуществление и, при необходимости, возможность ограниченной (на точно определенный небольшой период, до нескольких часов) его отсрочки на основании строгой процедуры и с применением дальнейших гарантий ее соблюдения. в том числе возможности обжалования.**

23. По действующему законодательству (статья 68 УПК РК) подозреваемый наделен правом: самостоятельно или через своих родственников или доверенных лиц пригласить защитника, в случае, если защитник не приглашен подозреваемым, его родственниками или доверенными лицами, следователь, дознаватель обязаны обеспечить его участие в порядке, предусмотренном частью третьей статьи 71 настоящего Кодекса; иметь свидание с избранным или назначенным защитником наедине и конфиденциально до начала допроса; давать объяснения и показания только в присутствии защитника, за исключением случаев отказа подозреваемого от него.

Как видно из текста статьи, УПК РК четко распространяет право иметь защитника при даче объяснений, что должно трактоваться как основание для доступа к нему и на доследственной стадии, когда в основном и происходит получение таковых. Однако, исходя из отсутствия соответствующих пояснений в Нормативном Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7, можно заключить, что это не имеет места. Это подтверждается и пояснениями опрошенных адвокатов.

Более того, хотя это постановление (в пункте 2) упоминает о праве на защитника с момента задержания (очевидно исходя из положений ч. 1 статьи 68 и ч. 3 статьи 70 УПК), пункт 7 этого постановления лишь подчеркивает, что в случае задержания подозреваемого или применения к нему меры пресечения до предъявления обвинения он должен быть допрошен согласно части 2 статьи 68 УПК не позднее двадцати четырех часов с момента задержания при обеспечении права на конфиденциальное свидание до первого допроса с избранным им или назначенным защитником.

В качестве положительного аспекта Нормативного Постановления Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 следует отметить указания относительно недопустимости доказательств полученных в отсутствие адвоката. Согласно его пункта 14, если подсудимый в судебном заседании заявляет, что показания были даны им при физическом или психическом насилии органов уголовного преследования, при этом он не был ознакомлен с правом пригласить защитника и не давать показания против самого себя, его допрос проводился без участия защитника, то оспариваемые показания должны признаваться недопустимыми в качестве доказательств. Таким образом, наиболее существенным

[200] О необходимости обеспечения применимости всех гарантий с момента фактического задержания, см. предыдущий параграф заключения.

становиться оценка реальности и осведомленности решения об отказе от права на защитника, что требует дальнейших пояснений и установления единообразной практики.

Из пояснений опрошенных адвокатов усматривается, что как и другие гарантии, право на защитника, в лучшем случае, предоставляется при официальном допросе, а реальный доступ к нему на еще более поздних стадиях (очевидно ввиду формального отказа от услуг такового). Кроме того, не всегда предоставляется возможность встречи один-на-один до допроса, наблюдается практика «навязывания» следователями конкретных («своих») защитников. Отдельными адвокатами отмечалась неэффективность защиты, предоставляемой за счет государства (трудности со своевременным вовлечением, ее неудовлетворительное качество). Характерно, что части доступа к адвокатам КПП в целом отмечал ограниченность этого права в Казахстане.[201]

Исходя из вышеизложенного, а также принимая во внимание специфику стандартов доступа к адвокату с момента задержания, как гарантии от жестокого обращения (а не до первого допроса как предполагается правом на справедливое судебное разбирательство), следовало бы:

- уточнить положения уголовно-процессуального законодательства и недвусмысленным образом указать, что доступ к защитнику должен предоставляться с момента фактического задержания, независимо от времени его последующего процессуального оформления (составления протокола в течении 3 часов) или официального допроса (в течении 24 часов);

- предусмотреть четкие критерии добровольности отказа от права на защитника **(например, составление отдельного специального документа отражающего его надлежащее разъяснение, подтверждение отказа в присутствии адвоката или вышестоящего должностного лица, судьи или прокурора, не имеющих непосредственного отношения к данному делу);**

- повысить эффективность и качество защиты, предоставляемой за счет государства.

24. Согласно данных и заключений мониторинговых механизмов ООН, в Казахстане имели место значительные недостатки в обеспечении гарантий, связанных с медицинским осмотром и доступом к врачу по усмотрению лица, лишенного свободы. Так, Специальный докладчик по вопросу о пытках отметил, что, хотя медицинский персонал Министерства внутренних дел и тюремной администрации проводит начальный осмотр по прибытии соответствующего лица, они явно неспособны предпринимать какие-либо независимые действия в отношении коллег, с которыми они каждый день встречаются на работе. Для проведения независимого осмотра необходимо разрешение надзорного органа − например, следователей, прокуроров, тюремной администрации, − этот орган имеет все возможности для того, чтобы затянуть выдачу соответствующего разрешения, ожидая, что телесные повреждения, полученные в результате пыток, заживут к моменту проведения осмотра. В тех случаях, когда осмотр проводится вне центра содержания под стражей, сотрудник правоохранительных органов, ведущий дело, обычно сопровождает задержанного и находится рядом с ним в течение всего

[201] См. п. 9 Заключительных замечаний от 12 Декабря 2008 года по результатам рассмотрения второго периодического доклада Республики Казахстан, CAT/C/KAZ/CO/2.

осмотра.[202] КПП, в свою очередь также указал на ограниченный доступ к независимым врачам.[203]

Очевидно, что подобные несоответствия с международно-правовыми стандартами требуют урегулирования на законодательном уровне. Несмотря на это ни УПК, ни Закон о порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых, ни Уголовно-Исполнительный Кодекс РК не предусматривают соответствующих норм.

Существующие подзаконные акты, а именно приказы Министра Внутренних Дел «Об утверждении Правил внутреннего распорядка изоляторов временного содержания органов внутренних дел» от 1 июня 2002 года N 385, а также и.о. Министра Юстиции «Об утверждении Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции Республики Казахстан» от 27 августа 2004 года № 2, действительно предусматривают лишь отдельные компоненты этой гарантии. В частности, согласно п. 13 Правил внутреннего распорядка ИВС, вновь прибывшие лица опрашиваются либо дежурным или фельдшером (т.е. альтернативно) о состоянии здоровья и лишь при наличии жалоб им оказывается медицинская помощь. Третий абзац этого пункта, регулирующий действия персонала при наличии телесных повреждений и явных признаков причинения вреда здоровью, не указывает что в таких случаях необходим осмотра медицинским персоналом (фельдшером). Этот абзац ограничивается обязанностью дежурного уведомить начальника ИВС и органа внутренних дел, а не прокурора или иного органа, как того требуют соображения независимости расследования.[204] Вместе с тем, следует отметить, что данный пробел частично восполнен приложением №13, где дается образец карты медицинского осмотра. Он подразумевает ее заполнение медработником и указание наличия повреждений как при поступлении, так и перед направлением в следственный изолятор. Однако, помимо того, что подобный осмотр должен проводиться и в отношении лиц, освобождаемым из ИВС (а не только направляемых в следственный изолятор), данный приказ не устанавливает ни специальных правил осмотра (вне видимости, слышимости и т.д.), ни возможности медицинского освидетельствования медицинским работником по выбору лица, помещенного ИВС.

Что касается Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции, в пункте 139 они предусматривают слишком длительный период (3-х дневный срок) в течении которого допустимо проведение медицинский осмотр вновь поступивших лиц. В Правилах отсутствуют специальные нормы требующие регистрацию и уведомление кого бы то ни было о телесных повреждениях, обнаруженных у таких лиц. Пункт 143 устанавливает лишь соответствующие правила о безотлагательном (в данном случае)[205] медицинском освидетельствовании в случаях получения телесных повреждений в следственном изоляторе. Его результаты которого надлежит отразить в амбулаторной карте и сообщить пострадавшему. По ходатайству последнего или защитника освидетельствование может проводиться органом, руководящим охраной здоровья граждан. Соответствующее решение принимается администрацией в течении 24-х часов. Таким образом, хотя это правило

[202] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. A/HRC/13/39/Add.3 п. 19.

[203] См. п. 9 Заключительных замечаниях от 12 Декабря 2008 года по результатам рассмотрения второго периодического доклада Республики Казахстан, CAT/C/KAZ/CO/2.

[204] О соответствующих критериях см. ниже следующую главу настоящего заключения.

[205] Ср. с трехдневным периодом проведения медосмотра при поступлении.

предоставляет возможность получить доступ к медицинскому персоналу независимому от пенитенциарной службы, оно касается лишь значительным образом ограничивает выбор в этом отношении и, более того, относит принятие решения отнесено к компетенции того органа, который несет ответственность за повреждения полученные в учреждении.[206]

В правилах отсутствует недвусмысленное указание на возможность привлечения для осмотра судебно-медицинского эксперта непосредственно по требованию пострадавшего или его защитника. Характерно, что опрошенные в рамках проекта адвокаты указали, что непосредственный доступ к судебно-медицинскому освидетельствованию (без получения отношения или постановления следственно-прокурорских или судебных органов) возможен лишь для лиц, находящихся на свободе.

Исходя из вышеизложенного**, необходимо прежде всего на законодательном уровне устранить указанные пробелы и недостатки существующих правил относительно медицинского освидетельствования лиц, лишенных свободы, в том числе их доступа к медицинским работникам, выбранным по их усмотрению (включая судебно-медицинских экспертов), незамедлительности и конфиденциальности таких процедур.**

25. В дополнение к соответствующим правам подозреваемого, обвиняемого, защитника, предусмотренных УПК, законодательство Казахстана правомерно устанавливает и регулирует право лиц лишенных свободы обращаться с жалобами в соответствующие государственные органы. Причем заявления и жалобы, адресованные прокурору и в суд, не подлежат цензуре и направляются им в течении суток. В частности это предусмотрено статьей 20 Закон о порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых, аналогичными положениями УИК РК (статья 13 и др.), а также подзаконными актами, в том числе пунктом 104 Правил внутреннего распорядка следственных изоляторов Комитета уголовно-исполнительной системы Министерства юстиции, пунктами 86, 87 Правил внутреннего распорядка изоляторов временного содержания органов внутренних дел.

В отношении жалоб и заявлений, касающихся пыток и жестокого обращения эти положения были должным образом детализованы в Нормативном Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7. Оно предусматривает, что администрация мест содержания под стражей обязана в соответствии со статьей 104 УПК немедленно передать прокурору жалобы о применении пыток, поступившие от задержанных или арестованных лиц. В случаях, когда жалоба лица, задержанного по подозрению в совершении преступления или содержащегося под арестом, о применении пыток адресована суду, администрация мест содержания под стражей должна немедленно направлять ее в районный (городской) суд по месту нахождения учреждения для рассмотрения в порядке статьи 109 УПК. [207]

Вместе с тем, обращает на себя внимание то обстоятельство, что перечень органов, переписка с которыми не подлежит цензуре включает лишь прокуроров и суды. Исходя из теста пропорциональности цензурирования, не представляется какое обоснование может существовать для подобного систематического

[206] Указанное также вызывает серьезные нарекания в смысле обеспечения независимости последующих процедур. См. ниже.

[207] Характерно, что это положение не упоминает иные формы жестокого обращения. См. п.14 настоящего заключения.

вмешательства в отношении обращений к главе государства, иным высшим органам государственной власти, в том числе министрам внутренних дел, юстиции, областным звеньям соответствующих ведомств и т.д., а также уполномоченному по правам человека и международным организациям и, прежде всего, КПП, право на индивидуальные обращения к которому признано Казахстаном. Таким образом, представляется необходимым **соответствующим образом расширить перечень органов и учреждений, корреспонденция с которыми (в том числе и поступающая) не подлежит цензуре.**

Вместе с тем, особого внимания заслуживают многочисленные данные о формальном характере права на направление жалоб ввиду значительной распространенности практики запугивания и преследования лиц, обжалующих жестокое обращение и иные незаконные действия правоохранительных или иных органов. Так, Специальный докладчик ООН по вопросу о пытках подчеркнул, что практически полное отсутствие официальных жалоб вызывает подозрение в том, что в стране на деле не существует реального механизма их получения и рассмотрения; напротив, как представляется, большинство заключенных избегают подавать жалобы, поскольку они не доверяют системе или боятся наказания.[208] Он же указал, что многие из задержанных, с которыми беседовал Специальный докладчик, заявляли, что им угрожали дополнительными обвинениями, увеличением тюремного срока и, в некоторых случаях, сексуальным насилием со стороны сокамерников, чтобы заставить их забрать жалобу или подписать заявление об отсутствии у них каких-либо жалоб либо о том, что они получили травмы, оказывая сопротивление при аресте. Он узнал также, что в некоторых случаях угрожают семьям задержанных, например, что их тоже арестуют или расскажут обо всем друзьям ребенка.[209] Характерно, что факт запугивания и преследования за обращения в КПП был признан и в решении по сообщению Герасимова против Республики Казахстан.[210]

26. Учитывая возможность запугивания и других препятствий к обжалованию жестокого обращения, международные стандарты предусматривают, что соответствующие органы, представители власти и прежде всего прокуроры и судьи обязаны реагировать не только на формальные жалобы или утверждения о жестоком обращении, но и иные «достаточно четкие признаки» того, что жестокое обращение «могло иметь место».[211] Таковыми являются, в том числе телесные повреждения, общий внешний вид, специфичное поведение человека и т.д.[212]

Во время своей миссии в 2009 году Специальный докладчик отметил, что совершению актов пыток способствует бездействие прокуроров, судей, сотрудников

---

[208] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. A/HRC/13/39/Add.3 п. 51.

[209] Там же, п. 59.

[210] CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012.

[211] См. п. 2 Принципов эффективного расследования и документирования пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Рекомендованных Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 55/89 от 4 декабря 2000 г.; *Бати и другие* против Турции, решение от 3 июня 2004 года, пункт 100; *97 членов Конгрегации свидетелей Иеговы Гдлани и 4 других* против Грузии, решение от 3 мая 2007 года, пункт 97.

[212] Четырнадцатый Общий отчет о деятельности ЕКПП, CPT/Inf (2004) 28, пункт 28.

Министерства юстиции, врачей и адвокатов перед лицом обвинений в пытках и жестоком обращении.[213]

На этом фоне обращает на себя внимание отсутствие четких указаний в законодательстве и том же Нормативном Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года N. 7 относительно реагирования на подобные признаки, а не только жалобы и заявления, как это предлагается в пункте 13. В дополнение к рассмотренным указаниям о действиях администраций мест лишения свободы и других органов в связи жалобами о жестоком обращении, этот пункт предусматривает, что когда таковые заявлены в судебном заседании, суд обязан принять предусмотренные законом меры к ее незамедлительному рассмотрению. Однако, следует отметить, что некоторые из опрошенных адвокатов указали, что судьи задают вопросы о видимых повреждениях независимо от жалоб со стороны задержанных.

Несмотря на это, для обеспечения единообразной практики, **помимо применения уголовно-правовых и иных мер ответственности по пресечению запугивания и преследования лиц, обжалующих жестокое обращение и иные незаконные действия правоохранительных или иных органов, в законодательстве следует предусмотреть четкую обязанность прокуроров и судей, а также иных должностных лиц реагировать не только на жалобы, но и иные достаточно четкие признаки того, что жестокое обращение могло иметь место.**

27. Эти же пробелы имеют место в отношении определения роли пенитенциарной службы. Кроме отмеченных недостатков медицинского освидетельствования, лиц содержащихся в учреждениях Комитета Уголовно-Исполнительного Системы,[214] обращает на себя внимание замечание Специального докладчика ООН о том, что хотя большинство следственных изоляторов было передано в ведение Министерства юстиции, из бесед, проведенных им в изоляторах, стало очевидно, что их персонал не считает, что в его обязанности входит выявление случаев пыток или жестокого обращения со стороны право охранительных органов, и тем более − принятие в связи с этим каких-либо мер.[215]

Несмотря на существующие общие уголовно-процессуальные нормы относительно уведомления о признаках преступления, в законодательстве Казахстана следует предусмотреть и на основании него обеспечить четкую систему **направления учреждениями уголовно-исполнительной системы уведомлений о признаках жестокого обращения в органы, компетентные расследовать подобные обстоятельства, но не связанные с уголовным преследованием и содержанием лица под стражей.**

28. Многие из вышеизложенные факторов, отрицательно влияющие на эффективность гарантий против жестокого обращения, усиливаются за счет несвоевременного и ненадлежащего уведомления о соответствующих правах. Это связано как с незарегистрированными периодами лишения свободы, так и законодательно закрепленной в статье 134 УПК отсрочкой до трех часов для

[213] См. Подборку, подготовленную Управлением Верховного комиссара по правам человека в соответствии с пунктом 15 B) приложения к резолюции 5/1 Совета по правам человека, п. 14. A/HRC/WG.6/7/KAZ/2.

[214] См. выше п. 25 настоящего заключения.

[215] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. A/HRC/13/39/Add.3 п. 54.

оформления протокола задержания, в рамках составления которого и предусмотрено ознакомление задержанного с его правами, предусмотренными статьей 68 УПК. Ненадлежащее ознакомление выражается в том, что эта статья не предусматривает всех гарантий, в том числе доступа к врачу. Более того, как указывается адвокатами, ознакомление с правами сводится к перечислению статей в протоколе задержания, содержание которых зачастую не развернуто.

С этим связано и замечание КПП о неуведомлении задержанных в полном объеме об их правах в момент задержания.[216]

Таким образом, **необходимо уточнить положения законодательства и недвусмысленным образом предусмотреть, что ознакомление с правами (в том числе составляющими гарантии против жестокого обращения) должно осуществляться в документальном виде с их соответствующим разъяснение с момента фактического задержания, независимо от времени его последующего процессуального оформления (составления протокола в течении 3 часов).**

3. Критерии эффективности расследования жестокого обращения

Фундаментальные международные стандарты

29. Итоговой целью процедурных обязательств, вытекающих из абсолютного запрета пыток и других форм жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания и, в первую очередь, их эффективного расследования, является поддержание «уверенности общественности в том, что власти придерживаются принципа верховенства права и стремятся исключить любые проявления своей причастности к незаконным актам или толерантного отношения к ним».[217] Иными словами, государства обязаны расследовать пытки и другие формы жестокого обращения таким образом, чтобы не оставалось сомнений в нетерпимости к ним и реальности намерений в их искоренении. Хотя терминология, которую используют международные организации и международные правовые документы, может различаться,[218] однако, по сути, релевантные критерии включают в себя независимость и непредвзятость, тщательность, незамедлительность, адекватность полномочий, а также публичный контроль и привлечение к расследованию потерпевшего.

30. Независимость является основой эффективного расследования и доверия со стороны предполагаемого пострадавшего и общественности в целом.[219] Независимость и непредвзятость подразумевает, что должностные лица, отвечающие за такое расследование, назначенные для его осуществления либо имеющие право принятия решений, не должны входить в состав тех же подразделений органов правопорядка или быть каким-либо иным образом

---

[216] См. п. 9 Заключительных замечаний от 12 Декабря 2008 года по результатам рассмотрения второго периодического доклада Республики Казахстан, CAT/C/KAZ/CO/2.

[217] *Бати и другие* против Турции, Решение ЕСПЧ от 3 июня 2004, пункт 136.

[218] См. Стамбульский протокол, пункты 79-82; Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КПП, CPT/Inf (2004) 28 пункты 31-36; Вывод Комиссара Совета Европы относительно объективности и эффективности принятия решений по жалобам на полицию, ommDH(2009)4, пункты 62-79.

[219] См. Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КПП, CPT/Inf (2004) 28, пункты 32; Стамбульский протокол, пункт 74; Стамбульские принципы, пункт 2; Вывод Комиссара СЕ по правам человека, пункты 63-66.

связанными (в рамках профессиональной деятельности или в порядке подчиненности) с лицами, причастными к расследуемым событиям.[220] Они также не должны иметь отношения к возбужденному против заявителя процессу преследования.[221] Требование независимости распространяется на любое лицо, принимающее решения в ходе расследований или проводящее их, включая лиц, которым поручены конкретные следственные или оперативно-розыскные действия,[222] судебно-медицинских экспертов,[223] надзирающих прокуроров,[224] а также специальные органы.[225]

Соответствие критериям независимости стало одним из основных факторов, принимаемых во внимание при создании внутригосударственных систем и механизмов по расследованию жестокого обращения и иных злоупотреблений со стороны полиции и других правоохранительных органов или силовых структур.[226]

Для этого требуется не только отсутствие иерархических и институциональных связей, но и независимость в практическом плане. [227] Это, в частности, касается случаев, когда институционально независимые должностные лица полагаются почти исключительно на сведения, предоставленные причастными к нарушению лицами, либо когда расследования проводятся подразделениями, к которым такие лица принадлежат.[228]

Следует отметить, что наблюдается четкая тенденция признания служб собственной или внутренней безопасности соответствующих правоохранительных ведомств (в том числе и центральных органов) не соответствующих требованиям независимости.[229]

31. Тщательность, включает в себя общее требование предпринимать «все разумные шаги» и необходимые усилия для достижения поставленных целей.

---

[220] См. *Ребок* против Словении, Решение ЕСПЧ от 28 ноября 2000, жалоба № 29462/95, пункт 74; *Михеев* против России, Решение ЕСПЧ от 26 января 2006, жалоба № 77617/01, пункт 115.

[221] См. *Барабанщиков* против России, Решение ЕСПЧ от 8 января 2009, жалоба № 36220/02, пункт 48; *Тотева* против Болгарии, Решение ЕСПЧ от 19 мая 2004, жалоба № 42027/98, пункт 63; Отчет ЕКПП о посещении Албании с 23 мая по 3 июня 2005, CPT/Inf (2006) 24, пункт 50.

[222] См. *Михеев* против России, решение от 26 января 2006 года, жалоба № 77617/01, пункт 116. Суд определил отсутствие независимости у служащего полиции, которому была поставлена задача поиска свидетелей.

[223]Так, ЕСПЧ требует наличия у судебного медицинского эксперта, как формальной независимости, так и независимости de facto, специальной подготовки, а также мандата с широкими рамками полномочий. *Барбанщиков* против России, решение от 8 января 2009 года, жалоба № 36220/02, пункт 62

[224] См. *Рамсахай и другие против Нидерландов*, решение от 15 мая 2007 года, пункты 323-357; *Барбанщиков* против России, решение от 8 января 2009 года, пункты 62-63.

[225] См. *Ипек* против Турции, решение от 17 февраля 2004 года, пункт 207.

[226] См. следующую главу настоящего заключения.

[227] *Рехбок против Словении*, решение от 28 ноября 2000 года, жалоба № 29462/95, пункт 74. См. тж. *Михеев* против России, решение от 26 января 2006 года, жалоба № 77617/01, пункт 115.

[228] *Гхарибашвили* против Грузии, решение от 29 июля 2008 года, жалоба № 11830/03, пункт 73.

[229] См. в отношении Казахстана: Заключительные замечания КПП по результатам рассмотрения второго периодического доклада, CAT/C/KAZ/CO/2, параграф 24; мнение КПП по делу Герасимова против Республики Казахстан, CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012, п.п. 12.3-12.5.

Создать исчерпывающий перечень следственных действий, необходимых для соблюдения критерия тщательности, невозможно. Многие международные инструменты содержат комментарии относительно следственных действий, которые должны быть, как правило, осуществлены.[230]

Стандартный набор доказательств, подлежащих сбору по делам о жестоком обращении,[231] содержит подробные и исчерпывающие показания потерпевших; результаты их медицинского, желательно – судебно-медицинского освидетельствования; допрос, а также, при необходимости, выявление причастных лиц; показания свидетелей, включающие, по возможности, показания других лиц, содержащихся под стражей, охраны, представителей общественности, должностных лиц органов правопорядка; осмотр места происшествия с целью обнаружения улик, включая орудия, применявшиеся в ходе жесткого обращения; ознакомление с досье и учетами содержания под стражей; принятыми решениями, материалами дела и с другой связанной с инцидентом документацией.[232]

Доказательства должны собираться, а расследования проводиться в соответствии с внутренними процессуальными нормами. Процессуальные упущения, приводящие к неудачам в последующем судебном производстве, означают, что не были осуществлены все разумные шаги для обеспечения сохранности доказательств по конкретному инциденту. Процессуальные ошибки, допускаемые в ходе расследования и приводящие к утрате доказательствами их ценности, приравниваются к нарушению требований стандартов эффективного расследования.[233]

Сведения и доказательства, относящиеся к жестокому обращению, должны оцениваться тщательно, последовательно и объективно. Решения не должны основываться лишь на показаниях представителей правоохранительных органов и иных заинтересованных лиц и они не должны приниматься на веру.[234]

32. Незамедлительность предполагает то, что как расследования, так и возможное судопроизводство должны проводиться своевременно и с разумной быстротой. Соблюдение этого требования необходимо как в отношении проведения следственных действий по сбору необходимых доказательств, включая доказательства, которые могут быть утрачены, или ценность которых уменьшится со временем, так и с точки зрения соблюдения процедур, необходимых для принятия окончательного решения или наказания причастных лиц.[235]

---

[230] Стамбульский протокол, пункты 88-106; Вывод Комиссара Совета Европы по правам человека, п. 69; Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КПП, CPT/Inf (2004) 28 пункт 33.

[231] См. *Хадисов и Цечоев* против России, Решение ЕСПЧ от 5 февраля 2009, жалоба № 21519/02, пункт 114; *Бати и другие* против Турции, Решение ЕСПЧ от 3 июня 2004, жалобы №№ 33097/96 и 57834/00, пункт 134; Стамбульский протокол, пункты 88-106; Выводы КСЕПЧ, пункт 69; Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КППП, CPT/Inf (2004) 28 пункт 33.

[232] Отдельные расследования актов жестокого обращения могут требовать некоторых дополнительных или специальных следственных действий или процедур.

[233] *Маслова и Набалданов* против России, *Михеев* против России, решение от 24 января 2008 года, жалоба № 839/02, пункт 95.

[234] См. Вывод Комиссара Совета Европы относительно объективности и эффективности принятия решений по жалобам на полицию, ommDH(2009)4, п. 69.

[235] См. Стамбульский протокол, пункты. 14, 83, 179; Четырнадцатый Общий отчет о деятельности КПП, CPT/Inf (2004) 28 пункт 29. Вывод Комиссара Совета Европы относительно объективности и эффективности принятия решений по жалобам на полицию,

Соответственно, своевременность – решающий фактор эффективности медицинских освидетельствований,[236] а также ценности и достоверности свидетельских показаний.[237] Кроме того, своевременность необходима и в период от начала предварительного следствия до возможного начала официального производства, а также всех последующих стадий, включая судебную. Точные сроки не устанавливаются, однако соблюдение требований стандарта должно отражать понятие «разумного срока» как концепцию, но требующую «особой тщательности» и «особой оперативности».[238] Оценка этих показателей в значительной мере будет опираться на обстоятельства дела.[239] Промедления, приводящие к истечению сроков давности, являются наиболее вопиющими.[240]

Требование своевременности непосредственно связано с демонстрацией решимости государства бороться с жестоким обращением и безнаказанностью. Любое необоснованное промедление может быть воспринято как свидетельство терпимости к пыткам и жестокому обращению.

33. Достаточность полномочий требует, чтобы следственные органы были наделены всеми полномочиями для установления фактов по делу и, при необходимости, для выявления виновных и их наказания. На пути расследования не допускаются никакие юридические или практические препятствия. К ним относятся неприемлемые специальные нормы, запрещающие ведение расследования в отношении конкретных групп должностных лиц органов правопорядка.

К этой же категории стандартов можно отнести соответствие процессуальной формата расследования сущности жалобы, инцидента, а именно правомочности проводить все необходимые следственные действия. Наиболее характерным примером этого является несоответствие формата доследственных проверок, сохранившихся во многих юрисдикциях, в ходе которых не предусматривается проведение экспертиз, очных ставок и других следственных действий, которые возможны только в рамках предварительного расследования, т.е. возбужденного уголовного дела (производства). В отношении многих стран ЕСПЧ установил общее правило, что формат доследственной проверки, в принципе, не может обеспечить адекватного расследования жестокого обращения.[241]

Следственные органы должны обладать полномочиями для временного отстранения от исполнения служебных обязанностей или от ведения конкретных дел лиц, находящихся под следствием и иметь возможность применения мер защиты с тем, чтобы не допустить запугивания или иных способов давления на предполагаемых пострадавших, или иных причастных к расследованию лиц.[242]

---

ommDH(2009)4, п.п. 70-73.*Михеев* против России, Решение ЕСПЧ от 26 января 2006, жалоба № 77617/01, пункт 109; *Йаман* против Турции, Решение ЕСПЧ от 2 ноября 2004, жалоба № 32446/96, пункты 57, 59.

[236] См. пункт 104 Стамбульского протокола.

[237] *Михеев* против России, решение от 26 января 2006 года, жалоба № 77617/01, пункт 113. См. тж. пункт 114.

[238] См. *Вемхофф против Германии*, решение ЕСПЧ от 27 июня 1968 года, пункт 17.

[239] См. *Скотт против Испании*, решение ЕСПЧ от 18 декабря 1996 года, пункт 17.

[240] См. *Инделикато против Италии*, решение ЕСПЧ от 18 октября 2001 года, п. 37; *Бати и другие* против Турции, Решение ЕСПЧ от 3 июня 2004, п. 136.

[241] См. *Левинца* против *Молдовы*, решение ЕСПЧ от 16 Декабря 2008, п.п. 81- 83; *Тарабурка* против Молдовы, Решение ЕСПЧ от 6 Декабря 2011, п. п. 57-59.

[242] *Яман* против Турции, решение ЕСПЧ от 2 ноября 2004 года, жалоба № 32446/96, пункт 55. См. тж. *Бекос и Кутропулос* против Греции, решение ЕСПЧ от 13 декабря 2005 года, жалоба № 15250/02, пункт 54.

Наиболее детальные нормы по защите «от насилия, угроз насилием и любых иных форм запугивания, которые могут возникать в связи с расследованием» содержатся в Стамбульском протоколе.[243]

Отзыв жалобы не обязательно должен означать отказ от дальнейшего расследования. Отзыв жалобы должен рассматриваться в совокупности со всеми другими имеющими отношение к делу обстоятельствами и доказательствами.[244]

34. Контроль со стороны общественности, как минимум, включает в себя то, что предполагаемые пострадавшие от жестокого обращения (а не только официально признанные таковыми) или/и их представители (адвокаты) должны привлекаться к следственным действиям в той мере, в какой это необходимо для обеспечения их законных интересов. Пострадавшие должны обладать правом требовать проведения конкретных мероприятий и участвовать в конкретных следственных действиях, когда это необходимо. Они должны регулярно уведомляться о ходе расследований и обо всех связанных с ним принимаемых решениях. При необходимости им должна предоставляться юридическая помощь, а также возможность обжалования действий или бездействия следственных органов посредством публичного и соревновательного судебного процесса.[245]

В особо значимых случаях и инцидентах для обеспечения надлежащего контроля со стороны общественности может понадобиться открытое (публичное) разбирательство, в том числе в формате парламентских или иных специальных комиссий и процедур.[246]

Институциональная система расследования жестокого обращения, законодательство и практика его соблюдения

35. В рамках процедур рассмотрения докладов Казахстана в соответствии с Конвенцией против пыток, КПП касался вопросов адекватности расследования жестокого обращения. В частности, в заключительных замечаниях по результатам рассмотрения второго периодического доклада он выразил обеспокоенность в части практики доследственных проверок (предварительного рассмотрения) донесений и жалоб в отношении пыток и плохого обращения со стороны сотрудников полиции, поскольку они осуществлялись департаментом собственной безопасности, находящимся в той же системе подчинения, что и регулярные полицейские силы. Было указано, что такое рассмотрение не является своевременным и беспристрастным. Кроме того, Комитет с обеспокоенностью отметил, что продолжительные сроки проведения предварительного расследования (проверок) по фактам жалоб, в отношении пыток, иногда составляющие до двух месяцев, могут препятствовать своевременному документированию доказательств. Он

---

[243] *Ibid*, пункты 80, 88,-97, 99, 112, 113.

[244] *Читаев и Читаев* против *России*, решение ЕСПЧ от 18 января 2007 года, жалоба № 59334/00, пункт 164.

[245] См. 14-й Общий отчет о деятельности ЕКПП, CPT/Inf (2004) 28, пункт 36; *Огнянова и Чобан* против Болгарии, Решение ЕСПЧ от 23 февраля 2006, пункт 115; *Читаев и Читаев* против России, Решение ЕСПЧ от 18 января 2007, пункт 165; *Хью Джордан против Объединенного Королевства* , Решение ЕСПЧ от 4 мая 2001, пункт132; *Хадисов и Цечоев* против России, Решение ЕСПЧ от 5 февраля 2009, пункт 122; *Гхарибашвили* против Грузии, Решение ЕСПЧ от 29 июля 2008, пункт 74; *Рамишвили и Кохреидзе* против Грузии, Решение ЕСПЧ от 27 января 2009, пункт 80.

[246] См. 14-й Общий отчет о деятельности ЕКПП, CPT/Inf (2004) 28, пункт 36.

рекомендовал, чтобы расследования были своевременны, беспристрастны и эффективны проводились полностью независимым органом.[247]

36. Наиболее детально практика и предыдущая законодательная база о расследовании жестокого обращения были затронуты Специальным докладчиком ООН по вопросу о пытках. В своем докладе по результатам посещения в 2009 году он отметил, что закон предусматривает несколько механизмов представления жалоб (статьи 177, 183.1 и 184 Уголовно-процессуального кодекса и статья 10.2 Уголовно-исполнительного кодекса). В статье 183 Уголовно-процессуального кодекса прямо предусматривается обязанность регистрировать заявление о любом преступлении. В статье 192.4-1 Уголовно-процессуального кодекса предусматривалось, что по делам, подпадающим под статью 347-1 Уголовного кодекса (пытки в предыдущей редакции),[248] предварительное следствие производилось органом внутренних дел или национальной безопасности, возбудившим уголовное дело. Закон не устанавливал, какой именно орган должен проводить такое расследование; в большинстве случаев полиция расследовала сообщения об актах пыток, предположительно совершенных ее собственными сотрудниками; это же касалось Комитета национальной безопасности и финансовой полиции.[249] Согласно информации, полученной в ходе визита, имело место единичное возбуждение уголовных дел по пыткам в соответствии со статьей 347.1 (замененной в 2011 г. на ст. 141-1). Однако, было предложено рассматривать это лишь как первые шаги. Число официально возбужденных дел, по мнению докладчика, ни в коей мере не отражало подлинные масштабы распространения пыток и жестокого обращения в стране. Кроме того, отмечалось, что меры наказания несоизмеримы с тяжестью преступления.[250]

В этом отношении еще раз следует подчеркнуть, что хотя в Казахстане и после указанного периода имеют место успешные уголовные преследования сотрудников правоохранительных органов за пытки, их превентивный эффект значительно понижается неадекватностью наказания.[251]

37. Единственное на сегодняшний день мнение КПП по индивидуальной жалобе в отношении Казахстана, вынесенное по упомянутому делу Герасимова в основном касается периода 2007-2010 годов и на нем, по существу, не отразились изменения в законодательстве, внесенные в 2011 году.[252] Однако, в нем видны и определенные аспекты, которые не затрагивались этими изменениями.[253]

В частности, первоначальная доследственная проверка проводилась тем же подразделением органов внутренних дел, на пытки со стороны которых и жаловался заявитель; последующая проверка (после отмены постановления об отказе в возбуждении уголовного дела) была поручена, хотя и вышестоящему подразделению (Управлению собственной безопасности областного Департамента внутренних дел), но все же тому же ведомству; и лишь затем расследование

[247] CAT/C/KAZ/CO/2, параграф 24.
[248] Прим. автора.
[249] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. A/HRC/13/39/Add.3 п.п. 49-50.
[250] Там же п.п. 61-62.
[251] См. выше п.8 настоящего заключения.
[252] CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012.
[253] См. следующий параграф настоящего заключения.

проводилось уже департаментом по борьбе с экономической и коррупционной преступностью.[254]

Помимо институционального и других аспектов независимости, а также рассмотренных ранее угроз в отношении заявителя и его семьи, это дело показало, что в нем допущены недостатки в отношении тщательности и своевременности расследования. В частности, имели место необоснованная отсрочка проведения и неполнота судебно-медицинского освидетельствования; неознакомление потерпевшего с материалами некоторых экспертиз; запоздалое возбуждение уголовного дела (Генеральная прокуратура возбудила уголовное дело по статье 347-1 после обращения заявителя в КПП) и лишь после этого (по истечении около четырех лет) проведены очные ставки и некоторых иные следственные действия.[255]

38. Одновременно с введением в Январе 2011 г. статьи 141-1 УК были внесены изменения и в уголовно-процессуальное законодательство Казахстана. Расследование по делам этой категории (в соответствии с п. 4 статьи 192 УПК) было отнесено к компетенции Финисовой полиции или органов внутренних дел в зависимости от ведомственной принадлежности лица, в отношении которого оно возбуждено. Этот критерий предположительно подразумевает, что они не должны вести предварительное расследование по уголовным делам в отношении своих сотрудников.

Вместе с тем, обращает на себя внимание, что пограничный состав преступления, предусмотренный статьей 347 УК (принуждение к даче показаний), также отнесенный к компетенции этих же двух органов, не предусматривает подобной же «перекрестной» оговорки. Таким образом, этим допускается, что эти ведомства могут расследовать дела о подобных преступлениях в отношении своих же сотрудников.

В уголовно-процессуальном законодательстве имели место и некоторые другие изменения в части подследственности, в частности уголовных дел по злоупотреблению должностными полномочиями и их превышением (статьи 307 и 308 УК), которые также отнесенные к компетенции органов финансовой полиции.

39. Очевидно, что вышеуказанное изменение подследственности дел о пытках было отражением вышеуказанных и других рекомендаций. Вместе с тем, следует отметить, что проведение расследования институционально независимым, но все же правоохранительным (силовым) органом при отсутствии элементов надлежащей транспарентности, системного вовлечения общественности, как правило, не решает основной задачи завоевания доверия у широких слоев населения. В некоторых юрисдикциях даже принадлежность соответствующих органов к исполнительной власти приводило к признанию международными механизмами их недостаточной независимости.[256] Этот аспект соответствующим образом учитывался при создании внутригосударственных моделей расследования вне исполнительной ветви власти.[257]

Характерно, что несмотря на указанные изменения в подследственности, т.е. передачу дел о пытках в ведение финансовой полиции, адвокаты, которых удалось

[254] CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012, п.п. 12.3-12.5., 12.7 и соответствующие пункты излагающие фактические обстоятельства дела.
[255] Там же.
[256] См. *Барбу Ангелеску* против *Румынии*, решение ЕСПЧ от 5 октября 2004 года.
[257] См. следующую главу настоящего заключения.

опросить в рамках проекта, по-прежнему основным недостатком существующей системы признали отсутствие соответствующего независимого органа.

40. Уполномоченный по правам человека (должность, учрежденная президентским указом в 2002 году), наделенный компетенцией получать жалобы, которые он может затем препроводить соответствующим органам с просьбой принять административные меры или возбудить уголовное преследование в отношении предполагаемых нарушителей, по своей функциональной природе не является органом расследования. Характерно, что Специальный докладчик ООН по пыткам подчеркнул, что в 2008 году уполномоченным было получено 38 жалоб на полицейских, допустивших унижение человеческого достоинства задержанных, которые были переданы в Департамент собственной безопасности Министерства внутренних дел. Анализ, проведенный этим Департаментом, показал, что в восьми из десяти случаев факты, указанные в обращениях граждан, не подтверждались.[258]

Априори подобными функциями также не должны наделяться и не наделяются структуры по общественному мониторингу мест лишения свободы.

Таким образом, актуальным остается мнение Специального докладчика ООН по пыткам о том, что в стране не существует независимого органа, уполномоченного проводить оперативные расследования.[259]

41. Помимо этого, как признавалось международными мониторинговыми механизмами, так и отмечалось некоторыми адвокатами, перераспределение следственной компетенции не всегда приводит к соответствующему ее соблюдению на стадии проверки. В частности, жалобы о жестоком обращении подаваемые вне уголовно-процессуального контекста зачастую по-прежнему первоначально проверяются управлениями собственной безопасности правоохранительных ведомств.

Также имеют место случаи, когда проверки или расследования проводятся другими органами (в настоящее время финансовой полицией), но они опираются на результаты служебных расследований ведомств, к которым относятся уличаемые в жестоком обращении лица.

Хотя требования независимости не исключают проверки подобных жалоб самими ведомствами, это не должно заменять незамедлительных расследований независимыми органом. Служебные проверки могут и должны проводиться для соответствующих внутриведомственных целей.

42. Что касается жалоб о пытках (жестоком обращении), имевших место в рамках уголовного преследования и заявляемых обвиняемыми, то согласно ч.ч. 1 и 2 статьи 108 УПК они подаются и подлежат проверке хотя и в укороченные сроки (в течение 5, и как исключение, 15 суток), но прокурором, надзирающим за исполнением законов при производстве предварительного следствия и дознания. Однако, подобные функции прокурора исключают соответствие стандарту независимости и непредвзятости.

Вместе с тем, рамки и ограниченный формат доследственных проверок, как и в других странах с подобной стадией уголовного процесса, во многих случаях не позволяют проводить весь набор необходимых следственных действий, что

---

[258] См. Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. A/HRC/13/39/Add.3 п. 50.

[259] Там же п. 39.

приводит, как в деле Герасимова против Казахстана, к нарушению стандартов тщательности и/или своевременности. Отсрочка возбуждения во многом предопределена устаревшими показателями работы следственных подразделений, где большое количество прекращенных дел считается негативной характеристикой.[260]

Об остающихся недостатках в отношении тщательности и своевременности проверок и расследований указывают и некоторые адвокаты, опрошенные в рамках проекта.

43. В связи с этими же соображениями соответствующие уточнения следовало бы внести и в Нормативное Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года No. 7. В частности в п. 13 оно предусматривает, что в случаях, когда жалоба о применении пыток, насилия, другого жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения заявлена в судебном заседании, суд обязан принять предусмотренные законом меры к ее незамедлительному рассмотрению. Если для полной проверки жалобы необходимо осуществление мер, не входящих в компетенцию суда (доследственная проверка, возбуждение уголовного дела, проведение дознания либо следствия и т. п.), суд выносит постановление, которым возлагает на прокурора осуществление соответствующей проверки с указанием срока предоставления суду материалов проверки. Материалы проверки жалоб и принятые по ним процессуальные решения оглашаются в судебном заседании и приобщаются к делу.

Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что согласно утверждений некоторых адвокатов, вопреки этому постановлению, к материалам дела зачастую приобщаются лишь решения, принятые по проверке или расследованию этих доводов, а не все материалы. Более того, этим решениям придается определенное преюдиционное значение в части приемлемости доказательств, полученных или связанных с обжалуемыми пыткой или жестоким обращением. Таким образом, суды не учитывают особенности и различие критериев между решением вопроса об уголовном преследовании виновных в жестоком обращении и допустимостью доказательств, подвергнутых сомнению соответствующими утверждениями.

Постановление также не решает вопроса о непредвзятости прокурора ввиду конфликта ответственности за поддержку обвинения и рассмотрения жалоб на жестокое обращение, что, как минимум, осложняет выполнение первой функции.

44. Ввиду многочисленности признаков угроз или преследования лиц, жалующихся против сотрудников органов внутренних дел или иных правоохранительных ведомств, неадекватной представляется низкая интенсивность применения ч. 3 ст. 15 УПК, согласно которой при наличии достаточных оснований на то, что потерпевшему, свидетелю или иным лицам, участвующим в уголовном процессе, а также членам их семей или иным близким родственникам угрожают убийством, применением насилия, уничтожением или повреждением имущества либо иными опасными противоправными действиями, орган, ведущий уголовный процесс, обязан в пределах своей компетенции принять предусмотренные законом меры к охране жизни, здоровья, чести, достоинства и имущества этих лиц.

---

[260] См. Э. Сванидзе, Борьба с жестоким обращением и безнаказанностью и эффективность расследования жестокого обращения. Доклад по Азербайджану. Совет Европы. Баку, 2010 (перевод на Азербайджанский), стр. 110; Э. Сванидзе, Борьба с жестоким обращением и безнаказанностью и эффективность расследования жестокого обращения. Доклад по Молдавии. Совет Европы. Кишинев, 2009 (перевод на Румынский язык), стр. 82.

В связи вышеизложенным, усматривается недостаточная последовательность и адекватность в применении такой меры как административное (управленческое, в отличие от уголовно-процессуального) отстранение сотрудников, уличаемых в жестоком обращении или связанных с ним нарушениях.

45. Законодательство, в частности Нормативное Постановлении Верховного Суда Республики Казахстан (п. 22) предусматривает, что в целях предупреждения пыток, жестоких или унижающих человеческое достоинство обращений или наказаний судам надлежит выявлять причины и условия, способствующие применению пыток, и выносить частные постановления об их устранении. Хотя указанное очевидно подразумевает и возбуждение дисциплинарных производств в отношении должностных лиц, допустивших или иным образом способствовавших жестокому обращению, в постановлении отсутствует четкое разъяснение необходимости синхронизации уголовно-правовых процедур, дисциплинарных и управленческих (административных) мер. Причем, это должно обеспечиваться на всех стадиях независимо от решений, принимаемых в рамках уголовно-процессуального законодательства. Даже если по результатам проверки выноситься решение об отказе в возбуждении уголовного дела, его прекращении, не должны упускаться возможные дисциплинарные или иные правонарушения и управленческие недостатки.

46. Противоречивы и данные о практике обеспечения доступа и вовлечения заявителей (а не только потерпевших, признанных таковыми по уголовным делам) к процедурам доследственных проверок. Уголовно-процессуальное законодательство предусматривает, что на этой стадии фактически единственным их правом является обжалование решений, принимаемых по их результатам (т.е. постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела). В связи с подобными законодательными регуляциями, ознакомление с материалами (а не только постановлением), удовлетворение требований о проведении определенных проверочных действий и иные права, предусмотренные стандартами и необходимые для надлежащей защиты заявителями своих законных интересов, остаются на усмотрении следственных органов.

Кроме того, отсутствуют четкие положения о предоставлении правовой помощи для лиц, утверждающих о жестоком обращении. Правовая помощь полагается задержанным или обвиняемым по уголовным делам, возбужденным против них. Поскольку в рамках соответствующих проверок (расследований) о жестоком обращении они являются заявителями или потерпевшими, этот аспект требует соответствующего разъяснения.

47. Предусмотренный уголовно-процессуальным законодательством Казахстана формат судебного обжалования решений следственных органов и прокурора (статья 109 УПК) не вызывает серьезных нареканий в части состязательности, поскольку он предусматривает проведение слушания с участием сторон. Однако, серьезным недостатком является обязательная закрытость таких заседаний. Как отмечалось выше, согласно стандарта общим правилом должна являться их открытость (публичный характер). Лишь при наличии необходимости обеспечения соответствующих интересов, они могут быть проведены в закрытом режиме. Таким образом, такие слушания могут проводиться в закрытом режиме в качестве исключения и по мотивированному постановлению суда.

Обращает на себя внимание и крайне малый (3-х дневный) срок для апелляционного обжалования решений принимаемых по подобным жалобам судами первой инстанции (п. 9 статьи 109 УПК).[261]

48. Исходя из вышеизложенного, а также с учетом практики создания специальных внутригосударственных независимых механизмов в других странах,[262] **необходимым представляется создание соответствующего специального органа (системы) по расследованию жестокого обращения и иных злоупотреблений со стороны правоохранительных органов, который бы отвечал международно-правовым стандартам независимости и непредвзятости, а также обеспечивал соблюдение требований тщательности, своевременности, достаточности компетенции и контроля со стороны общественности**.

49. До или одновременно с созданием подобного органа, необходимо усовершенствовать действующее законодательство и практику с тем, чтобы:

- **требования независимости и непредвзятости полностью распространялись и на проведение первоначальных (доследственных) проверок, а именно они не ограничивались служебными расследованиями проводимыми департаментами собственной безопасности или иными ведомственными процедурами, а также не поручались или осуществлялись под надзором прокуроров, ответственных за дела в отношении заявителей либо следствие или иную работу соответствующих подразделений правоохранительных органов;**
- **уголовные дела по утверждениям или жалобам, а также иным данным о жестоком обращении возбуждались при установлении необходимости своевременного проведения соответствующих следственных действий, т.е. соблюдения критериев своевременности, достаточности компетенции, и тщательности, а не исходя из перспективы окончания дела с составлением обвинительного заключения;**
- **все лица в отношении которых имеются утверждения или данные о жестоком обращении, а не только те которым присвоен статус потерпевшего, наделялись возможностью заявлять ходатайства и пользоваться иными процессуальными правами для защиты своих интересов независимо от формата соответствующих процедур (в том числе и при проведении доследственных проверок);**
- **правовая помощь (за счет государства) была доступна лицам, заявляющим о жестоком обращении, независимо от того, что в рамках соответствующих проверок (расследований) они являются заявителями или потерпевшими;**
- **карательная практика соответствовала тяжести пыток и жестокого обращения;**
- **имела место синхронизация (последовательная и взаимосвязанная система) уголовно-правовых, дисциплинарных и управленческих (административных) процедур и мер по реагированию на жестокое обращение и связанные с ним иные нарушения с тем, чтобы ни одно из них не осталось безнаказанным;**

---

[261] См. мнение КПП по делу Герасимова против Республики Казахстан, CAT/C/48/D/433/2010. Решение от 10 Июля 2012, п. 11.5.

[262] См. следующую главу настоящего заключения.

- была обеспечена адекватность в применении административного (управленческого), а также уголовно-процессуального отстранения сотрудников, уличаемых в жестоком обращении или связанных с ним нарушениях, а также иных мер по защите потерпевших, свидетелей, членов их семей и близких от преследования и угроз;

- предусмотреть «перекрестную оговорку» и в отношении подследственности дел по 347 УК (принуждение к даче показаний) для исключения возможности их расследования теми же ведомствами, сотрудники которых уличаются в этом преступлении;

- исключить практику автоматического распространения юридического значения (преюдиции) отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращении в отношении сотрудников правоохранительных органов на рассмотрение судами допустимости доказательств, подвергнутых сомнению соответствующими утверждениями о получении их в результате жестокого обращения;

- предусмотреть в качестве общего правила судебного обжалования решений следственных органов и прокурора открытость судебных слушаний (заседаний) и возможность их проведения в закрытом формате по мотивированному решению суда при наличии соответствующих оснований, а также увеличить срок подачи апелляции по таким делам.

4. Обзор практики по созданию внутригосударственных систем и механизмов по расследованию жестокого обращения и иных злоупотреблений со стороны правоохранительных органов

50. Процесс интенсивной формулировки и дальнейшей «кристаллизации» рассмотренных международно-правовых стандартов эффективности расследования жестокого обращения и других серьезных нарушений прав человека начался сравнительно недавно, примерно 10-15 лет назад. К этому же периоду и несколько раньше относиться появление тенденции создания специальных внутригосударственных органов или механизмов по расследованию злоупотреблений со стороны правоохранительных органов. Их развитие (стандартов и механизмов), особенно в последнее время, взаимосвязано. Однако, следует отметить, что некоторые из органов появились до четкой формулировки международных стандартов и явились результатом осознания необходимости улучшения эффективности работы правоохранительных органов, что невозможно без повышения или, как это имело место в некоторых государствах, восстановления подорванного доверия к ним. В некоторых странах толчком к этому процессу послужили серьезные инциденты и происшествия, связанные с полицией или правоохранительными органами. Так в Венгрии это было непосредственно инициировано после применения силы в отношении манифестантов в 2006 году. В Дании, это было связано с четырьмя случаями смерти в результате действий полиции в течение 2007 года.

Именно этой, очень прагматической, цели и служат созданные или создаваемые внутригосударственные механизмы. О соответствующей общей направленности международных стандартов говорилось в предыдущей главе настоящего заключения.

51. Естественно, что стандарты отражают основные закономерности и международно-правовые нормы, которые должны обеспечиваться на внутригосударственном уровне. Однако, их применение происходит в конкретных

политических и иных условиях каждой из стран, которые имеют свои системы государственного устройства, правовые традиции, судебную систему и т.д. При создании, выборе и развитии механизма, процедур расследования государства обязаны соблюдать основные принципы (требования), но пользуются значительной «свободой усмотрения» относительно конкретной их институциональной модели, процессуального формата и иных параметров. Каждое государство определяет какой набор элементов, какая модель, степень институциональной независимости, вовлечения общественности достаточна для обеспечения критериев эффективности расследования жесткого обращения и иных серьезных нарушений прав человека, и как итог, доверия со стороны общества. В результате, на сегодняшний день не существует абсолютно идентичных моделей или механизмов расследования и соответствующих готовых «рецептов».

В литературе и обобщениях предлагаются различные классификации соответствующих механизмов и моделей.[263] Так например, виды внешних по отношению к полиции органов с вовлечением общественного элемента предложено подразделять на три модели: общественного (гражданского) рассмотрения, включающего расследование, рассмотрение (принятие решения) и рекомендацию наказания; общественного вовлечения, включающего регистрацию и расследование жалоб; гражданский мониторинг, включающий отслеживание рассмотрения жалоб.[264] Однако, эти классификации недостаточно специфичны и последовательны с точки зрения уголовно-процессуального и процедурного аспектов соответствующих моделей и механизмов.

С целью прояснения подходов к расследованию конкретных дел, жалоб, инцидентов, привлечению к ответственности конкретных лиц, соблюдения международных стандартов прав человека и иллюстрации общих тенденций наибольшее значение имеют институциональные гарантии независимости и непредвзятости, а в ряде случаев их подчеркнутое демонстрирование, как заинтересованным сторонам, так и всему обществу.[265]

Наиболее иллюстративным в этом отношении является место соответствующих механизмов в системе органов государства, их взаимосвязь с исполнительной ветвью власти и, прежде всего, полицейскими и иными правоохранительными ведомствами. Существующая практика имеет широкий диапазон. С одного края это модели, предполагающие создание органа внешнего по отношению к полицейским ведомствам, но афилированного с правительством или вышестоящим гражданским министерством, а с другого - органы, созданные в рамках законодательной власти. Большинство механизмов находятся где-то между этими крайними подходами.

---

[263] См. Smith, G., Every complaint matters: Human Rights Commissioner's opinion concerning independent and effective determination of complaints against the police, International Journal of Law,
Crime and Justice (2010), doi:10.1016/j.ijlcj.2010.03.001, стр. 5-9, с дальнейшими ссылками.

[264] См. M. De Boer, R. Fernhout, Policing the Police. Police Oversight Mechanisms in Europe: Towards a Comparative Overview of Ombudsmen and Their Competencies. Background Report for the Asia-Europe Foundation; 2008, стр. 3: www.asef.org/images/docs/1270-Police_Oversight_Mechanisms_in_Europe.pdf

[265] Таким образом, настоящее заключение не фокусируется на административно-управленческих, ведомственных, нормотворческих и иных мерах и компетенциях соответствующих механизмов.

Наряду с этим, настоящий обзор прослеживает и объем процессуальной компетенции, т.е. стадий и процедур, категории дел и видов правовой ответственности, непосредственно относящихся к ведению этих органов, или в определение которых они вовлечены, а также иллюстрирует определенные подходы в обеспечении своевременности и других критериев эффективности расследования.

52. В качестве примера модели внешней по отношению к полицейским и иным правоохранительным ведомствам, но афилированной с правительством или вышестоящим гражданским министерством может служить Независимая Комиссия по Жалобам в отношении Полиции, функционирующая в Англии и Уэльсе (как самостоятельной юрисдикции в рамках Соединенного Королевства). Она была создана Законом о Реформе Полиции и начала свою деятельность в 2004 году. В 2006 году сфера ее деятельности была распространена на Службу Доходов и Таможню Ее Величества, а также Агентство по Серьезной Организованной Преступности, а с 2008 года - на Пограничную Службу Великобритании. В настоящее время ее законодательная база дополнена Законом о Реформе Полиции и Социальной Ответственности от 2011 года.

Возглавляет Комиссию председатель, не имеющий исполнительных функций. В нее входят 10 операционных и два неисполнительных члена комиссии, а также их заместители. Председателя, имеющего общие распорядительные полномочия и являющегося номенклатурой Короны, формально назначает по результатам открытого конкурса Секретарь (руководитель) Внутреннего («Домашнего») Департамента (Home Office). Комиссары, включая Заместителя председателя, являются должностными лицами и они назначаются Секретарем Внутреннего Департамента. Обязательным условием назначения является непринадлежность в прошлом полиции или иным соответствующим службам. Члены комиссии (Комиссары) распределены по и руководят соответствующими региональными офисами. За ними закреплены соответствующие полицейские подразделения и тематические функции. Структуры Комиссии имеют штат около 400 сотрудников, работу которых организует исполнительный начальник и соответствующие директоры.

В компетенцию Комиссии входит расследование наиболее серьезных инцидентов, жалоб и утверждений о нарушениях со стороны сотрудников соответствующих органов, к которым относятся смерть и серьезные телесные повреждения; данные о серьезной и организованной коррупции; дела высших офицеров; утверждения о расизме; препятствование правосудию. У органов полиции и других правоохранительных ведомств существует обязанность уведомлять Комиссию обо всех подобных случаях или инцидентах.

Расследования проводятся как по жалобам, так и инициативе Комиссии. Для расследования и ведения дел применяются (в зависимости от характера инцидента, вовлеченных сотрудников и других факторов) следующие методы: «независимое расследование» под руководством (контролем) комиссара силами следователей самой Комиссии, обладающими всеми полицейскими полномочиями; «управляемые расследования» проводимые департаментами профессиональных стандартов (службами собственной безопасности) правоохранительных структур под руководством Комиссии; «расследования под надзором» проводимые под контролем и управлением самих департаментов профессиональных стандартов в соответствии с указаниями данными Комиссией, которая уведомляется о результатах; «местные расследования» самостоятельно проводимые полицейскими структурами, результаты которых могут быть обжалованы в Комиссию.

Расследования проводятся в соответствии с несколькими принципами, которые включают гибкость (изменение статуса расследования в его ходе, если понадобится); постоянное внимание обеспечению независимости и позиции всех вовлеченных в ходе расследования; принятие основанных на доказательствах решений как только это становиться возможно.[266]

В качестве примера аналогичной модели можно упомянуть Независимый Директорат по Жалобам Южной Африки, который был создан в 1997 году и является правительственным департаментом независимым от Полицейской Службы.

53. С точки зрения состава и сбалансированности представительства различных ветвей власти интересна модель, выбранная Францией. Действующая там Национальная Комиссия по Этике Безопасности, являющаяся самостоятельным государственным органом, состоит из Председателя, назначаемого президентом страны, двух сенаторов и двух депутатов соответственно от высшей низшей и палат парламента; судьи, назначаемого совместно Председателем Верховного Суда и Прокурором; одного члена назначаемого Государственным советом и еще одного от Коллегии аудиторов. Они в свою очередь сами избирают еще шесть членов Комиссии. Срок пребывания в Комиссии шесть лет. Этот орган действует на основании закона от 6 Июня 2000 года.

Хотя для инициирования рассмотрения инцидента, жалобы необходимы обращения правительства, депутатов и т.д., обращает на себя круг органов, подпадающих под ее компетенцию. В него включены национальные полиция и жандармерия, пенитенциарная служба, таможня, муниципальная полиция и некоторые другие государственные службы, осуществляющие правоохранительные функции. Помимо них, эта Комиссия имеет полномочия в отношении охранных и иных соответствующих частных компаний.

По итогам рассмотрения (расследования) Комиссия может ставить вопрос уголовного преследования, принятия дисциплинарных и иных мер.[267]

54. Некоторые страны пошли по пути создания специализированных следственно-прокурорских подразделений. С учетом необходимости придания им атрибутов независимости и непредвзятости, что проблематично в случае их нахождения в общей структуре соответствующих органов, наблюдается тенденция их соответствующего выделения в самостоятельные ведомства.

Так, в Норвегии с 2005 года создано Бюро по расследованию полицейских дел, которое находится как вне систем полиции, так и прокуратуры. Административно это бюро хотя и подотчетно Министерству юстиции, но имеет значительную степень автономии. Следует отметить, что оно не только расследует, но и осуществляет прокурорские функции по уголовным делам в отношении сотрудников полиции и государственной прокуратуры, а также по фактам смерти, вызванной их деятельностью, или причинения телесных повреждений. Бюро имеет два региональных подразделения. В нем работают 26 человек.[268]

Та же идея заложена в Голландской модели, где действует Специальный государственный уголовно-следственный департамент, но у него нет региональных подразделений и прокурорских полномочий по поддержанию обвинения. Соответствие этого механизма международно-правовым требованиям рассматривалось ЕСПЧ, который поставил вопрос о необходимости его

[266] См. www.ipcc.gov.uk/en/Pages/default.aspx
[267] См. www.cnds.fr
[268] См. www.spesialenheten.no

подключения к расследованию дел с самой первой стадии (первоначальные следственные действия проводились полицией) и независимости прокурорского надзора за ним (осуществлялся помощником прокурора той же административной единицы, к которой относилась полиция). Характерно, что в свете этого Голландские власти внесли соответствующие изменения в процедуры расследования таких дел. В частности, следственные и иные действия по ним начали проводиться указанным департаментом непосредственно сразу после инцидента или поступления соответствующей информацию Полицейские структуры не имеют право проводить их. Им вменяется в обязанность лишь охранять место происшествия и проводить учет очевидцев, где это необходимо до начала следствия самим Департаментом. Руководство их расследованием осуществляют прокуроры других территориальных единиц.[269]

55. В этом же направлении (создание отдельных следственных или прокурорских органов) развиваются системы некоторых стран постсоветского пространства. Так, в Молдавии с Мая 2010 года действует специальный отдел Генеральной прокуратуры по расследованию дел о пытках и жестоком обращении, который как организует работу прокуроров на местах (которые по своим функциональным обязанностям не должны быть связаны с органами полиции), так и самостоятельно расследует их. В 2011 году он организовал работу по проверке 958 сообщений и жалоб по признакам жестокого обращения со стороны правоохранительных органов (включая пенитенциарную службу), возбуждению и расследованию 108 и направлению в суды 36 уголовных дел этой категории.[270] Несмотря на значительную интенсификацию, следственно-прокурорской деятельности по борьбе с жестоким обращением, неразрешенной проблемой остается нахождение этого подразделения в общей прокурорской системе и, соответственно, связь с правоохранительными структурами.

В Армении с 2008 года создана отдельная специальная следственная служба, которая расследует уголовные дела в отношении, как высших должностных лиц, так и преступления, в том числе пытки, совершаемые сотрудниками полиции и других правоохранительных органов. Вместе с тем, ввиду малочисленности ее штата (всего 25 оперативных работников) сконцентрированных в одном аппарате, абсолютное большинство доследственных и иных первоначальных проверок по обращениям и сообщениям о преступлениях этой категории все еще проводится самой полицией. В настоящее время в Армении идет подготовка нового уголовно-процессуального кодекса, который исключит доследственную стадию и, соответственно, приведет к расследованию всех таких сообщений и дел исключительно этой службой, что в свою очередь, потребует ее расширения. Однако, оставаясь правоохранительным ведомством, эта служба может также вызывать определенные сомнения в ее надлежащей непредвзятости и независимости. Характерно, что в настоящее время в Армении в дополнение к указанным реформам уголовно-процессуального механизма разработан проект положения о Дисциплинарном Комитете Полиции, который предусматривает элементы транспарентности, в том числе включение в

[269] См. *Рамсахай и другие против Нидерландов*, решение от 15 мая 2007 года, пункты 257-267.

[270] Информация основана на данных соответствующего регионального проекта Совета Европы и Европейского Союза по Борьбе с жестоким обращением и безнаказанностью, ведущим консультантом которого является автор настоящего заключения.

него членов, представляющих гражданское общество, назначаемых по конкурсному отбору правительством (а не полицией).[271]

56. Для подчеркивания независимости путем максимально возможного размежевания с силовыми структурами и исполнительной властью в целом значительное распространение получили модели, которые в той или иной степени связывают соответствующие органы и механизмы с законодательной ветвью власти.

Так, в 2007 году в Венгрии были внесены изменения в Закон о Полиции в соответствии с которым был создан Независимый Комитет по Жалобам против Полиции. В его состав входят пять членов, которые должны быть юристами с выдающимся опытом в сфере охраны фундаментальных прав. Их избирает Парламент сроком на шесть лет по совместному предложению его Комитетов по Правам Человека и Правоохранительной деятельности. Секретариат Независимого Комитета по Жалобам является составной частью секретариата Парламента. В компетенцию Комитета входит рассмотрение жалоб, сообщений, публичных заявлений и иной информации о нарушении фундаментальных прав и свобод полицией, за исключением тех, которые связаны с уголовным процессом. По результатам своего расследования, которое может включать, в том числе, доступ к любым делам и документам полиции, Комитет принимает решения, которые направляются Главе полицейской службы, который, в свою очередь, обязан в течении двух недель уведомить о принятых мерах. Все решения публикуются на вебсайте Комитета.[272]

В отличие от Венгерского механизма, который имеет ограниченную компетенцию и, по существу, представляет собой орган первоначального рассмотрения жалоб, в Бельгийской модели, соединены функции как общего парламентского контроля за эффективностью деятельности, так и расследования, в том числе и уголовно-процессуального, злоупотреблений со стороны правоохранительных органов. С 1991 года в Бельгии создан Постоянный Комитет по Мониторингу Полиции, который подчиняется непосредственно ее Парламенту. Его механизм включает в себя сам по себе Комитет, состоящий из пяти членов и пяти заместителей избираемых Палатой Представителей сроком на пять лет (с возможностью последующего переизбрания на два срока), и приданный ему Следственный департамент. В сферу его полномочий помимо полиции входят различные ведомства осуществляющие правоохранительную или следственную деятельность (таможня, подразделения министерства финансов, природоохранная полиция и т.д.).

Следственный департамент при Комитете является структурой, управомоченной проводить расследования преступлений и проступков (незначительных преступлений) совершаемых соответствующими сотрудниками. При этом они осуществляют все следственные полномочия. Как и в случае с другими (общеуголовными) делами процессуальный контроль и руководство их расследованием осуществляют судьи-магистраты. Департамент возглавляет начальник и два его заместителя, назначаемые сроком на пять лет самим Комитетом. Он насчитывает до тридцати сотрудников. Следует отметить, что помимо уголовно-процессуальных полномочий, Следственный департамент осуществляет общие проверки работы полицейских служб, подразделений и отдельных работников, по результатам которых посредством Комитета даются

[271] См. предыдущую сноску.
[272] См. www.panasztestulet.hu

соответствующие указания по улучшению их работы, принятии управленческих и иных необходимых мер.[273]

57. Как указывалось, к настоящему времени существует значительное многообразие органов и моделей, которые имеют свои особенности и комбинацию подходов. Так, в Швеции в дополнение к ведомственным и иным органам в структуре соответствующего Парламентского института существуют четыре Омбудсмена непосредственно избираемых на четыре года Парламентом, которые не только могут расследовать, но и осуществлять функции обвинителя, как по уголовным делам, так и в дисциплинарных и административных процедурах.[274] Независимый уставной орган Ирландии Омбудсменская Комиссия Полиции (Garda Siochána) ввел практику привлечения иностранных специалистов (следователей).[275]

Таким образом, предложенный обзор основных моделей и некоторых специфичных подходов может быть полезным для определения набора элементов, выбора модели, степени институциональной независимости, форм вовлечения общественности, которые обеспечили бы в условиях Казахстана соблюдение критериев эффективности расследования жесткого обращения и иных серьезных нарушений прав человека, и как итог, доверия со стороны общества к его правоохранительным и в целом государственным структурам.

Февраль, 2013 г.

[273] См. www.comitep.be
[274] См. www.jo.se/en/About-JO/The-Parliamentary-agency
[275] www.gardaombudsman.ie/gsoc-garda-ombudsman-faq.htm

ШТЕЙНЕРТЕ Э.
Ассоциированный исследователь
Центра реализации прав человека
Школы права Бристольского Университета (Великобритания),
член совета независимых экспертов при МИД Латвийской Республики
Магистр Права, PhD

ВЫПОЛНЕНИЕ ПУНКТА 17 ЗАМЕЧАНИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ДОКЛАДУ КАЗАХСТАНА ОБ ИСПОЛНЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПАКТА О ГРАЖДАНСКИХ И ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРАВАХ[276]

Введение

Настоящий отчет выполнен по просьбе Центра исследования правовой политики (LPRC) в Казахстане. Цель данного отчета заключается в исследовании некоторых вопросов, отмеченных Комитетом по правам человека ООН[277] в его Заключительных комментариях к периодичному докладу о выполнении Казахстаном Международного Пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) в 2011 году[278]. В частности, представляется необходимым изучить параграф 17 Заключительных комментариев, который звучит следующим образом:

> «Комитет обеспокоен тем, что переполненность в следственных изоляторах и тюрьмах продолжает оставаться проблемой. Комитет также обеспокоен возросшим числом сообщений о случаях насилия среди заключенных, актах членовредительства и смертельных случаев в тюрьмах. Комитет отмечает усилия Государства-участника в строительстве новых тюремных сооружений, для улучшения условий содержания в тюрьмах (статья 6 и 10).
>
> Государству-участнику следует принять срочные меры для решения проблемы переполненности в следственных изоляторах и тюрьмах, в том числе путем более широкого применения альтернативных форм наказания, таких, как электронный контроль, условно-досрочное освобождение и назначение общественных работ. Государству-участнику следует положить конец практике терпимого отношения к насилию среди

[276] Настоящий документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, не отражают точку зрения NED.
[277] Далее – КПЧ.
[278] Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011).

заключенных и принять меры к устранению коренных причин членовредительства среди заключенных. В этой связи Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы все случаи насилия среди заключенных и все смертные случаи тщательно расследовались, а виновные привлекались к ответственности и подвергались соответствующему наказанию. Кроме того, общественным наблюдательным комиссиям должна быть предоставлена возможность без предупреждения посещать с инспекцией все тюрьмы и следственные изоляторы.»

Основываясь на рекомендации КПЧ, настоящий отчет состоит из четырех тематических раздела: (1) переполненность; (2) насилие среди заключенных; (3) акты членовредительства и смертельные случаи в местах лишения свободы; и (4) общественный контроль над местами содержания под стражей. Каждый из этих разделов изучает конкретную проблему, сложившуюся в Казахстане, дает обзор международных стандартов и практики разрешения подобных проблем. В конце отчета представлены некоторые рекомендации казахстанским властям для рассмотрения и разрешения указанных вопросов.

1. Переполненность

Согласно данным Международного центра тюремных исследований[279] по состоянию на 1 января 2013 года Казахстан занимал 35-ое место среди стран мира по количеству заключенных в 295 человек на 100 000 населения. За последние годы численность заключенных в Казахстане равномерно снижается, так, в 2010 году количество заключенных составляло 62 997 человек[280], тогда как в 2011 году эта цифра равнялась 55 552[281]. Очевидно, что за последние несколько лет тюремное население в Казахстане уменьшилось приблизительно на 7000 человек в год, что само по себе является положительной динамикой. Тем не менее, индекс тюремного населения в 295 человек в 2013 году все еще выше, чем в соседних странах: в Кыргызстане индекс составляет 181 человек, а в Узбекистане – 130; и на самом деле, в целом Азиатском регионе Казахстан занимает третье место среди стран с наибольшими индексами тюремного населения, уступая место только Тайланду и Мальдивам. [282]

МЦТИ также отмечает, что официальная вместимость тюремной системы в Казахстане составляет 71 690 человек, т.е. при численности заключенных в 48 684 человек в 2013 году, уровень заполнения составил 67.9%.[283]

На лицо тот факт, что данные не указывают на переполненность как на проблему в стране. Однако КПЧ выразил беспокойство по поводу

[279] Далее – МЦТИ.

[280] Список стран по количеству заключенных, девятое издание, Международный центр тюремных исследований. URL: http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_9.pdf

[281] Там же.

[282] Международный центр тюремных исследований. Азия (за исключением Ближнего Востока) – Индекс тюремного населения на 100 000 гражданского населения. URL: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=contasia&category=wb_poprate

[283] Международный центр тюремный исследований. Казахстан. URL: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=98.

переполненности.[284] Это кажущееся несоответствие объясняется двумя ключевыми факторами. Во-первых, в то время как проблема переполненности могла и не существовать, если была бы изучена вместимость всех тюрем в совокупности, но она все же может возникнуть при содержании лиц в отдельных помещениях, как описывается Специальным Докладчиком по пыткам[285] и национальными экспертами[286]. Во-вторых, вместимость тюрем в разных странах измеряется различными способами, исходя из того, сколько места выделено для каждого заключенного национальным законодательством и инструкциями, а также другими документами. Кроме того, показатель переполненности не имеет четкого значения как индикатор условий содержания заключенных или серьезности проблем, с которыми они могут столкнуться. Таким образом, сравнение уровней переполненности может ввести в заблуждение, что объясняет оценку субъектов международного права.

Казахстан не единственная страна в мире, столкнувшаяся с проблемой переполненности. Число заключенных выросло в 78%-ах стран с 2008 по 2011 годы, и в 71%-те стран за предыдущие два года.[287] Действительно, подсчитано, что в мае 2011 года более 10.1 миллионов человек, включая приговоренных к лишению свободы и заключенных под стражу до суда, удерживались в исправительных учреждениях по всему миру, то есть 146 человек на каждые 100 000 человек в мире были на тот момент в тюрьме.[288]

Несмотря на отсутствие определенного стандарта, принятого на международном уровне и касающегося требования минимального пространства для каждого заключенного, существуют некоторые руководящие принципы по данному вопросу. Правило 10 Минимальных стандартных правил ООН обращения с заключенными (1957 год) гласит:

> «помещения, которыми пользуются заключенные, особенно все спальные помещения, должны отвечать всем санитарным требованиям, причем должное внимание следует обращать на климатические условия, особенно на кубатуру этих помещений, на минимальную их площадь, на освещение, отопление и вентиляцию.»

В Комментарии к Правилу 18 Европейских пенитенциарных правил указывается, что Европейский Комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания[289] считает минимальными требованиями для размещения заключенных в многоместной камере – 4 кв.м. на человека и в одиночной камере – 6 кв.м на человека. В Комментарии отмечается,

---

[284] Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011), в параграфе 17.

[285] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009); Приложение, параграфы 13 и 69.

[286] Отчет О результатах мониторинга мест содержания под стражей ОФ «Хартия за права человека» в городах Алматы, Актобе, Актау, Шымкент и Тараз за февраль 2012 года. URL: http://www.bureau.kz/data.php?n_id=4196&l=ru

[287] Список стран по количеству заключенных, девятое издание, Международный центр тюремных исследований. URL: http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/wppl_9.pdf

[288] Там же.

[289] Далее – ЕКПП.

что хотя ЕКПП еще ни разу не определял напрямую такую норму, имеющиеся сведения указывают на то, что в качестве желательного размера камеры на одного заключенного будет избрано 9 -10 кв.м.[290]

Международным Комитетом Красного Креста[291] также были разработаны технические нормативы относительно требований к площади[292], и следует отметить, что МККК не устанавливает минимальные стандарты, но вместо этого устанавливает рекомендуемые технические требования, которые предусматривают 1,6 кв.м. для помещения для сна и 1,2 кв.м. для туалета и душа. Полные технические требования следующие:

· 5,4 кв.м. на человека в одиночной камере.

· 3,4 кв.м. на человека в многоместной или общей камере, в том числе, где используют двухъярусные кровати.

Важно, что устанавливая данные технические требования, МККК ясно заявляет, что соответствующая площадь не может быть оценена лишь простым измерением площади. Применение данных технических требований зависит от конкретной ситуации в определенном контексте, и такими факторами, относящимися к данному месту задержания, являются: [293]

· состояние здания;

· количество времени, проводимое заключенными в помещении для сна;

· количество людей в данном помещении;

· частота и масштаб возможностей для занятия физическими упражнениями, работой и вовлечения в другие виды деятельности вне помещения камеры;

· вентиляция и освещение;

· другие виды деятельности, выполняемые в помещении камеры (например, приготовление пищи, мытье/стирка, сушка);

· сооружения и службы, имеющиеся в тюрьме;

· степень имеющегося контроля.

Это проясняет разнообразие факторов, имеющих прямое отношение к определению переполненности, что делает задачу подобного определения достаточно сложной.

Известно множество причин переполненности в тюрьмах, которые включают следующие:

- лежащие в основе социально-экономические и политические факторы;
- препятствия и отсрочка в доступе к правосудию;
- длительное содержание под стражей до суда;
- карательная политика уголовного судопроизводства;
- политика контроля за наркотиками;
- неуместное использование лишения свободы;
- недостаточное использование альтернатив лишению свободы;
- неэффективные меры для продвижения социальной реинтеграции;
- нарушения предписаний для условно-досрочного освобождения и пробации;
- кризисная переполненность;

---

[290] Комментарий к Правилу 18 Европейских Пенитенциарных правил (2006). URL: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf

[291] Далее – МККК.

[292] МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах (2005) и МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах. Дополнительное руководство, 2012.

[293] МККК. Водоснабжение, санитария, гигиена и жилищные условия в тюрьмах. Дополнительное руководство, 2012; стр. 34.

- несоответствующая тюремная инфраструктура и вместимость.

Равным образом, имеются различные способы решения вопроса переполненности, такие как:

(a) развитие подходов, основанных на всесторонних доказательствах, и получение общественной поддержки;

(b) сокращение применения лишения свободы и развитие политики вынесения справедливого приговора;

(c) повышение эффективности системы уголовного правосудия;

(d) улучшение доступа к юридической помощи и бесплатной правовой помощи;

(e) сокращение сроков содержания под стражей до суда;

(f) более широкое применение альтернатив лишению свободы;

(g) помощь в социальной реинтеграции и сокращение рецидива преступлений;

(h) управление вместимостью тюрем.

Чтобы осуществить эффективное сокращение переполненности тюрем, властям необходимо разработать краткосрочные, среднесрочные и долгосрочные стратегии, а для их выполнения – крайне важно выполнить первоначальную всестороннюю оценку ситуации. Подобная оценка может касаться обзора уголовного законодательства, работы системы уголовного правосудия и имеющихся в ней проблем, применения досудебного заключения под стражу, реализации правоприменительной практики, политики и тенденций вынесения приговоров, внедрения мер и санкций, не связанных с лишением свободы, степени переполненности в тюрьмах, категории заключенных, тенденции показателей тюремного населения, услуг доступных в сообществе для применения мер и санкций, не связанных с лишением свободы, сотрудничества между общественными службами и властями в сфере уголовного правосудия, доступа к бесплатной правовой помощи.

По имеющимся у автора данным, в Казахстане такого рода оценок проведено не было, хотя Концепция нового проекта Уголовно-исполнительного кодекса[294] содержит некоторые ее элементы. В равной степени, анализ ситуации представлен в Национальном плане по правам человека за 2009 – 2012 годы. К сожалению, отсутствует всесторонний анализ тюремной системы и существующих трудностей, в связи с чем любые реформы, выполняемые сейчас властями, не могут быть должным образом обоснованы и не могут быть наиболее приемлемыми для решения существующих проблем.

1.1 Краткосрочные стратегии. Существует множество непосредственных мер, которые можно принять во внимание для немедленного решения проблемы переполненности. К ним относятся: амнистия, освобождение по гуманным соображениям и использование государственных механизмов помилования, рассмотрение законности задержания. Следует подчеркнуть, что все эти меры должны быть выполнены только при соблюдении необходимых гарантий и соответствующих международных норм. Например, существуют различные преступления, для которых амнистии не допустимы в соответствии с международным правом (например, военные преступления или преступления против человечества). По этому поводу национальный эксперт г-н Рахимбердин отмечает, что в 2011 – 2012 годах посредством применения амнистий были освобождены 2511

[294] Далее – УИК.

заключенных, а судебные приговоры были смягчены в отношении еще 665 человек.[295] Такая практика приветствуется и ее следует поддерживать. Однако, как указывает г-н Рахимбердин, существует множество трудностей с институтом амнистии в Казахстане. Он утверждает, что надлежащая имплементация амнистий должна включать не только освобождение заключенных, но и создание условий для их обустройства в обществе, которые в настоящее время в стране отсутствуют.[296] Это решающее направление, по которому следует двигаться казахстанским властям, чтобы амнистии стали эффективными.

1.2. От краткосрочных к среднесрочным стратегиям. Следует сконцентрироваться на мерах, нацеленных на укрепление сотрудничества между органами уголовного правосудия, которые должны устранить причины задержек в процессе уголовного судопроизводства таким образом, чтобы отсрочки по делам решались на систематической основе, а давление на тюремную систему уменьшалось.

Также существует необходимость в упрощении и ускорении уголовного процесса, уделяя внимание преобразованию уголовного процессуального законодательства и сокращению любых бюрократических проволочек, которые приводят к чрезмерным задержкам. Следует тщательно изучить меры по сокращению злоупотреблений предварительным заключением под стражу. Также необходимо рассмотреть пути увеличения прозрачности и ответственности в тюрьмах; так, внутренние тюремные инспекции могут быть использованы в качестве возможности оценить степень переполненности в отдельных тюрьмах и их вероятные причины и изучить способы их решения.

Представляется необходимым рассмотреть функционирование системы правовой помощи в стране и способы увеличения ее эффективности посредством таких мер, как увеличение финансирования, дальнейшее разнообразие предоставления правовой помощи и укрепление сотрудничества с негосударственными субъектами оказания правовой помощи.

Наконец, жизненно важно вводить альтернативы тюремному заключению и улучшать их применение. С этой целью необходимо пересмотреть законодательство и правоприменительную практику, чтобы сокращать количество незаконных арестов, увеличить возможности для вывода подходящих дел из сферы уголовного правосудия, в некоторых случаях запретить использование досудебного заключения под стражу и в иных случаях отказаться от обязательного предварительного заключения под стражу, укрепить возможности применения альтернатив тюремному заключению помимо освобождения под залог. Следует отметить, что освобождение под залог применяется относительно редко, что также следует принять во внимание. Также может быть пересмотрено законодательство с целью обеспечения содержания в нем широкого перечня санкций, не связанных с лишением свободы, подходящих для различных типов правонарушений и применимых при конкретных обстоятельствах. В тоже время важно, чтобы вводимые меры поощряли суды применять наказания, не связанные с лишением свободы, за совершение специфичных правонарушений или вместо наказаний, связанных с отбыванием коротких сроков в тюрьмах, принимая во внимание смягчающие обстоятельства, потребности и обстоятельства правонарушителей.

---

[295] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года); стр. 2.
[296] Там же, стр. 3.

Лишение свободы – это наиболее распространенный вид наказания, применяемый в Казахстане. Например, в 2009 году было вынесено 39 391 обвинительных приговоров, 18 788 из них с отбыванием тюремного заключения; в 2010 году было вынесено 31 968 обвинительных приговоров, 12 030 из которых с отбыванием тюремного заключения.[297] Это означает, что почти половина всех обвинительных приговоров влечет за собой лишение свободы, что является относительно высоким показателем.

Существуют альтернативы лишению свободы, но видимо, они сравнительно недостаточно применяются; так, в 2009 году было наложено 1 764 штрафа и вынесено 1 212 приговоров с назначением общественных работ, а в 2010 году эти значения составили 1 643 и 1 864 соответственно.[298] Национальный эксперт г-н Саламатов утверждает, что по состоянию на 1 января 2010 года к общественным работам были приговорены только 0.68% от всех осужденных, а по состоянию на 1 января 2011 года это число составило 0.92%, в 2012 году – 0.27%.[299] Он также отмечает, что статистика по лишению свободы как форме наказания показала, что по состоянию на 1 июля 2012 года она была применена в 78.1% случаев по сравнению, в среднем, с 10% случаев в большинстве Европейских странах.[300] В своем анализе о редком применении такой альтернативы лишению свободы как общественные работы, он указывает на некоторые проблемы, которые делают их довольно тяжелыми и обременительными для работодателя, который, помимо того, что испытывает финансовый ущерб, принимая на работу приговоренных к общественным работам людей, еще и берет на себя роль надсмотрщика за правонарушителем.[301]

Следует отметить, что Казахстан ввел систему пробации, что достойно похвалы. Однако, важно, чтобы эта система была должным образом имплементирована, так чтобы на законодательном уровне было обеспечено участие социальных служб, что в настоящее время отсутствует в Казахстане.[302]

Как отмечает Центр исследования правовой политики в своем обширном исследовании о сокращении переполненности в Казахстане и альтернативах лишению свободы[303], существуют многочисленные способы дальнейшего развития и укрепления альтернатив лишению свободы в стране. Они особо рекомендуются национальными экспертами[304] и находят свое подтверждение в настоящем отчете.

1.3. Долгосрочные стратегии. Представляется целесообразным выполнить тщательный обзор и пересмотр законодательства в области уголовного правосудия, который может заключаться в применении таких мер как декриминализация определенных преступлений, увеличение возраста уголовной ответственности для

---

[297] Центр исследования правой политки «Сокращение тюремного населения в Казахстане» (2011), Алматы, с. 89 и 97.

[298] Там же, на стр. 97.

[299] Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)* на стр.3.

[300] Там же, на стр. 9.

[301] Там же, на стр. 4-5.

[302] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 4.

[303] Центр исследования правой политки «Сокращение тюремного населения в Казахстане» (2011), Алматы.

[304] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 9, Рекомендация № 16; См.сноску 19.

детей и развитие системы ювенальной юстиции, нацеленной на сокращение воспитательных колоний для несовершеннолетних, сокращение сроков наказания, обзор и сокращение количества преступлений, влекущих пожизненное лишение свободы, полная или частичная отмена законов об обязательном назначении минимальных сроков наказания, внедрение наказаний, не связанных с лишением свободы и других разнообразных схем, дающих судьям больше свободы действий, пересмотр подходов к нарко-контролю и их улучшение с целью сокращения количества заключенных несовершеннолетних правонарушителей.

Представляется необходимым принять меры по повышению эффективности системы уголовного правосудия, создавая правовые возможности для субъектов уголовного судопроизводства, рассматривая и пересматривая процедуры и методы отбора кадров, критерии оценки работы, и предоставляя соответствующее финансирование для администрирования уголовного правосудия.

Важно предпринять меры для предоставления соответствующих данных в сфере уголовного правосудия на постоянной основе для содействия развитию политики в этой области, в том числе создание и улучшение систем управления базой данных о заключенных. В равной степени, существует необходимость создания подобных данных в других соответствующих сферах правительственной ответственности, таких как социальное обеспечение, образование и здравоохранение для обеспечения развития всесторонней и целостной политики, нацеленной на сокращение факторов, способствующих социальному отчуждению и преступному поведению, и для сокращения заключенных в долгосрочной перспективе.

В заключении, следует отметить о необходимости внедрения мер по увеличению осведомленности среди общественности и получению общественной поддержки для проведения реформ.

2. Насилие среди заключенных

Специальный Докладчик ООН в своем отчете по итогам визита в Казахстан отметил следующее:

> «Специальному докладчику стало известно, что иерархические отношения в среде заключенных являются наследием советского времени. Те, кто не подчиняется этой иерархии и действующим там «воровским законам», подвергаются насилию и дискриминации со стороны других заключенных с согласия, а иногда и с одобрения и при активном подстрекательстве представителей тюремной администрации. В результате, как утверждается, среди заключенных распространено насилие, в том числе сексуальное насилие (например, по отношению к так называемым «опущенным», которые являются изгоями в среде заключенных). Кроме того, в Казахстане существует два типа тюремных колоний: «черные» и «красные» зоны. В «красных» зонах руководство тюрьмы поддерживает порядок, используя одних заключенных для запугивания других. В «черных» зонах администрация просто передает задачу поддержания дисциплины в руки самих заключенных. И то и другое несовместимо с международными стандартами. Специальный докладчик напоминает, что насилие в среде заключенных может

расцениваться как пытка или жестокое обращение в том случае, если государство не принимает достаточных мер для его предотвращения.» [305]

Местные неправительственные организации[306] (НПО) отмечают также, что:

«По данным общественно-наблюдательных комиссий заключенные часто жалуются не только на пытки/жестокое обращение со стороны тюремной администрации, но также и со стороны других заключенных. В Законе предусмотрено делегирование определенных функций группе заключенных, называемой “советом по правопорядку”, чтобы “помочь тюремной администрации обеспечить дисциплину и порядок” в учреждении. Такие заключенные имеют некоторые привилегии за сотрудничество с тюремной администрацией. В ходе кампании по членовредительству заключенные жаловались на избиения другими заключенными из числа состоящих в подобных советах наряду с тюремными охранниками».[307]

Подкомитет ООН по предотвращению пыток[308] также указывает на наличие подобных организаций самоуправления заключенных во многих государствах-участниках, но утверждает, что это не освобождает государство от ответственности за заключенных и за их безопасность:

«(…)Не требует доказательства тот факт, что государство-участник постоянно несет ответственность за безопасность и благополучие всех заключенных; при этом недопустимо, когда официальные сотрудники не могут осуществлять действенный и эффективный контроль за ситуацией в отдельных тюремных блоках. (…)Подкомитет осознает, что такие системы самоуправления могут являться прямым или побочным следствием более общих проблем коррупции в системе уголовного правосудия, которые также заслуживают внимания. Кроме того, власти должны обеспечивать, чтобы обращение со всеми заключенными было одинаковым и чтобы преимущества, получаемые теми, кто наделен соответствующими обязанностями в области самоуправления, не выходили за рамки того, что реально необходимо для выполнения ими своих признанных и законных функций. Если такие системы существуют, они должны получать официальное признание, иметь четкий и транспарентный круг ведения и критерии отбора тех, на кого будет возложено выполнение внутренних обязанностей. За действиями таких лиц должен осуществляться тщательный контроль. Ни при каких обстоятельствах они не должны иметь возможности контролировать доступ к администрации мест содержания под стражей, включая доступ к медицинскому персоналу или к механизмам подачи и рассмотрения

[305] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009), в параграфе 28.
[306] Далее - НПО.
[307] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года; на стр. 14.
[308] Далее – ППП.

жалоб, или обладать какими-либо дисциплинарными полномочиями по отношению к другим заключенным.»[309]

Таким образом, допуская существование подобных систем «самоуправления» заключенных, Казахстан на самом деле по умолчанию несет ответственность за их действия. Кроме того, до недавнего времени, одной из важнейших проблем было определение пыток в казахстанском законодательстве, которое не соответствовало международным стандартам и, в частности, статье 1 Конвенции ООН против пыток (КПП). Определение ограничивало уголовную ответственность к должностным лицам и не криминализировало пытки, совершаемые каким-либо другим лицом, действующим в официальном качестве или лицами, действующими по подстрекательству или с ведома или молчаливого согласия государственных должностных лиц.[310] Таким образом, на практике это означало, что жестокое обращение, нанесенное другими заключенными, не могло повлечь наказание за пытки. В то время, когда на этот вопрос обратили внимание[311], определение пыток все еще далеко от международных стандартов, поскольку оно не относит пытки к физическому и моральному страданию, являющемуся результатом незаконных действий государственных должностных лиц. Кроме того, пытки как отдельное уголовно-правовое деяние не влечет соответствующее наказание, соразмерное с его тяжестью, как того требует Статья 4 (2) Конвенции против пыток.

В заключении следует упомянуть проблему, связанную с тем, что большинство тюрем в Казахстане были унаследованы с советских времен и являются, так называемыми, исправительными колониями. Под этим подразумевается расселение заключенных в сооружениях барачного типа, где вместе содержатся 50-100 заключенных. Как отмечают национальные эксперты, такой стиль размещения делает затруднительным, если не невозможным, обеспечение безопасности заключенных.[312] Следовательно, рекомендуется, и на самом деле в Пояснительной записке к новому проекту УИК уже отмечено, что правительство планирует отказаться от системы содержания заключенных в колониях, приспосабливая существующие объекты к тюрьмам с камерным типом расселения. Пока этот шаг *по существу* приветствуется национальными экспертами,[313] все же существуют

---

[309] Подкомитет по предотвращению пыток. *Четвертый ежегодный доклад Подкомитета по предупреждению пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.* ООН Док. CAT/C/46/2 (2011) в параграфе 57.

[310] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009), параграф 13.

[311] См.: Закон РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшей гуманизации уголовного законодательства и усиления гарантий законности в уголовном процессе» от 18 января 2011 года; см. также: Отчет Специального докладчика по вопросам пыток и других жестоких, бесчеловечных и унижающих достоинство видов обращения и наказания, Джуан Е.Мендез. Дополнительное соглашение. Выполнение рекомендаций, данных в ходе визитов Специального докладчика в Китай, Данию, Экваториальную Гвинею, Грузию, Грецию, Индонезию, Ямайку, Иорданию, Казахстан, Монголию, Непал, Нигерию, Парагваю, Папуа-Новая Гвинея, Республику Молдова, Испанию, Шри-Ланку, Того, Уругвай и Узбекистан. ООН Док A/HRC/19/61/Add.3 (2012) на стр. 164, параграф 64.

[312] Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)*, на стр. 7.

[313] Там же, на стр. 7; Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), Рекомендация № 12.

опасения, что существующие постройки не могут быть легко преобразованы в тюрьмы камерного типа, учитывая их сегодняшнее состояние.[314] Поэтому представляется важным выполнение властями всесторонней оценки наиболее подходящих вариантов перехода, которые привели бы к результату соответствующему международным стандартам.

3. Членовредительство и смертельные случаи в заключении

Комитет по правам человека отмечает увеличение случаев членовредительства в местах заключения под стражу в Казахстане.[315] Действительно, Специальный Докладчик по вопросам пыток также отмечал, что членовредительство является актом протеста против жестокого обращения и указал, что конкретный инцидент членовредительства приводит лишь к дальнейшей жестокости со стороны властей.[316] Национальные неправительственные организации также сообщают о случаях членовредительства и даже массового членовредительства, которое случилось в апреле 2007 года в знак протеста против отсутствия надлежащей доставки и независимого расследования жалоб заключенных.[317] Вместе с этим, национальные НПО сообщают о выводах Общественных наблюдательных комиссий[318], что причина массового членовредительства заключалась в выражении протеста против так называемого «самоуправления заключенных», которое на самом деле потворствует жестокому обращению среди заключенных.[319] Эти примеры указывают на наличие проблемы членовредительства в тюрьмах Казахстана.

Более того, членовредительство – это наказуемое преступление, таким образом, заключенные, нанесшие себе увечья, могут быть водворены, например, в штрафной изолятор на 15 суток за нарушение правил внутреннего тюремного распорядка, которые запрещают совершать действия, подвергающие опасности жизнь и здоровье заключенного или других лиц.[320] Здесь следует отметить, что Конституционный Совет Республики Казахстан в своем постановлении разъяснил, что совершение актов членовредительства лицами, лишенными свободы, может являться формой выражения их протеста против жестокого обращения и условий

---

[314] Саламатов Е.А. *Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)*, на стр. 7.

[315] Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011), параграф 17.

[316] Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания, Манфред Новак. Миссия в Казахстане. ООН Док A/HRC/13/39/Add.3 (2009), Приложение, параграф 82.

[317] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 14.

[318] Далее – ОНК.

[319] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 14.

[320] Постановление 2к-212/2013 Кассационной судебной коллегии Костанайского областного суда, Дело 2-9364 от 17 апреля 2013 года. URL: http://www.bureau.kz/data.php?n_id=5808&l=ru

содержания. Однако, на практике оно не имело большого эффекта, поскольку заключенные, нанесшие себе вред, все еще подвергаются наказанию[321], что является не только контрпродуктивным и способствует обострению существующих обстоятельств, изначально повлекших членовредительство, но также является нарушением условий содержания со стороны властей. Следует помнить, что лица, лишенные свободы, находятся на попечении властей, которые несут ответственность за их благополучие. Пренебрегая первопричинами такого явления как членовредительство и наказывая за него, казахстанские власти не выполняют свои обязательства по отношению к лишенным свободы лицам.

Относительно смертельных случаев в заключении национальные НПО сообщают, что за первые шесть месяцев 2009 года было зарегистрировано 222 смертельных случая в тюрьмах, которые включают 33 самоубийства, 7 смертей от ВИЧ/СПИДА, 88 от туберкулеза и 94 в связи с другими проблемами со здоровьем. Однако НПО утверждают, что «нет никакого упоминания в правительственных отчетах о том, были ли расследованы случаи смертей в местах лишения свободы и каковы результаты этих расследований».[322] Отмечается, что Комитет по правам человека рекомендовал Казахстану «обеспечить, чтобы все случаи насилия среди заключенных и смертные случаи тщательно расследовались, а виновные привлекались к ответственности и подвергались соответствующему наказанию.»[323]

Членовредительство – явление, которое можно встретить и в других странах, но крайне важно помнить, что государство несет ответственность за безопасность и благополучие лиц в заключении. Это означает, что государство должно принимать меры для обеспечения этого обязательства. Так, например, в Объединенном Королевстве действует Инструкция о более безопасном заключении[324], изданная Министерством юстиции, которое, *среди прочего*, стремится выявить, налаживать общение и поддерживать осужденных и задержанных, которые подвержены риску нанесения вреда себе, другим и другими, а также сократить смертельные случаи в заключении.[325] Эта Инструкция предназначена для всего тюремного персонала и в деталях описывает меры, предпринимаемые персоналом для определения и поддержки тех, кто находится в группе риска. Следует отметить, что Инструкция соблюдается на практике в тюрьмах в Англии и Уэльсе, она является общественным документом и доступна любому. Таким образом, предпринимаемые властями меры для обращения с заключенными из группы риска, открыты общественности, т.е. любой, будь это механизмы независимого контроля или семьи заключенных, в состоянии убедиться в их применении на практике.

Инструкция основана на необходимости установить систему обращения и поддержки заключенных из группы риска нанесения вреда самому себе/или совершения самоубийства. Краеугольным компонентом системы выступает идея обмена информацией среди персонала, достигаемый при помощи отдельных

---

[321] Там же.

[322] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

[323] Рассмотрение отчетов, представленных Государством-участником согласно статье 40 МПГПП. Заключительные комментарии Комитета по правам человека. Казахстан. ООН Док. CCPR/C/KAZ/CO/1 (2011), параграф 17.

[324] Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: http://www.insidetime.org/info-rules-results.asp?rID=804

[325] Там же, на стр. 2.

процедур: Оценка, Условия содержания, Взаимодействие[326], которые представляют собой «гибкую систему по планированию условий заключения, сосредоточенную на заключенном, которая может снизить риск при ее эффективном применении».[327] Главным образом, в Инструкции отмечено, что:

> «Выявление заключенных из группы риска совершения самоубийства и/или причинения вреда себе и умение обращаться с ними - общая ответственность. Хорошие отношения между персоналом и заключенным играют существенную роль при снижении риска. Другими фундаментальными факторами для снижения риска являются регулярное участие в мероприятиях по вопросам режима, положительные отношения с семьей и другими заключенными, и направление для получения услуг специалиста в соответствующей области, такой как психическое здоровье». [328]

Для решения многогранной проблемы членовредительства и суицидов в заключении также требуется комплексный подход с участием помимо тюремного персонала и других специалистов.

На практике форма ОУСВ составляется в отношении любого заключенного, который, как считают, подвержен риску нанесения себе вреда и/или совершения самоубийства. Она может быть инициирована любым членом персонала, будь то сотрудники тюрьмы или работники системы здравоохранения или даже члены общественного контроля, например, члены Независимых советов по мониторингу[329], закрепленных за каждой тюрьмой в Англии и Уэльсе. Открытие формы ОУСВ означает, что в сотрудничестве с рассматриваемым заключенным создается План незамедлительных действий[330] для обеспечения его/ее безопасности от нанесения вреда. Также вовлекается Отдел здравоохранения, План обычно включает такие меры, как беседы с и наблюдения за заключенным с определенной периодичностью. План следует «перемещать» вместе с заключенным в любое место, куда и откуда заключенный передвигается для работы или тренировок, чтобы гарантировать, что принимающий заключенного персонал осведомлен о статусе риска заключенного и в состоянии вносить постоянные данные в План ОУСВ. Принимающий персонал также должен обеспечивать проведение наблюдений и бесед так часто, как того требует План, о чем должно быть записано в ОУСВ. Длительная потребность в ОУСВ рассматривается в регулярных обзорах по делам, и даже когда ОУСВ завершается, интервью с рассматриваемым заключенным следует проводить не позже 7 дней после завершения плана для обеспечения его/ее длительной безопасности.

В дополнение к ОУСВ, Инструкция также требует принятие таких дальнейших мер, как управление рисками при делении камеры, и при необходимости, например, помещать заключенных из группы риска в безопасные камеры, разработанные не только для минимизирования точек соединения, но и создания более

---

[326] Далее – ОУСВ.

[327] Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: http://www.insidetime.org/info-rules-results.asp?rID=804, на стр.24.

[328] Там же.

[329] Далее – НСМ.

[330] Далее – ПНД.

нормализующей обстановки.[331] Существуют также конкретные нормы обращения с заключенными, которые находятся в непосредственном риске совершения самоубийства или нанесения смертельного вреда себе. К ним относится использование системы видео-слежения (CCTV[332]) и постоянное наблюдение со стороны сотрудника, обеспечивающего соответствующую степень поддержки, чтобы снизить риск самоубийства или потенциально смертельного вреда. [333]

Инструкция также занимается проблемами обращения с заключенными, которые отказываются от приема еды и/или жидкостей и медицинской помощи;[334] обращения с заключенными, которые неизлечимо больны;[335] обращения с жестокими заключенными[336] и с заключенными со сложным поведением, которые являются столь сложными и деструктивными, что с ними невозможно обращаться в условиях нормального режима заключения.[337]

Наконец, Инструкция детально описывает необходимые действия после смерти в заключении. Прежде всего, требуется быстрое и точное сообщение о смертельном случае, в том числе соответствующее уведомление близких членов семьи. После этого проводится быстрое расследование причин смерти, сотрудники обязаны сотрудничать со следователями самым тесным образом, а также с представителями полиции, Омбудсмена по тюрьмам и пробации, при необходимости – Инспекции по охране здоровья и безопасности, а также проводится дознание коронера.[338] Следует отметить, что как правило, каждую смерть в заключении рассматривают в полиции как подозрительную.

Омбудсмен по тюрьмам и пробации[339] (ОПП) расследует все смертельные случаи в тюрьмах и учреждениях для несовершеннолетних преступников. Офис Омбудсмена оперативно независим от Министерства юстиции, хотя и финансируется им; ОПП отчитывается Государственному секретарю[340]. Расследование ОПП о смерти в заключении[341] выполняется назначенным следователем, который ведет расследование, и офицером по связям с семьей, который сотрудничает с семьей погибшего. Следователь узнает как можно больше о том, что происходило с человеком до его смерти. То есть, исследует все соответствующие документы и полисы, интервьюирует соответствующий персонал и заключенных, а при необходимости, жителей. После окончания расследования представляется отчет, который обрисовывает результаты расследования. Он может также рекомендовать произвести изменения для улучшения в будущем качества обращения в данной тюрьме, утвержденном помещении или центре временного содержания нелегальных иммигрантов. Итоговый отчет направляется семье погибшего и на службу. Он также посылается коронеру, который проводит дознание,

---

[331] Министерство юстиции *Обращение с заключенными в группе риска нанесения вреда себе, другим и от других (Безопасное заключение)* PSI 64/2011 (обновленный) от 17 февраля 2012 года. URL: http://www.insidetime.org/info-rules-results.asp?rID=804, на стр. 28.
[332] Там же, на стр. 33.
[333] Там же, на стр. 31.
[334] Там же, на стр. 48.
[335] Там же, на стр. 50.
[336] Там же, на стр. 35.
[337] Там же, на стр. 42.
[338] Там же, на стр. 53.
[339] Далее – ОПП.
[340] ОПП «Положение об обязанностях». URL: http://www.ppo.gov.uk/terms-of-reference.html
[341] ОПП «Как мы расследуем смертельные случаи». URL: http://www.ppo.gov.uk/how-we-investigate-fatal-incidents.html

чтобы установить, как человек погиб. Отчеты также публикуются на веб-сайте ОПП, хотя все имена из отчета удаляются, чтобы никого не могли узнать.[342]

Система решения проблем, связанных с членовредительством и смертельными случаями в заключении, описанная на примере Англии и Уэльса является, конечно, лишь одним примером того, как одно государство решает эти сложные вопросы. Однако, важно, что система существует, она четко изложена и соблюдается на практике, система – прозрачна. Последняя характеристика особенно важна, так Инструкция – документ доступный общественности, позволяет всем заинтересованным лицам, будь то гражданское общество, механизмы контроля или семьи заключенных, установить осуществляются ли меры на практике и насколько они эффективны. Это ключевые характеристики, которые казахстанским властям следует обеспечить при работе над системой, которую будут применять в стране.

4. Общественный контроль мест содержания под стражей

Комитет по правам человека в параграфе 17 Заключительных комментариев относительно Казахстана в заключительной рекомендации призвал обеспечить общественный контроль мест лишения свободы. По этому вопросу Комитет по правам человека особо упомянул Общественные наблюдательные комиссии (ОНК).

ОНК были учреждены законодательными поправками от 29 декабря 2004 года[343], их существование также закреплено статьей 50 Закона О порядке и условиях содержания в местах лишения свободы[344], и таким образом, они «закреплены» в базовом законодательстве Казахстана. Однако, детали создания этих Комиссий, так же как и детали их деятельности изложены в Постановлении Правительства,[345] которое согласно Статье 1 Закона о нормативно-правовых актах[346] не рассматривается как законодательный акт в стране. Таким образом, аспекты деятельности ОНК регулируются исполнительной властью, что дает повод засомневаться в независимости этих органов. Национальные эксперты отмечают это как недостаток и подчеркивают зависимость ОНК от властей.[347] В завершении

---

[342] Подобные анонимные отчеты о смертельных случаях в тюрьмах могут быть найдены на http://www.ppo.gov.uk/prison-investigations.html (дата доступа 12 августа 2013 года).

[343] Закон *«О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам органов юстиции»* от 29 декабря 2004 г. № 25-III.

[344] Закон Республики Казахстан от 30 марта 1999 года № 353-I *О порядке и условиях содержания лиц в специальных учреждениях, обеспечивающих временную изоляцию от общества.*

[345] Постановление Правительства Республики Казахстан от 24 июня 2011 года № 702 *Об утверждении Правил образования общественных наблюдательных комиссий областей, городов республиканского значения и столицы для осуществления общественного контроля в специальных учреждениях.*

[346] Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года № 213-I *О нормативных правовых актах Республики Казахстан.*

[347] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5; ОБЗОР выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека за 2009-2012 годы, на стр. 21; Евгений Жовтис *Итоги замечаний на Международной конференции "OPCAT в регионе ОБСЕ: значение и осуществление"* Презентация на конференции *OPACT в регионе ОБСЕ: значение и реализация?*, Прага, Чешская Республика, 25-16 ноября 2008 года; URL: http://www.bris.ac.uk/law/research/centres-themes/opcat/law/research/centres-themes/opcat/
pragueseminar.html#docs

следует сказать о новом законопроекте Об общественном контроле за соблюдением прав человека в местах содержания под стражей, который должен обсуждаться законодательным органом в сентябре 2013 года.[348] Большие надежды возлагаются на то, что этот проект обеспечит необходимую степень независимости ОНК от исполнительных органов власти.

В стране создано 15 общественных наблюдательных комиссий, что считается недостаточным, учитывая большие размеры страны, число мест лишения свободы и отдаленность нескольких таких учреждений.[349] Кроме того, национальные НПО сообщают о последней тенденции, свидетельствующей о том, что тюремные администрации часто отказывают в доступе в тюрьмы общественным наблюдательным комиссиям под различными предлогами.[350] В то же время, ОНК испытывают недостаток в одном из ключевых полномочий, гарантирующих строгий общественный контроль над местами лишения свободы, а именно, в полномочии наносить внезапные визиты.[351] В связи с чем, неудивительно, что национальные НПО отмечают, что общественный контроль мест заключения под стражу нуждается в решительном улучшении,[352] это рекомендация особо поддерживается в настоящем отчете.

Положительным шагом отмечено разрешение общаться представителям традиционных религиозных вероисповедания с заключенными с целью предложения им религиозной поддержки.[353] В свете этого недавнее решение, принятое казахстанскими властями о закрытии молельных комнат в исправительных учреждениях, подвергается критике как прямо противоречащее и, на самом деле, препятствующее религиозным организациям во взаимодействии с заключенными.[354] Следует отметить, что религиозные организации также играют важную роль в обеспечении прозрачности в местах лишения свободы и должны рассматриваться как составляющая часть общественного контроля мест лишения свободы. Поэтому важно, чтобы казахстанские власти предоставили им беспрепятственный доступ в места лишения свободы и восстановили там молельные комнаты. [355]

---

[348] Проект Закона Республики Казахстан *«Об общественном контроле за соблюдением прав человека в местах принудительного содержания».*

[349] Штейнерте Э., Справочный документ. Инвентаризация существующих механизмов мониторинга в Казахстане и их соответствие стандартам OPCAT по Международным предупредительным механизмам (2009). URL: http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/opcat/index.html

[350] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

[351] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5; ОБЗОР выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека за 2009-2012 годы, на стр. 21.

[352] Доклад Неправительственных правозащитных организаций Казахстана в Комитет по правам человека о выполнении Республикой Казахстан Международного Пакта о гражданских и политических правах. Представлен на 102 сессии Комитета по правам человека 11-29 июля, Женева. Алматы, Июнь 2011 года, на стр. 13.

[353] Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр. 5.

[354] Там же.

[355] Это также рекомендация национальных экспертов. См.: Рахимбердин К., *Экспертный обзор по выполнению Национального плана по правам человека в Республике Казахстан в 2009-2011 годах* (июнь 2012 года), на стр.9; Рекомендация № 15.

В заключении необходимо отметить прогресс, достигнутый в учреждении Национального превентивного механизма в Казахстане как того требуют обязательства, взятые страной при подписании Факультативного Протокола к Конвенции ООН против пыток[356]. Казахстан подписал ФПКПП 25 сентября 2007 года и ратифицировал документ 22 октября 2008 года.[357] Таким образом, страна должна была назначить НПМ к 22 октября 2009 года, как предписано Статьей 17 ФПКПП. Однако, Казахстан принял оговорку в соответствии со Статьей 24, которая предоставила отсрочку в назначении НПМ на три года, определив последний срок - 22 октября 2012 года. Необходимые законодательные поправки о НПМ были приняты в июле 2013 года[358], что означает, что Казахстан *фактически* нарушил свои обязательства по ФПКПП, особенно учитывая тот факт, что принятие необходимого закона не означало его учреждения в действительности. Тем не менее, принятие законодательства о НПМ – это позитивное событие, и казахстанским властям необходимо выразить благодарность за расширенные консультации, сопровождавшие процесс разработки и принятия законодательства о НПМ.

Принятие поправок в законодательство, касающихся НПМ, было долгим и тяжелым процессом, все же завершившимся разработкой закона, который на первый взгляд соответствует ключевым положениям ФПКПП. Однако, существует несколько пунктов, которые должны быть тщательно выполнены, чтобы обеспечить соответствие основной сферы мандата НПМ требованиям ФПКПП. Одна из основных проблем с законом о НПМ заключается в том, что несмотря на многочисленные рекомендации,[359] казахстанские власти не приняли новый, отдельный закон о НПМ, а скорее решили внести множество законодательных поправок в действующее законодательство Казахстана. Это означает, что в настоящее время существуют поправки, принятые в 16 различных законодательных актах, что затрудняет установление четкой сферы компетенции мандата НПМ. [360]

Кроме того, этот подход привел к потенциальному разногласию с одним из ключевых положений ФПКПП, Статья 4 которого излагает толкование понятия «лишение свободы». Данные положения вкратце описывают довольно широкое понимание «лишения свободы»,[361] то есть посещения в рамкам НПМ должны быть

---

[356] Далее – ФПКПП.

[357] Сборники Международных договоров ООН. URL: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9-b&chapter=4&lang=en

[358] Закон Республики Казахстан от 2 июля 2013 года № 111-V *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*.

[359] См., например, Центр по имплементации прав человека. Письмо - экспертное заключение членам Рабочей группы по проекту закона О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан касающихся учреждения национальных превентивных механизмов, направленных на предотвращение пыток и других бесчеловечных или унизительных видов обращения или наказания от 23 мая 2012 года; URL: http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/expertadvicebyhric/ kazakhstan. html

[360] Миллер, А. «Экспертный обзор внедрения национального плана по правам человека Республики Казахстан на 2009-2012 годы государственными органами», на стр. 7.

[361] Для подробного обсуждения Статьи 4 ФПКПП смотрите: Центр по имплементации прав человека *«Лишение свободы» согласно Статье 4 ФПКПП: сфера применения*. Директивный документ (октябрь 2011 года). URL: http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/policypapers.html

разрешены не только в «традиционные» места, как тюрьмы и полицейские участки, но и в «нетрадиционные», как психиатрические учреждения и дома престарелых, например. Законодательные изменения, внесенные в 16 действующих казахстанских законов, показали, что у НПМ будет доступ к тюрьмам, местам задержания для военнослужащих, СИЗО, учреждениям для несовершеннолетних преступников и разнообразным учреждениям здравоохранения, таким как психиатрические учреждения и центры лечения от наркотической зависимости и т.д. Однако, представляется, что поправки не коснулись, например, центров изоляции лиц, ищущих убежища и беженцев, и дома престарелых.

Помимо прочего, в Статье 4 ФПКПП указано, что посещения должны быть позволены во все места, 'где люди лишены или *могут быть* лишены свободы'[362]. Это означает, что не только существующие места лишения свободы должны быть подвергнуты контролю НПМ, но и потенциальные места. Это особенно важно в контексте Казахстана, учитывая, что страна собирается выполнить сложную задачу преобразования ее тюрем в виде колоний и перехода к тюрьмам камерного типа содержания, повлечет за собой реорганизацию существующих мест и строительство новых помещений. Советы НПМ в этом процессе играли бы ключевую роль для обеспечения перехода должным образом и предотвращения любого жестокого обращения.

Наконец, новый закон о НПМ отошел от модели финансирования работы НПМ, предложенной ранее, а именно использования процедуры государственного социального заказа, подвергшейся критике как со стороны национальных,[363] так и международных[364] экспертов. Однако действующее законодательство лишь указывает, что компенсация расходов, понесенных членами НПМ, должна быть выплачена согласно процедуре, установленной Правительством. Следует отметить, что такой порядок должен разрешить необходимую степень финансовой независимости НПМ согласно Статье 18 ФПКПП и Парижских принципов[365], и будут приняты прямые положения о модели финансирования деятельности НПМ, как такового.[366]

Следовательно, недавно принятое законодательство о НПМ кажется неполным в соответствии с ключевыми положениями ФПКПП в отношении основной компетенции мандата НПМ. Поэтому представляется особо важным, чтобы казахстанские власти продолжили работу над необходимой законодательной основой, за которой последует качественное ее выполнение.

---

[362] Выделено автором.

[363] Миллер, А. «Экспертный обзор внедрения национального плана по правам человека Республики Казахстан на 2009-2012 годы государственными органами».

[364] См., например, Центр по имплементации прав человека. Письмо - экспертное заключение членам Рабочей группы по проекту закона О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан касающихся учреждения национальных превентивных механизмов, направленных на предотвращение пыток и других бесчеловечных или унизительных видов обращения или наказания от 23 мая 2012 года; URL: http://www.bristol.ac.uk/law/research/centres-themes/hric/expertadvicebyhric/kazakhstan.html

[365] UNGA Res 1992/54, Принципы, относящиеся к статусу и функционированию национальных институтов по защите и поощрению прав человека (парижские принципы), подписанные Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 48/134, 20 декабря 1993 года.

[366] Статья 18 (1) ОРСАТ.

Рекомендации

1. В то время когда происходят существенные положительные события в приведении национального законодательства Казахстана в соответствие с международными стандартами, исполнение законодательства оценивается международными и национальными экспертами как особо проблематичным. В связи с чем, казахстанским властям рекомендуется в качестве приоритета разработать детальные стратегии по выполнению обязательств для того, чтобы прийти к заметным результатам, предусмотренным выполняемыми законодательными реформами.

2. Рекомендуется выполнить всесторонний анализ тюремной системы и ее проблем с тем, чтобы реформы, выполняемые властями в настоящее время, могли быть должным образом основаны и приспособлены решать трудности, выявленные с помощью такого анализа.

3. Определение пыток в казахстанском законодательстве все еще не соответствует международным стандартам и, в частности, Статье 1 Конвенции против пыток, так как оно не относится к физическому и моральному страданию, являющимся результатом незаконных действий государственных должностных лиц. Кроме того, пытки как отдельное преступление не влечет соответствующее наказание, соразмерное с его тяжестью, как требуется Статьей 4 (2) КПП. Рекомендуется привести в соответствие с международными стандартами определение пыток и наказаний, применимых за совершение пыток в казахстанском законодательстве.

4. Существует необходимость подробного изучения моделей перехода от исправительных колоний к учреждениям камерного типа и насколько простое преобразование существующих мест лишения свободы в помещения камерного типа соответствовало бы международным стандартам в области содержания заключенных. В связи с чем казахстанским властям рекомендуется выполнить анализ этих проблем, привлекая к участию в дискуссиях национальное гражданское общество. Кроме того, рекомендуется вовлекать в процесс этого перехода будущий НПМ для гарантирования должного его осуществления в целях предотвращения любой формы жестокости по отношению к лицам, лишенным свободы.

5. Рекомендуется уделить должное внимание правильному проведению амнистий, которые должны включать не только освобождение заключенных, но и создание условий для их обустройства в обществе.

6. Рекомендуется должным образом реализовывать институт пробации с тем, чтобы обеспечить участие социальных служб на законодательном уровне.

7. Рекомендуется изучить законодательство об альтернативах лишению свободы и провести исследование для установления причины низкого уровня применения альтернатив и их дальнейшего устранения, чтобы применять альтернативы тюремному заключению стало реально и возможно.

8. Рекомендуется срочно отменить систему или организации самоуправления среди заключенных и принять эффективные меры для полного устранения подобной практики в местах лишения свободы.

9. Рекомендуется сформулировать стратегию о предупреждении членовредительства и смертельных случаев в заключении и принять Руководство к действию или Инструкцию, которая изложила бы универсальный опыт для тюремного персонала о методах выявления, обращения и поддержки заключенных и задержанных, находящихся в группе риска по причинению вреда самим себе, другим и от других, и обеспечила бы ее эффективное применение на практике. Руководство или Инструкция должны быть ясными и доступными общественности с тем, чтобы заинтересованные стороны могли удостовериться в ее эффективной выполнении на практике.

10. Рекомендуется казахстанским властям обеспечить ОНК возможностью посещать места лишения свободы внезапно и предпринять эффективные меры для укрепления независимости ОНК от исполнительной власти посредством принятия отдельного закона об их деятельности. Властям следует гарантировать беспрепятственный доступ ОНК в места лишения свободы на практике.

11. Рекомендуется разрешить представителям религиозных организаций беспрепятственный доступ к местам лишения свободы и восстановить молельные комнаты.

12. В то время как принятие нового законодательства о создании Национального превентивного механизма (НПМ) в Казахстане заслуживает похвалы, властям рекомендуется продолжить свою работу над дальнейшими поправками в законодательство с тем, чтобы обеспечить соответствие компетенции мандата НПМ всем основным требованиям, изложенным в тексте ФПКПП и особенно относительно Статьи 4.

13. Рекомендуется привести в соответствие с требованиями Статьи 18 ФПКПП и Парижских Принципов как модель финансирования деятельности НПМ в целом, так и компенсации расходов отдельных ее членов, позволяющие НПМ иметь финансовую независимость.

Август, 2013 г.

КУЙБИДА Р.А.
Заместитель председателя
Центра политико-правовых реформ (Украина)
к.ю.н.

НЕЗАВИСИМОСТЬ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ В КАЗАХСТАНЕ: ЗАМЕЧАНИЯ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ПУТИ ИХ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ[367]

Вступление

21 июля 2011 г. Комитет ООН по правам человека, рассмотрев доклад по поводу исполнения Международного пакта о гражданских и политических правах, представленный Республикой Казахстан, высказал такие замечания относительно эффективности судебной системы Казахстана:

«Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о широкой распространенности коррупции в судебной системе. Комитет также выражает обеспокоенность в связи с отсутствием независимой судебной власти в государстве-участнике и порядком назначения и увольнения судей, который не гарантирует надлежащее разделение полномочий между исполнительной и судебной ветвями власти. Комитет также выражает обеспокоенность по поводу ответа государства-участника на вопрос о роли Президента как "координатора" всех трех ветвей власти. Комитет выражает особую обеспокоенность в связи с сообщениями о том, что Прокуратура/Генеральная прокуратура играет в судебной системе настолько доминирующую роль, что она вправе приостановить исполнение решений, вынесенных судами (статьи 2 и 14).

Государству-участнику следует принять меры для того, чтобы как в законодательном порядке, так и на практике обеспечить независимость судебной системы и ее роль в качестве единственной инстанции, отправляющей правосудие, и гарантировать компетентность, независимость и несменяемость судей. Государству-участнику следует, в частности, принимать меры по искоренению любых форм вмешательства в деятельность судебных органов и обеспечивать оперативное проведение тщательных, независимых и беспристрастных расследований всех утверждений о вмешательстве, в том числе посредством коррупции, а также по привлечению к ответственности и наказанию виновных, включая судей которые могут быть в этом замешаны. Государству-участнику следует пересмотреть полномочия Прокуратуры/Генеральной

[367] Настоящий документ подготовлен Центром исследования правовой политики при поддержке NED. Мнения и взгляды, содержащиеся в документе, не отражают точку зрения NED.

прокуратуры, чтобы действия этого органа не подрывали независимость судебной власти».[368]

Таким образом, Комитет по правам человека констатировал наличие таких проблем:

1) распространенность коррупции в судебной системе Казахстана;

2) отсутствие независимости судебной власти и роль Президента как координатора трех ветвей власти, в т.ч. судебной;

3) доминирование прокуратуры в судебной системе.

Последней проблеме посвящено также п. 22 Заключительных замечаний Комитета по правам человека:

«22. 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 также обеспокоен участившимися сообщениями о том, что судьи допускают в качестве доказательств показания, полученные под пытками (статьи 2 и 14).

Государству-участнику следует провести исследование с целью установить причины столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам для обеспечения того, чтобы права обвиняемых гарантировались и защищались в соответствии с Пактом в ходе всего судебного процесса. Кроме того, государству-участнику следует обеспечить принятие мер, которые гарантировали бы недопустимость в рамках судебной системы доказательств, полученных под пытками».

На самом деле, все обозначенные проблемы являются следствием серьезных нарушений принципа независимости судебной системы. С целью поиска оптимальных путей устранения этих проблем проанализируем основные элементы, определяющие степень независимости суда в разрезе:

1) действующего законодательства и проекта Уголовного процессуального кодекса Республики Казахстан, а также их возможного влияния на существование и разрешение обозначенных проблем;

2) международных, в частности европейских, стандартов независимости суда.

На основании анализа сделаем выводы с предложениями относительно возможных шагов по исправлению ситуации.

Международные стандарты закреплены во множестве документов. Для анализа мы уделим внимание, прежде всего, требованиям следующих документов:

- Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов;[369]

- Монреальская декларация «Всеобщая декларация независимости правосудия»;[370]

- Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе»;[371]

---

[368] Пункт 21 Заключительных замечаний CCPR/C/KAZ/CO/1.

[369] Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов приняты седьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшимся в Милане с 26 августа по 6 сентября 1985 г., и одобрены резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/indep.shtml, Далее - Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов.

[370] Монреальская декларация «Всеобщая декларация независимости правосудия» утв. Первой всемирной конференцией по независимости правосудия в Монреале 10 июня 1983 г. URL: http://www.jiwp.org/#!montreal-declaration/c1bue. Далее – Монреальская декларация

- Европейская хартия о статуте для судей;[372]

- Рекомендация CM / Rec (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности;[373]

- Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей;[374]

- Магна Карта судей (основополагающие принципы);[375]

- Заключение № 3 (2002) Консультативного совета европейских судей о принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность;[376]

- Заключение № 4 (2003) Консультативного совета европейских судей относительно надлежащей начальной подготовки и подготовки судей в течение службы на национальном и европейском уровне;[377]

- Заключение № 10 (2007) Консультативного совета европейских судей "Совет правосудия на службе общества";[378]

---

[371] Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе» от 22-26 сентября 1996 г. URL: http://www.iaj-uim.org/iuw/wp-content/uploads/2013/01/I-SC-1996-conclusions-E.pdf. Далее – Заключение Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей «Отбор и подготовка судей в современном обществе».

[372] Европейская хартия о статуте для судей одобрена участниками многостороннего совещания по поводу статута для судей в Европе, организованного Советом Европы 8-10 июля 1998 г., URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.
pdf. Далее – Европейская хартия о статуте для судей.

[373] Рекомендация CM/Rec (2010) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам относительно судей: независимость, эффективность и обязанности принята Комитетом Министров Совета Европы 17 ноября 2010 г. на 1098 заседании заместителей министров. URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137. Далее – Рекомендация относительно судей: независимость, эффективность и обязанности

[374] Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей утв. на 82-м пленарном заседании 12–13 марта 2010 г. URL: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)004-e. Далее - Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть I – Независимость судей.

[375] Магна Карта судей (основополагающие принципы) одобрена Консультативным советом европейских судей 17 ноября 2010 г. URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707925. Далее – Магна карта судей.

[376] Заключение № 3 (2002) Консультативного совета европейских судей о принципах и правилах, регулирующих профессиональное поведение судей, в частности этические нормы, несовместимое с должностью поведение и беспристрастность от 19 ноября 2002 г. URL:
https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=328360&SecMode=1&DocId=1025996&Usage=2. Далее – Заключение КСЕС об этике и ответственности судей.

[377] Заключение № 4 (2003) Консультативного совета европейских судей относительно надлежащей начальной подготовки и подготовки судей в течение службы на национальном и европейском уровне от 27 ноября 2003 г. URL:
https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.
instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1170010&SecMode=1&DocId=1021874&Usage=2. Далее – Заключение КСЕС о подготовке судей.

- Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей»;[379]

Также при определении отношений между прокурорами и судьями следует обратиться к таким документам:

- Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями;[380]

- Рекомендация Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) 11 «О роли службы публичного обвинения в демократическом обществе, основанном на верховенстве права»;[381]

- Рекомендация Rec (2000) 19 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичного обвинения в системе уголовной юстиции»;[382]

- Рекомендация Rec (2012) 11 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции»;[383]

- Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения;[384]

---

[378] Заключение № 10 (2007) Консультативного совета европейских судей "Совет правосудия на службе общества" от 23 ноября 2007 г. URL: https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?Index=no&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1774525&SecMode=1&DocId=1189492&Usage=2. Далее - Заключение КСЕС о Совете правосудия.

[379] Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей» (проведена 23-25 июня 2010 г. в Киеве Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ совместно с Институтом сравнительного публичного права и международного права Макса Планка) URL: http://www.osce.org/ru/odihr/71179. Далее – Киевские рекомендации.

[380] Руководящие принципы, касающиеся роли лиц, осуществляющих судебное преследование, приняты восьмым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. Гавана, Куба, 27 августа — 7 сентября 1990 г. URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/instree/Ri4grp.html. Далее - Руководящие принципы, касающиеся роли обвинителей.

[381] Рекомендация Парламентской ассамблеи Совета Европы 1604 (2003) 11 «О роли службы публичного обвинения в демократическом обществе, основанном на верховенстве права» от 27 мая 2003 г. URL: http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=17109&lang=EN. Далее - Рекомендация ПАСЕ о роли службы публичного обвинения в демократическом обществе.

[382] Рекомендация Rec (2000) 19 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичного обвинения в системе уголовной юстиции» утв. Комитетом Министров 6 октября 2000 г. на 724-м заседании заместителей министров URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383. Далее - Рекомендация «О роли службы публичного обвинения в системе уголовной юстиции».

[383] Рекомендация Rec (2012) 11 Комитета Министров государствам-членам «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции» утв. Комитетом Министров 19 сентября 2012 г. на 1151-м заседании заместителей министров. URL: (https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2012)11&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383. Далее - Рекомендация «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции».

[384] Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения, утв. на 85-м пленарном заседании 17–18 декабря

- Бордоская декларация «Судьи и прокуроры в демократическом обществе».[385]

1. Образование судов

Положения законодательства

В соответствии с законодательством суды образуются, реорганизуются, переименовываются и упраздняются Президентом Республики Казахстан по представлению Председателя Верховного Суда, согласованному с Высшим Судебным Советом (ст. 6, 10 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

На уровне международных стандартов роль исполнительной власти относительно судебной жестко ограничивается. *Исполнительная власть не должна иметь полномочий прекращать либо приостанавливать деятельность судов* (п. 2.06 Монреальской декларации).

Выводы и рекомендации

Хотя Президент Республики Казахстан по Конституции (ст. 40) «обеспечивает согласованное функционирование всех ветвей государственной власти», но в понимании международных стандартов по существу его полномочий Президента следует рассматривать как представителя исполнительной власти.

Не является гарантией от недопустимого влияния исполнительной власти на правосудие путем упразднения суда то обстоятельство, что Президент осуществляет полномочие реорганизовать либо упразднить суд исключительно по представлению Председателя Верховного Суда, согласованному с Высшим Судебным Советом. Председатель Верховного Суда назначается на эту должность по представлению Президента, а Высший Судебный Совет формируется Президентом.

Таким образом, полномочия Президента реорганизировать и упразднять суды не согласуются с международными стандартами.

Целесообразно, чтобы суды создавал, переименовывал и реорганизировал и упразднял Парламент путем принятия конституционного закона (п. 4 ст. 75 Конституции).

2010 г. URL: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)040-e. Далее - Отчет Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения.

[385] Бордоская декларация «Судьи и прокуроры в демократическом обществе»,[385] одобрена заключением Консультативного совета европейских судей №12 (2009) и Консультативного совета европейских обвинителей №4(2009) 8 декабря 2009 г., а также Объяснительная записка URL: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2009)OP12&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864. Далее – Бордоская декларация.

2. Органы, ответственные за формирование судейского корпуса

Положения законодательства

В соответствии со ст. 82 Конституции Председатель и судьи Верховного Суда избираются Сенатом по представлению Президента, основанному на рекомендации Высшего Судебного Совета, а председатели и судьи местных и других судов назначаются на должности Президентом по рекомендации Высшего Судебного Совета.

Таким образом, первичные функции по отбору судей возложены на Высший Судебный Совет, формируемый Президентом (п. 4 ст. 82 Конституции, ст. 36 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», ст. 3 Закона «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»).

В исполнении этой функции Высшему Судебному Совету помогает Квалификационная комиссия при Совете, которая осуществляет прием квалификационного экзамена у кандидатов в судьи. В состав Комиссии входят: председатель Комиссии и пять специалистов из числа преподавателей права, ученых-юристов, назначаемых Советом, трое судей, делегируемых Судебным жюри из своего состава, на ротационной основе (ст. 10 Закона «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан»). В свою очередь, состав Судебного жюри избирается пленарным заседанием Верховного Суда по представлению Председателя Верховного Суда из числа действующих судей, а также судей в отставке (п. 5 разд. 2 Положения о Судебном жури, утв. Указом Президента).

Релевантные международные стандарты

Составители фундаментального документа «Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров — практическое руководство №1 (вторая редакция)» указывают: *«Международные стандарты не дают чёткого указания о том, какой государственный орган должен обладать полномочиями по назначению судей, или какова должна быть соответствующая процедура. Однако важно иметь в виду, что любая процедура назначения должна гарантировать как институциональную, так и индивидуальную независимость суда… В целом предпочтительно, чтобы судей выбирали их коллеги или орган, независимый от исполнительной и законодательной властей»* (с. 43, 47 русского перевода).

Монреальская декларация не исключает участие исполнительной и законодательной власти в назначении судей, но только при условии, что «такое назначение осуществляется с консультацией с членами судейства и юридической профессии, либо с органом, в котором они принимают участие» (п. 2.14. b).

В то же время согласно европейским стандартам орган, осуществляющий отбор судей, должен быть *«независимым от исполнительной и законодательной власти, по меньшей мере, наполовину состоять из судей, избранных их коллегами так, чтобы это гарантировало широкое представительство судейства»* (п. 1.3 Европейской хартии о статуте для судей).

Этот стандарт конкретизирован в Рекомендации Совета Европы относительно судей: независимость, эффективность и обязанности:

«46. Орган власти, принимающий решение по отбору и повышении судей по службе, должен быть независимым от исполнительной и законодательной

власти. Для обеспечения независимости такого органа не менее половины его членов должны составлять судьи, избранные самими же судьями.

47. Однако, если конституционными или иными правовыми положениями предусмотрено, что решение о подборе и повышения судей по службе принимает глава государства, правительство или законодательная власть, независимый и компетентный орган, значительное количество членов которого сформирована из судей …, должен иметь полномочия предоставлять рекомендации или излагать свою точку зрения, которые соответствующий орган, осуществляющий назначения, должен применять на практике.

48. Членство независимых органов власти, указанных в пунктах 46 и 47, должно обеспечивать широкое представительство. Их деятельность должна быть прозрачной, причины принятия решений должны предоставляться по требованию заявителей. Кандидат, который не прошел этап отбора, должен иметь право обжаловать решение или, по крайней мере, процедуру, согласно которой было принято это решение» (п. 46-48 Приложения к Рекомендации).

В последнее время этот стандарт имеет тенденцию ужесточаться. По мнению европейских судей, такой орган должен состоять либо исключительно из судей, либо из существенного большинства судей, избранных судьями (п. 13 Магны Карты судей).

На европейских стандартах основаны положения Киевских рекомендаций:

«7. Судьи, избираемые в действующие судебные советы, должны выбираться своими коллегами и представлять весь судейский корпус, включая представителей судов низшей инстанции. Судьи из судов апелляционной и высшей инстанций не должны доминировать в судебных советах. В случаях, когда председатель суда назначается в судебный совет, ему следует уйти с должности председателя суда. Помимо значительного числа представителей судейского сообщества, избираемых самими судьями, в состав советов могут входить преподаватели права и, желательно, представители адвокатуры, для продвижения принципов прозрачности и широкого представительства. Прокуроры не должны входить в состав таких советов, если они не принадлежат к тому же юридическому сословию, что и судьи. Другие представители правоохранительной системы также не должны входить в состав таких советов. Ни представитель президента, ни представитель министерства юстиции не должны председательствовать в совете. Главу совета следует избирать большинством голосов из числа его членов. В работе судебного совета не должны преобладать представители исполнительной и законодательной власти. …

8. Члены специальных комиссий отвечающих за отбор судей … должны назначаться судебным советом из числа представителей юридической профессии, в том числе судей. В тех случаях, когда судебные советы, квалификационные комиссии и коллегии непосредственно отвечают за отбор судей …, их члены должны назначаться на определенный срок. Помимо значительного количества судей в составе такой отборочной комиссии, желательно включать в нее представителей других профессиональных групп (преподавателей права, адвокатов), с учетом соответствующей правовой культуры и имеющегося опыта. Состав таких советов должен гарантировать, что политические соображения не будут преобладать над профессиональными знаниями и квалификацией кандидатов на должности судьи…» (п. 7-8).

Выводы и рекомендации

Назначаемость членов Высшего Судебного Совета Президентом Республики Казахстан не соответствует требованию европейских стандартов о том, что не менее половины/значительное количество/значительное большинство членов такого органа должны избираться самими судьями. Также не соответствует этому требованию назначаемость больше половины состава Квалификационной комиссии Советом, который полностью состоит из представителей Президента.

Таким образом, целесообразно установить механизм назначения большинства членов Высшего Судебного Совета самими судьями (например, Съездом судей). Прокуроры и другие представители правоохранительной системы не должны входить в состав Высшего Судебного Совета. Председателя Совета следует избирать большинством голосов из числа его членов.

Роль Высшего Судебного Совета в случае реформирования можно расширить, в частности наделить его полномочиями: рассматривать обращения судей по поводу угроз их независимости и принимать эффективные меры по их устранению; принимать участие в формировании бюджета судебной системы, обсуждении законопроектов, касающихся интересов судов.

Также в этом случае состав Квалификационной комиссии, большинство членов которой будет назначать независимый Высший Судебный Совет, будет соответствовать международным стандартам.

3. Отбор, назначение и карьера судей

Положения законодательства

Требования к кандидату на должность судьи определены в Конституционном законе «О судебной системе и статусе судей» (ст. 29).

Судьей районного суда может быть назначен гражданин Республики Казахстан:

- достигший возраста двадцати пяти лет;
- имеющий высшее юридическое образование, безупречную репутацию и стаж работы по юридической профессии не менее двух лет;
- сдавший квалификационный экзамен (лица, окончившие обучение в специализированной магистратуре, освобождаются от сдачи экзамена в течение пяти лет со дня окончания обучения);
- прошедший медицинское освидетельствование и подтвердивший отсутствие заболеваний, препятствующих исполнению профессиональных обязанностей судьи;
- успешно прошедший стажировку в суде и получивший положительный отзыв пленарного заседания суда (лицам, окончившим обучение в специализированной магистратуре, прохождение стажировки не требуется в течение пяти лет со дня окончания обучения).

Судьей областного суда может быть гражданин, отвечающий вышеизложенным требованиям, имеющий стаж работы по юридической профессии не менее пятнадцати лет или стаж работы судьей не менее пяти лет и получивший заключение пленарного заседания соответствующего областного суда. Заключение пленарного заседания соответствующего областного суда может быть обжаловано в пленарное заседание Верховного Суда. Заключение пленарного заседания соответствующего областного суда для действующих судей не требуется.

Судьей Верховного Суда может быть гражданин, отвечающий требованиям к судье районного суда, имеющий стаж работы по юридической профессии не менее

двадцати лет или стаж работы судьей не менее десяти лет и получивший положительное заключение пленарного заседания Верховного Суда.

Таким образом, для занятия должности судьи кандидат, кроме соответствия формальным критериям, должен сдать квалификационный экзамен и пройти стажировку в суде (за исключением тех кандидатов, которые прошли специализированную магистратуру).

Закон «О Высшем Судебном Совете Республики Казахстан» (ст. 12, 16) предусматривает, что прием квалификационных экзаменов у кандидатов в судьи осуществляется после прохождения гражданами специальной проверки.

Отбор кандидатов на вакантные должности судей местных и других судов осуществляется Высшим Судебным Советом на конкурсной основе из числа лиц, подавших заявление на занятие вакантных должностей.

Основными критериями отбора кандидатов на вакантные должности судей районного и приравненного к нему суда являются высокий уровень знаний, морально-нравственные качества и безупречная репутация. При этом приоритет отдается лицам:

1) сдавшим квалификационный экзамен в специализированной магистратуре;

2) имеющим стаж работы не менее пяти лет по юридической специальности в государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы, правоохранительных органах и адвокатуре;

3) по результатам сдачи квалификационного экзамена;

4) имеющим ученую степень или ученое звание.

При проведении конкурса на занятие вакантной должности судьи областного и приравненного к нему суда учитываются следующие критерии:

1) стаж работы в должности судьи;

2) безупречная репутация и качество отправления правосудия;

3) стаж работы в государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы;

4) стаж работы в правоохранительных и иных государственных органах, обеспечивающих деятельность судебной системы, в адвокатуре;

5) наличие ученой степени или ученого звания.

Высший Судебный Совет по итогам конкурса рекомендует кандидатов на вакантные должности судей местных и других судов Президенту Республики Казахстан.

Судьи местных и других судов назначаются на должность Президентом Республики Казахстан по рекомендации Высшего судебного совета, а судьи Верховного Суда Республики Казахстан избираются Сенатом по представлению Президента Республики Казахстан, основанному на рекомендации Высшего судебного совета

Судьи избираются или назначаются на должность и наделяются полномочиями на постоянной основе (см. ст. 24, ст. 30-31 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей»). Пребывание в должности судьи допускается до достижения им предельного возраста - 65 лет, который в исключительных случаях, может быть продлен не более чем на пять лет Председателем Верховного Суда с согласия Высшего Судебного Совета (ст. 34-1 этого Конституционного закона).

Релевантные международные стандарты

Международные стандарты относительно отбора, назначения и продвижения судей по службе требуют соблюдения таких главных принципов: прозрачности, объективности, недискриминации, несменяемости судей. Поскольку цитирование

соответствующих документов может занять слишком много места, приводим издержки из наиболее охватывающих документов.

Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов, определяют что:

«Лица, отобранные на судебные должности, должны иметь высокие моральные качества и способности, а также соответствующую подготовку и квалификацию в области права. Любой метод подбора судей должен гарантировать от назначения судей по неправомерным мотивам. При подборе судей не должно быть дискриминации в отношении данного лица по признакам расы, цвета кожи, пола, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения … Судьи, назначаемые или выборные, имеют гарантированный срок полномочий до обязательного выхода на пенсию или истечения срока полномочий, где таковой установлен» (п. 10, 12).

В Киевских рекомендациях больше внимания обращается на прозрачность процедуры отбора, мотивированность отказа в доступе к профессии и возможность его обжалования:

«21. Для обеспечения прозрачности в процедуре отбора судей, сама процедура и критерии отбора должны быть четко изложены в законе. Объявления об имеющихся вакансиях, а также дополнительные условия и требования, должны быть опубликованы и широко распространены. Список кандидатов (или хотя бы список прошедших предварительный отбор) должен быть публично доступен. ... Комиссии следует проводить собеседования хотя бы с кандидатами, достигшими последнего раунда таким образом, чтобы как тема собеседования, так и его роль в процедуре отбора, была бы предопределена заранее.

22. Если процедура предусматривает проверку прошлого кандидата, такие проверки должны проводиться с максимальной осторожностью и только на основе верховенства права. Комиссия, ответственная за набор судей, может обратиться к полиции с просьбой предоставления данных об отсутствии судимостей и криминального прошлого или иных дисквалифицирующих обстоятельств. Результаты этого запроса должны быть доступны кандидату, который должен иметь право обжаловать их в суде. Никакие иные проверки не должны проводиться какими-либо органами безопасности. Решение об отклонении кандидатуры на основе данных проверки прошлого кандидата должно быть мотивировано.

23. В случаях, когда непосредственное назначение судьи находится в полномочиях президента государства, пределы его усмотрения должны быть сведены к кандидатурам, предложенным соответствующим органом (судебным советом, квалификационной или экспертной комиссий…). Отказ назначить такого кандидата по процедурным основаниям должен быть мотивирован. В этом случае отборочный орган должен повторно рассмотреть свое решение. Одним из вариантов является предоставление отборочной комиссии права преодолеть президентское вето квалифицированным большинством голосов. Все решения должны приниматься в краткие сроки, установленные законом» (п. 21-23).

Выводы и рекомендации

Законодательные положения о процедурах отбора кандидатов и продвижения по службе судей в целом соответствуют международным стандартам, поскольку

имеют конкурсный характер, основаны преимущественно на объективных критериях. Важно, что в Республике Казахстан реализован принцип несменяемости судей и отсутствует назначение судей на определенный срок.

В то же время отсутствие важных положений позволяет сделать такие предложения. Информация о вакансиях в судах всех уровней, а также о конкурсах на их замещение должна публиковаться.

Процедуру специальной проверки и ее предмет следует четко определить законом, а также предусмотреть, как именно результаты проверки будут влиять на окончательное решение. Кандидату должна быть предоставлена возможность доступа к материалам проверки, а также право обжаловать ее результаты.

Что касается кандидатов, которые окончили специализированную магистратуру, то увольнение от квалификационного экзамена и стажировки возможно лишь в том случае, если магистратура обеспечивает те же знания и навыки, что и стажировка, а результаты прохождения специализированной магистратуры оцениваются тем же органом и по тем же критериям, что и при обычном квалификационном экзамене. Но существуют серьезные сомнения, что именно так происходит на практике. Поэтому существующий подход можно рассматривать как дискриминационный. Чтобы избежать этого, рекомендуется предусмотреть прохождение специальной подготовки для всех кандидатов на должность судьи (подробнее см. разд. 4 «Обучение судей»).

С целью обеспечения объективности оценивания кандидатов на должность судьи следует разработать шкалу, которая будет четко определять весомость того или иного преимущества кандидата. Иными словами, квалификационный экзамен и другие характеристики в пользу кандидата должны оцениваться определенными балами, которые должны стать решающими при определении результатов конкурса. Правила оценивания следует опубликовать до начала конкурса.

Негативное по отношению к кандидату решение должно быть мотивированным, а кандидат должен иметь возможность оспорить его в суде (как минимум по процедурным основаниям).

Целесообразно, чтобы Президент по рекомендации Высшего Судебного Совета единожды наделял кандидата полномочиями судьи, а все решения по поводу перехода судьи в другой суд, в том числе высшего уровня, принимал Высший Судебный Совет (при условии его реформирования, как указано в разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса»). Такой подход упростит процедуры карьеры судьи и исключит возможные политические влияния.

Также дискриминационными можно назвать положения закона о возможности отсрочить выход на пенсию для определенных судей ввиду отсутствия четких критериев для принятия такого решения. Считаем, что соответствующие положения следует исключить либо предусмотреть объективные критерии для отсрочки выхода на пенсию в случае достижения судьей 65 лет.

4. Обучение судей

Положения законодательства

Положения законодательства о специальной подготовке довольно скудны. Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» (ст. 29) вспоминает об окончании кандидатом на должность судьи специализированной магистратуры как основании для освобождения от сдачи квалификационного экзамена и прохождения стажировки. Те, кто не проходил обучение в специализированной

магистратуре, обязаны пройти стажировку (до одного года) в суде в порядке, определенном Положением о прохождении стажировки кандидатом в судьи (утв. Указом Президента).

Также в ст. 44 Конституционного закона упоминается о том, что Судебное жюри при рассмотрении материалов относительно судьи, чья профессиональная квалификация ставится под сомнение, может вынести решение о принятии необходимых мер по повышению профессиональной квалификации судьи (направление судьи на обучение, установление наставничества над судьей, организация стажировки в вышестоящем суде и другое).

Закон не определяет задание, предмет обучения в специализированной магистратуре, а также учреждение, которое отвечает за такую подготовку. Также у судьи отсутствует обязанность повышать свою квалификацию путем прохождения специальной подготовки.

Обязанность «предпринимать меры для укрепления и расширения знаний в области национального и международного права, совершенствования практического опыта и личных качеств, необходимых для надлежащего исполнения им своих обязанностей, используя для этих целей средства обучения и другие возможности, которые доступны для судей» закреплена только как этический стандарт в Кодексе судейской этики, утвержденном постановлением V Съезда судей Республики Казахстан.

На практике функционирует Институт правосудия Академии государственного управления при Президенте Республики Казахстан, который создан с целью подготовки в специализированной магистратуре высокопрофессионального резерва судебного корпуса, а также повышения квалификации судей и работников судебной системы.

Релевантные международные стандарты

Судья должен получать специфические знания, которые он не мог получить ни в университете, ни во время занятия другой профессии. Подготовка судей должна быть организована самой судебной властью, или под ее контролем, или по советам судей (п. 2.1, 2.3 Заключения Первой экспертной комиссии Международной ассоциации судей "Отбор и подготовка судей в современном обществе").

Начальная подготовка и подготовка на протяжении карьеры является правом и обязанностью судей. Она должна организовываться под надзором судебной системы. Подготовка является важным элементом сохранения независимости судей, так же как и качества и эффективности судебной системы (п. 8 Магны Карты судей).

Специальная профессиональная подготовка должна гарантироваться законом за счет государства как перед назначением на должность судьи (начальная подготовка претендентов, отобранных для эффективного выполнения обязанностей судьи), так и на протяжении карьеры судьи (см. п. 2.3, 4.4 Европейской хартии о статуте для судей, п. 1 Заключения КСЕС о подготовке судей, п. 67-72 Заключения КСЕС о Совете правосудия).

Программы подготовки судей, а также деятельность учреждения, обеспечивающего их внедрения, должны находиться под контролем судебного органа или независимого от законодательной и исполнительной власти органа (в составе которого не менее половины членов – судьи, избранные их коллегами), имеющего влияние на принятие решений по отбору и повышению по службе судей (п. 2.3, 4.4 Европейской хартии о статуте для судей, п. 11, 13, 16 Заключения КСЕС о подготовке судей)

Разработка концепции программ подготовки и их внедрение должны осуществляться под контролем судебной власти или, желательно, Совета правосудия специальным автономным учреждением (например, академией) с собственным бюджетом, которое должно работать, консультируясь с судьями. При этом следует избегать привязки к министерству юстиции (назначение преподавателей, выделение бюджетных ассигнований и др.) или министерству образования (аккредитация, признание дипломов и т.д.) или другому органу, подотчетного законодательной или исполнительной власти (п. 13 Заключения КСЕС о подготовке судей, п. 65-66 Заключения КСЕС о Совете правосудия).

Указанные стандарты нашли воплощение и в Киевских рекомендациях:

«В тех случаях, когда учебные заведения[386] для судей является частью процедуры отбора судей, такие учебные заведения должны быть независимы от исполнительной власти. Программа обучения[387] должна фокусироваться на том, что является особо востребованным в работе судьи и дополнять университетское образование. Обучение должно включать в себя курсы по этике, навыкам общения и разрешения споров, управления и юридического письма. Судейские советы, где они существуют, могут принимать рекомендации по вопросам подготовки судей. В эти рекомендации может входить перечисление необходимых навыков и предложения по повышению квалификации судей» (п.19).

Выводы и рекомендации

Законодательные положения о подготовке судей, как первичной (до занятия должности), так

и на продолжении карьеры, нуждаются в серьезной доработке.

Во-первых, стажировку надо включить в специальную подготовку как обязательную, но не единственную составляющую такой подготовки.

Во-вторых, первичную подготовку будущих судей нельзя отождествлять с получением академической степени магистра в организации образования. Ведь по Закону «Об образовании» магистратура направлена на подготовку научных и педагогических кадров, в то же время заданием первичной специальной подготовки является получение специфических знаний, навыков и умений, необходимых в профессиональной деятельности судьи. Таким образом, первичная специальная подготовка (англ. – initial training) не является составляющей системы образования (англ. - education) и должна осуществляться по отношению к тем кандидатам, которые ранее получили высшее юридическое образование. Зачисление на специальную подготовку должно осуществляться на прозрачных конкурсных основанияхч. К тренингам следует привлекать больше судей, чем академических преподавателей. Тренеры должны владеть методиками обучения взрослых. Во время тренингов приоритет надо давать не обычным лекциям, а формам обучения, предусматривающим получение собственного опыта (имитация судебных заседаний, привлечение актеров, кейс-стади, подготовка процессуальных документов, их редактирование и т.д.)[388]. Специальная подготовка должна быть вне системы аккредитации министерства образования.

---

[386] В оригинале «schools for judges» - школы для судей.

[387] В оригинале «Training programmes» - программы тренингов.

[388] Для примера в Украине в Харькове и Одесе существует факультет и институт по подготовке судей при юридических высших учебных заведениях. Они ставили целью готовить магистров права с уклоном к судебной деятельности. Но с 2013 г. ввели специальную полугодовую подготовку кандидатов в судьи, которые уже имеют высшие образование и опыт работы в сфере права, и сдали экзамен (анонимное тестирование) в

В-третьих, праву и обязанности судей повышать квалификацию должна корреспондировать обязанность государства обеспечивать специальную подготовку на продолжении карьеры.

В-четвертых, как первичную подготовку, так и подготовку на продолжении карьеры целесообразно возложить на Институт правосудия, предварительно сделав его автономным учреждением, действующим в системе судебной власти под контролем реформированного Высшего Судебного Совета.

5. Увольнение и ответственность судей

Положения законодательства

Судья может быть уволен с должности по обычным мотивам (по собственному желанию, в связи с отставкой, по состоянию здоровья, в связи с переходом на другую работу и др.), а также по отрицательным мотивам. К последним относится прекращение полномочий судьи в связи с вступлением в законную силу обвинительного приговора в отношении этого судьи, а также наличием решения Судебного жюри о несоответствии судьи занимаемой должности в силу профессиональной непригодности, о необходимости освобождения от должности судьи за совершение им дисциплинарных проступков или за невыполнение требований о несовместимости (ст. 34, 38-1 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Что касается дисциплинарной ответственности, судья может быть привлечен к ней за:

1) нарушение законности при рассмотрении судебных дел;

2) совершение порочащего проступка, противоречащего судейской этике;

3) за грубое нарушение трудовой дисциплины.

Председатели судов и председатели судебных коллегий судов могут быть привлечены к дисциплинарной ответственности за ненадлежащее исполнение своих должностных обязанностей.

Отмена или изменение судебного акта само по себе не влечет ответственности судьи, если при этом не были допущены грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции.

Предусмотрены такие виды дисциплинарного взыскания:

1) замечание;

2) выговор;

3) освобождение от должности председателя суда или председателя судебной коллегии за ненадлежащее исполнение служебных обязанностей;

4) освобождение от должности судьи (ст. 39-40 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

К дисциплинарной ответственности судью привлекает Судебное жюри по представлению Председателя Верховного Суда. Судебное жюри состоит из

Высшей квалификационной комиссии судей. Такая подготовка соответсвует европейским стандартам (хотя в многи европейских странах она занимает больше времени). Но, к сожалению, эту подготовку было возложено на четыре юридические учебые заведения, которые действуют в системе высшего образования, хоть и по программам и под контролем Национальной школы судей (действует в системе судебной власти). Такой подход был раскритикован Венецианской комиссией, которая указывала, что «подготовка судей должна быть предоставлена судебной власти».

одиннадцати членов – трех судей районных судов, трех судей областных судов и пятерых судей Верховного Суда, избираемых тайным голосованием на альтернативной основе, сроком на три года пленарным заседанием Верховного Суда по представлению Председателя Верховного Суда из числа действующих судей. Процедура рассмотрения дисциплинарных дел, предусмотренная Положением о Судебном жюри, утв. Указом Президента, не является состязательной.

Законодательство устанавливает некоторые иммунитеты по отношению к судьям.

Во-первых, судья не может быть арестован, подвергнут приводу, мерам административного взыскания, налагаемым в судебном порядке, привлечен к уголовной ответственности без согласия Президента Республики Казахстан, основанного на заключении Высшего Судебного Совета Республики, а председатель или судья Верховного Суда Республики - без согласия Сената, кроме случаев задержания на месте преступления или совершения тяжких преступлений (ст. 79 Конституции, ст. 27 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Во-вторых, уголовное дело в отношении судьи может быть возбуждено только Генеральным прокурором Республики Казахстан. Специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи могут быть проведены только с санкции прокурора (ст. 27 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

Международные документы довольно подробны в вопросах, касающихся ответственности судьи. Обобщенно можно выделить такие стандарты:

1) основания для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности должны быть с определенной точностью предусмотрены законом, чтобы не оставлять пространства для юридической неопределенности;

2) для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности следует создать независимый орган, в составе которого не менее половины членов должны быть судьями, избранными судьями (кроме случаев, когда дисциплинарным органом является суд);

3) дисциплинарная процедура должна соответствовать всем требованиям справедливой судебной процедуры, включая право судьи предоставить возражения и пользоваться услугами защитника;

4) толкование закона, оценка фактов и доказательств, осуществляемые судьей для решения дела, не должны быть поводом для дисциплинарной ответственности, за исключением случаев преступного умысла или грубой небрежности;

5) судьи не должны нести личную ответственность за случаи, когда их решения были отменены или изменены в процессе апелляционного рассмотрения;

6) дисциплинарные санкции должны быть пропорциональными;

7) окончательное решение по дисциплинарному делу должно быть мотивированным, судья имеет право его обжаловать (см. в этой связи п. 17 - 20 Основных принципов, касающиеся независимости судебных органов; п. 5, 7 Европейской хартии о статуте для судей, п. 66-70 Рекомендации относительно судей: независимость, эффективность и обязанности, п. 19 Магны Карты судей, Заключение КСЕС об этике и ответственности судей, Решение Европейского Суда по правам человека по делу «Олександр Волков против Украины» от 9 января 2013 г. и др.).

Что касается оснований дисциплинарной ответственности, то о них идет речь в п. 25 Киевских рекомендаций:

«Дисциплинарные производства против судей должны касаться случаев грубого и непростительного непрофессионального поведения, которые наносят вред репутации всего судейского сообщества. Дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок или критику судебной системы».

Киевские рекомендации также содержат предложения по поводу дисциплинарных органов и дисциплинарной процедуры (п. 5, 9, 25, 26):

«5. Для того чтобы избежать обвинений в корпоративизме и гарантировать справедливое дисциплинарное разбирательство, судебные советы не должны одновременно выполнять функции а) по получению дисциплинарных жалоб и проведению дисциплинарных расследований и в тоже время б) рассматривать данные дела и выносить по ним решения о применении мер дисциплинарного воздействия. Должна существовать возможность обжалования дисциплинарных решений в соответствующем суде (см. пункты 9, 14, 25-26).

9. Органы, ответственные за слушания дисциплинарных дел и вынесения по ним решений, (см. пункт 5 б) должны состоять не только из судей и включать представителей, не связанных с судейским корпусом. Судьи-члены таких комиссий во время своего членства в комиссиях не должны выполнять другие функции в отношении иных судей или судейского сообщества, в том числе связанные с администрированием, бюджетом или отбором судей. Органы, занимающиеся вопросами судейской дисциплины, не должны контролироваться исполнительной властью и на их работу не должно оказываться никакого политического воздействия. Следует избегать любого контроля исполнительной власти над судебными советами или иными органами, уполномоченными решать дисциплинарные вопросы (см. пункты 5, 25-26).

26. Необходимо, чтобы был создан специальный независимый орган (суд, комиссия или совет) для рассмотрения дисциплинарных дел в отношении судей (см. пункт 9). Те органы, которые рассматривают дисциплинарные дела, не должны иметь полномочий по их возбуждению, а также иметь в своем составе членов, у которых есть такие полномочия. Данные органы должны предоставить судье, в отношении которого ведется производство, необходимые процессуальные гарантии, включая право на защиту и право на обжалование в компетентный суд. Вся дисциплинарная процедура должна быть полностью прозрачной. Слушания по дисциплинарным вопросам должны быть открытыми, если только судья, в отношении которого ведется данная процедура, не потребует закрытого слушания. В таком случае у суда есть полномочия решить, является ли данное требование обоснованным. Решения по дисциплинарным вопросам должны быть мотивированными. Окончательные решения по дисциплинарным вопросам должны быть опубликованы».

Что касается иммунитетов от гражданской, уголовной, административной ответственности, то международные стандарты ограничивают сферу их возможного применения только в отношении выполнения им судейских функций:

«Кроме случаев, когда это связанно с выполнением судьей судейских функций, он может быть привлечен к ответственности согласно с гражданским, уголовным или административным правом, как и все другие граждане» (п. 71 Рекомендации относительно судей: независимость, эффективность и обязанности);

«Судьи несут уголовную ответственность в соответствии с общим законом за уголовные нарушения, совершенные за пределами судейской

должности. Уголовная ответственность не возлагается на судей за непреднамеренные ошибки в исполнении своих функций» (п. 20 Магны Карты судей).

Выводы и рекомендации

Сфера увольнения и ответственности судей во многих аспектах не соответствует международным стандартам. Во-первых, основания для привлечения судьи к дисциплинарной ответственности, в т.ч. увольнения с судейской должности, являются нечеткими и такими, что допускают ответственность судьи за самые незначительные, даже неумышленные, нарушения («нарушение законности при рассмотрении судебных дел»). Кроме того, судью можно привлечь к ответственности за толкование закона либо установление фактов в случае иных выводов высшей инстанции. Также юридически неопределенным остается понятие «несоответствие судьи занимаемой должности в силу профессиональной непригодности».

Во-вторых, дисциплинарный орган (Судебное жюри) хоть и состоит из судей, но не является независимым, поскольку все члены назначаются по представлению Председателя Верховного Суда и, в то же время, Председатель Верховного Суда является единственным инициатором привлечения судьи к дисциплинарной ответственности. Проведя аналогию, трудно себе представить оправдательный приговор в случае, если судья назначается по представлению прокурора, который и передал дело в суд с обвинением.

В-третьих, отсутствует предусмотренная законом дисциплинарная процедура, которая отвечала бы требованиям справедливого судебного разбирательства и гарантировала бы право на обжалование решения в суд.

В-четвертых, Конституция предусматривает слишком широкий иммунитет для судей от уголовной и административной ответственности, который выходит за рамки их профессиональной деятельности. Но в то же время предусматривает снятие иммунитета по решению политических органов. Также несостоятельным с точки зрения независимости судебной системы от прокуратуры является положение о том, что специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи могут быть проведены только с санкции прокурора. Это может привести не только к нарушению личных прав судьи, но и к нарушению тайны совещательной комнаты, а также к получению информации, которая может быть использована для давления на судью.

Для устранения указанных недостатков предлагается: установить в законе четкие основания для дисциплинарной ответственности судьи (в т.ч. увольнения) и критерии несоответствия судьи занимаемой должности, которые будут исключать ответственность судьи за добросовестное толкование закона, которое не соответствует мнению высшей инстанции. Дисциплинарные правила должны отвечать принципу юридической определенности, чтобы судья мог руководить своим поведением и не боялся привлечения к ответственности в случае соблюдения этих правил.

Нужно учредить два органа дисциплинарной ответственности: один – для предварительного изучения обращений о ненадлежащем поведении судьи и поддержания обвинения, второй – для рассмотрения дисциплинарного дела по существу. Оба они должны быть независимыми от законодательной и исполнительной власти. Целесообразно, чтобы большинство в этих органах составляли судьи, избранные органами судейского самоуправления.

Следует законом урегулировать дисциплинарную процедуру, основываясь на принципах состязательности и равенства, с соблюдением прав на защиту и обжалование решения в суде.

Целесообразно ограничить сферу возможного применения иммунитета только в отношении выполнения судейских функций. Полномочие по лишению судей иммунитета следует передать от политических органов реформированному Высшему Судебному Совету, а полномочие санкционировать оперативно-разыскные мероприятия по отношению к судье – от прокуратуры к суду (рекомендуется рассмотреть возможность создания специализированного суда относительно уголовного преследования работников правоохранительных органов и судей).

6. Обеспечение судей

Положения законодательства

Конституция Республики Казахстан предусматривает: *«Финансирование судов, обеспечение судей жильем производится за счет средств республиканского бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия»* (ст. 80).

Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» устанавливает, что оплата труда судей определяется Президентом Республики Казахстан (ст. 47), судье и членам его семьи во внеочередном порядке, но не позднее шести месяцев со дня вступления в должность, предоставляется благоустроенное жилое помещение из государственного жилищного фонда (ст. 51) и другие гарантии материального и социального обеспечения.

Релевантные международные стандарты

Основные принципы, касающиеся независимости судебных органов, определяют, в частности, что: *«… соответствующее вознаграждение, условия службы, пенсии … должны надлежащим образом гарантироваться законом»* (п. 11).

Рекомендация относительно судей: независимость, эффективность и обязанности требует, что *«основные нормы системы вознаграждения профессиональных судей должны определяться законом»* (п. 53).

В Киевских рекомендациях внимание акцентировано на необходимости отказа от разных льгот для судей и замену их путем повышения заработной платы:

«В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень ответственности их профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам» (п. 13).

Выводы и рекомендации

Определение размера судейского вознаграждения от решений исполнительной власти (Президента) является сомнительным с точки зрения обеспечения независимости судей. Ведь это серьезный инструмент влияния на судебную систему. Поэтому система оплаты труда судей должна определяться законом.

Что касается предоставления судьям жилья за счет государства, то, на первый взгляд, - это является гарантией независимости судей. Но следует учитывать то, что

местные власти, имея дискрецию в выборе жилого помещения и времени его предоставления, могут влиять на судей, вызывая у них чувство обязанности либо желание сотрудничать на основе взаимности. В идеале, чтобы судья получал вознаграждение, позволяющее ему самостоятельно купить жилье, например, с помощь кредита, проценты по которому может погашать государство, пока судья находится на должности.

Нужно отказаться от практики премирования и награждения судей за их деятельность, а также от системы льгот, которую следует заменить должным уровнем судейского вознаграждения.

7. Роль председателей судов

Положения законодательства

В соответствии с законодательством Республики Казахстан председатели судов назначаются теми же органами, что и судьи соответствующих судов (см. разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса»). Основанием для внесения рекомендации Высшим Судебным Советом является представление Председателя Верховного Суда на несколько альтернативных кандидатур, рассмотренных по его же предложению пленарным заседанием суда высшего уровня по отношению к суду, куда должен быть назначен председатель суда.

Председателей судов назначают сроком на 5 лет, после чего они продолжают работать судьями соответствующего суда при наличии вакансии. При отсутствии вакансий их переводят на должность судьи в суд того же уровня либо низшего уровня по их согласию.

Похожая схема применяется при назначении председателей судебных коллегий областных судов и Верховного Суда (ст. 30 – 31 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Председатель суда наряду с выполнением обязанностей судьи решает вопросы организации судопроизводства в суде, осуществляет общее руководство канцелярией суда, обеспечивает работу по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики, осуществляет другие полномочия, предусмотренные законом (в частности исполняет функции работодателя). Председатель Верховного Суда, кроме того, представляет интересы судебной системы Республики во взаимоотношениях с органами иных ветвей государственной власти Республики и международными организациями, а также имеет довольно широкие кадровые полномочия, в т.ч. инициировать перед Высшим Судебным Советом вопрос об освобождении с должности председателя суда, председателя судебной коллегии либо судьи. Более того, он вносит Президенту представления о награждении судей государственными наградами и присвоении им почетных званий, присваивает судьям звание «Почетный судья» (ст. 9, 14, 20 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан»).

Релевантные международные стандарты

Назначение судьи на должность в суде, в который он назначен, является функцией внутренней администрации, которая должна осуществляться судебной системой. Если такое назначение не осуществляет суд, существует опасность эрозии судейской независимости от вмешательства извне. Очень важно, чтобы суд не назначал на внутреннюю должность в результате какой-либо предвзятости или

предубеждения или в ответ на внешнее давление. Целью этих комментариев не является исключить существующую в некоторых странах практику назначения на должность в суде Высшим судебным советом или аналогичным органом (п. 2.16 Монреальской декларации).

Более подробно требования к процедуре назначения председателей судов выписаны в Киевских рекомендациях. В то же время, она не исключает возможности назначения председателей судов исполнительной властью, но при условии наличия защитных механизмов от влияния:

«15. Председатели судов должны назначаться на определенный срок с возможностью продления их полномочий не более одного раза. В случае, если назначение производится исполнительной властью, то срок полномочий должен быть кратким и без возможности повторного назначения.

16. Процедура отбора председателей судов должна быть прозрачной. Объявления о вакансиях председателей судов должны быть опубликованы. Все судьи, имеющие соответствующий стаж и опыт, должны иметь возможность подать свои заявки. Компетентный орган по отбору может проводить собеседование с кандидатами. Одним из вариантов может быть избрание членами конкретного суда своего председателя. В случае назначения, осуществляемого исполнительной властью, у совещательного органа, например, судебного совета или квалификационной комиссии … должны быть полномочия делать рекомендации с учетом мнения самих судей, и эти рекомендации могут быть отклонены исполнительной властью только посредством мотивированного решения. В таком случае у совещательного органа должна быть возможность предложить юного кандидата. Помимо этого, для защиты от излишнего влияния исполнительной власти, совещательный орган должен иметь возможность преодолеть вето исполнительной власти квалифицированным большинством голосов своих членов» (п. 15-16 Киевских рекомендаций).

Что касается полномочий председателя суда, то Киевские рекомендации устанавливают некоторые ограничения:

«11. Роль председателей судов должна быть строго ограничена следующим образом: они могут выполнять судейские полномочия только в том же объеме, что и рядовые судьи. Председатели судов не должны вмешиваться в процесс принятия судебных решений другими судьями и не должны участвовать в процедурах отбора судей. Также они не должны иметь полномочий в вопросах определения размера зарплаты и вознаграждения судей … . У председателей судов могут бать представительские и административные функции, включая контроль над несудебным персоналом судов. Осуществление управленческих функций требует обучения в сфере управления. Председатели судов не должны злоупотреблять своими полномочиями при распределении помещений и других ресурсов суда для оказания влияния на судей.

12. Административные решения, которые могут иметь влияние на содержательную сторону судопроизводства, не должны находиться в исключительной компетенции председателя суда. Одним из таких примеров является распределение дел, которое должно проходить либо по жребию, либо по заранее определенным правилам с понятными и объективными критериями, установленными на заседании с участием самих судей. После принятия такой процедуры распределения дел, в нее не должно быть произвольных вмешательств.

13. В долгосрочной перспективе, льготы, премии и привилегии должны быть отменены и зарплаты судей должны быть подняты до уровня, необходимого для обеспечения судьям нормального уровня жизни и адекватно отражающего уровень

ответственности их профессии. До тех пор пока льготы и привилегии сохраняются, они должны распределяться на основе предварительно установленных критериев в соответствии с прозрачной процедурой. У председателей судов не должно быть полномочий по данным вопросам.

14. Председатели судов могут подавать жалобы в орган, уполномоченный принимать подобные жалобы и осуществлять дисциплинарные расследования … . Для обеспечения независимого и объективного рассмотрения жалоб у председателей судов не должно быть полномочий по возбуждению дисциплинарного производства или принятию дисциплинарных мер воздействия» (п. 11-14 Киевских рекомендаций).

Выводы и рекомендации

Административная вертикаль, которая строится путем формального либо неформального подчинение судей председателям судов, а председателей судов – председателю высшего суда, а последнего – исполнительной власти, является одной из самых больших угроз независимости суда.

Поэтому, в идеале, председатели судов должны избираться не более чем на два срока судьями соответствующего суда либо же по их представлению – Высшим Судебным Советом, реформированным в соответствии с рекомендациями, изложенными в разд. 2 «Органы, ответственные за формирование судейского корпуса».

Роль председателя суда должна сводиться к исполнению представительской функции и функции контроля над канцелярией суда. Председатель суда не должен иметь больше процессуальных положений, чем любой-другой судья. Следует исключить из компетенции Председателя Верховного Суда полномочия по кадровым вопросам по отношению к судьям, в частности по инициированию их дисциплинарной ответственности, а также полномочия по награждению судей. Полномочия председателей судов по решению вопросов организации судопроизводства в суде, обеспечению работы по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики должны быть конкретизированы.

8. Прокуратура и отношения с судами (организационный аспект)

Положения законодательства

На конституционном уровне положения о прокуратуре закреплены в разделе о судах и правосудии Конституции. В соответствии со ст. 83 Конституции, *«Прокуратура от имени государства осуществляет высший надзор за точным и единообразным применением законов, указов Президента Республики Казахстан и иных нормативных правовых актов на территории Республики, за законностью оперативно-розыскной деятельности, дознания и следствия, административного и исполнительного производства, принимает меры по выявлению и устранению любых нарушений законности, а также опротестовывает законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции и законам Республики. Прокуратура представляет интересы государства в суде, а также в случаях, порядке и в пределах, установленных законом, осуществляет уголовное преследование»*.

Прокуратура является единой централизованной системой с подчинением нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному Прокурору. Прокуратура

подотчетна лишь Президенту Республики. Срок полномочий Генерального Прокурора пять лет.

По Закону «О прокуратуре» Генеральный Прокурор назначается на должность Президентом с согласия Сената Парламента сроком на пять лет, освобождается от должности Президентом. Президент имеет право давать поручения прокуратуре о проверке применения законодательства (ст. 5).

Релевантные международные стандарты

Не существует общих международных стандартов относительно полномочий и организации прокуратуры. Хотя некоторые руководящие принципы уже сформированы. В большинстве международных документах русскому «прокуратура» соответствует термин «служба публичного обвинения». В Руководящих принципах, касающихся роли обвинителей, указано:

«Обвинители играют активную роль в уголовном разбирательстве, включая возбуждение дела, и, когда это разрешается законом или соответствует местной практике, в расследовании преступления, надзоре за законностью этих расследований, надзоре за выполнением решений суда и осуществлении других функций в качестве представителей интересов государства».

В связи с интеграцией большинства стран бывшего Советского Союза в европейское сообщество Совет Европы стал последовательно проводить идеи разделения властей и независимости судебной системы, с которыми не согласуется доминирующая роль прокуратуры советского образца. Поэтому именно в органах этой международной организации начали формироваться более конкретные стандарты организации службы публичного обвинения (прокуратуры).

В 2003 г. Парламентская ассамблея Совета Европы выразила обеспокоенность по поводу того, что органы обвинения в некоторых государствах-участниках выполняют различные функции, не относящиеся к сфере уголовного права, и призвала передать эти функции другим органам (п. 6.v, 7.v.c Рекомендации ПАСЕ о роли службы публичного обвинения в демократическом обществе).

Комитет Министров Совета Европы в Рекомендации «О роли службы публичного обвинения в системе уголовной юстиции» высказал предложения относительно приближения прокуроров по статусу к судьям: отбор и карьера прокуроров должны осуществляться на основании объективных и заранее обозначенных критериев, условия работы прокуроров (срок пребывания на службе, оплата труда, пенсионный возраст, пенсия) должны гарантироваться законом; дисциплинарная процедура должна гарантировать объективную и справедливую оценку, а решение дисциплинарного органа может быть пересмотрено, в том числе в суде; прокуроры должны осуществлять свои полномочия без внешнего влияния и т.д.

Самые подробные рекомендации по поводу организации прокуратуры дала Венецианская комиссия:

«1. В рамках процедуры назначения Генерального обвинителя, следует получить консультации по профессиональной квалификации кандидатов от соответствующих лиц, таких, как представители юридического сообщества (в т.ч. обвинителей) и гражданского общества.

…

4. Генеральный обвинитель должен назначаться на постоянной основе или на отдельно длительный период без возможности переизбрания в конце этого периода. Период деятельности на посту Генерального обвинителя не должен совпадать со сроком работы Парламента.

5. Если должны осуществляться мероприятия по дальнейшему трудоустройству Генерального обвинителя (например, судьей) после завершения срока пребывания в должности, об этом нужно объявить до назначения. С другой стороны, должен быть общий запрет для Генерального обвинителя претендовать на получение других государственных должностей во время или после окончания срока пребывания в должности.

6. Основания для освобождения Генерального обвинителя должны быть установлены в законе, и экспертный орган должен дать заключение о существовании достаточных оснований для увольнения.

7. Генеральный обвинитель должен иметь право воспользоваться беспристрастным рассмотрением дела об увольнении, в том числе перед парламентом.

…

9. Как инструмент подотчетности от Генерального обвинителя можно требовать предоставления публичного отчета в парламент. Когда это уместно, в таких отчетах Генеральный обвинитель должен предоставлять прозрачный доклад о том, как выполнялись любые общие указания от исполнительной власти.

…

11. Для подготовки назначения квалифицированных обвинителей, кроме Генерального обвинителя, был бы полезен экспертный вклад.

12. Обвинители, кроме Генерального обвинителя, должны назначаться до выхода на пенсию.

13. В дисциплинарных случаях, соответствующий обвинитель должен иметь право на провозглашение собственной позиции.

14. Следует обеспечить возможность обжалования дисциплинарных санкций в суде.

…

16. Угрозы перемещений обвинителей могут использоваться как средство давления на обвинителей или «непослушного» обвинителя могут отстранить от деликатных дел. Должна быть обеспечена возможность апелляции в независимый орган, как Совет обвинителей или подобный.

17. Обвинители не должны пользоваться общим иммунитетом.

…

19. Там, где существуют Советы обвинителей, их состав должен включать не только обвинителей всех уровней, но также других действующих лиц, таких, как юристы или ученые в области права. Если члены такого Совета избирает парламент, лучше, если это делать квалифицированным большинством.

20. Если Совет обвинителей и Судейский совет являются единственным органом, необходимо обеспечить, чтобы судьи и обвинители не могли влиять на назначение или дисциплинарные действия друг против друга.

…

22. Экспертный орган, такой как Совет обвинителей, мог бы играть важную роль в определении учебных программ.

…

25. Служба обвинения должна в первую очередь сосредоточить внимание на сфере уголовного права» (п. 87 Отчета Венецианской комиссии о Европейских стандартах независимости судебной системы: часть II – Служба обвинения).

Выводы и рекомендации

Прокуратура в Казахстане построена по советскому образцу и играет в государстве роль значительно больше, чем судебная система. Для приведения полномочий прокуратуры в соответствие с международными стандартами основной для прокуратуры нужно сделать функцию государственного обвинения по делам об уголовных правонарушениях с полномочием по координации досудебного расследования. Надзорные полномочия за пределами уголовной юстиции должны быть сокращены, а некоторые – переданы Омбудсмену.

Целесообразно создать независимый от исполнительной и законодательной власти Совет прокуроров для предварительного рассмотрения кадровых вопросов. Генеральный Прокурор должен назначаться бессрочно либо на длительный срок, который превышает срок полномочий избираемых политических органов. Также уместно учесть другие рекомендации Венецианской комиссии, направленные на укрепление независимости прокуратуры, с целью приблизить статус прокуроров к статусу судей.

9. Прокуратура и отношения с судами (процессуальный аспект)

Положения законодательства

Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону. Какое-либо вмешательство в деятельность суда по отправлению правосудия недопустимо и влечет ответственность по закону. По конкретным делам судьи не подотчетны (ст. 77).

Решения, приговоры и иные постановления судов имеют обязательную силу на всей территории Республики (ст. 78).

В то же время прокуроры имеют эксклюзивное право истребовать материалы дела из суда, опротестовывать судебное решение, в том числе вступившее в законную силу, и приостанавливать его исполнение (ст. 31, 32 Закона «О прокуратуре, ст. 458-460, 466 и др. УПК, ст. 384, 385, 387, 389, 396 и др. ГПК).

В уголовном процессе прокурор сохраняет доминирующую позицию по отношению к другой стороне, а иногда даже к суду.

В частности, решение об отстранении защитника на досудебном следствии принимает прокурор, являющийся противоположной стороной (ст. 97 УПК), а не суд.

Санкционирование большинства действий, которые являются вмешательство в права человека (обыск, прослушивание телефонных переговоров, осмотр корреспонденции, отстранение от должности, применение залога, арест имущества и др.), осуществляет прокурор. Суд на этапе досудебного следствия санкционирует лишь избранную следователем, органом дознания, прокурором в отношении обвиняемого, подозреваемого меру пресечения в виде домашнего ареста, ареста и продлевает их сроки, принимает решение о принудительном помещении не содержащегося под стражей лица в медицинскую организацию для производства судебной психиатрической экспертизы (ст. 59 УПК).

Уголовное дело формирует сторона обвинения и передает его в суд. Протоколы допросов на досудебном следствии признаются доказательством. Поэтому на практике много дел «раскрывается» с помощью явки с повинной, которую органам следствия несложно получить от подозреваемого в отсутствие

защитника. В суде она используется как основное доказательство вины. Такая организация процесса обеспечивает 99% обвинительных приговоров.

Эти же проблемы остаются и в проекте новой редакции УПК, несмотря на внедрение положений о следственном судье и предоставление ему полномочий санкционировать немного большее количество действий, чем сегодня.

Релевантные международные стандарты

Статья 14 Международного пакта о гражданских и политических правах гарантирует равенство перед судом, а ст. 2 обязывает развивать возможности судебной защиты.

Руководящие принципы, касающиеся роли обвинителей, определяя роль обвинителя, не предусматривают за ним осуществление надзора за судебными решениями.

Бордоская декларация (п. 2) гласит, что справедливое судебное разбирательство требует наделения сторон обвинения и защиты равными процессуальными возможностями, также как и уважения независимости суда, принципа разделения властей, обязательной силы судебных решений. В пояснительной записке указано, что *без ущерба для прерогативы обвинителей представлять общественный интерес, прокуроры должны иметь такие же права и обязанности, как любая другая сторона и не должны занимать привилегированное положение в судебном разбирательстве (состязательность сторон)*.

Права публичного обвинителя на апелляционное обжалование судебного решения или его пересмотр другим способом высшим судом не должны отличаться от доступных для других сторон производства, это же относится и к срокам обжалования (п. 16 Рекомендации «О роли публичных обвинителей за пределами системы уголовной юстиции»)

В п. 34 Киевских рекомендаций обращено внимание на смежную проблему: *«Следует исправлять обвинительный уклон, сложившийся в системах правосудия в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, где оправдательные приговоры по-прежнему считаются негативным показателем или неудачей. Для уменьшения давления на судей по избеганию оправдательных приговоров, настоятельно рекомендуется изменить систему их профессиональной оценки (а также, при необходимости, и систему профессиональной оценки прокуроров и следователей). Количество оправдательных приговоров никогда не должно быть критерием при оценке работы судьи. Судьи должны располагать реальным усмотрением при вынесении решений о предварительном заключении под стражу. Обжалование оправдательных приговоров должно быть ограничено лишь исключительными обстоятельствами»*.

Выводы и рекомендации

Прокуратура не должна иметь в любом судебном процессе полномочий по истребованию материалов дела из суда для решения вопроса об опротестовывании судебного решения. Прокурор может знакомится с материалами дела в суде и получать копии материалов на уровне с другими участниками процесса. Также следует лишить прокурора права опротестовывать судебное решения в порядке надзора и приостанавливать его исполнение. Прокурор должен иметь такие же права по обжалованию судебных решений, как и другие стороны в процессе.

Прокурор не должен иметь эксклюзивных полномочий, нарушающих принцип равенства сторон перед судом.

При разработке новой редакции УПК важно не упустить шанс искоренить обвинительный уклон из уголовного процесса. При этом важно, чтобы любые вмешательства в реализацию прав человека, в т.ч. права на защиту, неприкосновенность жилища, тайну переписки и др., осуществлялись только с санкции суда (следственного судьи) на основании объективных критериев, установленных законом.

Любому задержанному следует гарантировать право на участие защитника до первого допроса и проверку обоснованности задержания судом. Все показания должны признаться доказательством лишь в случае, если они предоставлены устно в суде, а не в виде протокола допроса, оформленного следователем.

Постановление оправдательного приговора само по себе не должно использоваться как основание для привлечения к дисциплинарной ответственности прокурора или судьи.

РЕЗЮМЕ РЕКОМЕНДАЦИЙ

1. Целесообразно, чтобы суды создавал, переименовывал и реорганизировал и упразднял Парламент путем принятия конституционного закона (п. 4 ст. 75 Конституции).

2. Целесообразно установить механизм назначения большинства членов Высшего Судебного Совета самими судьями (например, Съездом судей). Прокуроры и другие представители правоохранительной системы не должны входить в состав Высшего Судебного Совета. Председателя Совета следует избирать большинством голосов из числа его членов.

Роль Высшего Судебного Совета в случае реформирования можно расширить, в частности наделить его полномочиями: рассматривать обращения судей по поводу угроз их независимости и принимать эффективные меры по их устранению; принимать участие в формировании бюджета судебной системы, обсуждении законопроектов, касающихся интересов судов.

Также в этом случае состав Квалификационной комиссии, большинство членов которой будет назначать независимый Высший Судебный Совет, будет соответствовать международным стандартам.

3. Процедуру специальной проверки в процессе отбора судей и ее предмет следует четко определить законом, а также предусмотреть, как именно результаты проверки будут влиять на окончательное решение. Кандидату должна быть предоставлена возможность доступа к материалам проверки, а также право обжаловать ее результаты.

С целью обеспечения объективности оценивания кандидатов на должность судьи следует разработать шкалу, которая будет четко определять весомость того или иного преимущества кандидата. Иными словами, квалификационный экзамен и другие характеристики в пользу кандидата должны оцениваться определенными балами, которые должны стать решающими при определении результатов конкурса. Правила оценивания следует опубликовать до начала конкурса.

Негативное по отношению к кандидату решение должно быть мотивированным, а кандидат должен иметь возможность оспорить его в суде (как минимум по процедурным основаниям).

Целесообразно, чтобы Президент по рекомендации Высшего Судебного Совета единожды наделял кандидата полномочиями судьи, а все решения по поводу перехода судьи в другой суд, в т.ч. высшего уровня, принимал Высший Судебный Совет (при условии его реформирования, как указано в п. 2).

Положения о возможности отсрочить выход на пенсию для определенных судей ввиду отсутствия четких критериев для принятия такого решения следует исключить из закона либо предусмотреть объективные критерии для отсрочки выхода на пенсию в случае достижения судьей 65 лет.

4. Законодательные положения о подготовке судей, как первичной (до занятия должности), так и на продолжении карьеры, нуждаются в серьезной доработке.

Стажировку надо включить специальную подготовку.

Начальную подготовку будущих судей нельзя отождествлять с получением образовательного уровня магистра. Специальная подготовка должна осуществляться по отношению к тем кандидатам, которые уже получили высшее юридическое образование. Зачисление на специальную подготовку должно осуществляться на прозрачных конкурсных основаниях.

Праву и обязанности судей повышать квалификацию должна корреспондировать обязанность государства обеспечивать специальную подготовку на продолжении карьеры.

Как первичную подготовку, так и подготовку на продолжении карьеры целесообразно возложить на Институт правосудия, предварительно сделав его автономным учреждением, действующим в системе судебной власти под контролем реформированного Высшего Судебного Совета.

5. Предлагается: установить в законе четкие основания для дисциплинарной ответственности судьи (в т.ч. увольнения) и критерии несоответствия судьи занимаемой должности, которые будут исключать ответственность судьи за добросовестное толкование закона, которое не соответствует мнению высшей инстанции. Дисциплинарные правила должны отвечать принципу юридической определенности, чтобы судья мог руководить своим поведением и не боялся привлечения к ответственности в случае соблюдения этих правил.

Нужно учредить два дисциплинарных органа: один – для предварительного изучения обращений о ненадлежащем поведении судьи и поддержания обвинения, второй – для рассмотрения дисциплинарного дела по существу. Оба они должны быть независимыми от законодательной и исполнительной власти. Целесообразно, чтобы большинство в этих органах составляли судьи, избранные органами судейского самоуправления.

Следует законом урегулировать дисциплинарную процедуру на принципах состязательности и равенства, с соблюдением прав на защиту и обжалование решения в суд.

Целесообразно ограничить сферу возможного применения иммунитета только в отношении выполнения судейских функций. Полномочие по лишению судей иммунитета следует передать от политических органов реформированному Высшему Судебному Совету, а полномочие санкционировать оперативно-разыскные мероприятия по отношению к судье – от прокуратуры суду (рекомендуется рассмотреть возможность создания специализированного суда относительно уголовного преследования работников правоохранительных органов и судей).

6. Система оплаты труда судей должна определяться законом.

Судье следует гарантировать такое вознаграждение, чтобы позволяло ему самостоятельно купить жилье, например, с помощь кредита, проценты по которому может погашать государство, пока судья находится на должности.

Нужно отказаться от практики премирования и награждения судей за их деятельность, а также от системы льгот, которую следует заменить должным судейским вознаграждением.

7. Председатели судов должны избираться не более чем на два срока судьями соответствующего суда либо же по их представлению – Высшим Судебным Советом, реформированным в соответствии с рекомендациями, изложенными в п. 2.

Роль председателя суда должна сводиться к исполнению представительской функции и функции контроля над канцелярией суда. Председатель суда не должен иметь больше процессуальных положений, чем любой-другой судья. Следует исключить из компетенции Председателя Верховного Суда полномочия по кадровым вопросам по отношению к судьям, в частности по инициированию их дисциплинарной ответственности, а также полномочия по награждению судей. Полномочия председателей судов по решению вопросов организации судопроизводства в суде, обеспечению работы по противодействию коррупции и соблюдению норм судейской этики должны быть конкретизированы.

8. Для приведения полномочий прокуратуры в соответствие с международными стандартами основной для прокуратуры нужно сделать функцию государственного обвинения по делам об уголовных правонарушениях с полномочием по координации досудебного расследования. Надзорные полномочия за пределами уголовной юстиции должны быть сокращены, а некоторые – переданы Омбудсмену.

Целесообразно создать независимый от исполнительной и законодательной власти Совет прокуроров для предварительного рассмотрения кадровых вопросов. Генеральный Прокурор должен назначаться бессрочно либо на длительный срок, который превышает срок полномочий избираемых политических органов. Также уместно учесть другие рекомендации Венецианской комиссии, направленные на укрепление независимости прокуратуры, с целью приблизить статус прокуроров к статусу судей.

9. Прокуратура не должна иметь в любом судебном процессе эксклюзивных полномочий по обжалованию судебных решений и приостановлению их действия, нарушающих принцип равенства сторон перед судом.

При разработке новой редакции УПК важно не упустить шанс искоренить обвинительный уклон из уголовного процесса. При этом важно, чтобы любые вмешательства в реализацию прав человека, в т.ч. права на защиту, неприкосновенность жилища, тайну переписки и др., осуществлялись только с санкции суда (следственного судьи) на основании объективных критериев, установленных законом. Любому задержанному следует гарантировать право на участие защитника до первого допроса и проверку обоснованности задержания судом. Все показания должны признаться доказательством лишь в случае, если они предоставлены устно в суде, а не в виде протокола допроса, оформленного следователем.

Постановление оправдательного приговора само по себе не должно использоваться как основание для привлечения к дисциплинарной ответственности прокурора или судьи.

Июль, 2013 г.

СУЛЕЙМЕНОВА Г.Ж.
Генеральный директор Евразийского центра права,
адвокат, член Научно-консультативного совета
при Верховном Суде РК, к.ю.н., профессор

КОММЕНТАРИЙ К ПУНКТУ 22 ЗАМЕЧАНИЙ КОМИТЕТА ООН ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА ПО ДОКЛАДУ КАЗАХСТАНА ОБ ИСПОЛНЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПАКТА О ГРАЖДАНСКИХ И ПОЛИТИЧЕСКИХ ПРАВАХ[389]

26 июля 2011 г. Комитет ООН по правам человека по итогам рассмотрения первоначального доклада, представленного Казахстаном об исполнении Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – *МПГПП*) принял Заключительные замечания, в числе которых в п. 22 указано на то, 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 также обеспокоен участившимися сообщениями о том, что судьи допускают в качестве доказательств показания, полученные под пытками (статьи 2 и 14). Государству-участнику следует провести исследование с целью установить причины столь малого количества оправдательных приговоров по уголовным делам для обеспечения того, чтобы права обвиняемых гарантировались и защищались в соответствии с Пактом в ходе всего судебного процесса. Кроме того, государству-участнику следует обеспечить принятие мер, которые гарантировали бы недопустимость в рамках судебной системы доказательств, полученных под пытками».[390]

В этой связи предметом настоящей работы явилось исследование:

1) взаимоотношений судов и прокуратуры при рассмотрении судами уголовных дел;

2) факторов, влияющих на вынесение судами незначительного количества оправдательных приговоров;

3) факторов, обуславливающих существование обвинительного уклона в деятельности судов;

4) факторов, влияющих на убеждение судей при оценке ими доказательств.

Долгое время, вплоть до 1995 г., в соответствии с национальным законодательством деятельность судов контролировалась органами прокуратуры, которые были наделены правом, осуществлять надзор за рассмотрением дел судами. С принятием в 1995 г. новой Конституции РК[391], это направление в деятельности прокуратуры было упразднено: ст. 83 Конституции РК однозначно установила, что при рассмотрении судами дел прокуратура осуществляет только представительство интересов государства в суде, а ее надзорные функции в уголовном процессе осуществляются только в отношении досудебного производства по уголовным делам. При этом, осуществляя представительство в суде по

---

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

[390] Пункт 22 Заключительных замечаний CCPR/C/KAZ/CO/1.

[391] Конституция Республики Казахстан (принята на республиканском референдуме 30 августа 1995 года) (с изменениями и дополнениями по состоянию на 02.02.2011 г.). Далее – Конституция РК.

уголовным делам, прокурор отнесен к стороне обвинения и участвует в судебном разбирательстве наряду с другими участниками процесса как государственный обвинитель, представляя интересы государства.

Пункт 11 ст. 7 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан[392] (далее – УПК РК), давая определение понятия «стороны», относит к ним органы и лица, осуществляющие в судебном разбирательстве на основе **состязательности и равноправия** обвинение (уголовное преследование) и защиту от обвинения, и тем самым предопределяет, что в суде обеим сторонам - обвинению и защите должны представляться равные возможности для отстаивания своих интересов.

Обеспечение баланса интересов стороны обвинения и защиты в судебном разбирательстве должно достигаться реализацией принципа состязательности и равноправия сторон, предусмотренного ст. 23 УПК РК. В соответствии с этим принципом, при рассмотрении судебных дел суд не связан с мнением участников судебного разбирательства, он не выступает ни на стороне обвинения, ни на стороне защиты и принимает решения по своему внутреннему убеждению, основанному на оценке исследованных доказательств и, подчиняясь при этом только Конституции и закону (ч. 1 ст. 22, ст. 23 УПК РК).

Однако в реальной действительности в казахстанском уголовном судопроизводстве этот принцип реализуется не в полной мере: судебное разбирательство до настоящего времени не стало состязательным, суд – объективным и беспристрастным, а стороны равными. Так, данные судебной статистики свидетельствуют о том, что переход от советской формы уголовного процесса к уголовному процессу с элементами состязательности до настоящего времени не изменил ряд важнейших показателей, таких как крайне низкая доля оправдательных приговоров, высокая доля осужденных лиц, в отношении которых судом назначается наказание в виде лишения свободы, незначительная доля приговоров, отмененных вышестоящими инстанциями в сторону смягчения и др. Деятельности суда, по-прежнему присущи репрессивные начала: наиболее распространенным видом наказания, назначаемым судами, является, по-прежнему, лишение свободы (в среднем в 2007-2009 г.г. составил 47%, за последние два года - 41,8%)[393].

Введенный в 2008 г. институт судебного санкционирования[394], упразднивший санкционирование прокурором меры пресечения в виде ареста и содержание под стражей, не изменил ситуацию в избрании этой меры пресечения. Суды в большинстве случаев поддерживают ходатайства прокурора об избрании меры пресечения в виде ареста (в 2012 г. - в отношении 95,5%, представленных на санкцию лиц; в 2011 г. – 95, 3%), а продление срока содержания под стражей санкционируется судами на всех без исключения случаях (100%)[395].

---

[392] Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Казахстан (с изменениями и дополнениями по состоянию на 04.07.2013 г.) Закон Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 207-1 «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан». Далее – УПК РК.

[393] Аналитическая справка об итогах отправления правосудия по уголовным делам судами Республики за 2007-2009 годы. URL: www.supcourt.kz/system/analyze.php?SECTION_ID=2343&ELEMENT_ID=16694

[394] Закон РК от 5 июля 2008 г. № 65-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения мер пресечения в виде ареста, домашнего ареста» // Казахстанская правда. 2008. 31 июля (№ 167 (25614).

[395] Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Аналитический отчет. Варшава: Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Бюро по демократическим институтам и правам человека, 2011. С. 35.

Незначительно повлиял на статистику вынесения оправдательных приговоров и введенный с 2007 г. суд с участием присяжных заседателей.

Количественные показатели рассмотрения уголовных дел судами с участием присяжных заседателей за период с 2007 по 2012 г.г.[396]

годы	количество дел (% от общего количества всех дел)	количество подсудимых
2007	36 (0,6%)	62, из которых осуждено – 57 (92%); оправдано –5 (8%)
2008	42 (0,8%)	78, из которых осуждено – 72 (92, 3%), оправдано – 6 (7,7%)
2009	59 (0,1%)	116, из которых осуждено - 101 (87,1%), оправдано – 15 (12,9%)
2010	268 (0,5%)	374, из которых осуждено – 331 (88,5%), оправдано – 43 (11, 5%)
2011	354 (0,7%)	489, из которых осуждено – 459 (93,9%), оправдано - 30 (6, 1%)
2012	289 (0,7%)	379, из которых осуждено – 355 (3, 7%), оправдано – 24 (6,3%)
Итого	1048	**1498, из которых осуждено - 1375 (91,8%), оправдано лиц – 123 (8,2%)**

Количество оправдательных приговоров в период с 1999 по 2012 г.г. составляет – менее 1%[397]:

Год	Численность оправданных	Численность оправданных лиц, по отношению к общему числу лиц, по оконченным производством делам (в %)
1999	241	0,3
2000	201	0,2
2001	383	0,4
2002	334	0,5
2004	475	0,7
2005	495	0,8
2006	426	0,8
2007	307	0, 8

[396] Показатели приведены по данным Верховного Суда РК об итогах правосудия за 2007-2012 г.г. // http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika/analiz/

[397] Использованы данные из справок об итогах правосудия за период с 1999 по 2012 годы, опубликованных на веб-сайте Верховного Суда РК (http://supcourt.kz/rus/analitika_i_statistika) и в СМИ.

2008	323	0, 8
2009	607	1,0
2010	705	1,1
2011	481	0,8
2012	400	1,7

В этой связи следует заметить, что даже в жестко критикуемые сталинские времена доля оправдательных приговоров была гораздо выше: они выносились в отношении каждого 10-го подсудимого[398]. По данным М.В. Кожевникова, число оправдательных приговоров, вынесенных народными судами, составляло: в 1935 г. - 10,2% к общему количеству привлеченных к уголовной ответственности лиц; в 1936 году – 10,9%, в 1937 г. – 10,3%, в 1938 г. – 13,4%, в 1939 г. – 11,1 %, в 1941 г. – 11,6%, в 1942 г. – 9,4%, в 1943 г. – 9,5%, в 1944 г. – 9,7% и в 1945 г. – 8,9%[399].

Указанные данные наглядно свидетельствуют о том, что стереотип обвинительного уклона в деятельности судов не изжит. На эту ситуацию влияет ряд факторов, как внешних, лежащих вне сферы уголовного судопроизводства (организационные, политические, ресурсные и др.), так и внутренних, связанных с правовой регламентацией отправления правосудия, личностью и ментальностью судей, а также сложившейся правоприменительной практикой.

К их числу следует отнести следующие:

1. Ряд норм УПК находится в противоречии с принципом состязательности и равноправия сторон в судебном разбирательстве. Во-первых, если регламентация судебного разбирательства в суде первой инстанции в какой-то мере обеспечивает реализацию принципа состязательности, то этого нельзя сказать о вышестоящих инстанциях, где приоритет отдается актам прокурора. Так, стороны в надзорной инстанции не равны: сторона защиты наделена только правом обращаться в суд надзорной инстанции с ходатайством о пересмотре судебного решения, подлежащее вначале предварительному рассмотрению (ст. 463 УПК РК), по результатам которого лицу может быть отказано в рассмотрении его ходатайства судом надзорной инстанции. Тогда как протест прокурора подлежит рассмотрению судом надзорной инстанции без какого-либо предварительного рассмотрения. Тем самым, такая регламентация входит противоречие с принципом равноправия сторон (ч. 7 ст. 23 УПК РК).

Во-вторых, некоторые нормы УПК РК возлагают на суд несвойственные его правовой природе функции. Так, ч. 3-1 ст. 24 УПК РК устанавливает, что суд не связан мнением сторон по вопросам необходимости и достаточности исследования имеющихся в деле и представленных в судебном заседании сторонами доказательств (за исключением случаев, когда сторона защиты отказывается от исследования доказательств, представленных и приобщенных к делу по ее ходатайству. Такой отказ для суда обязателен). А согласно ч.ч. 1 и 2 ст. 125 УПК РК, суд не только по ходатайству сторон, но и по собственной инициативе вправе собирать доказательства. Хотя, согласно ч. 8 ст. 23 УПК, на суд возлагается только

[398] *Пашин С.А*. Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011.С. 114-115.

[399] Указ Президента РК от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 по 2020 года» // Казахстанская правда. 2009. 27 августа.

оказание по ходатайству стороны содействия ей в получении необходимых материалов.

В-третьих, суд вправе по своей инициативе возвращать уголовные дела для производства дополнительного расследования при обнаружении существенных нарушений закона (ст. 303 УПК РК).

В-четвертых, председатели областных и приравненных судов наделены правом внесения представления в кассационную инстанцию и в порядке надзора в Верховный Суд РК на состоявшиеся судебные решения в случае их противоречия с ранее вынесенным решением (ч. 3 ст.423–2, ст. 446–21 УПК РК), а Председатель Верховного Суда РК – правом внесения представлений на постановления надзорной коллегии (ч. 2 ст. 292 УПК РК).

В-пятых, в исключительных случаях Генеральным Прокурором может быть принесен протест на приговоры и постановления суда первой инстанции, не пересматривавшиеся в апелляционном и кассационном порядке, а также приговоры и постановления суда апелляционной инстанции, не пересматривавшиеся в кассационном порядке (ч. 4 ст. 458 УПК РК), тогда как сторона защиты не наделена правом принесения ходатайства, если дело не было рассмотрено кассационной инстанцией (п.1 ч. 1 ст. 458 УПК РК).

Ввиду такой регламентации судьи нередко выходят за пределы функций, установленных ч.ч. 5-8 ст. 23 УПК РК, а именно: судебное разбирательство до настоящего времени не стало подлинно состязательным, права сторон - равными, а суд - независимым, объективным, беспристрастным и справедливым, что противоречит не только принципу состязательности, но и не соответствует задачам проводимой в Республике правовой политики, одной из которых является «упрочение гарантий независимости судей».

Рекомендация: исключить из УПК РК нормы, противоречащие принципу состязательности.

2. Обвинительный уклон в деятельности суда, являющийся советским наследием, до настоящего времени не изжит: большая часть судей по-прежнему, не обладает личной внутренней независимостью, что проявляется, в частности в их обвинительном уклоне. Также актуальной остается и проблема самоидентификации судей по отношению к государству: судьи все еще ощущают себя не независимыми арбитрами, а чиновниками, которые, в первую очередь, должны защищать интересы государства. Судьи, обладающие истинной внутренней независимостью и ощущающие себя носителями судебной власти, встречаются нечасто.

На обвинительный уклон судей**,** как и на качество отправления правосудия в целом, первостепенное влияние оказывают материалы предварительного следствия, представляемые в суд, которые нередко имеют приоритет над доказательствами, исследованными в суде, вопреки такому требованию УПК РК, как постановление приговора только на тех доказательствах, которые были непосредственно исследованы в судебном разбирательстве.

При этом суды в большинстве случаев игнорируют некачественную подготовку дел, грубейшие нарушения требований УПК РК, отсутствие достоверных доказательств, а в ряде случаев - и фальсификацию доказательств обвинения органами уголовного преследования. Как показывает анализ правоприменительной практики, у сотрудников полиции есть немало «эффективных» способов «убедить» лицо признать свою вину в совершении преступления, «согласиться» на сотрудничество с органами, ведущими производство по уголовному делу и т.п., что в последующем приводит к тому, что в судебном заседании подсудимые нередко

отказываются от показаний, данных ими в ходе досудебного производства. А суды, в свою очередь, не всегда дают должную оценку таким фактам, не признавая данные, полученные в результате самооговора или вынужденных показаний, не допустимыми в качестве доказательств, тем самым, идя на поводу стороны обвинения.

Нередко судьи признают доказательствами материалы, не отвечающие требованиям УПК РК, предъявляемым к доказательствам. Например, в качестве доказательств представляются предметы и документы, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности, которые были получены с нарушением требований закона, либо не были приобщены к делу в соответствии с требованиями УПК. В то же время суд отказывает в удовлетворении ходатайств стороны защиты о признании таких данных недопустимыми в качестве доказательств. В тех случаях, когда по делу имеются представленные стороной обвинения доказательства, между которыми имеются существенные противоречия, и эти противоречия не были устранены в ходе судебного разбирательства, суд, как правило, принимает за основу при вынесении приговора доказательства обвинения, а не доказательства защиты. Так, если подсудимый и свидетели, дают иные показания, чем те, которые были даны ими в ходе предварительного следствия, суд придает значение доказательств показаниям, данным на предварительном следствии, изобличающим подсудимого в совершении преступления. Поэтому тексты приговоров нередко полностью или в большей части воспроизводят тексты обвинительных заключений и даже в тех случаях, когда в судебном разбирательстве устанавливались совершенно иные обстоятельства. Причем это не единичные случаи, а - система, что является характерным и для других постсоветских государств.[400]

3. Факторы, влияющие на обвинительный уклон в деятельности судей

3.1. Причиной, влияющей на обвинительный уклон в деятельности судов, является влияние на выводы суда материалов предварительного расследования, в ходе которого нарушаются требования ст. 10 и 24 УПК РК, следствием чего является исключительно обвинительная направленность расследования.

Одна из причин допускаемых органами следствия и дознания нарушений и злоупотреблений полномочиями заключается и в том, что прокуроры в большинстве случаев не реагируют на допускаемые органами уголовного преследования нарушения, не принимают соответствующих мер и, тем самым, потворствуют им. Так, ни по одному из изученных в 2010 г. высшим судебным органом страны дел при обобщении им судебной практики, ни одно процессуальное действие следователя, дознавателя при проведении специальных оперативно-розыскных мероприятий при очевидных нарушениях норм УПК РК, надзирающим прокурором не было исключено из числа доказательств.[401]

Наиболее проблемными являются допускаемые органами уголовного преследования грубейшие нарушения требований закона, прав и законных интересов граждан, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. Должностные лица орган предварительного расследования практически не

---

[400] *Пашин С.А*. Судебное безвластие. URL: http://index.org.ru/nevol/2010-22/07-pashin.html.

[401] Справка о результатах обобщения судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) // Бюллетень Верховного Суда РК. 2010. № 4. С. 81-82.

привлекаются к ответственности за допущенные ими различного рода злоупотребления при получении доказательств. Например, в обобщении, проведенном Верховным Судом РК, указывается на:

- ✓ факты несоблюдения требований ч. 2 ст.132 УПК HR, выражающиеся в задержании граждан при отсутствии на то законных оснований. Их обманным путем доставляют в отделы полиции, где, не разъясняя их процессуальных прав как подозреваемых, с применением недозволенных методов добиваются дачи так называемых «признательных» показаний;
- ✓ случаи, когда оперативные сотрудники органов внутренних дел незаконно помещали задержанных в свои служебные кабинеты либо в иные помещения отделов полиции, где удерживали их в течение нескольких суток, не составляя при этом процессуальных документов;
- ✓ допускаемые в отношении задержанных действия, унижающие их человеческое достоинство, принуждение к даче показаний, связанное с применением насилия, издевательств, пыток; обмана при задержании, до получения санкции на арест;
- ✓ случаи, когда нередко задержание используется как средство получения от подозреваемого признания вины в совершении преступления, а от свидетелей - «нужных» для органа следствия показаний, что категорически запрещено законом;
- ✓ повсеместно под видом осмотра места происшествия практикуется проведение фактически обыска помещения и личного обыска, оформляемые протоколом осмотра места происшествия. При этом нередко прокуроры не уведомляются о произведенном осмотре (обыске) жилища, а если и уведомляются, то в материалах дела отсутствуют заключения прокуроров о законности произведенного процессуального действия, либо такие заключения очень кратки и неубедительны;[402]
- ✓ многочисленные нарушения при производстве оперативно-розыскных мероприятий, выражающиеся в нарушении прав граждан на неприкосновенность личности, частной жизни и жилища;
- ✓ выявленные случаи фальсификации, то есть искусственного создания доказательств виновности обвиняемого, их подтасовки, фабрикации протоколов процессуальных действий, внесение в документы недостоверных сведений;
- ✓ не соблюдение требований закона о запрете склонять и провоцировать граждан к совершению правонарушений, использовать насилие, угрозы, шантаж и иные неправомерные действия, ограничивающие права, свободы и законные интересы граждан и должностных лиц;
- ✓ крайне редкое привлечение к ответственности за использование должностными лицами органов уголовного преследования таких незаконных методов;[403]
- ✓ допускаемые и другие нарушения, в том числе и пытки[404].

---

[402] Согласно статистическим данным, за нарушение неприкосновенности жилища (ст.145 УК) осуждено лиц: в 2007 году - 62, в 2008 году - 46, за 6 месяцев 2009 года - 39. Однако из общего числа осужденных нет ни одного лица, которое было бы осуждено за незаконное вторжение в жилище с использованием своего служебного положения, то есть по ч.3 ст.145 УК РК.

[403] Обобщение судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) // Бюллетень Верховного Суда РК. 2010. № 4.

[404] Обобщение практики рассмотрения судами уголовных дел о нарушении сотрудниками органов уголовного преследования конституционных прав и свобод, в том числе о пытках за

Особо следует указать и на получившее за последнее десятилетие распространение использования такой меры обеспечения безопасности – как допрос свидетеля под псевдонимом в целях, не совместимых с задачами и целями судопроизводства, а именно - для получения искусственных «нужных» обвинительных доказательств путем их фальсификации. Созданная из благих целей система защиты безопасности свидетелей[405] зачастую становится предметом злоупотребления недобросовестных следователей в целях получения доказательств обвинения путем фальсификации показаний защищаемого лица. Эта цель достигается посредством введения в заблуждение, обмана или шантажа лица, понуждаемого к даче им ложных показаний в качестве свидетеля под псевдонимом либо обещания поблажек вплоть до освобождения от уголовной ответственности, а то и совсем просто - в качестве таковых в деле фигурируют вообще вымышленные лица, либо лица, не бывшие очевидцами преступления и т.п. По некоторым делам лица, к которым была применена указанная мера безопасности, допрашивались не только как свидетели под псевдонимом, но и одновременно, как свидетели под своим подлинным именем, т.е. одно и то же лицо давало показания под разными именами, а в дело, соответственно, включались протоколы допросов, якобы, двух разных свидетелей. Тем самым, искусственно создается и увеличивается объем доказательств обвинения, а участники процесса вводятся в заблуждение[406].

Однако суды в подавляющем большинстве случаев не дают соответствующей оценки нарушениям, допущенным органами уголовного преследования, и остерегаются признавать полученные в результате таких нарушений фактические данные недопустимыми в качестве доказательств, а противоречивые и сомнительные доказательства признавать недостоверными.

3.2. Органы уголовного преследования, ориентированы только на установление и изобличение лиц, виновных в совершении преступлений, и не заинтересованы в установлении обстоятельств, исключающих преступность деяния либо смягчающих наказание. Хотя ч. 4 ст. 24 УПК РК однозначно устанавливает: «Выяснению по делу подлежат обстоятельства как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого… Органом, ведущим уголовный процесс, должны быть проверены все заявления о невиновности или меньшей степени виновности, а также о наличии доказательств, оправдывающих подозреваемого, обвиняемого либо смягчающих их ответственность…». Анализ судебной практики позволяет констатировать, что в судебном разбирательстве государственные обвинители нередко ограничиваются лишь текстом обвинительного заключения, не замечая или игнорируя все обоснованные опровержения, противоречия и существенные нарушения уголовно-процессуального закона, которые возникают в ходе исследования доказательств в судебном следствии.

2008 год и 1-й квартал 2009 г. (Департамент по надзору за законностью судебных актов и представительства интересов государства в суде Генеральной прокуратуры РК, 26 ноября 2009 года // Электронный юридический справочник «Законодательство». Издательство ЮРИСТ, 2013.

[405] Закон РК от 5 июля 2000 г. № 72-II «О государственной защите лиц, участвующих в уголовном процессе» // Ведомости Парламента РК. 2000. № 10. Ст. 241.

[406] *Сулейменова Г.Ж,* Проблемы участия в уголовном процессе свидетелей под псевдонимом. URL: http://www.zakon.kz/analytics/4568996-problemy-uchastija-v-ugolovnom-processe.html; *Нурсеитова Т*. Кто и зачем оказывает давление на участников уголовного процесса… URL: http://www.zakon.kz/top_news/4571466-kto-i-zachem-okazyvaet-davlenie-na.html.

3.3. Судьи поддерживают государственное обвинение даже в тех случаях, когда доказанность вины сомнительна. Такая позиция суда, в свою очередь, поощряет в следователях и прокурорах особо не утруждать себя в обосновании своей позиции и направлении в суд некачественно расследованные дела. Поэтому нередки случаи, когда пробелы и просчеты предварительного следствия восполняет сам суд.[407] Эти явления отмечают и сами судьи, указывая, на сложившуюся правоприменительную практику, когда «… при недостаточности доказательств, получении их с нарушением требований закона и т.д. суды испытывают затруднения в вынесении как обвинительного, так и оправдательного приговора, возвращая дело на дополнительное расследование. В этих случаях все довольны: суд, который при сложившихся обстоятельствах отстранился от решения вопроса по существу, прокурор, который прекратил дело без особых для себя последствий».[408]

Анализ функционирования ряда введенных демократических процессуальных институтов (например, судебное санкционирование ареста, суд с участием присяжных заседателей, обеспечение безопасности участников процесса, возможность применения электронных средств слежения и др.) показывает, что они реализуются отнюдь не так, как прописаны в законе, и не принесли ожидаемого эффекта. А такие принципы, провозглашенные УПК РК, как презумпция невиновности, неприкосновенность личности, охрана прав и свобод, состязательность и другие принципы, на практике, в том числе и при отправлении правосудия по уголовным делам, реализуются с трудом, либо нарушаются, либо вовсе не реализуются, либо извращаются и подменяются технологиями, не основанными на законе. Их причина кроется в устоявшихся негативных стереотипах в деятельности органов уголовного преследования и судей, а также в низкой правовой культуре, недостаточном профессионализме определенной части правоприменителей, в немалой степени - их коррумпированности. И все это - на фоне преобладания, как указано выше, репрессивных начал как в деятельности органов уголовного преследования, так и судов.

3.4. Одной из основных причин невынесения судьями оправдательных или «мягких» приговоров является то, что они оцениваются как «брак» в работе судьи, вследствие чего судьи опасаются их отмены вышестоящими инстанциями. А качество отправления правосудия оценивается не только по количеству рассмотренных им дел, но и по количеству отмененных вышестоящими инстанциями судебных решений.[409] Такая отмена негативно влияет на статус судьи, поскольку, являясь показателем низкого качества отправления правосудия, в случае нескольких отмен судебных решений, может повлечь за собой привлечение его к дисциплинарной ответственности вплоть до освобождения судьи от занимаемой должности вследствие признания его профессионально непригодным и несоответствующим занимаемой должности.[410] Ввиду этого судьи опасаются отмены вышестоящими инстанциями вынесенных ими решений. Хотя ст. 39 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» однозначно устанавливает: «Отмена или изменение судебного акта само

---

[407] *Пашин С.А.* Указ. раб.

[408] *Кишкембаев А.* Легко ли вынести оправдательный приговор // Юридическая газета. 2006. 16 марта.

[409] Методика оценки эффективности деятельности местных судов: утв. Распоряжением Председателя Верховного Суда РК от 05.07.2011. № 143. URL: http://supcourt.kz/rus/analitika_i _statistika/analiz/

[410] П./п. 11 п.1 ст. 34, ст. 44 Конституционного закона РК от 25 декабря 2000 г. «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан».

по себе не влечет ответственности судьи, если при этом не были допущены грубые нарушения закона, о которых указано в судебном акте вышестоящей судебной инстанции».

Давая разъяснение этому положению, еще в 1998 г. Пленум Верховного Суда РК указал, что «под грубым нарушением закона следует понимать очевидное и существенное нарушение закона, которое было совершено судьей преднамеренно или вследствие его недобросовестности, небрежности или незнания закона. … Отмена или изменение судебного решения, связанные с оценкой доказательств, не могут быть поставлены в вину судье».[411]

Между тем, практика оценки работы судей в зависимости от показателей отмены вынесенных ими судебных решений, противоречит п. 25 Рекомендаций Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии, предусматривающему, что «дисциплинарная ответственность не должна распространяться на содержание решений или вердиктов, в том числе в случаях расхождения юридических толкований между судами, а также на случаи судебных ошибок».[412]

Однако по сей день это требование игнорируется – независимо от наличия вины судьи любая отмена судебного решения оценивается как «низкий показатель». Между тем, как справедливо указывает экс-председатель Верховного Суда РК Т.К. Айтмухамбетов: «Арифметический показатель качества работы судьи, когда цифры отмены приговора независимо от ее основания и характера допущенных пробелов, складываются вместе, может отрицательно повлиять как на селекцию кадров судей, так и на судьбу и карьеру добросовестного судьи».[413]

На эти и другие аналогичные факты обращают внимание также и зарубежные эксперты и аналитики.[414] Эта ситуация еще более усугубляется проводимыми с 2009 г. мониторингами за деятельностью судей. Так, согласно введенной в 2012 г. новой системы аналитики и мониторинга принятых судебных актов, критериями показателя добросовестной работы районных (городских) судов является отсутствие отмен и изменений решений, а для областных судов - чем больше отмен и изменений судебных актов.[415] Однако, опасаясь результатов мониторинга, судья, чьи решения отменяются, становится зависимым, а значит управляемыми, что,

---

[411] Нормативное постановление Верховного Суда РК от 14 мая 1998 г. № 1 «О некоторых вопросах применения законодательства о судебной власти в Республике Казахстан» // Казахстанская правда. 1998. 11 июня; 2009. 13 февраля.

[412] Рекомендации Киевской конференции по вопросам независимости судебной власти в странах Восточной Европы, Южного Кавказа и Центральной Азии «Судебное управление, отбор и подотчетность судей» (проведена 23-25 июня 2010 г. в Киеве Бюро по демократическим институтам и правам человека (БДИПЧ) ОБСЕ совместно с Институтом сравнительного публичного права и международного права Макса Планка) URL: http://www.osce.org/ru/odihr/71179. Далее - Киевские рекомендации.

[413] *Айтмухамбетов Т.К.* Компетентность судьи. Проблемы профессиональной подготовки судьи: практика и перспективы // Усиление роли местных судов: независимость судей, обеспечение доступности правосудия. Материалы международной научно-практической конференции (г. Астана, 25–26 марта 2004 г.). Астана, 2004. С. 57.

[414] Доклад Специального докладчика ООН по вопросам независимости судей и адвокатов г-на *Леонардо Деспуи*. Миссия Казахстан. С. 5–20; *Морщакова Т.Г.* Анализ проекта Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей» // Правовая реформа в Казахстане. 2006. № 2 (34). С. 49-50; Индекс судебной реформы для Казахстана. С. 40, 43.

[415] В Верховном суде усилят мониторинг за случаями пересмотра судебных актов. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4480160-v-verkhovnom-sude-usiljat-monitoring-za.html (2012. 16 марта).

естественно негативно отражается на правосудии. Поэтому проблема разработки и внедрения объективных показателей оценки работы судьи, которые должны быть использованы при определении ее качества и результативности, до настоящего времени представляют особую актуальность.

3.5. В нарушение п. 1 ст. 13 Конституции РК, провозглашающего право каждого на защиту своих прав, судья, в отношение которого Судебным жюри вынесено заключение о признании его профессионально непригодным, лишен права на обжалование этого решения (п. 45 Положения о Судебном жюри[416]). Однако такое лишение противоречит и международным стандартам. Например, п. 1.4. Европейской хартии о статуте судей[417] устанавливает: «Закон дает каждому судье, считающему, что его права по Закону или в более широком смысле его независимость либо независимость юридического процесса, так или иначе находятся под угрозой или не принимаются во внимание, возможность обратиться к … независимому органу, обладающему эффективными средствами правового воздействия либо способному предложить такое средство». А п. 26 Рекомендаций Киевских рекомендаций указывает, что органы, рассматривающие дисциплинарные дела, «должны предоставить судье, в отношении которого ведется производство, необходимые процессуальные гарантии, включая право на защиту и право на обжалование в компетентный суд». Безусловно, что при такой сложившейся практике не только обеспечение судом состязательности, но и объективности и беспристрастности судей является довольно проблематичным.

3.6. Судьи не выносят оправдательные приговоры, опасаясь и того, что их могут заподозрить в коррупции. В немалой степени причины такого опасения кроются в том, что у органов уголовного преследования имеется немало возможностей создать служебные и карьерные проблемы судье, вынесшему не устраивающий их приговор (постановление), начиная от опротестования таких решений, до инициации проверок «коррупционности» судьи, о чем доводилось до сведения Генеральной прокуратуры, однако должные меры реагирования не были приняты и виновные не понесли никакого наказания. Такие неправомерные действия порождают у сотрудников органов уголовного преследования чувство вседозволенности и способствуют еще большему росту нарушений конституционных гарантий независимости и неприкосновенности судей.[418]

3.7. Немаловажным фактором, влияющим на обвинительный уклон судей, является влияние их предшествующей карьеры. Большинство судей в прошлом - это сотрудники правоохранительных органов (прокуроры, следователи). Законодательство не предусматривает при назначении их на должность судьи какой-

---

[416] Положение о Судебном жюри: утверждено Указом Президента РК от 26 июня 2001 г. № 643 (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18 мая 2012 г.).

[417] Европейская хартия о статуте для судей одобрена участниками многостороннего совещания по поводу статута для судей в Европе, организованного Советом Европы 8-10 июля 1998 г., URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.
pdf.

[418] Обобщение практики рассмотрения судами уголовных дел о нарушении сотрудниками органов уголовного преследования конституционных прав и свобод, в том числе о пытках за 2008 год и 1-й квартал 2009 г., а так же см., например: Обобщение судебной практики рассмотрения уголовных дел по коррупционным преступлениям за 2006 год // Электронный юридический справочник «Законодательство». Издательство ЮРИСТ, 2013.

либо специальной переподготовки, которые бы нейтрализовали их профессиональные навыки, связанные с уголовным преследованием. В силу этого и на должности судьи у таких лиц по-прежнему проявляется склонность к обвинительному уклону. Кроме того, у сотрудников, длительное время состоявших на службе в этих органах, сформированы качества, которые не согласуются с принципом независимости, поскольку у них формируются установки на выполнения приказов, распоряжений, подчинения и т.п.

Представляются вполне обоснованными предложения, высказанные в юридической литературе, о необходимости в законодательном порядке установить переходный период после увольнения с правоохранительной либо военной службы в целях нейтрализации указанной профессиональной деформации посредством обязательного прохождения переквалификации[419] и обязательное наличие адвокатской практики[420].

3.8. При назначении судей в вышестоящие суды не всегда учитывается их предшествующий судебный опыт. Является вполне очевидным и не требующим доказательств, что судья вышестоящей инстанции, проверяющий законность и обоснованность принятого по делу решения, должен быть более опытным и квалифицированным судьей, чем судья нижестоящего суда, вынесший это решение. У него должен быть не только стаж по юридической специальности, но и достаточный опыт работы судьей. Между тем, как показывает анализ опыта зарубежных стран, обязательным условием занятия должности судьи в вышестоящих судах являются повышенные требования к его судебному стажу. При этом, назначение (избрание) на должность судьи в вышестоящий суд является показателем служебного роста судьи, «который должен зависеть от их личных заслуг с должным учетом квалификации, моральных качеств и способности».[421]

Например, в зарубежных странах к кандидатам на должность судьи вышестоящего суда предъявляются повышенные требования к его судебному стажу. Так, в Англии судьи Верховного Суда назначаются из числа барристеров[422] со стажем работы не менее 10 лет или из числа окружных судей с опытом работы не менее 2 лет. Не может быть назначен окружным судьей тот, кто не практиковался в качестве адвоката в течение 10 лет или более[423]. В Австралии претенденты на должность судьи должны иметь определенный стаж работы в качестве судебного клерка (от года до 5 лет в различных штатах); в Турции членами суда могут быть назначены юристы с 15-летним стажем работы в судах или адвокатуре в возрасте не моложе 40 лет; в Швейцарии судьи, как и многие другие юристы, начинают со стажировки в

---

[419] Концепция комплексного исследования состояния и перспектив совершенствования судебной власти (при поддержке Фонда Форда). М.: ИНДЕМ, 2006.

[420] *Злотников С*. «О некоторых факторах, влияющих на коррупцию в судах» // Правовая реформа в Казахстане. 2001. № 4-5. С.55;*Апарова Т.В*. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М.: 1996. С.26.

[421] Пункт «с» Принципа 1 Рекомендации № R (94) 12 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам «О независимости, эффективности судей и их роли» (принята Комитетом Министров 13 октября 1994 г. на 516-м заседании заместителей министров.

[422] Барристеры - это юристы, имеющие исключительное право выступать в судебных инстанциях (тогда как солиситоры могут выступать в мировых судах). Для того чтобы стать барристером, необходимо пройти стажировку у опытного барристера, длительный курс обучения и после сдачи соответствующих экзаменов быть принятым в члены одного из четырех «иннов» - объединений, входящих в корпорацию барристеров.

[423] *Апарова Т.В*. Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия. М.: Институт международного права и экономики. Издательство "Триада, Лтд", 1996. С.30.

качестве клерков при судах. В других странах (например, в США, Испании, Нидерландах, Португалии, Франции, Японии и др.) кандидат на должность судьи должен пройти длительную стажировку, которая варьируется от двух до шести лет.[424]

Согласно же казахстанского законодательства, длительность стажировки кандидата на должность судьи составляет всего лишь от девяти месяцев до одного года, а для лиц, имеющих опыт работы по юридической специальности свыше пяти лет, а также имеющих ученые степени и звания в определенной отрасли права, - в пределах от шести до девяти месяцев.[425]

3.9. Существенным фактором, влияющим на принятие решения судьей, являются непроцессуальные отношения по конкретным делам между вышестоящими и нижестоящими инстанциями, а также между председателями и судьями суда. Суть таких отношений заключается в том, что права вышестоящих судов по осуществлению судебного надзора, которые в сочетании с широкими полномочиями председателей этих судов и особенно Председателя Верховного Суда РК в решении не только кадровых организационных вопросов, но и процессуальных вопросов, являются довольно мощными средствами воздействия на судей, и, прежде всего, на их независимость. Эти полномочия ставят судей в такое положение, при котором они должны сообразовывать свою деятельность, исходя из мнения председателей вышестоящих судов.

В судебной системе республики являются обычной практикой, так называемые предварительные «консультации» судей перед вынесением решения по делу с председателем суда, а также с судьями вышестоящих инстанций – апелляционных, кассационных и надзорной, а также в некоторых судах - доклады судей председателю суда о предстоящем рассмотрении дела и предполагаемом решении по нему.

В этой связи исследователями отмечается, что «существует … общеизвестная практика: большая зависимость судьи низшего, районного звена. Эти судьи зависят от председателей собственного или вышестоящего судов, и изначально решения согласовываются по вертикали, вплоть до высшей судебной инстанции»[426]; а целый ряд судебных процессов оставляет серьезные сомнения в их политической неангажированности и немотивированности, что является свидетельством политического влияния на них[427], либо давления на судей при принятии им решений со стороны руководства суда[428]. К тому же, вышестоящие суды необоснованно выходят за пределы предоставленных им законом полномочий, расширяя их по собственной инициативе, организуя различного рода проверки деятельности нижестоящих судов в лице так называемых зональных кураторов.

---

[424] *Пейсиков В*. Обучение судей: международный опыт и российские перспективы // Российская юстиция. - 2001. №5. С.60-63; №6. С. 59-61.

[425] Пункт 4 Положения о прохождении стажировки кандидатом в судьи, утвержденного Указом Президента РК от 26 июня 2001 г. № 643.

[426] *Беляева Е*. Как очистить казахстанскую Фемиду? // Деловая газета «Взгляд». 2010. 9 июля. (26 (162).; Грибанова С. Ошибки некому исправлять // Эксперт Казахстан. 2012. 27 августа.

[427] Право на справедливое судопроизводство // Базовый доклад о ситуации с правами человека в Республике Казахстан. Комиссия по правам человека при Президенте Республики Казахстан. Астана, 2007. С. 139–160; Очень вредная профессия // Эксперт Казахстан. 2012. 19октября.

[428] *Козачков М*. Суд сквозь слёзы // 2013. 14 августа.

Председатели судов определяют также такие важнейшие вопросы правового статуса судей, как их карьерный рост, привлечение к дисциплинарной ответственности, лишение его полномочий и др. А процедура назначения судей ведет к бюрократизации судебной системы, установлению между судьями и председателями судов отношений власти и подчинения. Судья, именуемый в законе носителем судебной власти, которому Конституцией РК гарантирована независимость и постоянство его статуса, в ситуациях, когда вопросы, связанные с его должностью, зависят от волеизъявления председателя суда, оказывается в положении обычного чиновника, вынужденного сообразовывать свою деятельность при отправлении правосудия, с указаниями и распоряжениями своего начальника. В противном случае могут последовать негативные последствия: используются различные способы, чтобы избавиться от такого судьи, который хотя и надлежащим образом исполняет свои полномочия, но является неугодным для председателя. В таких случаях ему направляются более сложные дела, увеличивается нагрузка, создаются неблагоприятные условия для осуществления нормальной работы и т.д., вынуждающие судью уйти в отставку.[429]

В этой связи следует указать, что проблема непроцессуальных отношений характерна и для других постсоветских стран. Например, в целях пресечения непроцессуальных отношений в судебной системе, в Российской Федерации 11 июня 2013 г. в принят Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», направленный на запрет внепроцессуальных обращений к судье по делу, находящемуся в его производстве, либо к председателю суда, его заместителю, председателю судебного состава или председателю судебной коллегии по делам, находящимся в производстве суда. При этом под внепроцессуальным обращением понимается обращение в письменной или устной форме, не являющихся участниками судебного разбирательства - государственного органа, органа местного самоуправления, иного органа, организации, должностного лица или гражданина в случаях, не предусмотренных законодательством, либо обращение в непредусмотренной процессуальным законодательством форме участниками судебного разбирательства. Информация о внепроцессуальных отношениях подлежит преданию гласности и доведению до сведения участников судебного разбирательства путем размещения ее на официальном сайте суда и Интернете. Представляется, что и в Казахстане назрела необходимость принятия подобного закона.

3.10. Сохранение существующего с советских времен положения, устанавливающего нахождение в суде второго звена двух инстанций (апелляционной и кассационной), негативно сказывается на их объективность в рассмотрении и разрешении дела, что позволяет усомниться в беспристрастности и объективности такого суда.

3.11. Зависимость судей от Верховного Суда, председатель которого вправе вносить представления о пересмотре судебных решений нижестоящих судов, принимать различные циркулярные акты, а пленарное заседание этого суда – принимать обязательные для судов нормативные постановления по разъяснению

---

[429] *Абилкаиров М.Р*. Проблемы обеспечения независимости судей // Материалы междунар. научно-практич. конференции «Проблемы борьбы с преступностью в контексте национальной концепции. Алматы: КазГЮУ, 2002. С. 110; *Нарикбаев М.* Без денег в судах делать нечего // Литер. 2006. 25 марта; *Раззак Н*. Правовой статус областного суда. Автореф. …дисс. канд. юрид. наук. Алматы, 2008.С. 13 и др.

судебной практики. Одной из основных задач таких актов является обеспечение так называемого «единообразия судебной практики», что, по сути, представляет собой существенное ограничение судейского усмотрения.

Между тем, в Киевских рекомендациях указывается, что для обеспечения внутренней независимости судей и повышения их резистентности в отношении оказываемого на них давления не следует поощрять издание судами высших инстанций директив, разъяснений и резолюций. В то же время, пока такая практика существует, данные документы не должны быть обязательными для нижестоящих судов. В противном случае, подобные акты создают ограничения для индивидуальной независимости судьи.[430]

Таким образом, для казахстанской судебной системы характерны жесткая иерархия, скрытые механизмы давления на судей, негласные корпоративные правила согласования и принятия «нужных» решений[431], которые, в первую очередь, оказывают влияние на беспристрастность, объективность и независимость судей при отправлении ими правосудия, в том числе и на низкий процент вынесения оправдательных приговоров.

3.12. По–прежнему особую озабоченность вызывает латентная коррупция в судебной системе, подверженность судей коррупции[432], которая «глубоко укоренилась в системе уголовного правосудия. …на каждом этапе, начиная с полиции и суда и заканчивая центрами содержания под стражей и тюрьмами, коррупция является практически институционализированной практикой»[433]. Так, обобщая нарушения, допускаемые судьями при вынесении «заказных» судебных решений, допускаются, как правило, следующие типичные признаки, свидетельствующие о коррупции в судейской среде:

– неизвещение всех лиц, участвующих в судебном разбирательстве, а также непривлечение к участию в деле лиц, показания которых противоречат версии «заказа»;

– грубые процессуальные нарушения в процессе судебного разбирательства (например, отказ одной из сторон в истребовании доказательств, в ознакомлении с протоколом судебного заседания, фальсификация протокола судебного заседания и умышленное невнесение в него показаний тех или иных участников судебного заседания, имеющих важное значения для принятия судом решения и др.);

– рассмотрение дела в нарушение правил подсудности и др.

3.13. В немаловажной степени обвинительному уклону судей способствует пассивность сторон и, особенно по тем делам, где защитник участвует по назначению, т.е. когда подсудимый не в состоянии оплатить работу адвоката и в этом случае она оплачивается за счет средств государственного бюджета. Успешные же адвокаты, как правило, не занимаются таким видом помощи, и она

---

[430] Пункт 35 Киевских рекомендаций.

[431] *Канафин Д.К*. Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан // Перспективы совершенствования судебной системы и уголовно-процессуального законодательства в Республике Казахстан. Сборник материалов круглого стола. Алматы, 2009. С. 73

[432] Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на *Леонардо Деспуи*. Миссия Казахстан // E/CN. 4. 2005. 60. Add. 2.

[433] *Манфред Новак*. Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания. Миссия в Казахстан // Комитет по правам человека, 2009 г. Генеральная Ассамблея ООН (A/HRC/13/39/Add.3). Пункт 70.

возлагается, в основном на адвокатов, не имеющих клиентов либо – начинающих адвокатов.

Сохраненная с советских времен процедура назначения адвоката через коллегию адвокатов и низкая оплата их труда, приводит не только к отсутствию материального стимула у адвоката на качественное предоставление юридической помощи, но и к коррупционным связям между отдельными судьями, следователями, дознавателями и их «карманными» адвокатами. Кроме того, материальная незаинтересованностью адвокатов из-за низкого размера оплаты их труда по этой категории дел, с одной стороны, и их стремление получить платежеспособного клиента, с другой, являются питательной средой для такого негативного явления. Такие «союзы» ведут к сращиванию адвокатов с органами, ведущими дело, заинтересованными в назначении подследственному или подсудимому «удобного» защитника, не доставляющего им особых хлопот, не проявляющего активности по делу (не заявляя «лишних» ходатайств, отводов, жалоб и т.п.). Кроме того, слабые профессиональные навыки многих адвокатов, недостаточный контроль качества оказываемой ими юридической помощи имеют негативные последствия: анализ судебной практики показывает, что профессиональный уровень адвокатов зачастую ниже более профессионально подготовленных судей и прокуроров.

3.14. Немаловажным фактором, влияющим на объективность и беспристрастность судей, является судейская корпоративность, которая, имея объективную природу, играет как положительную роль (например, способствует сплоченности судей, их профессиональному росту, готовности противодействовать незаконным внешним влияниям), так и отрицательную (непринятие обоснованной критики извне, попустительство негативным тенденциям, непроцессуальным взаимоотношениям и т.п.).

Таким образом, указанные факторы создают объективные предпосылки для роста абсолютного количества уголовных дел, при расследовании и судебном рассмотрении которых наблюдается обвинительный уклон. Он проявляется в виде:

- односторонности, неполноты и необъективности судебного следствия;
- в нарушении процессуальной формы собирания, проверки и оценки доказательств;
- существенных нарушениях закона, прав и законных интересов участников уголовного процесса;
- в психологической установке судей на вынесение обвинительного приговора.

Поэтому, говоря об обвинительном уклоне в национальном судопроизводстве, необходимо, прежде всего, решить проблемы, которые находятся вне судопроизводства, но, которые существенно влияют на убеждение судьи при отправлении им правосудия.

Рекомендации:

1) Необходимо на законодательном уровне усилить требования к профессиональному уровню и морально-психологическим характеристикам лиц; 1) назначаемых (избираемых) на должности дознавателей следователей, прокуроров, судей, а также адвокатов; 2) действующих в указанных должностях. Дифференциация должна осуществляться путем усиления квалификационных требований.

2) В целях снижения влияния профессиональной деформации лиц – кандидатов в судьи, ранее работавших в правоохранительных органах, а также минимизации ее последствий необходимо предусмотреть в законе установление для

таких лиц обязательность специальной переподготовки либо обязательность работы в качестве адвоката сроком не менее 3-х лет после их увольнения из правоохранительных органов.

3) Внести в Конституционный закон «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» дополнения, касающиеся запрета на непроцессуальные отношения по конкретным делам.

4) Кассационные и апелляционные инстанции должны быть автономными друг друга, т.е. не должны находиться в структуре одного суда.

5) Совершенствование режима транспарентности судейской деятельности.

6) Исключить практику предварительного согласования судей с председателем суда решения по делу.

7) Для определения качества и результативности отправления правосудия необходимо изменение существующей системы их оценки, в том числе, касающиеся оценки отмены приговора (постановления) как негативной санкции деятельности судьи.

8) Необходимо обеспечение равенства судей и их независимости от председателей и судей вышестоящих судов.

9) В целях исключения коррупционных лазеек и возможности использования «карманных» адвокатов, необходима разработка правил порядка назначения адвокатов за счет средств республиканского бюджета.

Сентябрь, 2013 г.

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

ЗАЩИТА ГОСУДАРСТВЕННЫХ СЕКРЕТОВ И ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРАВА НА КВАЛИФИЦИРОВАННУЮ ЮРИДИЧЕСКУЮ ПОМОЩЬ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН[434]

В соответствии с ч. 3 Международного пакта о гражданских и политических правах[435] каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

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

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

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

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

По данному поводу вполне уместно привести высказывание Ю.И. Стецовского: «В обстановке безгласия и секретности правам человека нет места. Возведение

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

[435] Ратифицирован Республикой Казахстан Законом № 91-III от 28 ноября 2005 года.

секретности (конфиденциальности) в принцип обеспечивает бесконтрольность и ложь власть имущих. Сопряжено это с положением, подрывающим не только физическую, но и моральную силу общества. С помощью секретности чиновники и другие лица уходят от ответственности за свое поведение, скрываются их произвол и некомпетентность».[436]

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

После того, как у адвоката Д.И. Каминской[437], которой он доверял, аннулировали допуск, В. Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях В. Буковский писал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов…».[438]

В современном Казахстане проблема допуска адвокатов к государственным секретам стала предметом общественного обсуждения в связи с уголовным делом по обвинению бывшего руководителя национальной компании «Казатомпром» М. Джакишева и некоторыми другими процессами, имевшими большой общественный

---

[436] Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 431.

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

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

резонанс.[439] Сообщения правозащитных организаций и выступления адвокатского сообщества[440] привлекли внимание к проблеме на международном уровне, в результате чего этот вопрос оказался в фокусе внимания Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций (далее – КПЧ, Комитет).

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

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

Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору. Кроме того, государству-участнику следует обеспечивать, чтобы во всех случаях ареста производящие его сотрудники информировали обвиняемых в момент ареста о наличии у них права на услуги адвоката».[441]

Следует отметить, что Казахстан, как государство-участник, в представленной Дополнительной информации по поводу осуществления заключительных замечаний Комитета по правам человека (CCPR/C/KAZ/CO/1), (CCPR/C/KAZ/CO/1/Add.1), от 24 сентября 2012 г., ограничившись поверхностным описанием вопроса, не дал четкого разъяснения на основе каких именно положений национального законодательства применяется практика выдачи допусков к государственным секретам защитникам в уголовном судопроизводстве, не указал на гарантии того, что этот процесс носит своевременный, честный и справедливый характер и не ответил конкретно, как решается проблема ограничения права на доступ к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.[442]

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

---

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

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

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

[442] URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/hrcommittee/Radditionalinfo_kazakhstan 2012.html

его адвокатом, а также исключает злоупотребления этим доверием и статусом профессионального защитника вообще.

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

Право на свободный выбор адвоката признавалось задолго до принятия Международного пакта о гражданских и политических правах. Еще в начале XX века И.Я. Фойницкий писал: «При добровольной защите по соглашению какие бы то ни было ограничения того круга лиц, из которого может быть приглашен защитник, представляются неуместными…При ограничении круга лиц, допускаемых в качестве защитников, была бы ограничена сама возможность воспользоваться защитой».[443]

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

Цель настоящего заключения обусловлена описанной выше конкретной правоприменительной проблемой и состоит в проведении анализа законодательства Республики Казахстан на предмет определения наиболее оптимального правового режима и юридической формы решения вопроса о доступе к адвокату по своему выбору по делам, связанным с государственными секретами.[444]

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

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

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

По статье 4 Конституции действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а

---

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

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

также нормативных постановлений Конституционного совета и Верховного суда Республики. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики. Международные договоры, ратифицированные Казахстаном, имеют приоритет перед его законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

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

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

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

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

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

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

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

При этом следует отметить, что ни в одном законодательном акте нет прямого указания на обязанность адвоката получать допуск к государственным секретам в

связи с его участием в уголовном или гражданском судопроизводстве по делам этой категории.

Основным нормативным правовым актом, действующим в области охраны государственной тайны, является Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года № 349-I «О государственных секретах» (далее – «Закон о государственных секретах»). В нём определяется порядок допуска граждан и должностных лиц к государственным секретам, однако нет ни одного упоминания о допуске к такого рода сведениям адвокатов при осуществлении ими своих профессиональных обязанностей.

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

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

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

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

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

Таким образом, органы уголовного преследования, а именно органы национальной безопасности, имеют возможность не только оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в

уголовном процессе, но и получать конфиденциальную информацию об обстоятельствах его частной жизни.

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

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

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

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

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

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

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

1) независимость адвокатов при осуществлении своей деятельности;

2) осуществление адвокатской деятельности методами и средствами, не запрещенными законодательством;

3) недопустимость вмешательства в деятельность адвокатов со стороны прокуратуры, судов, органов дознания и предварительного следствия, других

государственных органов, иных организаций и должностных лиц, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами;

4) соблюдение норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны.

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

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

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

а) возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства;

б) возможность свободно путешествовать и консультировать клиента в своей стране и за границей;

в) невозможность наказания или угрозы такового обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

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

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

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

противоречит установленной органами национальной безопасности практике запрета гражданам на обращение к адвокатам, не имеющим допуска к государственным секретам. Очевидно, что эта практика исторически изжила себя и неуместна в правовом демократическом государстве, которым провозглашает себя Республика Казахстан.

Второй стороной данной проблемы является использование в судопроизводстве неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс составления этих списков носит абсолютно нетранспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение, которое фактически тоже носит непроцессуальный характер, явно сужает возможности гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор наиболее квалифицированного, по его мнению, адвоката.[445] Не понятно кто, на каком основании составляет такие списки, и по каким именно критериям адвокаты в эти списки попадают. На самом деле эта традиция является близкой не только к упомянутым выше методам советских чекистов, но и похожа на действия латиноамериканских военных хунт второй половины 20-го века.

В частности, КПЧ в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомерной. Например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.[446]

Следует подчеркнуть, что право на доступ к адвокату по своему выбору признается Комитетами ООН как одна из гарантий от применения пыток и иных жестоких и бесчеловечных форм обращения и наказания. Так, например, Комитет ООН против пыток выразил обеспокоенность положением в законодательстве Китайской Народной Республики, которое по делам, затрагивающим государственные секреты, позволяет государственным органам отказывать обвиняемым в их праве на защиту в нарушении обязательства о предотвращении пыток. Комитет ООН против пыток сделал рекомендацию в отношении КНР о том, что государство должно обеспечить право каждого подозреваемого/обвиняемого на немедленный доступ к адвокату, где возможно по своему усмотрению, включая уголовные дела, затрагивающие государственные секреты.[447]

Другим настораживающим фактом в использовании режима секретности в уголовном судопроизводстве является отсутствие гарантий обоснованности засекречивания материалов дела и правомерности ограничения доступа участников процесса к этим материалам.[448] В соответствии со ст. 21 Закона о государственных секретах на носителей сведений, составляющих государственные секреты, наносятся реквизиты, включающие следующие данные:

---

[445] 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/

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Поэтому отказ обвиняемому (подозреваемому) в приглашении выбранного им адвоката по мотивам отсутствия у последнего допуска к государственной тайне, а также предложение обвиняемому (подозреваемому) выбрать защитника из определенного круга адвокатов, имеющих такой допуск, обусловленные распространением положений ст. 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» на сферу уголовного судопроизводства, неправомерно ограничивают конституционное право гражданина на получение квалифицированной юридической помощи и самостоятельный выбор защитника (статья 48 Конституции Российской Федерации, статья 14 Международного Пакта о гражданских и

политических правах). Указанные конституционные права в силу статьи 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах».[449]

В настоящее время в соответствии со ст. 21.1 Федерального Закона Российской Федерации «О государственной тайне» с изменениями от 6 октября 1997 г. адвокаты, участвующие в качестве защитников в уголовном судопроизводстве по делам, связанным со сведениями, составляющими государственную тайну, допускаются к такого рода сведениям без проведения проверочных мероприятий. Указанные лица предупреждаются о неразглашении государственной тайны, ставшей им известной в связи с исполнением ими своих полномочий, и о привлечении их к ответственности в случае ее разглашения, о чем с них берется соответствующая расписка. Сохранность государственной тайны в таких случаях гарантируется путем установления ответственности указанных лиц федеральным законом.[450]

Очевидно, что близость правовых систем России и Казахстана, свидетельствует в пользу применения аналогичных способов решения проблемы допуска адвокатов к участию в делах, связанных с государственными секретами. Кроме того, российский опыт показал, что такой механизм регулирования данных правоотношений достаточно разумен и вполне эффективен.[451] Даже заместитель Генерального прокурора Республики Казахстан признал возможность его использования в нашем законодательстве.[452]

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

Попытки Министерства юстиции на практическом уровне урегулировать ситуацию,[453] также не снимают с повестки дня наиболее острых вопросов,

---

[449] Цит. по: Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С.603.

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

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

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

[453] Так, например, в письме Ответственного секретаря Министерства юстиции Республики Казахстан Бекетаева М. начальникам департаментов юстиции областей, направленном в АГКА заместителем начальника Департамента юстиции г. Алматы К. Базарбаевым 8 ноября 2012 г. (№ и-3789-12) // URL: http://www.agka.kz/navigation/cWaLM7RS.pdf) признается факт

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

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

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

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

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

Следует помнить, что практика ограничения обвиняемого в его общении с адвокатом прямо противоречит решениям Комитета ООН по правам человека. Так, в частности КПЧ постановил, что «все задержанные должны иметь немедленный доступ к адвокату».[454] Кроме этого, в Общих комментариях Комитета говорится, что «немедленный и регулярный доступ к адвокату является для задержанного важной

того, что «…в настоящее время в действующем законодательстве отсутствует подробная регламентация порядка доступа адвокатов к государственным секретам, одновременно отсутствует и запрет на такие действия и решения». В письме описываются организационные нюансы оформления допуска адвокатов к секретным сведениям, однако, к сожалению, не решаются такие принципиальные проблемы, как устранение зависимости в этом вопросе адвокатуры от органов национальной безопасности, неприменения дискриминационных ограничений статуса адвокатов, запрета использования списков «адвокатов с допусками» и др. Отрадно, что Министерство юстиции прилагает усилия к урегулированию этого вопроса, но опасаемся, что без изменения самого законодательства, действия профильного ведомства в этом направлении все равно не будут в достаточной степени эффективными.

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

гарантией против пыток, неподобающего обращения, вынужденного признания и других злоупотреблений».[455]

Сформулированный в статье 1 Конституции Республики Казахстан постулат о том, что человек, его жизнь, права и свободы являются высшей ценностью в нашей стране, предполагает решение вопроса о защите государственных секретов в уголовном процессе только на основе безусловного уважения таких фундаментальных стандартов справедливого уголовного процесса как право на квалифицированную юридическую помощь и защиту посредством адвоката по собственному выбору.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Применяемые органами национальной безопасности ограничения в допуске адвокатов к делам, содержащим государственные секреты, не соответствуют законодательству Республики Казахстан и нормам ратифицированных нашей страной международных договоров. Эти ограничения не предусмотрены Конституцией, международным правом и УПК, носят дискриминационный, неправомерный характер, противоречат принципам независимости адвокатской профессии, адвокатской тайны и недопустимости вмешательства в законную деятельность адвокатов, нарушают такие фундаментальные права человека, как: право на защиту, право на получение квалифицированной юридической помощи и право на справедливое судебное разбирательство.

2. Практика применения в судопроизводстве списков адвокатов с допусками к государственным секретам и рекомендация этих адвокатов подозреваемым/обвиняемым по делам этой категории носит неправомерный и дискриминационный как по отношению к привлеченным к уголовной ответственности лицам, так и к адвокатам, характер.

3. Практика необоснованного и неограниченного конкретными законными рамками засекречивания всех материалов уголовных дел рассматриваемой категории препятствует полноценной реализации права обвиняемого иметь достаточные возможности для подготовки своей защиты и потому подлежит корректировке.

4. Для обеспечения права на защиту при помощи выбранного самим обвиняемым защитника по делам, связанным с государственными секретами, целесообразно использовать опыт, сформированный в Российской Федерации на основе Постановления № 8-П от 27 марта 1996 г. Конституционного Суда, в соответствии с которым в процессуальном законодательстве предусмотрена возможность вступления адвоката в дела этой категории после предоставления соответствующей подписки о неразглашении сведений, составляющих охраняемую законом тайну.

5. Предлагаем внести изменения, дополнения в уголовно-процессуальное законодательство примерно следующего содержания:

---

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

Статья ____. Сохранение конфиденциальности и государственных секретов

1. При наличии в материалах дела сведений, относящихся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, адвокат дает письменное обязательство о неразглашении данных сведений и удостоверяет факт предупреждения его о предусмотренной законом ответственности за такое разглашение. Письменное обязательство отбирается органом ведущим уголовный процесс в момент вручения адвокатом ордера на ведение уголовного дела.

2. Перечень и содержание документов, приобщенных к материалам дела и содержащих сведения, относящиеся к государственным секретам или иной охраняемой законом тайне, должен быть конкретно определен органом, ведущим уголовный процесс, о чем на каждой странице документа или на ином носителе такой информации должна быть сделана соответствующая отметка. Необоснованное засекречивание материалов уголовного дела, не содержащих охраняемую законом тайну, не допускается.

Сентябрь, 2013 г.

ЛЕВИН И.Г.
Научный сотрудник кафедры публичного права,
русского права и сравнительного правоведения
Университета Гумбольта (Берлин, ФРГ)

ПРАВОВОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ГАРАНТИРОВАННОЙ ГОСУДАРСТВОМ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ»[456]

Введение

Предметом данного правового заключения является проект Закона Республики Казахстан «О гарантированной государством юридической помощи» в редакции Постановления Правительства Республики Казахстан от 31 августа 2012 года № 1113. Особенное внимание уделяется вопросам институционализации системы оказания бесплатной юридической помощи (БЮП), рассматриваются форма организации администратора системы, его юридическая природа. Кроме того, в данном заключении будут проанализированы механизмы обеспечения независимости администратора системы БЮП, а также описаны инструменты подавления потенциальных конфликтов интересов внутри системы БЮП.

В основе исследования лежат следующие допущения, которые представляют основу регулирования системы оказания БЮП.

- БЮП представляет собой определенную услугу, которая оплачивается из государственного бюджета. Конституция РК содержит постулат правового государства (п.1. ст. 1 Конституции РК), исходя из которого, органы государственной власти не могут самостоятельно оказывать юридическую помощь в виде представительства в суде. Подобное ограничение затрагивает, прежде всего, уголовный процесс. Тем самым, государство вынуждено приобретать услуги БЮП на рынке.
- Закладывая институциональные основы системы БЮП, законодатель стремится к внедрению эффективных институтов, направленных на обеспечение работоспособности системы. Исходя из этого, представляется разумным структурное разделение операций внутри системы. К ним относятся:
  - Отбор поставщика услуги БЮП
  - Оказание самой услуги
  - Оплата услуги
  - Контроль качества оказываемых услуг
- Выделив эти шаги, законодателю следует идентифицировать актеров, которые смогут наиболее эффективно осуществлять отдельные действия внутри системы. Назначение непригодных институций негативно скажется на работоспособности всей системы и качестве оказываемых услуг, а также отпугнет граждан от получения БЮП.

[456] Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают официальную позицию Фонда СОРОС Казахстан.

Концепция нормативного регулирования

Уполномоченный орган

Условием работоспособности системы оказания БЮП является наличие органа управления системой, который в состоянии, с одной стороны, адекватно распределять бюджетные средства и контролировать качество предоставляемых населению услуг; с другой стороны, провайдер услуг должен обеспечивать привлекательность системы для поставщиков услуг. Иными словами, неудачная организация органа управления может негативно отразится на самой системе БЮП. Граждане воздержатся от получения помощи, производители услуг (адвокаты, ВУЗы, неправительственные организации) устранятся из процесса предоставления услуг.

Рассматривая модели институционализации уполномоченного органа, считаем необходимым, проанализировать два основных подхода.

- Государственный орган

Регламентируя систему оказание БЮП, законодатель вправе наделить государственный орган (как правило, специальный департамент Министерства юстиции) полномочиями провайдера внутри системы БЮП. Подобный департамент занимается отбором поставщиков услуг, распределяет между ними бюджетные средства, осуществляет мониторинг качества. Ввиду того, что департамент интегрирован в систему органов государственной власти, участие негосударственных актеров (коллегии адвокатов, ВУЗы, неправительственные организации, потребители услуг) в управлении провайдером не представляется возможным. Потенциальным пределом участия негосударственных актеров является издание рекомендаций. Фактически, однако, управление системой остается за государством.

Подобный институциональный дизайн может негативно сказаться на системе оказания БЮП. Уполномоченный орган управления будет действовать исключительно на основе логики органов государственной власти, стремиться к ненужной формализации процесса предоставления БЮП. Другие участники процесса оказания БЮП будут исключены из управления ею, что, в свою очередь, лишит их основного стимула для предоставления и получения высококачественных услуг. Кроме того, нельзя исключить того, что «огосударствленный» орган управления не будет владеть необходимым ноу-хау в отношении оказания БЮП. Привлечение негосударственных актеров может заполнить этот вакуум и повысить эффективность системы оказания БЮП.

- Гибридная организация

Исходя из выше сказанного, предпочтительным является создание гибридного провайдера системы оказания БЮП.

Подобная структура должна формироваться на основе следующих принципов:

- *Паритетность актеров*

Гибридная структура должна состоять из двух организационных единиц: органа управления и органа стратегического планирования/контроля. К формированию органа планирования и контроля привлекаются помимо представителей органов

государственной власти поставщики и получатели услуг БЮП. При этом, представители государства должны количественно доминировать. Поставщики и потребители услуг, однако, должны обладать равными правами и реальными возможностями участия в деятельности организационной единицы.

Члены органа планирования и контроля избирают правление органа управления. Этот орган должен состоять не только из чиновников, но и из представителей потребителей и поставщиков услуг. Их минимальное представительство должно быть нормативно гарантировано (например, в уставе или других учредительных документах).

Принимая во внимание подобные основы формирования органа управления, законодателю удастся сделать систему не только привлекательной, но и эффективной.

- *Достижение общественного блага*

В своей деятельности уполномоченный гибридный орган должен руководствоваться целью достижения общественного блага. Соответственно, недопустимым является любое лоббирование корпоративных интересов, завышение тарифов или привлечение аффилированных поставщиков или получателей услуг.

- *Коллегиальность принятия решений*

Нормативными документами уполномоченного лица должна быть отрегулирована процедура принятия стратегических и оперативных решений. Все группы актеров внутри системы должны быть наделены своеобразными блокирующими правами при принятии важных решений (например: установление тарифов или форм отчетности).

Полномочия уполномоченного органа

Рассматривая вопрос полномочий органа управления системой оказания БЮП, можно выделить два основных подхода.

- Тотальное управление

Законодатель может передать тотальное управление системой уполномоченному органу. Тем самым, провайдер будет обладать всей полнотой полномочий по отбору поставщиков услуг (составление требований к поставщикам, аккредитация конкретных поставщиков услуг), а также оплате их услуг и контролю качества БЮП.

Подобное тотальное управление создаст государственного монополиста в сфере БЮП, который будет на свое усмотрение отбирать лояльных поставщиков услуг. Кроме того, любая монополия подавляет конкуренцию между поставщиками услуг, в результате чего снижается качество услуг, а также повышается коррупционность системы.

- Структурное разделение полномочий

В целях повышения эффективности системы представляется необходимым **структурное разделение полномочий**, направленное на ограничение

монополистического поведения органа управления БЮП. Элементами подобного структурного разделения являются:

- Передача полномочий по разработке требований к поставщикам услугам коллегиям адвокатов
- обязательное привлечение адвокатских коллегий к процедуре отбора конкретных поставщиков
- Привлечение независимых аудиторов из числа поставщиков и/или получателей БЮП к мониторингу качества предоставляемых населению услуг посредствам совместных рабочих групп, проведения слушаний, изучения отчетов.

Финансирование системы оказания БЮП

Финансирование системы оказания БЮП должно основываться на следующих принципах:

- Прозрачность финансирования

Устанавливаемые тарифы должны быть прозрачными, ценообразование должно быть понятно любому поставщику услуг. В соответствии с этим, прозрачность предоставит поставщикам возможность адекватно оценить преимущества оказания БЮП. Тем самым, повысится привлекательность БЮП для поставщиков.

- Справедливость оплаты

Устанавливаемые тарифы должны быть справедливыми. Иными словами, оплата труда в рамках БЮП должна ориентироваться на конкретные трудозатраты поставщика услуг. Бесспорно, участие в системе БЮП представляет собой в определенной мере разновидность служения общественному благу. Предоставление подобных услуг населению не должно быть исключительно направлено на получение прибыли. Допустимым представляется установление тарифов, которые не в полной мере соответствуют рыночным ставкам. Тем не менее, финансовые стимулы должны быть учтены при составлении тарифной сетки.

- Экономическая обоснованность платы

Установленные ставки должны быть экономически обоснованы. Принимая во внимание монополистическую природу БЮП, экономическая обоснованность тарифов позволит снизить риск неоправданно завышенных, стимулирующих коррупцию тарифов.

- Уклонение от оплаты

Кроме того, законодателю следует закрепить причины отказа в уплате вознаграждения поставщику БЮП. Законодательное закрепление вопросов оплаты труда поставщика позволит избежать произвола при оплате БЮП, упростит деятельность провайдера системы и создаст определенность при возникновении конфликтов внутри системы. Основанием для отказа в оплате следует считать:

- Доказанные факты не предоставления услуг

- Доказанные факты умышленного нанесения вреда интересам потребителя посредствам предательства интересов клиента или разглашение данных, защищенных адвокатской тайной
- Заведомо неверные консультации/правовое информирование

Разрешение конфликтов внутри системы оказания БЮП

Рассматриваемый законопроект не содержит механизмов разрешения споров между участниками системы. Кроме того, не стоит забывать, что в РК административная юстиция (которая в соответствии с мировыми стандартами правосудия должна разрешать споры внутри органов государственной власти, а также между гражданами и государством) находится на стадии реформирования. Законодателю предстоит ответить на следующие вопросы.

- Какова процедура рассмотрения споров между **потребителями и поставщиками** БЮП?

Не исключено, что в рамках оказания БЮП могут возникнуть споры между гражданами и поставщиками БЮП. Какова процедура урегулирования подобных конфликтов?

Разумным представляется *двухступенчатый процесс урегулирования конфликта*.

- На первом этапе потребитель услуг вправе обратиться с жалобой в уполномоченный орган. К подобному заявлению не стоит предъявлять излишних формальных требований. Уполномоченный орган обязан изучить обстоятельства дела, опросить стороны и оценить обоснованность заявления гражданина. В том случае, если уполномоченный орган убежден в нарушении поставщиком своих обязательств, он вправе наложить на него санкции (отказ от оплаты конкретных услуг, исключение из системы БЮП). Ввиду того, что любой вид санкций вмешивается в свободу предпринимательской деятельности поставщика, подобное решение должно соответствовать положениям Конституции и, соответственно, отвечать требованиям пропорциональности и справедливости. Кроме того, законодатель должен предусмотреть возможность судебного разбирательства в отношении наложенных на поставщика санкций.
- Если уполномоченный орган отказывается рассматривать жалобу потребителя по существу или признает ее необоснованной, гражданин вправе оспорить отказ в суде (скорее всего административном).

- Какова процедура рассмотрения споров между **поставщиками услуг и уполномоченным органом**?

- В случае возникновения споров между поставщиками услуг и уполномоченным органом, следует задуматься о создании согласительной комиссии при уполномоченном **гибридном** органе. В том случае, если уполномоченный орган является государственным органом, разрешение споров в подобной комиссии не представлялось бы разумным, т.к. под вопросом стояла бы объективность подобной коллегии.
- Разрешение конфликтов по спорам о величине оплате трудозатрат поставщика или об отказе в уплате гонорара. может быть альтернативно передано судам общей юрисдикции.

Рекомендации и выводы

На основе проведенного анализа законопроекта представляется возможным сделать следующие выводы:

- Положения ст. 11 нуждается в серьезной доработке. В законопроекте отсутствует четкая концепция провайдера (уполномоченного органа) БЮП. В концептуализации и кодификации нуждаются положения о правовой природе подобного органа, основах его формирования. Также, законодатель должен внести определенность в вопрос полноты функций уполномоченного органа.

- В связи с этим предлогается внесение нового пункта в ст. 11 законопроекта.

Уполномоченный орган является провайдером услуг в системе оказания БЮП. Он формируется на паритетных началах с привлечением субъектов оказания БЮП и потенциальных потребителей услуг. Порядок формирования органа и его внутренняя структура регулируются отдельным законом РК и соответсвующим уставом органа. К компетециям уполномоченного органа относятся:

Отбор субъектов оказания бесплатной юридической помощи (БЮП); требования, предъявляемые к кадидатам устанавливаются на основе консультаций с коллегей адвокатов, ВУЗами и неправительственными организациями.

Оплата услуг, связанных с оказанием БЮП

Оценка качества предоставляемых населению услуг. В целях повышения эффективности оценки уполномоченный орган проводит регулярные консультации и неправительственными организациями, ВУЗами и получателями БЮП.

В законопроект отсутствуют нормы о разрешении споров внутри системы БЮП. Не разрешен вопрос о порядке рассмотрения споров об отказе в уплате гонорара за оказание услуг, а также по жалобам получателей БЮП.

Дополнить законопроект статьей, предусматривающей причины отказа в уплате гонорара за оказание БЮП.

1. Уполномоченный орган вправе отказать субъекту оказания БЮП в оплате только в следующих случаях:

а.Уполномоченным органом доказан факт не предоставления услуг

б.Уполномоченным органом доказан факт умышленного нанесения вреда интересам потребителя посредствам предательства интересов клиента или разглашение данных, защищенных адвокатской тайной

в.Уполномоченным органом доказан факт предоставления Заведомо неверной консультации или правового информирования

Апрель, 2013 г.

РОЗЕНЦВАЙГ А.В.
адвокат,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
к.ю.н.

КАНАФИН Д. К.,
адвокат,
член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Президиума Республиканской коллегии адвокатов,
к.ю.н., доцент

АНАЛИЗ ПРОЕКТОВ 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»[457]

ВВЕДЕНИЕ

В соответствии со статьей 13 Конституции Республики Казахстан (далее – «Конституция»), каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается бесплатно.

Поскольку данное право относится к числу базовых фундаментальных гарантий демократического социального государства, очевидно, что вопросы свободного доступа к юридической помощи, механизмы обеспечения ее качества и адекватной оплаты имеют непреходящую актуальность, для граждан, уполномоченных государственных органов и всего общества.

Право на бесплатную для гражданина квалифицированную юридическую помощь закреплено в ратифицированных нашей страной международных договорах. Пунктом 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах установлено, что каждый должен «…иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника».

В Законе Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» сформулированы общие положения, определяющие, кто именно имеет право на получение юридической помощи бесплатно и как эта помощь должна оказываться.[458]

---

[457] Экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Фонда СОРОС Казахстан. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Фонда СОРОС Казахстан.

[458] Согласно статье 6 Закона «Об адвокатской деятельности» адвокаты обязаны оказывать юридическую помощь бесплатно:
1) истцам при рассмотрении судами дел о возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой;
2) истцам и ответчикам, являющимся участниками Великой Отечественной войны и лицами, приравненными к ним, военнослужащими срочной службы, инвалидами I и II групп,

Несмотря на то, что процессуальный порядок реализации данного права в судопроизводстве[459] достаточно подробно прописан в отраслевых

пенсионерами по возрасту, если рассматриваемый судом спор не связан с предпринимательской деятельностью;
3) гражданам по вопросам взыскания алиментов, назначения пенсии и пособий, реабилитации, получения статуса беженца или оралмана, несовершеннолетним, оставшимся без попечения родителей, в случаях необходимости составляют письменные документы правового характера.

[459] В соответствии со ст. 71 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – «УПК») участие защитника в производстве по уголовному делу обязательно в случаях, если:
1) об этом ходатайствует подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный;
2) подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный не достиг совершеннолетия;
3) подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;
4) подозреваемый, обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный не владеет языком, на котором ведется судопроизводство;
5) лицо обвиняется в совершении преступления, за которое в качестве меры наказания может быть назначено лишение свободы на срок свыше десяти лет, пожизненное лишение свободы либо смертная казнь;
6) к обвиняемому, подсудимому, осужденному, оправданному применен арест в качестве меры пресечения или он принудительно направлен на стационарную судебно-психиатрическую экспертизу;
7) между интересами подозреваемых, обвиняемых, подсудимых, осужденных, оправданных, один из которых имеет защитника, имеются противоречия;
8) в производстве по уголовному делу участвует представитель потерпевшего (частного обвинителя) или гражданского истца;
9) при рассмотрении дела в суде участвует прокурор (государственный обвинитель);
10) обвиняемый, подсудимый, осужденный, оправданный находится вне пределов Республики Казахстан и уклоняется от явки в органы предварительного следствия.
Согласно статье 114 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – «ГПК»):
1. Судья при подготовке дела к судебному разбирательству или суд при рассмотрении дела, исходя из имущественного положения гражданина, вправе освободить его полностью или частично от оплаты юридической помощи и возмещения расходов, связанных с представительством, и отнести их за счет бюджетных средств. Судья (суд) обязан освободить лицо по его ходатайству полностью или частично от оплаты юридической помощи и возмещения расходов, связанных с представительством, и отнести их за счет бюджетных средств в следующих предусмотренных законом случаях:
1) при рассмотрении споров о возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, увечьем или иным повреждением здоровья, связанным с работой;
2) при рассмотрении споров, не связанных с предпринимательской деятельностью, для истцов и ответчиков, являющихся участниками Великой Отечественной войны и лицами, приравненными к ним, военнослужащими срочной службы, инвалидами I и II групп, пенсионерами по возрасту.
2. Оплата юридической помощи, оказанной адвокатом, и возмещение расходов, связанных с представительством, осуществляются в порядке и размерах, установленных законодательством Республики Казахстан.
3. К ходатайству гражданина об освобождении от оплаты юридической помощи и о возмещении расходов, связанных с представительством, должны быть приобщены

кодифицированных нормативных актах, инициатива государственных органов по совершенствованию правовой базы в данной сфере не угасает. Развитие законодательства в этой части является одним из направлений проходящей судебно-правовой реформы, и соответствующие новеллы представляют определённый интерес как для специалистов в области правоведения, так и простых граждан, ибо задевают интересы широких слоев населения.

Предметом настоящего анализа являются правовые отношения, складывающиеся в процессе оказания юридической помощи, оплачиваемой за счет государственного бюджета Республики Казахстан, а также - положения проектов 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»[460].

На момент исследования законопроекты находятся в Мажилисе Парламента Республики Казахстан.

Целью анализа является изучение практики оказания предоставляемой за счет государства правовой помощи, а также - содержания соответствующей нормативно-правовой базы и указанных выше законопроектов; оценка степени их соответствия международным стандартам организации и деятельности адвокатуры, а также -

---

документы и другие доказательства, подтверждающие право на получение юридической помощи бесплатно.

4. По результатам рассмотрения ходатайства судьей или судом выносится мотивированное определение о полном или частичном освобождении гражданина от оплаты юридической помощи и возмещения расходов, связанных с представительством, либо об отказе в удовлетворении ходатайства.

5. Определение суда или судьи о полном или частичном освобождении гражданина от оплаты юридической помощи и возмещения расходов, связанных с представительством, незамедлительно направляется в профессиональную организацию адвокатов, которая в срок, установленный судом, обязана обеспечить участие адвоката в суде.

В соответствии со статьей 304 ГПК:

1. После принятия заявления о признании гражданина недееспособным судья назначает официального представителя-адвоката для представления и защиты им интересов гражданина в процессе по возбужденному делу.

2. Официальный представитель-адвокат обладает полномочиями законного представителя. В соответствии с законом юридическая помощь такого адвоката предоставляется бесплатно.

Статья 589 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях (далее – «КоАП») устанавливает обязательное участие защитника в случаях, если:

1) об этом ходатайствует лицо, привлекаемое к административной ответственности;

2) лицо, привлекаемое к административной ответственности, в силу физических или психических недостатков не может самостоятельно осуществлять свое право на защиту;

3) лицо, привлекаемое к административной ответственности, не владеет языком, на котором ведется производство;

4) в материалах дела есть данные, позволяющие полагать, что лицу, привлекаемому к административной ответственности, могут быть назначены принудительные меры медицинского характера;

5) лицо, привлекаемое к административной ответственности, является несовершеннолетним.

Нормы законов процитированы из текстов, размещенных на сайте zakon.kz по состоянию на 05.04.2013 г.

[460] Авторы анализа используют тексты законопроектов, предоставленные Центром исследования правовой политики, по состоянию на 15 февраля 2013 г.

обеспечению прав человека на защиту и справедливое правосудие и разработка рекомендаций по улучшению законодательства.

СОСТОЯНИЕ ПРОБЛЕМЫ

Анализ приведённых выше положений уголовно-процессуального, гражданско-процессуального и административного законодательства позволяет сделать вывод о том, что вопросы, связанные с оказанием гражданам квалифицированной юридической помощи регламентированы достаточно полно. Вместе с тем, нередко приходится слышать высказывания о наличии определенных проблем на практическом уровне и необходимости дальнейшего совершенствования закона. Основные претензии по поводу предоставляемой за счет государства юридической помощи заключаются в её недостаточном качестве, доступности и своевременности.[461]

С другой стороны, субъекты, на которых возложена обязанность по предоставлению такой помощи (а ими, как известно, являются адвокаты), недовольны размерами и излишне бюрократизированным порядком ее оплаты. Обоснованные нарекания вызывает у них также зависимость защитников при определении размера оплаты оказанной ими правовой помощи и получения самой оплаты от органов уголовного преследования, то есть своих процессуальных оппонентов.

Тем не менее, в целом существующая в настоящее время система исправно работает, и адвокаты вполне справляются с возложенной на них функцией. Так, например, по большинству уголовных дел (около 60%) защита, осуществляется адвокатами, назначенными на основании постановлений органов, ведущих уголовный процесс[462].

Юридические консультации открыты для предоставления правовой помощи гражданам, имеющим право на получение такой помощи бесплатно. Адвокатурой организованы дежурства адвокатов. В Алматы, например, во всех помещениях юридических консультаций размещены информационные стенды, с разъяснениями оснований и условий получения бесплатной правовой помощи.

Механизм назначения адвокатов по делам, оплачиваемым из средств государственного бюджета, достаточно отработан. В установленные законом сроки органы коллегии адвокатов обеспечивают участие профессиональных защитников

---

[461] См.: Голендухин Е. Рекомендации к разработке новой модели предоставления бесплатной юридической помощи в Казахстане. С сб. Бесплатная юридическая помощь в Казахстане: проблемы и перспективы развития. Алматы. 2010. С. 117-118.

[462] Так, например, с 2006 по 2009 г. 57% уголовных дел адвокатами Алматинской городской коллегии адвокатов было проведено по назначению органов, ведущих уголовный процесс. См. Карчегенов К.К. Отчетный доклад о деятельности Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов за период с 2006 по 2009 годы. // Адвокаты Алматы №2 (24) 06' 2010. С. 7.

В целом по Казахстану согласно статистическим данным коллегий адвокатов на 1 января 2008 г. 71% поручений на стадии дознания и следствия и 57% в судах первой инстанции адвокатами выполнено по назначению органов, ведущих уголовный процесс. См. Письмо Председателя Комитета по организации правовой помощи и оказанию юридических услуг населению Министретства юстиции Республики Казахстан Т. Кожамжарова исх. № 13-1-2/4 – 133 от 21.01.2008 г. на имя Президента Союза адвокатов Казахстана Тугела А.К. // Личный архив авторов.

по всем категориям уголовных дел. Квалификация и опыт таких защитников, как правило, не вызывают серьезных нареканий.

Безусловно, определенные проблемы в этой сфере существуют. Как уже было упомянуто выше, в юридических и около юридических кругах бытует мнение о том, что в связи с невысокой (1\21 минимального размера оплаты труда)[463] оплатой труда адвокатов по назначению, профессиональный уровень адвокатов, оказывающих такую помощь, ниже, чем у адвокатов, работающих по оплачиваемым доверителями договорам.

Имеются не подтвержденные конкретными данными предположения о том, что к работе по делам по назначению привлекаются малоопытные, невостребованные юристы. Высказываются претензии по поводу непринципиальности, склонности к измене интересам своих доверителей среди отдельных адвокатов, работающих по назначению органов, ведущих уголовный процесс.

ЗАКОНОТВОРЧЕСКИЕ ИНИЦИАТИВЫ ПО РЕФОРМИРОВАНИЮ ДЕЙСТВУЮЩЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА. ДОВОДЫ И КОНТРДОВОДЫ

В целях развития соответствующей правовой базы уполномоченными государственными органами разработаны законопроекты «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». Поскольку для целей настоящего анализа большинство норм указанных проектов законов носит отсылочный или малосущественный характер, мы обратимся к содержанию лишь тех, которые носят принципиально новый характер и, по нашему мнению, смогут сыграть важную роль в реформировании этого сегмента правоотношений.

Так, в частности, проектом закона «О гарантированной государством юридической помощи» предполагается дифференциация гарантированной юридической помощи на такие виды как:

1) правовое информирование;

2) правовое консультирование;

3) защита и представительство интересов физических лиц в судах, органах уголовного преследования, иных государственных органах и негосударственных организациях.[464]

Правовое информирование определяется как гарантированная государством юридическая помощь, оказываемая неопределенному кругу лиц, в виде предоставления информации по вопросам действующего законодательства в устной, письменной и визуальной формах; правовое консультирование - как гарантированная государством юридическая помощь, оказываемая лицам, имеющим право на ее получение, в форме устных и письменных консультаций, в том числе касающихся вопроса составления заявлений, жалоб, ходатайств и других документов правового характера по конкретной правовой проблеме. Понятие

463 Пункт 6 Постановления Правительства Республики Казахстан от 26 августа 1999 года № 1247 «О Правилах оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещения расходов, связанных с защитой и представительством, за счет средств республиканского бюджета». Доступно в Интернете по адресу: http://adilet.zan.kz/rus/docs/P990001247

464 Статья 6 законопроекта.

третьего вида помощи не дано вовсе[465]. Возможно разработчики решили этого не делать, поскольку соответствующие дефиниции имеются в отраслевом процессуальном законодательстве.

В законопроекте определён перечень «субъектов оказания гарантированной государством юридической помощи», к числу которых отнесены государственные органы в пределах своей компетенции; адвокаты, нотариусы; частные судебные исполнители, высшие учебные заведения и неправительственные организации.[466]

В статье 5 законопроекта предусматривается возможность ведения в Казахстане государственной адвокатуры, основы, порядок и условия деятельности которой «будут устанавливаются Законом».

Законопроектом предполагается также создание единого уполномоченного органа, к компетенции которого, помимо прочего, будет отнесено администрирование бюджетных программ по всем видам гарантированной государством юридической помощи.[467] Можно с высокой степенью вероятности предположить, что таковым выступит Министерство юстиции Республики Казахстан.

В качестве другой новеллы предполагается формирование коллегиями адвокатов списков адвокатов, участвующих в системе гарантированной государством юридической помощи. По мнению авторов законопроекта, эти списки должны направляться в территориальные органы юстиции для их последующего опубликования. Территориальные органы юстиции будут ежегодно заключать с адвокатами соглашения об оказании гарантированной государством юридической помощи. Законопроектом также устанавливается порядок и сроки отчетности адвокатов и коллегий адвокатов об оказанной таким образом правовой помощи.[468]

Положения проекта закона «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования системы предоставления гарантированной государством юридической помощи» носят уточняющий и конкретизирующий существующие нормы отраслевого законодательства характер и принципиально важных новелл не содержат.

Анализ вышеперечисленных положений законопроектов, в том числе, с применением сравнительно-правового и сравнительно-исторического методов исследования, позволяет сделать следующие выводы.

Действующее законодательство достаточно полно регламентирует основания и порядок оказания квалифицированной юридической помощи за счет государственного бюджета.

По нашему мнению, некоторые из предложенных новелл не только не разрешают существующих проблем, но потенциально могут привести к возникновению новых, в том числе, довольно серьезных трудностей в механизме правового регулирования рассматриваемых отношений.

Так, детализация видов бесплатной правовой помощи носит характер констатации уже существующего факта и только в декоративном качестве способствует обеспечению соответствующего субъективного права.

Искусственное введение такого вида помощи, как «правовое информирование», вряд ли приведёт к улучшению правовой осведомлённости населения, поскольку в законопроекте сам порядок этого публичного сервиса не конкретизирован; ответственность за его ненадлежащее предоставление не установлена. Эта норма носит формальный и поверхностный характер.

---

[465] Статья 1 законопроекта.
[466] Статья 7 законопроекта.
[467] Статья 11 законопроекта.
[468] Статья 13 законопроекта.

Само по себе правовое информирование в реальной жизни не может быть жестко регламентировано, поскольку по своей сути эта функция свойственна каждому государственному органу и прочим уполномоченным субъектам правовых отношений по родам их деятельности, в случаях и порядке определенным различными нормативными актами.[469] Очевидно, что полноценному контролю и стандартизации этот процесс из-за своей массовости просто не поддается, да, возможно, в них и не нуждается, поскольку может быть эффективно отрегулирован на уровне соответствующего ведомства.

Процедура и условия «правового консультирования» достаточно подробно регламентированы в Законе «Об адвокатской деятельности» (ст. 6). Реализация данных положений на практике ни у получателей правовой помощи, ни у адвокатов особых трудностей не вызывает. В этой связи необходимость внедрения в действующее законодательство такого рода дополнительных норм представляется весьма сомнительной.

Считаем малопродуктивным включение в число субъектов оказания гарантированной государством квалифицированной юридической помощи нотариусов, частных судебных исполнителей, высших учебных заведений и неправительственных организаций в том виде, как это сделано в представленных на исследование законопроектах.

Несмотря на упоминание в ст. 6 законопроекта о том, что нотариусы оказывают такую помощь «в случаях и порядке, установленных Законом Республики Казахстан «О нотариате», а частные судебные исполнители - в случаях и порядке, установленных Законом Республики Казахстан «Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей», отметим, что в названных законодательных актах соответствующие случаи и порядок должным образом не регламентированы: не указаны основания, условия и виды правовой помощи, которую должны оказывать за счет государственного бюджета указанные субъекты, не раскрыты процедура исчисления объемов и оплаты такой помощи. В этой связи возникает резонный вопрос, а не лучше ли позволить указанным субъектам заниматься своей работой, не втягивая их искусственно в круг правоотношений и обязанностей, функционально им не свойственных?

Отнесение высших учебных заведений к числу субъектов оказания квалифицированной юридической помощи вызывает вопросы следующего свойства. Во-первых, для начала следует прояснить, кто именно будет этим заниматься? Если данную функцию станут осуществлять преподаватели юридических факультетов по вопросам, относящимся к их специальности, то, в принципе, в этом нет ничего плохого. Хотя, с точки зрения научной организации труда, было бы намного рациональнее, если бы указанные специалисты занимались исполнением своих прямых обязанностей, т.е., научно-педагогической деятельностью.

Во-вторых, учитывая, что ст. 13 Конституции Республики Казахстан гарантирует каждому право на квалифицированную юридическую помощь, таковая, как минимум должна предоставляться дипломированными специалистами. В этой связи мы не поддерживаем идею консультирования граждан студентами юридических вузов,

[469] Например, администрацией любого публичного учреждения о вопросах, касающихся деятельности этого учреждения, в установленных законом случаях должно производиться «правовое информирование». Магазин должен вывешивать в общедоступных местах разъяснения прав потребителям, администрация пляжей должна информировать купальщиков о правилах поведения на водах, на вокзалах и аэропортах людям должна быть доступна информация о правах пассажиров и правилах безопасности и т.п.

поскольку недостаточно компетентный консультант может не столько помочь, сколько навредить лицу, нуждающемуся в правовой помощи.

В рассматриваемой норме настораживает другое - отсутствие упоминания в качестве субъектов оказания квалифицированной юридической помощи именно высших юридических учебных заведений, что позволяет предположить, что за счет государства смогут консультировать также непрофильные вузы, технические, медицинские и т.п. Хотелось бы надеяться, что отмеченный пробел - не более чем досадное недоразумение и отечественное законодательство не будет искажено столь противоречивым дополнением.

Вопрос об оказании правовой помощи неправительственными организациями, тем более за счет государственного бюджета, также представляется весьма неоднозначным. Общепризнано, что гарантиями качества предоставляемой юридической помощи являются наличие соответствующей квалификации (специального образования, опыта работы) у субъекта, предоставляющего такую помощь, а также организация собственно процесса помощи нуждающимся, обеспечивающая её бесперебойность, своевременность и доступность.

Считаем уместным обратить внимание на то, что неправительственные организации, в отличие от адвокатуры или государственных органов, не связаны специальными нормами закона и правилами профессиональной этики, обязывающими их обеспечивать должный профессиональный уровень специалистов и нести ответственность за качество предоставленной помощи. Далеко не у всех неправительственных организаций есть достаточные материальные и кадровые ресурсы для выполнения этой функции.

Полагаем, что неправительственные организации, безусловно, вправе оказывать юридическую помощь гражданам в соответствии с уставными целями своей деятельности, однако возможность их вовлечения в процесс обеспечения такой помощи требует дальнейшего изучения. Вовлечение неправительственных организаций в этот процесс возможно только после урегулирования вопросов, связанных с их финансированием и организационным усилением.

Рассматривая заложенный в законопроекте порядок регулирования вопросов о видах и субъектах гарантированной помощи, авторы склонны считать, что, руководствуясь в основе своей верной идеей, разработчики законопроекта совершили тактическую ошибку, неверно дифференцировав виды правовой помощи и не уточнив конкретно её объем применительно к каждому из оказывающих ее субъектов.

Очевидно, и это признается в некоторых специальных исследованиях по данному вопросу, гарантированная государством правовая помощь является разной по своему содержанию. Многим людям, для решения стоящей перед ними правовой проблемы, особенно, если эта проблема носит гражданско-правовой характер, порой достаточно получить хорошую консультацию по существу вопроса, понять направление и содержание своих дальнейших действий и иметь содействие в составлении одного-нескольких документов. Объем и правовые последствия такой помощи кардинально отличаются от полноценной защиты по уголовному делу или представительства в сложном гражданско-правовом или административном споре.

Ознакомление с правовой проблемой со слов доверителя, изучение отдельных документов и содействие в составлении первоначальных обращений может быть определено как первичная правовая помощь. При наличии достаточных гарантий квалификации соответствующих специалистов, предоставление такой помощи можно разрешить всем субъектам, упомянутым в ст. 7 проекта Закона «О гарантированной государством юридической помощи», разумеется, сообразно

материальным, организационным и кадровым возможностям таких субъектов и при должном контроле за этим процессом со стороны уполномоченных органов.

Полагаем возможным, пока на уровне предложения, определить защиту по уголовным и административным, представительство по гражданским делам как вторичную юридическую помощь, оказываемую за счет государственного бюджета. Такое название применимо, поскольку потребность в предоставлении данного вида помощи может быть установлена и подтверждена после оказания первичной юридической помощи. При этом считаем, что защита и представительство в судопроизводстве должны относиться к исключительной компетенции адвокатского сообщества как института, функционально предназначенного для этих целей.[470] Уверены, что только адвокатура, в силу своего особого правового и организационного статуса, может предоставлять такую помощь, поскольку лишь она в состоянии обеспечить должный уровень квалификации и свободу исполнителей этой функции от давления со стороны заинтересованных субъектов, а также гарантировать конфиденциальность и добросовестность отстаивания прав и законных интересов лиц, попавших в орбиту правосудия.

Наиболее спорным является положение ст. 5 законопроекта о возможности создания в Казахстане ***государственной адвокатуры***.

Считаем данную идею порочной и представляющей опасность для прав, свобод и законных интересов граждан, а также реализации принципов справедливого правосудия. Она противоречит основным стандартам оказания квалифицированной юридической помощи в демократическом обществе, особенно, по делам, связанным с наличием правовых конфликтов частного субъекта с государственными органами (например, защита в уголовном и административном судопроизводстве, обжалование действий и бездействия представителей исполнительной власти, трудовые и экологические споры с субъектами хозяйственной деятельности, учредителем которых является государство и т.п.).

В уголовном процессе по делам публичного обвинения преследование и поддержание обвинения осуществляется представителями государства, фактически относящимися к органам исполнительной власти. Примерно такая же ситуация складывается по большинству административных производств.

Если функции обвинения и защиты будут сконцентрированы в руках чиновников, это однозначно приведет к еще большему развитию обвинительного уклона и, в конечном итоге, к усилению репрессивных начал в правоприменении.

Государственная адвокатура непременно будет частью исполнительной власти и априори не сможет обладать той же степенью юридической свободы и процессуальной самостоятельности, которую имеет нормальная адвокатура в силу своего особого, независимого негосударственного статуса. Следовательно, адвокаты-чиновники, находящиеся на содержании государства, будут обязаны действовать в его пользу и меньше всего будут заинтересованы в активной и принципиальной защите частных субъектов при наличии у них разногласий с органами публичной власти. Кроме того, взаимодействие «государственных адвокатов» с органами предварительного расследования на постоянной

---

[470] Имеется достаточно аргументированное мнение о том, что такого рода деятельность по всем без исключения категориям дел, как оплачиваемым за счет государства, так и основанным на соглашениях с частными лицами, должна осуществляться только адвокатами: «Все частнопрактикующие юристы должны быть адвокатами. В дальнейшем было бы целесообразно на всех юристов распространить правило о сдаче профессиональных экзаменов и членстве их в соответствующих коллегиях адвокатов, что должно будет поднять общий уровень юридической системы Казахстана». Жакенов В.А. Еще раз о статусе адвокатуры в Казахстане // Адвокаты Алматы. № 1(23)03' 2010. С. 33

безальтернативной основе неизбежно породит новые условия для коррупции и снизит уровень качества оказываемой юридической помощи.

Защиту от уголовного преследования должна осуществлять независимая сторона, не входящая в систему государственных органов и представляющая собой институт гражданского общества. В наших реалиях таким институтом выступает и может выступать только адвокатура как независимая, самоокупаемая, самоуправляемая организация профессиональных защитников.

Считаем уместным напомнить, что подобный опыт в истории уже был. В 1870 году прусский король Фридрих II, называвший адвокатов «пиявками и опасными пресмыкающимися»[471] упразднил адвокатуру в Пруссии, заменив профессиональных защитников на ассистентов суда, получающих жалование. Реформа в этой части полностью провалилась и уже через восемь лет эти нововведения были упразднены.

Известный русский процессуалист И.Я. Фойницкий говорил по этому поводу: «Превращаясь в должностных лиц, адвокаты утрачивают независимость и самостоятельность, необходимые им для стойкого охранения на суде доверенных им интересов…. Чиновный мундир уменьшает энергию адвоката и ослабляет тот священный пыл при защите доверенных интересов, который составляет славу и силу адвокатуры».[472]

К сожалению, приходится признать, что в действительности идея создания государственной адвокатуры возрождается именно тогда, когда независимая адвокатура начинает раздражать своей принципиальностью и верностью интересам граждан, нуждающихся в защите от произвола.[473]

Как справедливо замечал по этому поводу проф. Ю.И. Стецовский, «теория и практика осуществления защиты государственными служащими исходит отнюдь не из заботы о надлежащей юридической помощи населению. Для такой помощи необходима независимая самоуправляющаяся адвокатура, а об этом не может быть и речи, если право приема в число адвокатов и дисциплинарная власть принадлежит администрации, а не самой адвокатуре. Должностная адвокатура преследовала иную цель: поставить адвоката в зависимое, подчиненное положение, превратить его в тихого и послушного исполнителя воли администрации».[474]

Как институт гражданского общества и механизм защиты политических свобод и институтов адвокатура стала одной из первых жертв захвата власти большевиками. Декретом о суде № 2, принятым 7 марта 1918 г., при Советах рабочих, солдатских, крестьянских и казачьих депутатов были образованы коллегии правозаступников, которым на местах устанавливались ежемесячные оклады заработной платы. Положением о народном суде от 30 ноября 1918 г. было

---

[471] См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. С-Пб, Издательство «Альфа» 1996. С. 467.

[472] Фойницкий И.Я. Указ. соч. С. 473.

[473] Так, например, в царской России после процесса Веры Засулич, оправданной благодаря блестящей защите адвоката П.А. Александрова, тогдашний министр юстиции К.И. Пален просил предоставить ему «в качестве временной меры право исключать из числа присяжных поверенных таких лиц, которые по имеющимся несомненным сведениям, обнаруживают предосудительный образ действий, не соответствующий званию присяжных поверенных». Это представление министра юстиции, к счастью, не было удовлетворено Государственным советом. См.: Чельцов-Бебутов М.А. Курс советского уголовно-процессуального права. Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. С-Пб. 1995. С. 774.

[474] Стецовский Ю.И. Советская адвокатура: Учеб. Пособие для вузов. – М.: Высш. шк., 1989. С. 25-26.

предусмотрено создание коллегий защитников, обвинителей и представителей сторон, члены которых рассматривались как должностные лица с установлением оклада заработной платы. Оплата за участие в судебных процессах поступала в доход государства.[475]

Не ограничиваясь этим, 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».[476]

Однако уже к 1922 году эта практика себя полностью исчерпала. На 4 Всероссийском съезде деятелей юстиции в январе 1922 г. председатель Малого Совнаркома по выработке положения об адвокатуре Меранвиль Л.А.[477] заявил: «не может существовать государственная адвокатура, ибо она, в конечном счете, бесспорно проституировалась бы. Более несчастного и более вредного, чем институт коллегии правозаступников государственного учреждения, наша история не знает. Даже подпольная адвокатура несколько выше… Необходима независимая от государственной власти защита».[478] В итоге адвокатура вновь была разгосударствлена и, следует отметить, по крайней мере, формально сохраняла такой статус весь советский период, даже во время культа личности И. Сталина. В этой связи характерно, что еще в 1940-м году М.А. Чельцова-Бебутов писал: «Специфика адвокатской работы, ставящая адвокатов в необходимость соприкосновения с клиентами – тяжущимися и подсудимыми, требует сохранения самоуправляющейся адвокатской организации, независимой от тех органов – суда и прокуратуры, - с которыми ее представители не только встречаются на общей для них работе, но и сталкиваются».[479]

Из вышеизложенного следует однозначный вывод о том, что защита частных лиц, их законных интересов и прав должна осуществляться юристами, свободными от государства. Очевидно, что только самоуправляемое, самофинансируемое профессиональное сообщество в состоянии обеспечить необходимую степень такой свободы.

Вопрос о наиболее приемлемых формах организации адвокатуры относится к числу дискуссионных.[480] Однако представляется бесспорным, что 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.

---

[475] См.: Стецовский Ю.И. Указ. соч., с. 26-27.

[476] Цит. по: Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 40-41.

[477] Член РСДРП с 1904 г., член коллегии защитников. Расстрелян 9.05.1938. Реабилитирован 2.04.1957. Информация доступна на сайте: http://www.memo.ru/memory/communarka/Chapter7.htm

[478] Еженедельник советской юстиции. 1922. № 6. С. 10. Цит. по: Стецовский Ю.И. Указ. соч., с. 27.

[479] М. Чельцов «об адвокатской профессии и юридической природе советской адвокатуры» // Советское государство и право. 1940. № 7. С. 124-125. Цит. по: Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 156.

[480] См.: Галоганов А.П. Указ. соч. С. 85, Яртых И.С. Адвокатура и власть. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. с. 92-93. «Адвокатские коллегии: общественные объединения или юридические фирмы?» // Российская юстиция. 1998. № 12. с. 35.

Адвокатура представляет собой союз профессионалов со своей этикой, корпоративными интересами и правилами поведения, и в специальной литературе определяется как институт гражданского общества, который четко обособлен от государства: «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».[481]

В этом кроется глубокий смысл: адвокаты нередко остаются последним рубежом, обороняющим гражданина от произвола со стороны репрессивных органов.[482] Прямое подчинение адвокатов структурам исполнительной власти фактически ставит крест на их независимости, а, значит, и на эффективной защите прав и свобод человека.

Юридическая помощь, став функцией государственного учреждения, утрачивает своё правозащитное свойство. Это свойство может обеспечиваться только соответствующей формой организации людей, призванных оказывать эту помощь. Такая организация должна быть независима от государственного вмешательства.[483]

Считаем необходимым напомнить, что уважение к независимости адвокатской профессии относится к числу международных обязательств Республики Казахстан. Так, в п.5.13 Документа Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ 1990 года прямо говорится, что независимость адвокатов признается и защищается, в частности в том, что касается условий их приема на работу и практики[484]. Аналогичные положения есть и в других документах СБСЕ-ОБСЕ.[485]

Пункт 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, в числе прочих гарантий деятельности адвокатов предусматривает такие, как возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства[486]. Полагаем, что создание государственной адвокатуры будет досадным примером такого неуместного вмешательства.

---

[481]. Стецовский Ю.И. Указ. Соч. С. 83.

[482] «Без адвокатуры немыслимо надлежащее отправление правосудии, так как она является непременной и лучшей помощницей суда. Стеснение адвокатской деятельности уменьшает вероятность правильного судебного решении, а отсутствие ее порождает величайшее неравенство перед судом сторон, из которых одна опытна в судебном производстве, а другая такой опытности не имеет. Пороки, адвокатуру разъедающие, оказывают влияние на судебную деятельность и на сам суд. Судебная организация без организации адвокатуры представляется недоделанной, неполной». Фойницкий И.Я., указ. соч., с. 468.

[483] См.: Воробьёв А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. –М.: Издательство «Грант», 2002, с.с.74.

[484] См.: Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. Том 2. Второе издание. Опубликовано Бюро по демократическим институтам и правам человека в 2006 г. С. 75.

[485] См. Решение №12/05 Обеспечение прав человека и верховенство закона в рамках систем уголовного правосудия. Любляна 2005. Обязательства ОБСЕ в области человеческого измерения. Том 1. Третье издание. Опубликовано Бюро по демократическим институтам и правам человека в 2011 г. С. 130.

[486] См.: Основные положения о роли адвокатов // Адвокатская деятельность и адвокатура. Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Семеняко Е.В., Пилипенко Ю.С. – Москва: Юристъ, 2005. С. 23.

Игнорирование международных источников правового регулирования организации и деятельности адвокатуры представляется существенным изъяном анализируемых законопроектов, может навредить имиджу нашей страны за рубежом.[487]

Помимо вышеизложенных весьма серьезных аргументов против введения государственной адвокатуры имеются также и доводы политико-экономического характера. Авторам настоящего анализа непонятно, как в одном унитарном государстве с единой судебной системой, прокуратурой, основанной на началах единоначалия, смогут существовать одновременно две адвокатуры? Причем адвокатуры, основанные на принципиально разных способах организации и управления. Такое положение вещей представляется неприемлемым для нормальной системы юстиции и будет несправедливым с точки зрения принципов правового и социального государства, ибо наличие двух адвокатур станет косвенным признаком неравенства – независимая адвокатура для тех, кто в состоянии оплатить правовую помощь и государственная, а, значит, несвободная, для тех, кто стеснен материально.

Другая сторона медали состоит в возможных экономических рисках для самого государства при формировании параллельной адвокатуры. В настоящее время большая часть производств по уголовным делам обеспечивается защитниками, оплачиваемыми за счет государственного бюджета. Как минимум, каждый четвертый-пятый адвокат участвует в делах по назначению органов, ведущих уголовный процесс. Очевидно, что при создании государственной адвокатуры вся эта нагрузка ляжет именно на ее плечи. В настоящее время неясно, каким именно образом будет оплачиваться работа «государственных» адвокатов», сколько штатных единиц потребуется для такой адвокатуры, во сколько обойдется содержание этого института. Однако уже сейчас ясно, что затраты будут немалыми.

Так, например, в настоящее время адвокатура обеспечивает своих членов на относительно приемлемом уровне помещениями, офисной техникой, связью, создает иные условия для работы, в том числе и по делам по назначению.[488] Однако вся эта инфраструктура, которая фактически находится в частной собственности, станет недоступной для государственной адвокатуры, а значит, бюджету придется нести соответствующие расходы и обеспечивать помещениями, рабочими местами, офисным оборудованием и пр. примерно тысячу адвокатов по всему Казахстану, в том числе, как в крупных городах, так и в отдаленных населенных пунктах. Авторов анализа, помимо прочего, смущает тот факт, что в специальной литературе отсутствуют вообще какие-либо данные о том, во сколько государству обходится «государственная адвокатура», поскольку в нормальных цивилизованных странах такого института не существует, а значит, нет опыта исчисления соответствующих издержек.

Другая опасность – кадровая. В настоящее время количество адвокатов вполне достаточно для того, чтобы обеспечивать дела по назначению. Фактически в распоряжении президиумов коллегий все адвокаты-члены этих коллегий. В случае необходимости коллегия может отправить любого из них принять участие в процессе

---

[487] См.: Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.:Юристъ, 2007, с. 113.

[488] Так, например, Алматинская городская коллегия адвокатов за свой счет, без какого-либо содействия со стороны, приобрела помещения для всех юридических консультаций в городе, оплачивает расходы по ремонту и содержанию этих помещений. Коллегией на базе действующей юридической консультации создан специальный центр, в котором организовано прохождение стажировки для юристов, желающих получить статус адвоката, а также повышение квалификации для уже действующих членов коллегии на бесплатной для них основе.

по всей территории соответствующей административно-территориальной единицы. Будет ли государственная адвокатура располагать таким же кадровым потенциалом? Пока особых поводов для уверенности нет, поскольку до недавнего времени адвокатов в стране было недостаточно, и нет никаких гарантий того, что «малозатратная» государственная адвокатура сможет в скором времени рекрутировать достаточное количество членов.

Исходя из вышеизложенного, полагаем, что идея создания государственной адвокатуры противоречит основным принципам организации оказания квалифицированной юридической помощи в правовом, демократическом, социальном государстве, каким провозглашает себя Республика Казахстан. Эта идея экономически и организационно несостоятельна. Её воплощение в жизнь будет прямо противоречить международным обязательствам нашей страны в области верховенства права и справедливого судопроизводства.

Заложенная в законопроекте норма о формировании коллегиями списков адвокатов, работающих по делам по назначению и заключении соглашений между этими адвокатами и государственными органами, также представляется непродуктивной. К сожалению, авторы законопроекта, предлагая такую новеллу, никак не обсуждали с самой адвокатурой приемлемость формирования подобных списков.

В настоящее время непонятно, на основе каких критериев и каким способом коллегии должны эти списки создавать, как при этом будут учитываться пожелания и интересы самих адвокатов.

Во-первых, представляется, что адвокаты должны включаться в указанные списки только на добровольных началах. В противном случае это будет похоже на принудительный труд, запрещенный Основным законом нашей страны. Но что будет, если желающих войти в эти списки окажется явно недостаточно? Такой вариант развития событий весьма вероятен, поскольку задуманная проектом закона сложная система отчетности непременно отпугнёт адвокатов, особенно в экономически развитых регионах Казахстана, где у профессиональных защитников всегда есть альтернатива свободно работать по делам по соглашению.

Во-вторых, по каким критериям должны формироваться президиумами коллегий эти списки? Вносить в них всех желающих адвокатов? Или можно отбирать самых достойных? А если не вошедшие в список с этим не согласны, есть ли у них право на обжалование такого решения? Что делать если адвокат решил выйти из списка? Ждать до конца года? Все эти вопросы остались за рамками регулирования законопроектом, хотя носят очень важный характер.

Не соответствует природе адвокатской деятельности и декларируемая законопроектом необходимость заключения соглашения об оказании юридической помощи между адвокатом и государственным органом. Адвокат должен вступать в договорные отношения по поводу защиты и представительства с самим доверителем (либо его представителем), перед которым он несет установленные законом и правилами профессиональной этики обязанности, а не органом исполнительной власти. Предложенный законопроектом вариант является примером неуместного вмешательства в доверительные отношения адвоката и лица, нуждающегося в правовой помощи.

Идея создания списков адвокатов, оказывающих гарантированную государством юридическую помощь, фактически направлена на вмешательство в деятельность адвокатуры и ограничение ее самостоятельности. В настоящее время коллегии адвокатов сами определяют адвокатов по назначению и пока никаких обоснованных претензий по этому поводу в адрес профессионального сообщества не поступало. В этой связи считаем, что и в дальнейшем не следует препятствовать

адвокатскому сообществу самостоятельно решать организационные вопросы обеспечения правовой помощи, том числе, оплачиваемой за счет государственного бюджета.

Заслуживает поддержки давно назревшая идея введения единого уполномоченного органа – провайдера бюджетных программ оплаты юридической помощи. Эта новелла позволит лучше контролировать ситуацию в сфере оказания правовой помощи населению, будет способствовать эффективности и рачительности соответствующих государственных расходов, а также облегчит для адвокатуры взаимодействие с органами исполнительной власти по рассматриваемому кругу вопросов.

ДИСКУССИОННЫЕ ВОПРОСЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ГАРАНТИРОВАННОЙ ГОСУДАРСТВОМ ПРАВОВОЙ ПОМОЩИ

Авторы не намерены ограничиться лишь критическим анализом законопроектов, поскольку понимают, что проблемы, имеющие место в этом сегменте правовых отношений, нуждаются в разрешении, тем более, что некоторые из болевых моментов можно диагностировать без особых затруднений, даже несмотря на уже упомянутое выше отсутствие репрезентативных данных о том, какие именно трудности существуют на практике с оказанием гарантированной государством юридической помощи.

Первый, наиболее острый вопрос – дискриминационный характер взаимодействия адвокатов по назначению по вопросам оплаты их труда с органами, ведущими уголовный процесс. В настоящее время защитник, по окончании соответствующей стадии производства по делу, должен согласовать со следователем или судьей размер подлежащей ему к выплате суммы. В упомянутом ранее постановлении правительства некоторые виды выполняемой адвокатом работы не учтены, и порядок согласования и получения этой оплаты нуждается в оптимизации. [489]

Парадоксально, но должностное лицо, от которого зависит размер оплаты, является процессуальным оппонентом адвоката, что не только неприемлемо с этической точки зрения, но и противоречит принципам справедливости и равенства сторон в уголовном процессе. Представляется, что пока выбор защитника и оплата его труда будут зависеть от органов следствия и дознания, право подозреваемых и обвиняемых на эффективную защиту не будет в полной мере реализовываться на практике.[490]

Вызывает сожаление то обстоятельство, что при разработке анализируемого нормативного акта мнение адвокатов как основных участников рассматриваемых правоотношений не было испрошено и, соответственно не принято к сведению. Возможно, по этой причине некоторые проблемные вопросы правоприменения остались за рамками регулирования законопроектом.

Другой, нуждающийся в обсуждении вопрос – собственно размер оплаты труда адвоката по назначению. Мы не будем приводить здесь традиционные сетования по поводу малого размера такой оплаты, ибо понятно, что адвокаты хотели бы

[489] См., например: Темирбекова А.М. Права человека и роль адвокатуры в защите прав человека // Адвокаты Алматы № 3-4(29-30) 12' 2011. С. 54

[490] См.: Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) /Кол.авторов под ред. д.ю.н. Т.Г. Морщаковой. – Москва: Мысль, 2012, с.с.512-513.

получать больше, а государство должно экономить деньги налогоплательщиков. Однако считаем уместным обратить внимание на то, что экономические ситуации в регионах Казахстана разнятся. Различны не только уровень доходов жителей этих регионов, но и уровень их расходов. В этой связи полагаем, что эти параметры целесообразно учитывать при определении ставок оплаты труда адвокатов по назначению. Кроме того, следует помнить о том, что труд адвоката является одним из весьма тяжелых с точки зрения психоэмоциональных нагрузок, а также по той степени ответственности, которая на нём лежит. Специфика этого труда заключается также в нестабильности дохода и отсутствии каких-либо серьезных социальных гарантий у адвоката. Надеемся, что уполномоченные государственные органы примут к сведению эти нюансы и, наконец, начнут адекватно и справедливо оценивать труд профессионального защитника.

Существует и организационная проблема оказания правовой помощи, оплачиваемой за счет государства: распределение нагрузки по делам по назначению не является равномерным среди всех адвокатов - членов коллегии. Как правило, есть адвокаты, которые постоянно или довольно часто ведут дела по назначению, и есть члены коллегии, которые этим почти не занимаются. Отношение к такому положению вещей в различных регионах нашей страны разное. В Алматы некоторые адвокаты иногда сетуют на необходимость работы по назначению, в то время как в экономически менее благополучных регионах адвокаты порой вступают между собой в конкурентную борьбу за возможность принять поручение, оплачиваемое за счет государства.

Хотя данная проблема не является острой, она, наряду с другими, может быть предметом для конструктивного обсуждения. Не секрет, что некоторые адвокаты хотели бы освободиться от обязанности работать по назначению, другие, наоборот, будучи заинтересованными в получени, может быть, и невысокого, но стабильного дохода, готовы постоянно заниматься такими делами. Полагаем, что интересы всех при реформировании данной системы должны быть учтены.

Кроме этого, мы, к сожалению, вынуждены констатировать наличие отдельных фактов злоупотреблений и измены профессиональному долгу со стороны адвокатов, вступающих в дела по назначению.[491] Известны случаи замены в ходе производства по делам принципиальных адвокатов их менее принципиальными и профессиональными коллегами путем злоупотребления процедурами назначения адвокатов. Есть постыдные факты предательства такими адвокатами интересов своих доверителей. [492]

Предлагаем в качестве варианта рассмотреть вопрос о создании в коллегиях адвокатов специализированных юридических консультаций, оказывающих помощь по делам, оплачиваемым из государственного бюджета. При этом было бы целесообразно предоставить право самим формировать кадровый состав этих консультаций самим коллегиям. Можно также рассмотреть вопрос о том, чтобы адвокаты, работающие в таких консультациях, получали фиксированную заработную плату, размер которой должен быть не ниже жалования сотрудников областной и приравненной к ней прокуратуры. Распределение дел, контроль дисциплины и управление процессом должны осуществлять заведующие консультациями, назначаемые президиумами коллегий. Разумеется, труд заведующих также должен

[491] Порой такие же факты имеют место и по делам по соглашению, но это - тема для отдельного разговора.

[492] См., например, Постановление Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов от 21 сентября 2006 г. // Адвокаты Алматы № 3(9) 2006. С. 41-42. Доступно также на сайте АГКА по адресу: www.agka.kz

оплачиваться государством. Взаимодействие с уполномоченным органом по поводу претензий в адрес адвокатов или предложений по улучшению условий работы, должны осуществляться на местном уровне через президиумы коллегий или напрямую через органы Республиканской коллегии адвокатов.

Такая реформа позволила бы надлежащим образом решить вопросы, затронутые в законопроектах. В частности, удалось бы повысить уровень ответственности коллегий и их членов за качество юридической помощи, поскольку процесс ее оказания стал бы более организованным и прозрачным, а контроль над деятельностью адвокатов со стороны адвокатского сообщества также стал бы более эффективным. Круг адвокатов, ответственных за оказание квалифицированной юридической помощи, оплачиваемой за счет государственного бюджета, был бы четко определен; гражданам было бы легче выказывать претензии по их работе, а органам адвокатского сообщества проще разбираться по поводу этих обращений. Предлагаемый порядок оптимизировал бы и упростил систему оплаты труда адвокатов, сократил бы количество бюрократических процедур, существующих в этой сфере.

Другой нерешённый вопрос квалифицированной юридической помощи – это участие общественных институтов в контроле её качества и доступности. Полагаем, что этот вопрос должен быть разрешен также очень осторожно, не в ущерб интресам граждан, общества и самого профессионального сообщества. По нашему мнению, оценку качества работы адвокатов могут давать только их коллеги. Эта уверенность основана отнюдь не на на корпоративной солидарности и нежелании допускать посторонних в дела цеха. Данная позиция поддерживается адвокатским сообществом в связи с тем, что, помимо специфики самой профессии, есть еще и такие весьма сложные стандарты оценки, как правила профессиональной этики, режим адвокатской тайны и др.

Главным подтверждением добросовестной работы адвоката является отсутствие к нему претензий со стороны доверителя. Вопрос, конечно, субъективный. Но при этом любой здравомыслящий доверитель, даже тот, который не обладает глубокими юридическими познаниями, видит и понимает, хорошо отработал адвокат или плохо.

Адвокатская деятельность должна оцениваться сквозь призму исполнения адвокатом требований закона и своих профессиональных обязанностей перед доверителем. Адвокат действует в соответствии с требованиями законодательства, руководствуясь при этом условиями договора об адвокатской помощи и, как правило, связан позицией по делу защищаемого (представляемого лица). Во многих случаях действия адвоката имеют очень сложную не только юридическую, но и психологическую, а также и этическую подоплеку, суть которой иногда невозможно объяснить, не раскрывая при этом обстоятельств, относящихся к адвокатской тайне. Очевидно, что соответствующий анализ и оценку работы адвоката могут делать только его коллеги, тоже связанные стандартами профессии.

Адвокатская деятельность, помимо прочего, должна оцениваться по критерию соблюдения адвокатом писанных и неписанных норм профессиональной этики. Должен быть принят единый для всех членов сообщества страны Кодекс адвокатской этики. На основе применения коллегиями этого Кодекса в ходе дисциплинарной практики следует обобщать и анализировать соответствующие решения коллегий, формировать на этой основе прецеденты и, тем самым, унифицировать стандарты оценки качества работы и правомерности поведения адвокатов.

Адвокатская деятельность также должна оцениваться с позиции следования адвокатом требованиям актов локального регулирования, которые принимаются

коллегиями адвокатов в соответствии с их полномочиями. Компетенция Республиканской коллегии адвокатов и местных адвокатских сообществ должны быть четко разграничены, их решения не должны дублировать и противоречить друг другу.

Взаимодействие органов адвокатского сообщества с государственными органами по вопросам квалифицированной юридической помощи, оплачиваемой за счет республиканского бюджета должно носить публичный и транспарентный характер.

Тем не менее, очевидно, что, как и в любом цивилизованном обществе, конечной инстаницей для разрешения правовых споров является суд. Именно этот орган и будет в конечном счёте принимать решения по поводу возможных претензий в адрес адвокатов и органов коллегий.

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

1. Положения проектов 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» в части, касающейся определения видов и субъектов оказания такой помощи, проработаны недостаточно, носят противоречивый характер, нуждаются в уточнении и конкретизации.

2. Предложение о формировании списков адвокатов, оказывающих гарантированную государством правовую помощь, противоречит принципам организации и деятельности адвокатуры, а именно ее независимости и самоуправления.

3. Положения законопроекта о создании в Республике Казахстан государственной адвокатуры противоречат основным принципам организации адвокатуры в правовом, демократическом, социальном государстве, а также - международным обязательствам Казахстана.

4. В законе целесообразно уточнить и конкретизировать разделение правовой помощи на первичную и вторичную, отнеся к первой прием граждан, консультирование, составление необходимых обращений, а ко вторичной – защиту и представительство по уголовным, административным и гражданским делам. Полномочия субъектов, оказывающих эти виды помощи, а также порядок ее предоставления должны быть детализированы в законе (в той части, в которой этого еще не сделано).

5. Оказание квалифицированной юридической помощи, состоящей в защите и представительстве по уголовным, административным и гражданским делам, должно относиться к исключительной компетенции адвокатуры как института гражданского общества, специально созданного для этих целей, и обеспечивающего должный уровень квалификации, независимости от органов уголовного преследования и суда, а также - соблюдения прав лиц, нуждающихся в такой помощи.

6. Для повышения доступности и своевременности гарантированной государством квалифицированной юридической помощи, а также обеспечения ее надлежащего качества целесообразно рассмотреть вопрос о создании специализированных юридических консультаций, оказывающих такую помощь.

7. Оценка качества оказанной юридической помощи при защите и представительстве по уголовным, административным и гражданским делам, а также дисциплинарное производство в отношении адвокатов, предоставляющих такую помощь, должно относиться к исключительной компетенции органов адвокатского сообщества.

8. В целях повышения качества и эффективности квалифицированной юридической помощи, оказываемой за счет государственного бюджета, необходимо отказаться от такого порядка утверждения размера ее оплаты, при котором адвокат находится в зависимости от органов, ведущих уголовный, гражданский и административный процесс.

9. Необходимо установить достойные и адекватные размеры оплаты труда адвокатов, оказывающих гарантированную государством юридическую помощь.

10. Нормы законопроекта, конкретизирующие статус единого уполномоченного государственного органа, ответственного за обеспечение гарантированной государством правовой помощи, заслуживают поддержки как способствующие оптимизации процесса.

11. В рамках совершенствования представленных для анализа законопроектов целесообразно провести глубокое и всестороннее изучение проблем правоприменительной практики, существующих в сфере оказания гарантированной государством юридической помощи, в том числе определить реальные затраты государства на предлагаемые в законопроекте изменения, а также оценить влияние этих изменений на ситуацию в данной области.

Апрель, 2013 г.

ВОЛОЧАЙ Е.
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

ВОССТАНОВЛЕНИЕ ПРАВ ЖЕРТВ НАРУШЕНИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА: ОСНОВНЫЕ ПРИНЦИПЫ И СОВРЕМЕННЫЕ ПРАКТИКИ КОМПЕНСАЦИЙ[493]

«Under article 14, a State party shall ensure that victims of any act of torture or ill-treatment under its jurisdiction obtain redress. States parties have an obligation to take all necessary and effective measures to ensure that all victims of these acts obtain redress. This obligation includes that State parties promptly initiate a process to ensure that victims obtain redress, even in the absence of a complaint, when there are reasonable grounds to believe that torture or ill-treatment has taken place» [494]

Несмотря на актуальность вопросов, связанных с присуждением и выплатами компенсаций вреда жертвам нарушений прав человека и в частности, жертвам пыток и жестокого обращения, едва ли можно утверждать, что в каком-то из государств мира создана система, полностью удовлетворяющая всем показателям адекватности, своевременности, эффективности и полноты восстановления прав жертв.

Пришло время описать уже состоявшиеся подходы и попытаться систематизировать связанные с вопросами компенсаций важные принципы и положения, которые отражены в разнообразных документах твердого и мягкого права и которые легли в основу практически реализованных механизмов в разных частях мира.

Посольство Великобритании Астана

493 Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Казахстане.

494 п. 27.Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. CAT/C/GC/3 19 November 2012. Committee against Torture Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. General Comment No. 3 of the Committee against Torture. Implementation of article 14 by States parties. (на момент написания доклада отсутствовал официальный перевод документа на русский язык).

Итак, с какими же принципами и положениями, и с какими другими важными вопросами связаны вопросы компенсаций жертвам нарушений прав человека?

Во-первых, с основными принципами правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью.

Во-вторых, с принципами защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью.

В-третьих, с руководящими положениями, связанными с оказанием бесплатной юридической помощи.

В-четвертых, с вопросами образования в области прав человека для правоохранительных органов, служащих пенитенциарной системы, прокуратуры, судей и адвокатов, а также в системе высшего образования[495].

I. Кто является жертвой преступления? Кто является жертвой злоупотребления властью?

«Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью»[496] дает определения жертв:

А. Жертвы преступления:

1. Под термином «жертвы» понимаются лица, которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ущемление их основных прав в результате действия или бездействия, нарушающего действующие национальные уголовные законы государств-членов, включая законы, запрещающие преступное злоупотребление властью.

Б. Жертвы злоупотребления власти:

18. Под термином «жертвы» понимаются лица, которым индивидуально или коллективно был причинен вред, включая телесные повреждения или моральный ущерб, эмоциональные страдания, материальный ущерб или существенное ущемление их основных прав в результате действия или бездействия, еще не представляющего собой нарушения национальных уголовных законов, но являющегося нарушением международно-признанных норм, касающихся прав человека.

Формы возмещения вреда для жертв нарушений прав человека

- ☐ Реституция
- ☐ Компенсация
- ☐ Реабилитация
- ☐ Сатисфакция и гарантия неповторения

Что касается компенсации

Компенсация представляется в связи с любым, экономически оценимым ущербом, вызванным нарушением прав человека, таким как:

---

[495] Этот вопрос в данном исследовании рассматриваться не будет, однако он крайне важен.

[496] Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью. A/RES/40/34

- ☐ a) физический и моральный ущерб;
- ☐ b) боль, страдания и эмоциональные переживания;
- ☐ c) упущенные возможности, включая образование;
- ☐ d) утрата доходов и способности получать доходы;
- ☐ e) разумные медицинские и прочие расходы по реабилитации;
- ☐ f) ущерб собственности или коммерческой деятельности, включая упущенную выгоду
- ☐ g) подрыв репутации и ущемление достоинства;
- ☐ h) разумные издержки на юридическую и экспертную помощь для получения возмещения.

II[497]. Сводный перечень принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью содержит 4 общих принципа[498], связанных с возмещением ущерба (компенсацией):

Принцип 36: права и обязанности, вытекающие из обязательств возмещать ущерб
Принцип 37: процедуры подачи иска о возмещении ущерба
Принцип 38: гласность процедур возмещения ущерба
Принцип 39: сфера действия права на возмещение ущерба,

а также 4 принципа, касающихся индивидуальных мер по возмещению ущерба:
Принцип 40: меры по обеспечению реституции
Принцип 41: меры по предоставлению компенсации
Принцип 42: меры по реабилитации
Принцип 43: особые меры, касающиеся случаев насильственных исчезновений.

Итак, право на возмещение ущерба основывается на:

A. Общих принципах

Принцип 36[499]: Права и обязанности, вытекающие из обязательств возмещать ущерб

В результате любого нарушения какого-либо из прав человека возникает право жертвы или ее правопреемников на возмещение ущерба, которое предполагает обязанность государства возмещать ущерб и возможность обращать иск на лицо, совершившее нарушение.

Комментарий: принцип создает причинно-следственную связь между правом жертвы или ее правопреемников на возмещение ущерба и обязанностью

[497] Подготовлено в рамках «Аналитической справки по вопросу исполнения Кыргызской Республикой соображений международных органов по правам человека по индивидуальным сообщениям. Для Молодежной Правозащитной Группы, Бишкек, 2011. С дополнениями.
[498] Отправление правосудия и права человека задержанных лиц. Вопрос о безнаказанности лиц, виновных в нарушениях гражданских и политических прав человека. Окончательный доклад, подготовленный г-ном Л. Жуане во исполнение решения 1996/119 Подкомиссии. E/CN.4/Sub.2/1997/20 от 26 июня 1997. Приложение 1 «Сводный перечень принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью», стр.17-18
[499] Там же, Приложение II «Свод принципов защиты и поощрения прав человека посредством борьбы с безнаказанностью», стр.32 и далее (принципы 36-43).

государства возмещать ущерб. Также принцип охватывает любые нарушения какого-либо из прав человека (без исключений). Принцип также поддерживает возможность искового производства в отношении лиц, совершивших нарушения, - будет ли иск подан напрямую жертвой или ее правопреемниками, или же он будет подан к лицу, совершившему нарушение прав человека, в регрессном порядке самим государством, предварительно компенсировавшим вред жертве или ее правопреемникам.

Принцип 37: Процедуры подачи иска о возмещении ущерба

Любой жертве должна быть предоставлена возможность воспользоваться легкодоступной, оперативной и эффективной процедурой подачи иска, содержащей ограничения в отношении срока давности, установленной в принципе 27, в ходе этой процедуры жертве должна быть обеспечена защита от запугивания и репрессий.

Осуществление права на возмещение ущерба включает доступ к применимым международным процедурам.

(Дополнительно принцип 27: Ограничения в отношении срока давности)

Срок давности, как с точки зрения преследования, так и с точки зрения наказания, не может исчисляться в течение периода, когда отсутствуют эффективные средства правовой защиты.

Срок давности не применяется в отношении тяжких преступлений по международному праву, которые, по своей природе, не погашаются давностью.

В случае действия срока давности он не применяется в отношении гражданских или административных исков, предъявляемых жертвами в целях возмещения понесенного ими ущерба).

Комментарий: данный принцип характеризует процедуру подачи иска о возмещении ущерба. Процедура должна быть такой, чтобы не создавать дополнительных сложностей для человека и так уже ставшего жертвой нарушения прав человека. Именно поэтому принцип подчеркивает, что данная процедура должна быть легкодоступной для жертвы, не занимать много времени (оперативной), а также заканчиваться реальным присуждением и выплатой ущерба и компенсаций (не формальной, а реальной). Жертвы тяжких преступлений не должны быть ограничены сроком давности в подаче гражданских и административных исков (как гласит ч. 3 принципа 27). В ходе процедуры жертва должна быть свободна от запугиваний и репрессий, а также надежно защищена от любых подобных посягательств. Также этот принцип устанавливает взаимосвязь с международными процедурами, так как осуществление права на возмещение включает доступ и к международным органам.

Принцип 38: Гласность процедур возмещения ущерба

Специальным процедурам, позволяющим жертвам осуществлять свое право на возмещение ущерба, следует обеспечивать максимальную гласность, включая использование частных средств массовой информации. Такая гласность должна обеспечиваться как внутри страны, так и за рубежом, в том числе по консульским каналам, в особенности в странах, в которые вынуждены были эмигрировать многочисленные жертвы.

Комментарий: данный принцип описывает обязанности государств распространять информацию о реализации права жертвы на возмещение и компенсацию. Вполне уместно соединить данный принцип с выполнением Плана действий по образованию в области прав человека на Втором этапе Всемирной

программы по обучению правам человека[500], в которой главными целевыми группами являются гражданские служащие, сотрудники правоохранительных органов, а также военные и студенты и преподаватели высших учебных заведений, проводящих профессиональную подготовку будущих сотрудников государственных органов и ведомств. Этот принцип напрямую связан со свободой слова и независимостью средств массовой информации, так как является очевидным, что придание публичной огласке информации о злоупотреблениях и преступлениях со стороны людей, обладающих властными полномочиями, вызывают широкий общественный резонанс и могут вызвать явное неудовольствие властей и незаконные попытки не допустить появления этой информации в медиа.

Принцип 39: Сфера действия права на возмещение ущерба

Право на возмещение ущерба должно охватывать весь ущерб, понесенный жертвой; оно предусматривает, с одной стороны, индивидуальные меры, связанные с правом на реституцию, компенсацию и реабилитацию, а с другой – такие меры общего характера по возмещению ущерба, как сатисфакция и гарантия неповторения.

Комментарий: данный принцип гарантирует комплексный подход – охват мер как общего, так и индивидуального характера (сатисфакция и гарантия неповторения в сочетании с индивидуальными мерами: реституцией, компенсацией и реабилитацией жертвы). Данный принцип представляется центральным, так как не позволяет искусственно ограничиться мерами общего или индивидуального характера в каждом конкретном случае возмещения ущерба при восстановлении права жертвы после любого нарушения прав человека. Практика показывает, что некоторые государства при решении вопроса о возмещении причиненного нарушением прав человека вреда стремятся ограничиться мерами «половинчатого» характера.

Также право на возмещение ущерба основывается на В. Принципах, касающихся индивидуальных мер по возмещению ущерба:

Принцип 40: Меры по обеспечению реституции

Реституция, которая должна быть направлена на восстановление того положения, в котором жертва находилась ранее, подразумевает, среди прочего, восстановление ее индивидуальных свобод, ее право на гражданство, на семейную жизнь, на возвращение в свою страну, на труд и на владение имуществом.

Комментарий: данный принцип описывает те многоплановые усилия, которые должны быть предприняты государством в случае, если в результате нарушения прав и свобод, жертва понесла какого-либо рода потери, связанные с разными сторонами ее жизни: семьей, вынужденным отъездом из страны пребывания, утратой или повреждением имущества, утратой гражданства и другими правами и

[500] A/HRC/15/28 Проект плана действий на второй этап (2010−2014 годы) Всемирной программы образования в области прав человека в соответствии с резолюцией 12/4 Совета по правам человека. Записка Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека. Совет по правам человека Пятнадцатая сессия. Ежегодный доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека и доклады Управления Верховного комиссара и Генерального секретаря.

свободами, т.е. всем тем, что составляет основу для качества жизни индивида и личности.

Принцип 41: Меры по предоставлению компенсации

Компенсация должна соответствовать выраженному в денежном выражении размеру всего понесенного ущерба, в частности:

а) физического и морального ущерба, включая причинение боли, страдания и эмоциональные стрессы;

б) утраты каких-либо потенциальных возможностей, в том числе, в области образования;

в) материального ущерба и потери доходов, включая упущенную выгоду;

г) посягательств на репутацию или достоинство;

е) расходов на юридическую помощь и проведение экспертиз.

Право на возмещение ущерба может осуществляться коллективно в пользу пострадавших групп, в частности, в рамках двусторонних или многосторонних соглашений, заключенных по окончании вооруженного конфликта.

Комментарий: данный принцип показывает многообразие необходимых мер, включаемых в «компенсационный пакет», предназначенный для жертв нарушений прав человека. Принцип не дает возможности ограничиться одним-двумя наиболее очевидными факторами вреда, требующими возмещения (например, известны попытки полного отказа от возмещения ущерба, когда жертва не имеет видимых расстройств физического компонента здоровья). Важно, что принцип подчеркивает полноту возмещения – возмещению подлежит «весь понесенный ущерб», а также устанавливает денежное выражение его размера. Одним из возможных механизмов возмещения причиненного вреда является договорной механизм (не судебный). В таком случае целые группы пострадавших могут вести коллективные переговоры и добиваться возмещения вреда одновременно в пользу всех пострадавших на согласованных в ходе переговоров условиях. Эти согласованные условия могут препятствовать возможности подачи дополнительных исков (жертвам могут быть предложены условия, когда они будут вынуждены при получении определенных договором сумм возмещения отказаться от всех иных претензий и не смогут воспользоваться другими механизмами получения компенсаций).

Принцип 42: Меры по реабилитации

Меры по реабилитации охватывают оплату расходов по предоставлению медицинской и психологической или психиатрической помощи, а также социальных, юридических и иных услуг.

Комментарий: данный принцип может быть применен как ретроспективно, так и перспективно. При ретроспективном применении будут учитываться суммы уже понесенных расходов (фактически возмещен вред, подтверждаемый финансовыми документами – материальный вред). При присуждении сумм на реабилитацию на будущие периоды важно построить качественный прогноз возможного состояния и предусмотреть возможность обращения жертвы, в случае необходимости, с дополнительным иском о возмещении так называемого длящегося вреда (например, более позднее, чем присуждение компенсации, выявление ранее не выявленных негативных последствий для жертвы).

Принцип 43: Особые меры, касающиеся случаев насильственных исчезновений

После выяснения судьбы исчезнувшего лица семья жертвы должна быть информирована об этом, с тем, чтобы в случае смерти тело жертвы было передано ей после его опознания, а также о том, установлена ли личность виновных, подвергаются ли они преследованию или предаются суду.

Комментарий: принцип касается поддержки семей насильственно исчезнувших людей, которые нуждаются не столько в материальной компенсации причиненного вреда, сколько в раскрытии правды о факте насильственного исчезновения и возможности соблюсти традиции и обряды погребения, уважения к близкому человеку. Для семей исчезнувших представляется крайне важным установление личности причастных к исчезновению, их преследование по закону и предание суду.

Уже указанный перечень принципов следует также дополнить:

Принципом непосредственных представлений претензий от имени жертвы:

п.105[501] «….представляется крайне важным, чтобы пострадавшие лица могли представлять претензии от своего собственного имени и не были вынуждены полагаться на добрую волю правительств»

и принципом централизации:

п.111[502] ii) «необходимо иметь центральный, плановый, законодательный и административный механизм, поскольку только принцип централизации может обеспечить равенство прав».

Указанные принципы напрямую связаны с необходимостью разработки институциональных государственных систем и практически функционирующих механизмов присуждения и выплаты компенсаций в различных государствах, о чем пойдет речь ниже.

III. Вопросы, связанные с оказанием бесплатной юридической помощи и получением компенсаций жертвами[503]

«Руководящее положение 12. Финансирование общенациональной системы юридической помощи. 62. Бюджетные средства, предназначенные для оказания юридической помощи, должны покрывать весь спектр услуг, предоставляемых лицам, задержанным, арестованным, подозреваемым или обвиняемым, или осужденным в связи с совершением уголовного преступления, и потерпевшим. Особые финансовые ресурсы следует выделять в надлежащем объеме для покрытия расходов на защиту, например в связи с копированием

[501] Обзор дальнейших событий в областях, которыми занимается подкомиссия. Исследование, касающееся права на реституцию, компенсацию и реабилитацию в отношении жертв грубых нарушений прав человека и основных свобод. Окончательный доклад представлен Специальным докладчиком г-ном Тео ванн Бовеном. Сорок пятая сессия. E/CN.4/Sub.2/1993/8 2 July 1993, стр.41.

[502] Там же, стр.43

[503] Организация Объединенных Наций A/C.3/67/L.6. Шестьдесят седьмая сессия. Третий комитет. Пункт 103 повестки дня «Предупреждение преступности и уголовное правосудие». Принципы и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия.

необходимых материалов и документов, сбором доказательств, оплатой услуг свидетелей-экспертов, судебно-медицинских экспертов и социальных работников, а также для покрытия путевых расходов. Выплаты следует производить своевременно».

Исходя из вышеуказанного, при разработке национальной системы поддержки жертв нарушений прав человека, следует предусмотреть бюджетные средства, которые будут покрывать стоимость услуг свидетелей-экспертов (имеется в виду «эксперт, приглашенный стороной защиты»), судебно-медицинских экспертов, социальных работников, вовлеченных в систему оказания поддержки жертвам. Также необходимо предусмотреть средства в бюджете для оплаты проезда указанных специалистов во время досудебного следствия, судебного процесса и после суда, если это будет необходимо для всего комплекса оказания юридической помощи в целом и разрешения вопроса о предоставлении компенсации, в частности.

Принцип своевременности выплат также подчеркивается.

Обязанности и ответственность государства

«Принцип 2. Обязанности государства. 15. Государствам следует рассматривать предоставление юридической помощи как один из элементов их обязанностей и ответственности».

В п.п. 15-19 речь идет о мерах законодательного и нормативного характера, комплекса практических мер, которые являются эффективными, устойчивыми и надежными, а также предусмотреть для реализации необходимые ресурсы (финансовые, кадровые). Также документ подчеркивает необходимость независимости структур и лиц, предоставляющих юридическую помощь, информированности заинтересованных лиц и общества в целом, а также предупреждения совершения противоправных деяний, в том числе – уголовно наказуемых, об альтернативных видах разрешения споров, различных правовых процедурах, обязанностях и правах.

Кто может быть получателем юридической помощи?

«В Принципах и руководящих положениях не устанавливается какая-либо конкретная форма предоставления юридической помощи, а рекомендуется государствам гарантировать основные права на юридическую помощь лицам, подвергаемым задержанию, аресту[504] или заключению, подозреваемым[505] или обвиняемым, или осужденным в связи с совершением уголовного преступления с распространением юридической помощи и на тех лиц, которые вступили в контакт с системой уголовного правосудия, и диверсификацией программ предоставления юридической помощи».

«Принцип 4. Предоставление юридической помощи потерпевшим в результате преступлений. 24. Без ущерба для прав обвиняемых и без их

[504] Термины «арест», «задержанное лицо» и «заключенное лицо» понимаются так, как они определены в Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (резолюция 43/173 Генеральной Ассамблеи, приложение) (сноска 9 стр. 6 A/C.3/67/L.6 12-52955)

[505] Право подозреваемых на предоставление им юридической помощи возникает до допроса, если они осознают, что стали объектом расследования, и если им угрожает применение насилия или запугивание, в частности в местах лишения свободы (сноска 10 стр. 7 A/C.3/67/L.6 12-52955)

нарушения государствам следует оказывать, когда это необходимо, юридическую помощь потерпевшим в результате преступлений».

«Руководящее положение 7. Предоставление юридической помощи потерпевшим. 48. Без ущерба для прав обвиняемых и без их нарушения и в соответствии с действующим внутренним законодательством государствам следует принимать, в соответствующих случаях, надлежащие меры для обеспечения того, чтобы:

a) потерпевшим в результате преступлений предоставлялись необходимые консультации, помощь, уход, средства и поддержка на протяжении всего процесса уголовного производства таким образом, чтобы не допустить повторную виктимизацию и вторичную виктимизацию[506];

b) дети-жертвы получали, когда это необходимо, юридическую помощь в соответствии с Руководящими принципами, касающимися правосудия в вопросах, связанных с участием детей-жертв и свидетелей преступлений[507];

c) потерпевшие получали юридические консультации по любому вопросу, связанному с их участием в уголовном производстве, в том числе по вопросу возможной подачи гражданского иска или требования о компенсации в рамках отдельного судопроизводства, если это согласуется с действующим внутренним законодательством;

d) потерпевшие незамедлительно информировались сотрудниками полиции и других органов, оказывающих первую помощь (например, медицинских, социальных органов и органов, занимающихся обеспечением благополучия детей), об их праве на информацию и праве на юридическую помощь, содействие и защиту и о том, как воспользоваться такими правами;

e) мнения и озабоченности потерпевших представлялись и рассматривались на соответствующих стадиях уголовного производства, если затронуты их личные интересы или когда этого требуют интересы правосудия;

f) учреждения, оказывающие услуги потерпевшим, и неправительственные организации могли предоставлять юридическую помощь потерпевшим;

g) были установлены механизмы и процедуры для обеспечения тесного сотрудничества и соответствующие системы взаимодействия между юрисконсультами и другими специалистами (например, работниками медицинских, социальных органов и органов, занимающихся обеспечением благополучия детей), с тем чтобы получить полное представление о потерпевшем, а также произвести оценку его юридического, психологического, социального, эмоционального, физического и внутреннего состояния и потребностей».

Данный раздел документ предполагает, что лица «которые вступили в контакт с системой уголовного правосудия», могут нуждаться в юридической помощи. Часто те же люди, кто подвергся аресту, заключению, подозреваемые и обвиняемые, а также осужденные, в это же время являются и жертвами пыток и/или жестокого обращения. Следовательно, они же должны рассматриваться как реципиенты бесплатной юридической помощи как лица, вступившие в контакт с системой уголовного правосудия не только в качестве арестованного, подвергшегося

---

[506] «Повторная виктимизация» и «вторичная виктимизация» толкуются так, как они определены в пунктах 1.2 и 1.3 добавления к Рекомендации Rec (2006) Комитета министров государствам — членам Совета Европы об оказании помощи жертвам преступлений (сноска 16 стр.17 A/C.3/67/L.6 12-52955)

[507] Резолюция 2005/20 Экономического и Социального Совета, приложение (сноска 17 стр. 17 A/C.3/67/L.6 12-52955)

заключению, подозреваемого, обвиняемого и осужденного, а также и потерпевшего в случае, если они подверглись пыткам или жестокому обращению.

Важность своевременности и эффективности юридической помощи

«Принцип 7. Своевременное и эффективное предоставление юридической помощи. 27. Государствам следует обеспечивать своевременное и эффективное предоставление юридической помощи на всех этапах процесса уголовного правосудия.

28. Эффективная юридическая помощь включает, но не ограничивается этим, предоставление беспрепятственного доступа к услугам юрисконсультов задержанным лицам, обеспечение конфиденциальности коммуникаций, доступа к материалам дела, а также предоставление достаточного времени и возможностей для подготовки своей защиты».

Чаще всего, жертвы нарушений прав человека, особенно пыток и жестокого обращения не имеют своевременного и эффективного доступа к юридической помощи, а, следовательно, пропускают возможность собрать качественные доказательства, которые могли бы увеличить эффективность их защиты и получение компенсаций. Несвоевременное предоставление юридической помощи (особенно на досудебном этапе уголовного правосудия) зачастую препятствует своевременному сбору и оценке медицинских и психологических данных о пытках и жестоком обращении, поскольку без доступа к квалифицированному юристу практически невозможно назначить и провести необходимые экспертизы или инициировать расследование жалоб на жестокое обращение или пытки. Позже – на судебном этапе – отсутствие доказательств резко снижает эффективность защиты и препятствует получению справедливой компенсации. (См. также Руководящее положение 4. Юридическая помощь на досудебной стадии процесса (п. 44 a-g) и Руководящее положение 5. Юридическая помощь на стадии судебного разбирательства (п. 45 a-g) и, в частности, «d) обеспечивать присутствие адвоката обвиняемого на всех важнейших стадиях разбирательства. Важнейшие стадии – это все стадии уголовного производства, на которых необходимы консультации адвоката для обеспечения права обвиняемого на справедливое судебное разбирательство или на которых отсутствие адвоката может негативно отразиться на подготовке или изложении аргументов защиты»).

Важность получения информации о юридической помощи

«Руководящее положение 2. Право на получение информации о юридической помощи. 42. Для того чтобы гарантировать осуществление прав лиц, которых необходимо информировать об их праве на юридическую помощь, государствам следует обеспечивать, чтобы: e) лицам, которые не были должным образом информированы об их праве на юридическую помощь, были предоставлены эффективные средства правовой защиты. Такие средства могут включать запрет на проведение процессуальных действий, освобождение из-под стражи, исключение доказательств, судебный пересмотр дела и компенсацию».

Поскольку среди средств эффективной правовой защиты перечислены такие важные средства как «запрет на проведение процессуальных действий, освобождение из-под стражи, исключение доказательств, судебный пересмотр дела и компенсацию», это лишний раз доказывает, что не информирование лица о праве на юридическую помощь является значительным нарушением гарантий соблюдения прав человека и предполагает, кроме процессуальных действий также и

компенсацию причиненного вреда в связи с нарушением реализации их права на получение информации и юридической помощи.

Гарантии для наиболее уязвимых групп

«Руководящее положение 9. Осуществление права женщин на получение доступа к юридической помощи. 52. Государствам следует принимать эффективные и надлежащие меры для обеспечения права женщин на получение доступа к юридической помощи, в том числе путем: c) предоставления юридической помощи, консультаций и судебной поддержки на протяжении всего судебного разбирательства женщинам, ставшим жертвами насилия, с тем чтобы обеспечить доступ к правосудию и не допустить вторичной виктимизации, а также других подобных услуг, которые могут включать в себя перевод юридических документов, если поступает просьба об этом или возникает необходимость в этом.

Несовершеннолетние реже становятся жертвами пыток, однако это не означает, что дети не являются жертвами жестокого обращения вообще. Поэтому см. также «**Руководящее положение 10. Особые меры в интересах детей».**

IV. Практики и примеры реализации положений о компенсациях в национальных системах

Указанные выше принципы в той или иной мере реализованы в практических подходах на законодательном и исполнительном уровнях в различных государствах. Об этом и пойдет речь ниже – что сделано конкретными государствами для реализации разработанных международными структурами принципов на национальном уровне.

Латинская Америка и США

Межамериканский Суд по правам человека признается как наиболее прогрессивный в деле применения средств судебной защиты. Профессор Давид Балюарте в своей работе «Структурирование реализации: Межамериканский опыт работы национальных механизмов для реализации решений органов по правам человека»[508] отмечает наиболее полный перечень возмещения вреда: «…13 категорий возмещения вреда (репараций), присуждаемых Межамериканским Судом, которые также характерны и для видов репараций, присуждаемых Межамериканской Комиссией[509]. Этими категориями решений, в порядке частоты их вынесения, являются следующие: (1) денежное возмещение вреда, (2) символическое признание ответственности и извинения, (3) законодательные и административные меры для гарантии того, чтобы подобные нарушения не повторялись, (4) расследование, преследование в уголовном порядке и наказание виновных лиц, (5) обучение в области прав человека для государственных должностных лиц, а также широкий круг мер по реституции или отмене, таких как: (6) отмена или иной

[508] Данная статья основана на докладе автора исследования, профессора Балюарте на совещании, организованном ИОО и Управлением Верховного комиссара ООН по правам человека в декабре 2011 года в Иссык-Куле, Кыргызстан.

[509] Приведенный анализ частично основан на статье автора, принятой к публикации в American University International Law Review под названием *Strategizing for Compliance: The evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims' representatives*. [в печати]

пересмотр решений национальных судебных или административных органов, (7) предоставление медицинской и психологической помощи лицам, пострадавшим от нарушений прав человека, (8) возвращение останков жертв ближайшим родственникам, (9) восстановление на прежнем месте работы, (10) стипендии или льготы при получении образования для лиц, пострадавших от нарушений прав человека, (11) защита лиц, которым угрожает риск подвергнуться насилию, (12) внесение поправок в документы публичного характера, и (12) создание фондов развития и другие общественные средства защиты».

Проанализировав указанный список, следует задаться вопросом, на какой именно из трех существующих ветвей власти лежит ответственность за максимально возможную реализацию всех указанных мер. Профессор Д. Балюарте указывает приблизительную пропорцию «ответственности», из которой явно следует, что максимальная доля ответственности за выполнение обязательств перед жертвой нарушения прав человека лежит на органах исполнительной власти: «…степень реализации средств защиты, относящихся, главным образом, к сфере деятельности исполнительной власти, составляет приблизительно 55 %, степень реализации средств защиты, относящихся, главным образом, к сфере деятельности законодательной власти, составляет приблизительно 20 %, в то время как степень реализации средств защиты, входящих, главным образом, в сферу деятельности судебных органов, составляет меньше 5%»[510]. Таким образом, речь идет о выделении и распределении ресурсов в большей степени, чем о регулирующих нормах и судебных решениях. Поскольку вынесенные решения о присуждении компенсаций и возмещения вреда должны быть практически исполнены, а для этого, кроме законов и правил, необходимы ресурсы и действенные структуры, ответственные за эффективное распределение выделенных в пользу жертв ресурсов (не только финансовых) по уже вынесенным судами или комиссиями решениям.

В разных странах Латинской Америки существуют различные институциональные варианты комбинаций структур, осуществляющих реализацию решений международных и национальных судов в отношении жертв нарушений прав человека.

Некоторые примеры[511] будут полезны для изучения и выработки новых подходов в других регионах, таких как Центральная Азия.

«В 2008 году Правительство Эквадора издало исполнительный указ, согласно которому на созданное годом ранее Министерство юстиции и прав человека возлагались полномочия по координации соблюдения обязательств в области прав человека перед органами ООН и ОАГ.

На Министерство была возложена обязанность уведомлять соответствующие органы власти об обязанности проводить расследования и преследовать в уголовном порядке по фактам нарушений прав человека и осуществлять надзор над

---

[510] Там же.

[511] Все примеры, обсуждаемые в этом разделе, взяты из двухтомника, опубликованного Центром правосудия и международного права [Center for Justice and International Law – CEJIL] под названием *Implementation of the Decisions of the Inter-American Human Rights System: Jurisprudence, Norms and National Experiences* (оригинал на испанском языке), *см. на сайте:* http://cejil.org/sites/default/files/implementacion_de_las_decisiones_del_sidh_0.pdf; и *Implementation of the Decisions of the Inter-American Human Rights System: Contributions to Legislative Processes* (оригинал на испанском языке), *URL:* http://cejil.org/sites/default/files/implementacion_aportes_para_los_procesos_legislativos_2.pdf.

органами следствия и прокуратуры. Министерству было поручено координировать с Министерством финансов вопросы, связанные с выплатой денежных компенсаций, а также контактировать со всеми другими государственными органами, причастными к установленным нарушениям прав человека, и поэтому обязанными участвовать в общих мерах по применению средств защиты от нарушений».

«В ограниченном числе случаев законодательные органы государств, относящихся к юрисдикции межамериканских органов по защите прав человека, принимали законы, в которых рассматривался вопрос реализации решений Межамериканской Комиссии, Суда или органов ООН. Эти законодательные инициативы служат различным целям, от простой констатации того, что решения Межамериканского Суда имеют юридическую силу, до формулирования довольно сложных процессов компенсации жертв нарушений прав человека и более всестороннего подхода к реализации».

Коста-Рика – подписание соглашения между Коста-Рикой и Межамериканским Судом по правам человека (ноябрь 1983)

Данный закон, принятый законодательным органом Коста-Рики в 1983 году, гласит: «Решения Межамериканского Суда по правам человека и его Председателя, будучи доведены до сведения соответствующих административных и судебных органов Республики, имеют такую же юридическую силу и обеспечены такими же правовыми санкциями, как и решения, принимаемые судами Коста-Рики».

Колумбия – выплата компенсаций жертвам нарушений прав человека, определенных международными органами (июль 1996)

В Колумбии национальным законодательством предусмотрен процесс выплаты денежных компенсаций, определенных в решениях международных органов по правам человека. В 1996 году в Колумбии был принят закон 288 о компенсациях жертвам нарушений прав человека, не имеющий обратной силы. Закон охватывает все дела, по которым Комитет по правам человека или Межамериканская Комиссия объявили, что Колумбия несет ответственность за нарушения прав человека и приказали выплатить компенсации. Однако в законе содержится требование о том, что выплата таких компенсаций подлежит утверждению Комитетом, состоящим из представителей Министерства внутренних дел, Министерства иностранных дел, Министерства юстиции и Министерства обороны.

В законе указывается, что Комитет должен утвердить исполнение решения, если проверка судопроизводства показывает, что были представлены необходимые фактические и юридические доказательства – Комитет должен принять такое решение в течение 45 дней. Если Комитет устанавливает, что такие доказательства не были представлены, он должен потребовать, чтобы правительство оспорило международный процесс; однако в законе отмечается, что если решение окончательное и не может быть обжаловано, Комитет должен поддержать его исполнение.

В законе разъясняется, что для исполнения решения международного органа правительство должно затребовать проведение слушаний перед представителем соответствующего государственного органа и предпринять меры по урегулированию спора в течение 30 дней. Государственный орган проводит слушания для установления суммы компенсации, определяемой с использованием критериев, применяемых в соответствующей национальной судебной практике. Для выплаты компенсации должна быть установлена связь между причиной и правонарушением.

Правительство должно уведомить международный орган по правам человека о принятых мерах. Такое решение утверждается Административным судом, и решения Административного суда можно обжаловать».

Перу – постановления о порядке исполнения решений наднациональных трибуналов (июль 2002)

«**…**в 2002 году в Перу был принят закон, определяющий порядок исполнения приговоров, вынесенных наднациональными судами. Действие закона распространяется на решения всех «наднациональных трибуналов» и в нем определены конкретные меры, которые должны быть приняты, чтобы осуществлялись те решения наднациональных судов, которые требуют либо выплаты денежных компенсаций, либо деклараторной защиты (судебной защиты в форме определения прав и обязанностей сторон).

Описанный в законе процесс касается как должностных лиц исполнительной ветви власти, так и представителей судебных инстанций. Во-первых, Министерство иностранных дел должно передавать все решения в тот суд и тому судье, который последним рассматривал дело, или судье, ознакомленным с приговором по делу. Этот суд должен приказать Министерству юстиции выплатить любую компенсацию, конкретно определенную в решении, в течение десяти дней. Министерство юстиции в течение тридцати дней может обжаловать сумму компенсации, и судья должен решить такой спор в течение пятнадцати дней. Закон требует, чтобы в Министерстве юстиции был создан и поддерживался фонд, предназначенный специально для этой цели. Если в решении содержится требование о выплате неопределенной денежной суммы, судья национального суда должен начать процесс для определения соответствующей суммы, который должен продолжаться не дольше 30 дней. В отношении не денежных репараций суд должен издать приказ соответствующим государственным органам об исполнении решения в течение десяти дней после получения уведомления из Верховного Суда. Законом также предусмотрен порядок разрешения конфликтов, возникающих вследствие несоответствий между национальным законодательством и соответствующим наднациональным судом, а также процедуры установления личной ответственности за нарушения прав человека и санкции в отношении виновных в таких нарушениях должностных лиц. И, наконец, Верховный Суд Республики должен проинформировать, через Министерство иностранных дел, Межамериканский Суд по правам человека о мерах, принятых для исполнения его решений».

Бразилия

«В Бразилии в 2000 и 2004 годах вносились законопроекты, в которых делались попытки создать структуру для возмещения ущерба жертв нарушений прав человека. Законопроект 2000 года касался исключительно межамериканской системы, в то время как в версии 2004 года учитывались все международные органы по правам человека. В этих законопроектах предусматривалось, что приказы о денежных компенсациях должны издавать органы, решения которых имеют юридическую силу в национальной правовой системе, при этом они должны придерживаться тех денежных сумм, которые определены международным органом. Более того, эти законопроекты устанавливали право государства взыскать деньги путем юридических действий против лиц, признанных виновными, независимо от того, являются ли они государственными (денежные суммы в таких случаях

взыскиваются непосредственно из федерального государственного казначейства) или частными лицами или органами».

Аргентина

«В…предложении 2000 года предусматривалась более всесторонняя концепция реализации и определялись следующие меры: (1) выплата компенсации в течение 90 дней или в течение следующего бюджетного цикла; (2) вынесение вопроса о неуказанной сумме компенсации на арбитражное разбирательство; и (3) отмена или обнародование административных, законодательных или судебных мер в течение 90 дней после получения решения.

В предложении 2001 года предусматривался всесторонний процесс реализации рекомендаций Межамериканской Комиссии. В случаях, когда Межамериканская Комиссия налагает конкретные обязательства на Аргентину – не связанные непосредственно с компенсацией, исполнительные, судебные или законодательные органы должны незамедлительно принять соответствующие меры. Когда рекомендуется компенсировать ущерб, обязательство должно быть направлено в соответствующую провинцию. В этой провинции судья должен принять решение о сумме компенсации на основании критериев, установленных Межамериканской Комиссией, а также с учетом международного законодательства и национальной судебной практики».

Как видим, полезный опыт Латинской Америки заключается в том, что на протяжении уже многих лет осуществляются разнообразные законодательные инициативы и практические меры, в которых центральную роль играют органы исполнительной власти.

Обобщая столь разнообразный опыт, мы видим в разных странах Латинской Америки похожие и различающиеся между собой, но практически созданные и функционирующие на основании указов, законов и других актов межведомственные комиссии и комитеты, состоящие из представителей министерств и ведомств, осуществляющие широкий спектр обязанностей и имеющие разнообразные полномочия.

Министерства юстиции координируют действия, связанные с выплатой жертвам нарушений прав человека денежных компенсаций с Министерством финансов. Они также контактируют «…со всеми другими государственными органами, причастными к установленным нарушениям прав человека, и поэтому обязанными участвовать в общих мерах по применения средств защиты от нарушений» (Эквадор). Решения международных инстанций (Межамериканского Суда по правам человека, Комитета ООН по правам человека) уравнены по силе с решениями национальных судов (Коста-Рика). В процесс утверждения сумм компенсации вовлечены, кроме Министерства юстиции, также и Министерство Внутренних дел, Министерство обороны, Министерство иностранных дел (Колумбия). Происходит оценка поданных доказательств, и в случае их недостатка для комиссии или комитета, включается судебная процедура (Колумбия). Опыт Перу подчеркивает роль Министерства иностранных дел, которое участвует в информировании национальных судов о вынесенных решениях наднациональных инстанций. В свою очередь именно суд вовлекает в процесс действий по восстановлению нарушенного права жертвы Министерство юстиции, при котором существует Фонд для выплаты компенсаций. Обычные сроки выплаты компенсаций в указанных национальных системах варьируют от 10 (Перу) до 90 дней или в следующем бюджетном периоде (Аргентина) после судебной или административной процедуры. В большинстве стран предусмотрены регрессные иски или обращение с

другими санкциями к лицам, виновным в нарушении прав человека, и вышеуказанные действия подкрепляются системными мерами, в частности отменой «…любых законов об амнистии для лиц, виновных в нарушениях прав человека, отмена законов об исковой давности, препятствующих возбуждать дела о нарушениях прав человека, и отказ от использования правила против повторного возбуждения уголовного дела после его завершения (*non bis in idem*) в делах о нарушениях прав человека»[512].

США

В США защитой прав жертв уголовных преступлений занимается Национальный Центр помощи Жертвам Преступлений (The National Center for Victims of Crime, основана в 1985 году) – неприбыльная организация, финансируемая членскими взносами, корпоративными пожертвованиями, государственным бюджетом (правительственные гранты). Эта система интересна как модель для исследования и разработки систем поддержки жертв нарушений прав человека в других странах.

«В настоящее время с помощью этой и других организаций, входящих в американскую систему защиты прав жертв, каждый год 200 000 жертв получают компенсации в общей сумме 500 млн. долларов. Большая часть этих средств (75%) взыскивается с правонарушителей напрямую с помощью определений судов. Остальные средства (35%) поступают от федеральных грантов, направленных на финансирование программ компенсации жертвам и впоследствии взыскиваются с правонарушителей с помощью регрессных исков. Согласно статистике, жертвы физического насилия составляют около половины всех пострадавших от пыток и получивших компенсации на этом основании. При этом около трети пострадавших составляют жертвы бытового насилия. Жертвам сексуального насилия над детьми выплачивается 29% от общего количества компенсаций. Примерно 10% общего количества компенсаций выплачивается семьям жертв, погибших в результате совершенных против них правонарушений. Около 8% компенсаций выплачивается взрослым жертвам сексуального насилия. Выплаченные компенсации покрывают широкий перечень потерь, вызванных правонарушениями против жертв. Это может быть оплата медицинской помощи, лечение психических расстройств, оплата похорон, компенсация в связи с утраченным заработком. Также компенсации могут покрывать расходы на: очистку места преступления, транспортные расходы на лечение, средства на ведение хозяйства и уход за ребенком, если жертва не в состоянии выполнять эти задачи.

Несмотря на то, что каждый штат имеет различные законы, механизм компенсации жертвам имеет одинаковую схему:

а) заявление о преступлении в правоохранительные органы и дальнейшее сотрудничество с полицией и прокуратурой (законы многих штатов имеют исключения в отношении этой нормы, особенно в отношении детей-жертв);

б) своевременное заполнение соответствующей формы-заявления о компенсации жертвам (здесь также возможны исключения);

в) наличие ущерба или потерь, не покрытых страховкой или другой государственной программой защиты (компенсация жертвам выплачивается после использования других способов компенсации ущерба);

---

[512] *Strategizing for Compliance: The evolution of a compliance phase of Inter-American Court litigation and the strategic imperative for victims' representatives*.

г) в действиях жертвы отсутствуют признаки противоправных действий, ставших причиной преступления (права членов семьи обычно зависят от поведения жертвы, когда в рамках программы происходит оценка этого требования).

Для получения компенсации задержание или осуждение преступника не требуется. Максимальные суммы компенсаций в среднем по каждому штату составляют 25 тыс. долларов, иногда больше, иногда меньше. Максимальные или минимальные суммы выплат являются общими для некоторых видов компенсаций, например, затраты на похороны, лечение, утраченный заработок»[513].

Бюджет самой организации, согласно финансовому отчету за 2011 год, составляет 3 712 553 долларов (жертвы же получают компенсации по судебным решениям напрямую), из которых 3 197 895 долларов поступают в виде вкладов и грантов, 513 184 долларов – это доходы организации от предоставленных услуг, 1 776 долларов – доходы от капиталовложений. Расходы организации составляют: 2 052 532 долларов – заработная плата сотрудникам и другие расходы, связанные с рабочим персоналом, 1 462 139 долларов - операционные и другие расходы, разница между расходами и поступлениями – 197 882 долларов[514].

Защитой прав жертв пыток занимается Центр защиты жертв пыток (The Center for Victims of Torture, осн. в 1985 году) – международная неприбыльная организация, занимающаяся кроме непосредственной помощи жертвам пыток также тренингами для организаций-партнеров по всему миру по предотвращению пыток и устранению их последствий и др.

«За время работы с момента основания организацией сделано следующее:

- оказана помощь и предоставлена реабилитация путем прямого лечения более 23 тыс. жертвам пыток и пострадавшим во время военных действий
- принято участие в восстановлении общественного уклада на множестве территорий, пострадавших от военных действий (Гвинее, Сьерра-Леоне, Либерии, Демократической Республики Конго, Иордании (для жертв, подвергшихся пыткам в Ираке) и Кении (для жертв, подвергшихся пыткам в Сомали)
- инициированы исследования по вопросам реабилитации живых жертв пыток с целью более глубокого понимания последствий пыток и выработки лучших методик предоставления помощи этим жертвам.

Деятельность организации можно разделить на 4 основных направления: предоставление медицинской помощи жертвам пыток, проведение тренингов, проведение исследований, адвокации.

Медицинская помощь жертвам пыток предоставляется в различных учреждениях, как медицинских, так и общего профиля, расположенных в разных частях света. Большое внимание уделяется психологической реабилитации пострадавших.

Тренинги, которые проводятся организацией, включают:

- построение сети реабилитационных центров и других заведений, предоставляющих подобные услуги
- обмен знаниями посредством публикаций
- подключение коллег в Интернет-сообществах
- поддержка организационного развития
- содействие обмену опытом между заведениями, предоставляющими услуги в сфере здравоохранения и обслуживания пострадавших
- обучение

---

[513] URL: http://www.nacvcb.org/index.asp?bid=14

[514] URL: http://www.victimsofcrime.org/docs/administrative-documents/form-990-sep-2011.pdf?sfvrsn=2

- мониторинг и индивидуальное обучение.

Исследования проводятся с целью строгой оценки и мониторинга эффективности работы Центра. Каждое лицо, получающее помощь как выжившее после пыток, в процессе получения помощи подвергается анализу на предмет прогресса восстановления. Организация имеет широкий набор инструментов, помогающих лучше оценить эффективность предоставленной помощи на основании разработанных показателей, релевантных для разных культур».

Организация также «работает с другими центрами, осуществляющими помощь жертвам, оставшимся в живых после пыток, чтобы помочь им развивать свои собственные инструменты для измерения эффективности воздействия реабилитационных услуг на благополучие жертв.

Очень важным направлением деятельности организации является предотвращение совершения пыток в будущем, в том числе надлежащая оценка и наложение ответственности за пытки, совершенные в США после теракта 11 сентября 2001 года, реформу иммиграционного законодательства для защиты лиц, ищущих убежища, беженцев и других уязвимых групп населения, которые сбежали от угнетения в поисках свободы и возможности вернуться к нормальной жизни».

Бюджет организации в 2011 году составил 9 982 069 долларов, в том числе такие поступления:

- корпоративные пожертвования на любые цели – 33 371
- корпоративные пожертвования на частично определенные цели – 50 000
- корпоративные пожертвования на строго определенные цели – 0
- финансирование от фондов на любые цели – 427 874
- финансирование от фондов на частично определенные цели – 1 790 784.

Европейский Союз

С 2004 года на территории Европейского Союза действует Директива Совета Европы 2004/80/ЕС, предусматривающая создание системы сотрудничества, облегчающей процесс получения компенсаций жертвами преступлений, совершенных против них в других странах[515]. Эта система предусматривает обязательство государств-членов выплачивать компенсации жертвам насильственных преступлений, совершенных на территории этих стран. В соответствии с указанной Директивой, Команда по содействию в получении компенсаций в ЕС (EU Compensation Assistance Team), расположенная в Глазго, может помочь физическим лицам требовать от ЕС компенсации за совершённые уголовные преступления на территории этих стран.

Жертвы преступлений должны иметь право на справедливую и адекватную компенсацию за вред, причиненный им, независимо от того, в каком месте Европейского Союза было совершено преступление. Данная директива вносит свой вклад в этот процесс путем:

- требования от государств-членов предусмотреть в своих национальных законодательствах схемы компенсации жертвам насильственных преднамеренных преступлений, совершенных на их территории
- создания системы облегчения доступа к получению компенсаций жертвами преступлений, совершенных против них в других странах

[515] URL: http://www.eubusiness.com/topics/crime/compensation-crime-victims/

(возможность подачи заявки по месту жительства в государстве-члене соглашения, учреждение центральных контактных пунктов в государствах-членах соглашения и т.д.)

Очень часто жертвам бывает трудно получить компенсацию, так как преступник не имеет необходимых финансовых ресурсов или в силу невозможности идентифицировать, или осудить преступника (возможность получения компенсации от правонарушителя рассматривается в рамках постановления о получении статуса потерпевшей стороны в уголовном судопроизводстве). Большинство стран-членов соглашения осознают этот факт и уже ввели финансируемые государством схемы компенсаций. Тем не менее, эти схемы сильно отличаются друг от друга, и эти различия являются причиной значительного неравенства граждан из разных территорий ЕС при получении ими сумм компенсаций.

После вступления в силу директивы для жертв преступлений стало возможным получение компенсации на любой территории ЕС, независимо от страны проживания жертвы или государства-члена соглашения, в котором было совершено преступление. Сумма компенсации, подлежащей выплате каждой отдельной жертве, остается на усмотрение государства-члена соглашения, в котором было совершено преступление, но эта сумма должна быть справедливой и соответствующей.

Эта директива устанавливает систему сотрудничества для облегчения доступа к получению компенсации жертвами преступлений, совершенных против них за границами стран их проживания. Эта система должна работать на основе компенсационных схем, утвержденных странами-членами соглашения с целью облегчения доступа к получению этих компенсаций жертвами насильственных преступлений, совершенных на соответствующих территориях этих стран. Все государства-члены соглашения должны были создать механизмы таких компенсаций жертвам и ввести в действие соответствующие национальные законодательства до 1 июля 2005 года.

Все государства-члены соглашения должны обеспечить наличие в национальных законодательствах возможности получения справедливых и адекватных компенсаций жертвами насильственных преднамеренных преступлений, совершенных на территориях этих государств.

Эта директива устанавливает систему сотрудничества между национальными органами власти для облегчения доступа к получению компенсаций жертвами на всей территории ЕС. Жертвы преступлений, пострадавшие за пределами государств-членов соглашения, в которых они проживают, должны иметь возможность обратиться к властям по месту своего проживания (власти, предоставляющие помощь) и получить информацию о том, как подать заявку на получение компенсации. Власти в государствах-членах соглашения, в которых постоянно проживают жертвы, передают заявления непосредственно в органы государств-членов, в которых были совершены преступления (власти, принимающие решения) и которые отвечают за проведение оценки заявлений и выплаты компенсаций.

Комиссия разработала стандартные формы для передачи заявлений о компенсациях и принятия решений по этим заявлениям.

Для реализации Директивы предусмотрено Интернет-пособие для помощи властям. Директива также предусматривает создание системы центральных контактных пунктов в каждом государстве-члене соглашения для содействия развитию сотрудничества на всей территории ЕС[516].

[516] Дополнительная информация доступна на сайте:
http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/cv_information_en.htm

От стран-членов соглашения требовалось не позднее 1 января 2006 года ввести в действие законы, инструкции и административные положения, необходимые для выполнения этой директивы.

Можно ознакомиться с Отчетом Европейской Комиссии Европейскому Совету, Европейскому Парламенту и Европейскому Комитету по экономическим и социальным вопросам о применении Директивы Совета Европы 2004/80/EC относительно получения компенсаций жертвами преступлений.[517]

Этот отчет проводит оценку применения Директивы в государствах-членах соглашения в период с 1 января 2006 года по 31 декабря 2008 года. Только 15 государств-членов соглашения смогли вовремя (до 1 января 2006 года) произвести необходимые для введения в действие Директивы изменения. 25 государств-членов соглашения ввели в действие схемы подачи заявок жертвами, учредили компетентные органы и внедрили нормы, касающиеся административных процедур. Большинство из них также проинформировали о принятых мерах по информированию заявителей о наличии компенсационных схем.

Как показали недавние процессы внедрения Директивы в некоторых государствах-членах соглашения, языковые барьеры, с которыми столкнулись некоторые из них, так же как и незнание правовых систем и процедур других государств, явились причиной низкого количества принятых и отправленных в работу заявлений от других государств-членов соглашения. Кроме этого, время обработки и передачи заявлений и решений в различных государствах-членах соглашения очень сильно отличается.

Все государства-члены соглашения, кроме одного, имеют в наличии соответствующие справедливые национальные схемы получения компенсаций. Большинство выплат по ним осуществлено по случаям травм, длительной нетрудоспособности и смерти, а также близким родственникам жертв убийств, кроме случаев непреднамеренного причинения таковых. Тем не менее, полиция должна быть уведомлена о преступлениях. Большинство государств-членов соглашения установили граничные сроки подачи заявлений, а также верхние пределы компенсационных выплат. Также эти государства снижают суммы компенсаций в случае, если жертва виновна в получении травмы.

Решение Комиссии 2006/337/EC от 19 апреля 2006 года о создании стандартных форм для передачи приложений и решений в соответствии с Директивой Совета 2004/80/EC, связанных с компенсацией жертвам преступлений [Official Journal L 125 от 12.5.2006][518].

Анализ статистической информации показывает, что под действие Директивы о защите прав жертв преступлений может попасть около 75 тыс. человек в год[519].

Важно отметить, что странам-участникам дается 3 года на имплементацию положений Директивы в национальное законодательство[520]. Сроки внедрения кажутся обозримыми и адекватными и могут служить ориентиром для планов по внедрению в других регионах.

---

[517] URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0170:EN:NOT
[518] URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D0337:EN:NOT
[519] URL: http://euplus.info/2012-11-13/sovet-es-odobril-direktivu-o-zashhite-prav-zhertv-prestuplenij/
[520] Там же.

Великобритания

Опыт Великобритании заслуживает отдельного внимания и изучения, так как являет собой пример тщательно разработанной и развивающейся во времени и совершенствующейся системы.

Компенсация Ущерба от Уголовных Правонарушений (Criminal Injuries Compensation Scheme - CICS) (Великобритания)[521]

«Компенсация (CICS) - механизм защиты прав, финансируемый государством, предусматривающий осуществление компенсационных выплат невинным жертвам насильственных преступлений, пострадавших на территории Англии, Шотландии, Уэльса[522].

Схема предусматривает выплату двух видов компенсаций: персональные компенсационные выплаты жертвам преступлений и выплаты ближайшим родственникам жертв, погибших в результате совершения насильственных преступлений[523].

В определённых случаях жертвы имеют возможность требовать компенсации за утраченный заработок в прошедшем или будущем, а также компенсации дополнительных расходов, причиненных совершением преступлений этого типа[524].

Право на компенсацию

Чтобы иметь право на получение компенсации по описанной схеме, заявитель должен понести физический или психический ущерб в результате совершения насильственного преступления, будучи при этом невиновным[525].

Жертвы, заявляющие о психическом ущербе и отсутствии физического должны доказать, что были приведены в состояние обоснованного опасения причинения физического ущерба непосредственно их личности[526].

Размеры компенсаций определяются на основании 25-уровневой тарифной системы, определяющей фиксированную сумму компенсации за каждый отдельный вид ущерба[527].

Компенсационные тарифы находятся в пределах от £1 000 до £250 000. В сложных делах, когда жертвам надлежит компенсировать потерянные заработки или специальные затраты (на лечение), наибольшей суммой компенсации, которую может назначить CICA, будет £500 000, включая тарифные и дополнительные выплаты[528].

---

[521] Источник: Rights and Resource. A Guide to Legal Remedies for Trafficked Person in the UK
[522] Официальный сайт www.cica.gov.uk
[523] Короткие инструкции: www.cica.gov.uk/pls/portal/docs/PAGE/INFORMATION_PAGES/INFO_BOTTOMBOX_HWPC/BKL1%20COMPENSATION%MIN%GUIDE%MAR05_0.PDF.
[524] Там же
[525] Там же
[526] URL: http://www.cicap.gov.uk/publications/documents/crim_inj_comp2001.pdf (9a)
[527] Там же (26)
[528] Там же (24) Там же (30)

Заявитель получит компенсацию потерянных заработков только в случае, если период временной нетрудоспособности продлится более 28 недель. Первые 28 недель временной потери нетрудоспособности не оплачиваются[529].

Резиденты Великобритании, пострадавшие от насильственных преступлений в день или позднее 1 июля 2005 года в других странах ЕС, в случае отсутствия у них права на компенсацию по схеме CICS, могут требовать компенсаций от этих стран»[530].

Швейцария

«В Швейцарии Федеральный закон о помощи жертвам преступлений (1991 года) вступил в силу в 1993 году одновременно с Европейской конвенцией о компенсации жертвам насильственных преступлений (1983 года). Помощь предоставляется всем лицам, ставшим жертвами преступлений в результате непосредственного посягательства на их физическую, психическую или половую неприкосновенность, и членам их семей»[531]. Национальное законодательство Швейцарии не проводит различия между разными категориями жертв преступлений.

Турция

В Турции после целого ряда решений Европейского Суда по правам человека был принят «…Закон о компенсации ущерба, возникшего в результате террора и борьбы с терроризмом (2004 год), в котором изложены "принципы и процедуры предоставления компенсации и за материальный ущерб, понесенный лицами в результате террористических актов или действий, предпринятых в ходе борьбы с террором". К компенсируемым видам ущерба относятся виды ущерба, связанные с ранением, физической инвалидностью и смертью, а также расходами на лечение и на похороны, ущерб, причиненный движимому и недвижимому имуществу, сельскохозяйственный ущерб и материальный ущерб в связи с невозможностью для лиц получить доступ к своим финансовым средствам в результате мер, осуществляемых в контексте борьбы с терроризмом… в общей сложности была создана 51 комиссия по вопросам компенсации и что было обработано 75% заявлений, поданных вплоть до ноября 2010 года; в 60% случаев была предоставлена компенсация»[532]. Учитывая, что многие жертвы контртеррористических операций одновременно являются жертвами пыток и жестокого обращения, это закон интересен как практическая модель для других стран в вопросе помощи жертвам пыток через государственные фонды.

Таким образом, в США, странах Латинской Америки и в Европе можно отметить существование работающих схем, финансируемых через государственные программы, служащих цели получения компенсаций жертвами различных

---

[529] Там же (30)

[530] URL: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:2004:261:0015:00:EN:PDF.

[531] п. 26. Организация Объединенных Наций A/HRC/19/38. 7 декабря 2011. Ежегодный доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека и доклады Управления Верховного комиссара и Генерального секретаря. Поощрение и защита всех прав человека, гражданских, политических, экономических, социальных и культурных прав, включая право на развитие. Резюме обсуждения вопроса о правах человека жертв терроризма, проведенного Советом по правам человека в рамках дискуссионной группы. Доклад Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека.

[532] п. 18, там же.

преступлений, в том числе жертвам пыток. Вероятность получения этих компенсаций и их размер не зависят от факта задержания или осуждения лиц, виновных в причинении вреда жертвам.

Работа неправительственных организаций (пример Redress)

Непосредственно защитой прав жертв в Европе и других частях света занимается организация Redress (осн. в 1992 году) – негосударственная правозащитная организация, базирующаяся в Великобритании и финансируемая на постоянной основе такими фондами: Европейская Комиссия, MacArthur, OAK Foundation, Joseph Roqntree Charitable Trust, The Bowmley Trust, Oxfam Novib, Sigrid Rausing Trust[533].

«В процессе своей работы организация Redress вышла кроме национального и европейского также на мировой уровень и сейчас занимается глобальными проблемами, связанными с защитой прав жертв пыток (кроме непосредственной помощи жертвам пыток, организация разрабатывает рекомендации по изменению местных законодательств и ведет другую деятельность, направленную на улучшение ситуации в этой сфере)[534].

Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение предусматривают, что термин «жертва» включает в себя всех тех, кому индивидуально или коллективно был причинен вред, а также может включать близких родственников или иждивенцев непосредственной жертвы, и лиц, которым был причинен ущерб при попытке оказать помощь жертве в бедственном положении, или предотвратить виктимизацию. Территориально организация работает в более чем 50 странах в различных частях света[535]. В данный момент имеется 957 актуальных заявлений о пытках, произошедших в разных странах. Эти заявления находятся в ожидании рассмотрения в национальных и международных судах.

Организация предоставляет юридическую помощь жертвам пыток: консультации адвокатов и правозащитных групп, консультации при подготовке различных юридических документов, предназначенных для различных инстанций, как национальных, так и международных, в том числе Межамериканской комиссии по правам человека, Европейского суда по правам человека; судебной палаты по чрезвычайным делам в Камбодже, Комитету ООН по правам человека, Рабочей группе ООН по противодействию насильственным исчезновениям.

У организации есть партнеры, с которыми были осуществлены проекты в сфере проведения тренингов, эдвокаси и изучения судебных дел в различных странах: Бангладеш, Бельгии, Бурунди, Камбодже, Канаде, Чили, Хорватии, Демократической Республике Конго, Франции, Грузии, Индии, Индонезии, Израиле / Палестине, Кении, Мексике, Непале, Нидерландах, Перу, Филиппинах, Румынии, России, Руанде, Сьерра-Леоне, Испании, Шри-Ланке, Судане, Турции, Уганде, Великобритании, Соединенных Штатах Америки, Вьетнаме, Зимбабве»[536].

---

[533] URL: http://www.redress.org/about-redress/who-we-are
[534] URL: http://www.redress.org/how-we-work/how-we-work
[535] URL: http://www.redress.org/where-we-work/where-we-work
[536] URL: http://www.redress.org/cms.php?page=85

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Очевидно, что защита жертв прав человека обязательно должна включать в себя мероприятия по компенсации причиненного вреда, тем самым подчеркивая уникальность потребностей конкретной личности и уважения к ее человеческому достоинству.

Эти мероприятия должны осуществляться регулярно на системном уровне и включать в себя меры законодательного и управленческого характера, привлекающие к выполнению своих обязанностей представителей всех ветвей власти под контролем гражданского общества.

Как показывает проанализированный опыт разных стран, могут существовать и существуют адекватные и эффективные системы, включающие в себя судебные решения, административные и бюджетные механизмы, а также регрессные процессы, в результате которых конкретная жертва получает реальную поддержку, а государственный бюджет восстанавливает понесенные расходы за счет правонарушителей.

Государство, участвуя напрямую в процессах восстановления прав жертв нарушений прав человека через свои структуры исполнительной власти, имеет возможность полнее и масштабнее осуществить эффективные законодательные и практические изменения в сфере предупреждения нарушений прав человека и соблюдения стандартов защиты прав и свобод.

Февраль, 2013 г.

Ричард ДИОН,
Независимый эксперт, Магистр постсоветских учений
Школы Славянских и Восточно-Европейских исследований
Университета Лондона

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В КОМПАНИИ ПЛАН ДЕЙСТВИЙ[537]

Сокращения

КСО - Корпоративная социальная ответственность
СП - Совместное предприятие
МПГПП - Международный пакт о гражданских и политических правах
МПЭСКП - Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах
МФК - Международная финансовая корпорация (часть Группы Всемирного банка)
МОТ - Международная организация труда
ОЭСР - Организация экономического сотрудничества и развития
СИЗ - Средства индивидуальной защиты
СПГС - Специальный представитель Генерального секретаря ООН по бизнесу и правам человека (профессор Джон Рагги)
ГД ООН - Глобальный договор ООН
ВДПЧ - Всеобщая декларация прав человека

Соблюдение Прав человека - часть ведения бизнеса

В развивающемся сложном мире бизнеса, органы государственного управления и власти и гражданское общество выступают за улучшение политики и практики бизнеса.

За последние несколько лет, все больше внимания было сосредоточено на соблюдение прав человека в компаниях. Некоторые громкие дела включают в себя:

- Foxconn, основной поставщик компьютеров компании Apple, использовали детский труд (14-16 лет) на китайском заводе в конце 2012 года;
- Заводские условия Nike, привели к рассмотрению политики и практики в области Прав человека компании;

Посольство Великобритании Астана

537 Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Казахстане.

• Деятельность Шелл Петролеум Девелопмент Корпорейшн (Shell Petroleum Development Corporation) в Нигерии была в центре внимания в течение 15 лет, что приводит к значительным перерывам в добыче нефти и газа и многомиллионным внесудебным соглашениям по обвинению в нарушении прав человека.

В 2005 году Организация Объединенных Наций назначила профессора Гарвардского университета Джона Рагги в качестве Специального представителя по вопросам Бизнеса и Правам человека, чтобы разработать концепцию, которая поставила бы действия компании в призму прав человека, не возлагая на какое-либо государство обязанности. Концепция профессора Рагги «Защита, Соблюдение и Средства защиты» была одобрена не только органами государственного управления и власти и гражданским обществом и утверждена Организацией Объединенных Наций, но что еще более важно, бизнесом, устанавливая роли и правила, в которых компании должны действовать, принимая во внимание Права человека.

Права человека не являются мимолетным увлечением. Они являются частью процесса, в современном обществе, которое ожидает повышения производительности компаний. Процесс превратился из антикоррупционных мер и воздействий на окружающую среду в социально-экономические воздействия и воздействия на здоровье. В своей работе профессор Рагги специально старался уделять все больше внимания предпринимательству и правам человека с одновременным переписыванием нескольких важных международных стандартов и руководящих принципов. Влияние концепции Рагги можно увидеть в Руководящих принципах ОЭСР, Стандартах Международной финансовой корпорации Группы Всемирного банка (МФК), среди прочего, решение проблемы таким способом, чтобы Концепцию невозможно было игнорировать. Игнорирование Концепции Рагги будет большим риском для компаний. Эти стандарты и руководящие принципы очень важны, потому как они будут применяться **ко всем** субъектам предпринимательской деятельности, действующим в Республике Казахстан.

Структура и использование настоящего документа

Установление «Концепции Рагги»- это процесс, который может занять несколько месяцев. В некоторых компаниях с большой зоной размещения и сложными операциями, это может занять годы. Несмотря на то, как долго это будет длиться, введение уважения прав человека приведет к менее уязвимому, более благоприятному и, в конечном счете, более прибыльному бизнесу.

Этот документ предназначен обеспечивать **широкий план** для включения человеческих прав в политику компаний, надлежащую проверку и его процесс оценки воздействия. Он представляет план требований и идей для реализации политики.

Данный документ - не единый подход, но детализирует некоторые из ключевых компонентов в процессе, чтобы позволить компании взяться за дело без промедления и добиться быстрого прогресса.

А. Бизнес-модель Права человека

Ряд существенных причин существует для реализации в масштабах всей компании программы по Правам человека.

Судебные дела - ряд резонансных судебных дел, не только в так называемых "принимающих" странах (где действует международная компания), но и в стране "происхождения" (где международная компания имеет свою штаб-квартиру),

показали, что нарушения прав человека (или предполагаемые нарушения) могут иметь тяжелые последствия. Многие НПО оказывают помощь жертвам нарушений прав человека в судебных делах, не только в государстве, в котором предполагаемые нарушения имели место, но и за рубежом. Дела так же слушались в Соединенных Штатах, где Закон о правонарушениях в отношении иностранных граждан обеспечил слушание дела для пострадавших людей. Внесудебные соглашения, уже в миллионы долларов, имея надежную программу по правам человека, могут значительно снизить судебные дела связанные с нарушениями прав человека. Кроме того, цена акций компании может существенно пострадать от таких судебных дел.

Стандарты проектного финансирования / Руководящие принципы ОЭСР - сейчас права человека это часть Руководящих принципов ОЭСР для многонациональных предприятий, которые **де-факто** заставят компании соблюдать Концепцию Рагги. Обновленные, в 2011 году, руководящие принципы о компаниях и правах человека, включают следующее:

1. Уважать права человека, что означает, что они должны избегать посягательств на права человека и должны устранить неблагоприятные влияния на права человека, в контексте той деятельности, которой они занимаются.
2. В рамках своей деятельности, избегать вызывания или способствовать неблагоприятным воздействиям на права человека и устранять такие последствия при их возникновении.
3. Искать пути для предотвращения или смягчения отрицательных воздействий на права человека, которые непосредственно связаны с хозяйственной деятельностью, продукцией или услугами, деловыми отношениями, даже если они не способствуют этим последствиям.
4. Иметь политическое обязательство уважать права человека.
5. Провести должную проверку соблюдения прав человека в соответствии с их размером, характером и контекстом операций и тяжести рисков неблагоприятных воздействий на права человека.
6. Обеспечить или совместно действовать через законные процессы в восстановлении неблагоприятных воздействий на права человека, где они определяют, что их вызвало или что способствовало этим воздействиям.

Нарушение Руководящих принципов, не финансово дорогостоящих самих по себе, может занять значительное количество времени, затрачиваемое на управление, и может серьезно повлиять на репутацию компании.

Права человека также являются частью норм и правил выполнения работ ЕБРР и стандартов Международной финансовой корпорации Всемирного банка. Стандарты МФК гласят следующее о правах человека:

> *Бизнес должен уважать права человека, а значит избегать ущемления прав человека и устранять неблагоприятные воздействия на права человека, которые может вызвать или способствовать бизнес. Каждый из Стандартов имеет элементы, связанные с аспектами прав человека, с которыми проект может столкнуться в ходе деятельности. Надлежащая проверка этих Стандартов позволит клиенту решить многие актуальные вопросы прав человека в своем проекте (Стандарты МФК, страница 10)*

Эти два стандарта являются безошибочными показателями для международного финансирования проекта, и почти все большие финансовые

институты и институты финансирования изучают деятельность в финансовых предложениях и политику прав человека в проекте. Гражданское общество и профсоюзы все чаще используют механизмы подачи жалоб в отношении нарушения этих стандартов, чтобы (как минимум) менять проекты или (как максимум), закрыть их из-за проблем связанных с нарушением прав человека.

Требования к управлению/листингу фондового рынка - биржи фондового рынка, по всему миру, все чаще делают права человека и так называемые "нетехнические" риски неотъемлемой частью оценки компании. Социально ответственные инвесторы (СОИ), те, кто инвестирует в прогрессивные компании, были позади этого движения. Хотя эти СОИ обычно не держат значительную часть акций компании, их влияние распространяется на круги гражданского общества и инвесторов, при поддержке ряда крупнейших финансистов мира. В период после 2008 года регулирование бизнеса увеличилось, в тех аспектах, которые выводят многонациональные компании за пределы их национальной юрисдикции.

Трудовая дисциплина - восприятие нарушений прав человека снизит морально-психологический климат персонала, что приведет к снижению производительности и уменьшит круг потенциальных сотрудников компании. Никто не хочет работать в компании, которая нарушает права человека.

Репутация - репутация компании может быть описана как разница между ее активами и стоимостью ее акций. Безупречная репутация компании открывает двери, предоставляя доступ к лицам, принимающим решения. Она подает личный пример. Многие компании видят, что их репутация повышается за счет успешной работы с и в сферах, где они действуют. Нужно много лет, чтобы создать себе репутацию - и мгновение, чтобы уничтожить ее.

Концепция Джона Рагги – Что это такое, чем она не является
Международные обязательства по Правам человека для бизнеса

Хотя десятки документов, деклараций и договоров существуют в области прав человека, профессор Рагги выделил несколько, в частности те, которые имеют отношение к частному бизнесу:

- Международную декларацию прав человека, которая была принятая в 1948 году, и 30 прав, включая право на справедливые и благоприятные условия труда, эффективное средство правовой защиты, свободу выражения мнений и свободу от пыток, жестокого и бесчеловечного обращения;
- Международный пакт о гражданских и политических правах;
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах;
- «Основные» Конвенции Международной организации труда, касающиеся детского и принудительного труда и борьбы с дискриминацией:

Руководящие принципы ООН выделили концепцию «Защита, Соблюдение и Средства защиты»:

- Защита - **государство должно защищать своих граждан от нарушений прав человека,** принимая упреждающие меры для обеспечения защиты прав человека. Установление законности и порядка и обеспечение надзора за любыми нарушениями, через созданные и функционирующие органы государственного регулирования, являются двумя основными аспектами государственного долга «защищать».
- Соблюдение - **компания должна уважать права человека тех людей, которые окружают ее деятельность**. «Не навреди» это самый простой способ для описания той роли, которую компании должны играть в соблюдении прав человека. Компании не обязаны принимать упреждающие меры по защите прав человека. Они

должны обеспечить, позицию, что своими действиями они не нарушают прав других лиц.

- Средства защиты - люди, пострадавшие от нарушения прав человека, должны иметь больше возможностей для устранения этих нарушений через механизмы рассмотрения жалоб. Многие компании, либо умышленно либо неумышленно, прямо или косвенно, нарушали права человека в своей деятельности. Тем не менее, этим жертвам редко удается сообщить свои претензии законному лицу, чтобы эти жалобы рассмотрели. Данный аспект Концепции Рагги заключается только в этом - дать голос немым, выслушивая их жалобы и решая их быстро и справедливо.

Многие компании бурно реагируют, когда используется термин «права человека». Один руководитель компании даже сделал колкое замечание: «Это не моя работа менять правительство Китая». Это демонстрирует непонимание многих руководителей.

Бизнес и права человека касаются действий компании и потенциального воздействия компании на права человека тех людей, которые окружают ее деятельность. Затронутые стороны могут включать в себя местные общины, собственных сотрудников компании, подрядчика в цепочке поставок и тех, кто потребляет продукцию компании.

Частный бизнес влияет на права человека

Компания может иметь несколько воздействий на права человека, предусмотренных и непредусмотренных. Вот несколько примеров:

- Что такое практика найма компании? Включает ли она предпочтение одной этнической группе над другой, или это предубеждение против приема на работу женщин, опасаясь, что они будут заводить семью вскоре после того, как их взяли на работу?
- Есть ли у компании строго сформулированная политика детского труда, и соблюдается ли она? Делает ли она данную политику известной своим субподрядчикам и обеспечивает ли соблюдение политики посредством периодических проверок?
- Мешает ли работа компании местному населению, вести обычный образ жизни, или же загрязнение мешает ему добывать свои средства к существованию (например, отрицательно влияющие на животноводство)?
- Использует ли компания труд мигрантов, и если да, тогда полностью ли понятны правила и условия контракта рабочим до въезда в страну?
- Может ли контракт компании о кейтеринге косвенно поддерживать детский труд в стране, где работающие дети (сбор фруктов и овощей) являются обычным явлением?
- Должно ли правительство принудительно выселять какое-либо сообщество, чтобы освободить место для строительного городка компании? Возмещали ли убытки населению на основе международных принципов и стандартов расселения? Или просто сказали упаковать свои вещи ?
- Снабжает ли компания бульдозер кондиционером при 40 градусах жары? Имеет ли водитель бульдозера достаточное количество перерывов на отдых во время экстремальных погодных условий?
- Оказывает ли найм компанией преподавателей/переводчиков и врачей, для собственного персонала, слишком большое давление на услуги образования и здравоохранения для удовлетворения потребностей местного сообщества?
- Позволяет ли компания создать профсоюз или форум, на котором сотрудники

могут озвучить свои опасения по поводу работы? Есть ли у компании эквивалентный форум для местного сообщества?

Приведенные выше примеры демонстрируют широкие аспекты прав человека, в рамках бизнес-сектора и их функции. Некоторые руководители критиковали «появление» прав человека в бизнесе. Тем не менее, это ложная характеристика. Права человека были установлены частью международного права со времен Второй мировой войны, а вообще, со времен Великой хартии вольностей (13 век). Все возрастающее внимание к правам человека в бизнесе и правам человека вообще представляет пробуждение, в отношении все более и более изощренных и сложных способов, которые бизнес может осуществить в отношении нарушения прав человека.

Риски в области Прав человека в Казахстане

В Казахстане частный бизнес должен сосредоточиться на ряде вопросов касательно прав человека. Из-за своего советского прошлого, многие относящиеся к труду права человека имеют крепкую традицию и, таким образом, защищены.

Здоровье, безопасность и окружающая среда

Число погибших в аварии на шахте подчеркнуло **право на безопасные условия труда**. Безопасность все еще требует улучшения, и она должна улучшаться (например, нарушение права на безопасные условия труда). Вот некоторые основные проблемы безопасности:

- Имеет ли каждый сотрудник средство индивидуальной защиты (СИЗ)?
- Прошел ли работник соответствующее обучение для выполнения его/ее работы?
- Имеет ли (и берет ли) каждый сотрудник необходимое количество перерывов на отдых?
- Имеют ли те позиции, которые требуют тяжелой работы, дополнительное оборудование безопасности и перерывы на отдых?

Рабочие-мигранты

Казахстан привлек значительное количество трудовых мигрантов на несколько своих крупных нефтяных и газовых проектов. Застройка Астаны за эти годы и планы по модернизации многих городов будут продолжать привлекать тысячи мигрантов для удовлетворения требуемого спроса на рабочую силу на этих проектах. Однако, правила, по которым эти мигранты будут наняты (и поселены), остаются неясными.

- Будут ли они должны подписать контракт с четкими сроками и условиями? Могут ли они прочитать контракт и объясняли ли его им? Понимают ли они контракт?
- Куда их поселять? Сколько человек на комнату?
- Сколько часов работы и перерывов у них будет?
- Паспорт будет у них или у компании на «безопасном хранении». Если компания сохраняет паспорт, то она нарушает право на свободу передвижения. На международном уровне, многие бы назвали это подневольным трудом.

Детский труд

Многие компании говорят, что детский труд не влияет на их деятельность. Тем

не менее, потенциал воздействия может быть в следующих областях:

- Имеет ли подрядчик компании заготовленные фрукты и овощи из мелких хозяйств, тех, которые обычно нанимают детей?
- Принимают ли молочные пункты сбора молоко, надоенное детьми?
- Мешает ли занятость ребенка ему или ей ходить в школу?

Компании должны быть осведомлены о непреднамеренных последствиях, когда имеют дело с детским трудом, который обычно влечет за собой увольнение ребенка. Хотя, это действие избавляет компанию от проблемы и приводит к потере средств к существованию семьи. Существуют различные варианты в решении проблемы. Это, как правило, наем совершеннолетнего родного брата или родной сестры или даже потенциального родителя, если это возможно. Таким образом, проблема будет решена, с наименьшим количеством вреда для обеих сторон, семье и компании.

Вопросы цепочки поставок

Компания будет обычно чувствовать себя комфортно касательно первого уровня ряда подрядчиков - тех устоявшихся подрядчиков «Проектирование-Закупки-Строительство», которые имеют силы и средства для обработки больших рабочих мест. Экономическая выгода для этих крупных проектов, особенно в нефтяной и газовой промышленности, сосредоточена вокруг местного содержания - закупки местных товаров и услуг. Некоторые цепочки поставок обширные, и более чем пятью уровнями отделены от основного подрядчика.

Так как многие компании идут вниз по цепочке поставок, некоторые из основных проблем прав человека включают в себя:

- В каком размере и как часто работник получает его/ее зарплату? Работник получает «жизненную» заработную плату, способную поддержать его/ее при его/ее зарплате?
- Сколько часов работает работник и, каковы условия его/ее работы?
- Соответствует ли его/ее завод всем местным правилам здоровья, безопасности и окружающей среды (в частности, переполненности и пожарной безопасности, например, многочисленно отмеченные пожарные выходы и огнетушители)?

Многие компании доверяют своим субподрядчикам, но во многих случаях они имеют мало знаний о том, что на самом деле происходит дальше по цепочке поставок. Часто, они просто не хотят знать. К сожалению, многие руководители просто хотят, чтобы их продукт был доставлен в сроки и в рамках бюджета. Такое отношение может иметь серьезные финансовые и правовые последствия для компании.

Не ожидается, что основная компания-подрядчик всеведущая. Тем не менее, ожидается, что она практикует **должную проверку соблюдения прав человека** (см. раздел С) для тех подрядчиков, которые рассматриваются как потенциально нарушающие права человека.

Поддержка частным бизнесом концепции Джона Рагги

Десятки международных компаний и бизнес, и отраслевые ассоциации приняли Концепцию Рагги, потому как она впервые выделила обязательства по соблюдению прав человека компании. Частный бизнес активно участвовал в процессе Концепции Рагги с 2005 – по 2011 года, и это участие привело к тому, что Концепция является приемлемой для бизнеса. Международная торговая палата (МТП), Всемирный

предпринимательский совет по устойчивому развитию (ВПСУР) и некоторые из крупнейших многонациональных корпораций мира, действующие в Казахстане, например, ENI, Total, Chevron, Total и Arcelor Mittal приняли Концепцию Рагги и включают права человека в свою политику и деятельность.

Кроме того, сотни компаний со всего мира присоединились к Глобальному договору ООН, платформе, которая способствует ответственному бизнесу. Эти компании (например, Kaz Temir Zholy, Kazcommertsbank, Samruk Energy и KazMunayGaz) подписали до 10 принципов Глобального договора, которые касаются прав человека, труда, окружающей среды и борьбы с коррупцией. Шесть из десяти принципов, касаются прав человека:

Права человека

‖ Принцип 1: Субъекты предпринимательской деятельности должны поддерживать и уважать защиту провозглашенных на международном уровне прав человека; и

‖ Принцип 2: убедитесь, что они не причастны к нарушениям прав человека.

Труд

‖ Принцип 3: Субъекты предпринимательской деятельности должны поддерживать свободу ассоциаций и эффективное признание права на ведение коллективных переговоров;

‖ Принцип 4: ликвидацию всех форм принудительного и обязательного труда;

‖ Принцип 5: выступать за полное искоренение детского труда; и

‖ Принцип 6: ликвидацию дискриминации в области труда и занятий.

С определенной и принятой основой, компании должны соответствовать своим конкурентам и реализации стратегии в области прав человека.

B. Реализация стратегии в области Прав человека

Реализация стратегии в области прав человека требует лидерства, времени и бюджета.

Руководство и видение генерального директора будет гарантировать, что данная стратегия получает необходимые людские трудовые и бюджетные ресурсы. «Главенствующий настрой» генерального директора имеет решающее значение для любого процесса изменения - возможно, тем более для прав человека учитывая нежелание некоторых в частном бизнесе. Должна быть создана рабочая группа по правам человека, состоящая из высокопоставленных руководителей по человеческим ресурсам, контрактам и закупкам, здоровью, безопасности и окружающей среде, правовой, социальной производительности и безопасности. **Рабочая группа должна включать в себя тех, кто в бизнесе, и не рассматриваться в качестве деятельности корпоративной штаб-квартиры.** Бизнес участие будет также гарантировать поддержку для реализации стратегии, и что она точно отражает потенциальные вопросы по правам человека.

Рабочая группа должна чаще встречаться в начале, а после создания плана работы - реже. Бюджет может включать в себя посещение, чтобы узнать об оперативном воздействии, сохранении внешней экспертизы, подготовки соответствующих кадров, а также общение с сотрудниками о значимости человеческих прав для компании.

Кроме того, руководство пошлет четкий сигнал для всей организации, что права человека должны быть приняты серьезно и могут существенно повлиять на благополучие компании. Видение генерального директора также включает в себя внешний мир, где осведомленность о правах человека может укрепить репутацию среди потенциальных клиентов и аналогичных компаний. Также это может привести

к компании, являющейся «предпочтительной компанией» в рамках сектора.

Лидерство и видение не могут всё-таки сделать это в одиночку. Действие и последующая деятельность во множестве областей гарантируют заполнение политических пробелов и не исключено, что новые методы станут правилом.

Важность внешней экспертизы

Независимо от того, что необходимо, компании должны взять краткосрочную внешнюю экспертизу, позволяя компаниям учиться у других вопросам реализации стратегии. Привлечение внешнего эксперта также предупреждает компанию от срезания углов и, реализации стратегии, сфокусированной больше на связях с общественностью и меньше на исправлении погрешностей соблюдения прав человека. Существует конфликт интересов в попытке взяться за эту работу, поскольку компании могут преуменьшать серьезность любых возможных нарушений. И, наконец, внешний консультант будет также предоставлять легитимность стратегии компании в области Прав человека.

Приступая к работе - Документ «Состояние дел»

Как только рабочая группа создана, важно понять, на каком этапе сейчас находится компания и как далеко она должна идти к осуществлению своих обязательств по правам человека. Может быть, компания имеет большой опыт в трудовой практике, но с учетом характера ее деятельности, она озабочена своей цепочкой поставок. Возможно, это владение бизнесом, где конфиденциальность данных имеет решающее значение (например, поставщик услуг мобильной связи). Документ «Состояние дел» не предназначен для углубленного изучения проблем компании. В нем изложены соответствующие функции в области прав человека, он дает краткий обзор политики и практики, рекомендации о том, где начать решать изменения в политике и практике, и составляет стратегию, чтобы выполнить их. Это сопоставление потенциальных рисков и проблем, и их приоритизация позволят компании узнать, на чем она должна сосредоточиться.

Коммуникация и обучение

Внутренние

Коммуникация является важнейшим аспектом включения прав человека в политику и практику компании. В то время, как рабочая группа будет иметь полномочия для реализации стратегии, большинство сотрудников компании могут не понять причины изменений и, каким образом сотрудники должны осуществлять стратегию.

Рабочая группа, проанализировав области своей работы, могут осуществлять права человека по-разному, в зависимости от аудитории.

- Внутреннее письмо от Главы исполнительной власти о создании рабочей группы в области прав человека и определении направления для компании.
- Создать 10-12 слайд-презентаций (с примечаниями), которые обеспечат обзор Концепции Рагги, что это означает для компании и стратегию (и сроки), которые компания выбрала. Представление презентации можно сделать доступным группам управления на их регулярных встречах. Дополнительная слайд-презентация могла бы рассмотреть противоречия соблюдения прав человека другой компании.
- Создание 6-8 дилемм в области прав человека в компании. Это может

способствовать активности среди менеджеров, которые должны будут выполнять и применять адаптированные изменения. Дилеммы не могут разрешаться постоянно, однако, когда они правильно изложены, они способствуют осмыслению и обсуждению, и помещают дилемму в контекст прав человека.

- Когда материал будет представлен, создайте краткий тест (10-15 вопросов с многовариантным ответом) о правах человека, который позволил бы сотруднику проверить себя. **Тесты не должны проводиться в приказном порядке.**
- Высшее руководство потенциально может принять обновления касательно «обеденного семинара» на ежеквартальной основе, где сообщают о прогрессе и сотрудники отвечают на вопросы.
- Используйте День прав человека ООН (10 Декабря) как способ поставить вопрос держать его во главе угла. Это также очень удобное время, чтобы разработать стратегию на предстоящий год.

Некоторые компании делают ежегодные опросы, анкеты на 40-50 вопросов, о компании, ее направлении в бизнесе, уверенности в ее управлении, а также вопросы касательно условий труда. Постановка нескольких вопросов о правах человека обеспечит хороший обзор настроения сотрудников:

- «Двигает ли принятие стратегии в области прав человека компанию в правильном направлении?»
- «Вы смогли увидеть изменения в политике и практике с момента принятия стратегии?»

Эти виды деятельности повысят знания компании о правах человека. Некоторые функции и персонал будут нуждаться в дополнительном тренинге (см. ниже раздел о надлежащей проверке) для полного понимания последствия некоторых решений касательно прав человека. Примеры могут включать:

- Разработка нового бизнеса - те, кто в первых рядах создания бизнеса для компании должны будут понять сложность и потенциальные обязательства по правам человека, в основном за счет должной проверки и процесса оценки воздействия.
- Правовая функция - понимание судом юрисдикции и основы подобных случаев в бизнесе компании.
- Людские ресурсы - понимание последствий труда мигрантов и право на вступление в профсоюз (и понимание тонких способов предотвращения свободы объединения в профсоюзы).
- Безопасность - компании с крупными установками (например, завод или фабрика), полное понимание «правила задействования сил и средств» и использование «соответствующей силы» должны включать, для нарушителей, специальное обучение на Добровольных принципах на правах человека и безопасности (http://www.voluntaryprinciples.org/).
- Социальное исполнение/ТБОЗ и ООС - создание хорошо функционирующего механизма рассмотрения жалоб в соответствии с Концепцией Рагги, которая позволяет местным общинам подавать жалобы, которые компания обрабатывает быстро и справедливо.

Внешние

В зависимости от истории компании в сфере прав человека, на нее можно или нельзя подействовать, чтобы она общалась по вопросам принятия политики или о прогрессе, который она имеет. Некоторые компании уже сталкивались с такой проблемой обвинения в нарушениях прав человека, поэтому они должны были,

активно общаться в сфере, охватывающей права человека, но практика расходиться с риторикой.

НЕ рекомендуется внешне общаться относительно прогресса компании, если только компания уверена не только в необходимых изменениях в политике, но и, что на этом основании практика была реализована. Наличие политики в этой сфере это начало, не конец.

С. Надлежащая проверка соблюдения Прав человека

*«**Публичная огласка**» является реакцией внешних заинтересованных сторон на отказ компаний уважать соблюдение прав человека. **Знания и демонстрация** это принятие уважения самими компаниями, посредством должной проверки соблюдения прав человека» - Специальный представитель Джон Рагги.*

Переход от визуализации прав человека к осуществлению конкретных мер демонстрирует прогресс компании. Если ряд нерешенных проблем и вопросов возникает в ходе реализации, то изменения в политике, возможно, придется пересмотреть.

Рекомендуется испытать процесс проверки соблюдения прав человека в осуществлении двух проектов, основанных на самых предполагаемых потребностях.

- **Существующий проект,** чтобы продемонстрировать, как права человека могут быть интегрированы в длительную операцию проекта.
- **Новый бизнес-проект,** чтобы изучить, как новые проекты рассмотрят права человека с самого начала проекта.

Понимание концепции

Проверка соблюдения прав человека это процесс гарантирования, что компания не нарушает права человека в своей деятельности. Процесс включает в себя следующее:

- Политику защиты прав человека;
- Оценку воздействия;
- Интеграцию;
- Отслеживание эффективности.

Первым шагом надлежащей проверки является адаптация текущей политики - знать право человека. Второй этап процесса, оценка воздействия, концентрируется на развитии новых проектов и рассмотрении существующих проектов. Интеграция детализирует процесс, в котором права человека становятся частью компании, так же, как корпоративное управление и окружающая среда стали частью компании. И, наконец, отслеживание эффективности позволяет компании следить за прогрессом.

Приравненные к окружающей среде и вопросам корпоративного управления, права человека также должны быть интегрированы в компанию и стать частью культуры компании. Активизация этих процессов будет гарантировать проведение систематического, долгосрочного подхода к этому вопросу.

Некоторые из этих процессов будут включать в себя механизм рассмотрения жалоб и найма соответствующих специалистов, чтобы гарантировать, что права человека рассматриваются в проектах. Этот процесс будет также включать случайные корректировки благодаря законодательству или развитие нового бизнеса (такого, как информационные технологии), где право на неприкосновенность частной жизни становится очень важным вопросом. Наконец, компании должны быть готовы продемонстрировать - на самом деле «знания и демонстрацию» - какие меры были

ими приняты для обеспечения соблюдения прав человека. Потенциальное участие внешних сторон "судить" процесс улучшит любые напряженные отношения с гражданским обществом и позволит ему увидеть сложности бизнеса и трудные решения, которые должны быть сделаны в соответствии с ограниченным временем и финансовыми рамками. Эта демонстрация, проведенная добросовестно и признанные недостатки должны окупиться не только добавленной финансовой стоимостью к проекту, но и лучшей репутацией.

Обдумывание рисков в области Прав человека

Надлежащая проверка соблюдения прав человека это сочетание искусства и науки. Однако, это не следует рассматривать как непостижимую концепцию. Во всех решениях компании, есть экспертиза рисков. Риск может быть политическим, экономическим, финансовым, геологическим и экологическим. При расчете следует ли компании продолжать проект, эти виды рисков выстраиваются и исследуются. Права человека являются точно такими же. Объяснить права человека инженеру легко - он/она понимает риск. Что они делают, чтобы уменьшить этот риск и что они делают, чтобы ликвидировать его вообще? Некоторые операции столкнутся с различными рисками, оценят их и посмотрят, является ли проект до сих пор экономически выгодным. Если компания загрязняет что-либо, ей придется заплатить. Если политика налогов правительства меняется, тогда компании придется платить больше.

Для должной проверки соблюдения прав человека, компания должна принять другой менталитет. Некоторые сотрудники должны поставить себя на место тех, которые могут быть затронуты.

- Местное сообщество может подвергаться воздействию значительного количества пыли и шума за счет существенного увеличения дорожного движения. Как это можно изменить? Может быть, только в течение дня и во время занятий в школе, чтобы защитить любого ребенка от удара, когда он или она идет в школу?
- Субподрядчик может не оплачивать своим работникам прожиточный минимум или иметь безопасные условия труда. Может ли разговор с сотрудником быть начат о пожарной безопасности, перерывах на отдых и документах его основных субподрядчиков? Слышат ли они что-нибудь «на улице» о том, как субподрядчик относится к своим сотрудникам?

Во многих случаях компании НИКОГДА не приходилось думать о любом из этих вопросов. Медленно, понимание того, как компания действительно работает локально, начнет пускать корни. Это понимание должно установить «теорию» ценностей на практике.

Права человека не могут быть нарушены, а затем «исправлены», возмещением финансового вреда местному сообществу. Раньше некоторые компании нарушали права местных общин, а затем «исправляли» нарушения посредством социальных инвестиций. Нарушая права на информирование сообщества (умалчивая касательно возможных последствий операции), а затем занимаясь постройкой школы не меняет того факта, что компания нарушила право на информирование сообщества о том, сколько завод может загрязнить.

Есть и положительное

Руководители считают соблюдение прав человека трудной задачей. Однако, как только начнется процесс, многие руководители будут приятно удивлены, узнав, как много они уже вносят в соблюдение прав человека. Вот несколько примеров:

- Обеспечение безопасных условий труда
- Активное проведение антидискриминационной политики
- Предоставление общинам возможности высказать свои замечания по проекту, что может повлиять на них
- Предоставление работнику больше времени отдыха после рождения в семье ребенка

Работать систематично

Проявление должной осмотрительности требует системного подхода. Компании обычно проводят изучение политики должной осмотрительности в вопросах о потенциальных правах человека и бизнеса.

Графическое представление основных конвенций и затем изучение всех аспектов бизнеса проводится в больших таблицах (к примеру, в Microsoft Excel), в таком случае ошибки неизбежны. Проявление должной осмотрительности в отношении труда молодежи (Конвенция МОТ № 182 о труде молодежи) можно представить в виде следующей таблицы:

Сторона бизнеса	Вероятность	Поверка	Необходимые требования	Систематический подход
Производственные рабочие	Нет	Все свидетельства о рождении в файле	Потенциально ознакомить человека с его правами в компании. Человеческие ресурсы для прогнозирования рисков при заключении договора и совершении закупок	Не требуется
Исполнители	Низкая	По контракту	Ежегодное собрание основных исполнителей, Условия, улучшенные и применимые к субподрядчикам, Обсуждения потенциальных прав потребителя, Представление в виде слайдов об идентификации, Подверженным риску исполнителям дано 3 месяца для выполнения всех указаний.	В случае вступления в силу стандартного шаблона, Ознакомительные мероприятия для руководителей высшего звена компании, Человеческие права теперь часть расчета добавочного дивиденда.
Продукция – компания выставляет на продажу безделушки, сделанные в странах, где	Не ясная – место производства не известно.	Устанавливается	Установление продавца и места производства, Какие меры необходимо принять компании для искоренения детского	Если после испытательного срока нет никакого прогресса, возможно не подписание договора и

есть принудительный детский труд?			труда? Проверка высшим руководством поставщика и постановка его на испытательный срок	информирование властей.

Почти все компании уверены, что они не используют детский труд, и указывают на политику компании, как оправдание. В большинстве случаев, даже на основных проверках поднимаются вопросы об установлении должной политики. Даже если компания уверена, что детский труд не используется, все же существует ряд рисков, которые участвуют в цепочке поставок. Обслуживание - это часть бизнеса, которой занимаются сезонные рабочие, так что она также должна быть рассмотрена. Еще один вид воздействия компании на детский труд, это то, что она продает. Возможно, она продает безделушки, преимущественно сделанные в Китае. В то время как многие хорошо продуманные продукты поставляются из Китая, существует риск, что совсем недорогие продукты (такие как шары, игрушки, фонарики) могут быть выставлены на продажу несовершеннолетними на заправочной станции. Во многих случаях, кроме тех, где говорят: "Сделано в Китае", место производства неизвестно. Работники должны трезво оценивать риск и принимать соответствующие меры.

1. Формирование поведения

После подготовки Отчета о финансовом положении, необходимо выделить ряд проблем поведения. Как данные правила поведения вводятся, и какие из них оказывают влияние на функциональную часть компании в зависимости от ее структуры.

Права человека в структуре компании и ее культуре. Некоторые из них включают в себя:

- Соблюдение – контроль за политикой по борьбе с взяточничеством и коррупцией, управление рисками и взаимодействие с рядом контролирующих органов.
- Этику - интерпретации прав человека в виде нравственной проблемы, возможно, с Неисполнительным комитетом
- Здоровье, безопасность и окружающую среду / Устойчивое развитие - связь прав человека с окружающей средой, общественной работой, здоровьем и безопасностью.
- Юридический отдел - обработка большого количества судебных дел, с которыми компания не может справиться.

Многие небольшие компании не имеют возможности и необходимых сил, для рассмотрения основ прав человека. Для небольших компаний, может прийти на помощь советник генерального исполнительного директора, а также офис корпоративного поведения/соблюдения. Плюс небольших компаний в том, что они могут реализовать стратегии в области прав человека быстрее, чем крупные компании.

Как упоминалось ранее, должен быть изменен ряд политических документов. Эти документы могут включать в себя декларации ценностей, принципы ведения бизнеса, соблюдение и риск пособий. Очень важно заметить изменения в данных документах. У многих компаний основными ценностями являются, как правило, «уважение к другим» или подобные этой ценности. Основные ценности компании «Роял Датч Шел»: честность, порядочность и уважение к людям. Кроме того,

компания должна изучать типовые соглашения и контракты, которыми она пользуется при ведении бизнеса. Эти контракты, как правило, представлены в виде шаблонов, которые необходимо обновить, для того, чтобы включить в них конкретные ссылки на документы по правам человека, которые Концепция Рагги приводит в качестве влияющих на бизнес аспектов, в частности, основных конвенций МОТ, касающихся детского и принудительного труда, а также дискриминации и потенциальных прав аудита. При этом подрядные компании должны быть осведомлены об изменениях и о конкретных замечаниях для каждой из сторон.

Выдвижение на первый план уважения к человеку в практических рекомендациях и документах могут быть жестче, чем можно подумать. Включение прав человека в предварительный юридической аудит – есть воплощение практических мер, принятых в целях осуществления этих политических решений (см. ниже).

Многие компании имеют «горячую линию», по которой сотрудники компании могут анонимно сообщать о неэтичном поведении внутри компании. Большинство горячих линий сосредоточено на выявлении неэтичного поведения, связанного с подчинением, коррупцией и конфликтами интересов. Многие горячие линии, как правило, доступны для внутренних целей – один сотрудник доносит информацию о сомнительном поведении другого сотрудника. Такие горячие линии может быть расширены (с соответствующей подготовкой персонала), для получения недовольств связанных с правами человека, как внутри компании, так и за пределами компании.

2. Оценка воздействия

Для всех крупных проектов, оценка воздействия на окружающую среду и социальную сферу (ОВОСиСС) не требуется. Руководящие принципы Рагги принимают попытки включения воздействий на права человека в своих проектах. ОВОСиСС как правило, имеют несколько консультантов, занимающихся изучением воздействия на окружающую среду и социальную сферу последствий в течение всей жизни проекта, обменом информации с обществом, вопросами проблем жизнедеятельности и выработкой рекомендаций, для увеличения вероятности положительного исхода и уменьшения отрицательного. Руководствуясь данными принципами, компания должна иметь экспертов по правам изучающих воздействия на права человека. Существует ряд вопросов и характеристик, связанных с правами человека и оценкой воздействий.

Проект «обзорный документ»

Перед тем, как соглашаться на проект, должен быть написан обзорный документ, который будет рассматривать некоторые из основных вопросов. Обзорный документ, написанный главным экспертом по этому вопросу, как правило, имеющий не больше 15-20 страниц, поможет компании понять потенциальное воздействие проекта и выделить подходящее время и бюджетные ресурсы для его развития. Для нефтяных, газовых и горнодобывающих проектов, существуют свои экологические, социальные проблемы и проблемы прав человека. Права человека включают в себя информацию и право на чистую окружающую среду, среди многих других. Для проектов, основанных на меньших городах с участием текстильного производства, проблема будет больше не в окружающей среде, а в возможностях поставки, сосредоточенных на безопасные условия труда. Обзорный документ выделяет эти вопросы, гарантируя, что они рассматриваются более подробно в процессе оценки

воздействия.

Внешний опыт в оценке воздействия

Многие компании имеют тенденцию включать эксперта по правам человека, связанного с консультативной деятельностью, относящейся к окружающей среде. В настоящее время многие консультанты, однако, не имеют достаточного опыта для оценки воздействия прав человека. Приходится пользоваться услугами внешнего эксперта по правам человека. Этот специалист не только сделает лучше работу, но также обеспечит проект большей легитимностью. Настоятельно рекомендуется иметь в качестве одного из сотрудников компании «теневого» эксперта во время оценки воздействия прав человека, чтобы работник мог перенести собранный опыт обратно в компанию. Наличие внешнего эксперта по правам человека позволяет высшему руководству вести дискуссии о влиянии компании на права человека в равной степени распространения знаний и понимания в рамках всей компании, гарантируя наличие большого количества информации. Способность работника понять влияние прав человека растет, компания потенциально может использовать своих собственных сотрудников для детализации влияния прав человека на будущий проект.

Права человека как ценность

Процесс ОВОСиСС и его результаты проделаны исходя из большого опыта. Количество сообществ, их средств к существованию и частей на миллион (ЧНМ) выпуска химического вещества в атмосферу будут подробно описаны. География проекта также будет конкретно представлена - например, 2500 квадратных метров лагеря или одного километра трубопровода. Тем не менее, влияние права человека должно рассматриваться через различные линзы. Потенциальное сокращения пастбищной площади фермера (или его/ее имущества) можно рассматривать как ударное воздействие, которое может включать в себя нарушение права на достаточный жизненный уровень и право на собственность. Если компания доминирует на лингва-франка, то права меньшинства в своей собственной культуре могут быть нарушены. Компания будет принимать активные меры для обеспечения того, чтобы эта культура не исчезла.

Права человека на язык и слушателя

Права человека могут касаться очень эмоциональной среды, провоцируя экспрессивные ответы, как от компаний, так и правительств. О правах человека не стоит говорить в любой аудитории. Обращение к местным жителям о последствиях проекта принесет гораздо больше информации, чем "Как вы думаете, эта компания или этот проект установит Ваши права на достаточный уровень жизни"? Важно иметь соответствующий ораторский опыт, чтобы перевести разговор на воздействии прав человека на проект. Беседы с правительством будут немного отличаться, но, вероятно, также включать недостаток понимания. Выступления перед начальником отдела по вопросам прав человека, не будут столь продуктивными, как обсуждения экологических, социальных и медицинских последствий.

К кому обратиться?

Концепция Рагги предпочитает говорить с правообладателями, чьи права

затрагиваются проектом. Этих правообладателей часто легко распознать на фабрике или в обществе. В некоторых случаях, это будет не так-то просто. Крупные проекты обычно требуют рабочих- мигрантов. Хотя это очевидно, к кому компания должна обратиться? В подобных ситуациях, обращение к международным организациям (Международная организация труда) или НПО, знакомых с предметом деятельности, станет важной заинтересованной стороной в понимании последствий этих групп. Кроме того, работники секс-бизнеса, как правило, являются частью крупных инфраструктурных проектов. Компании должны также иметь в виду, что, обращение к некоторым представительным организациям, не всегда лучший вариант. Многие международные НПО представляют местные сообщества, например в случаях нефте и газового бурения в отдаленных регионах России или на Аляске в Соединенных Штатах.

Сроки и интеграция ОВОСиСС

В отличие от оценок воздействия на права человека, ОВОСиСС будет иметь нормативные требования со временем ограничения. Интеграция воздействия прав человека на ОВОСиСС с самого начала желательна, она позволит сэкономить значительный объем работы по координированию консультаций и меры по смягчению последствий в будущем. Организация двух отдельных процессов может быть выполнена заинтересованными сторонами. Они могут в равной степени владеть профессионализмом и обладать всеми знаниями, касающимися проекта. Управление двумя процессами уменьшает доходы и количество времени. Кроме того, ОВОСиСС, как требование, предусмотренное законом, будет иметь ряд действий, которые необходимо выполнить для реализации продвижения проекта. Воздействия прав человека не должны быть переданы в регулирующий орган. Тем не менее, было бы неплохо включить права человека в план действий по ликвидации последствий ОВОСиСС, так чтобы они могли быть задействованы.

3. Интеграция

Долгосрочный влияние стратегии в области прав человека будет заключаться в объединении политики и процедур проверки процессов компании. Если права человека хорошо интегрированы, то они могут стать частью ДНК компании, позволяя им стать такими же естественными, как антикоррупционные и природоохранные мероприятия. Компания также заинтересована в найме работников, специалистов по правам человека. Ниже приведены несколько способов, чтобы удостовериться, что слияние на самом деле происходит.

Стимулы и препятствие

Некоторые сотрудники не будут работать сразу на общее благо, но это может быть необходимым для стимулирования сотрудников больше работать. Добавление более «мягких» вопросов таких, как права человека или социальные проблемы в расчетах бонуса являются хорошим началом. Существует не только моральная проблема вокруг соблюдения прав человека, но и бескомпромиссный финансовый аспект к уважению прав человека, который, в конечном счете, позволяет обеспечить более устойчивые и финансово успешные проекты. Препятствия, а это не менее важно, должны быть введены. Отправка сообщения о нарушении прав кем-либо во имя финансовой выгоды не будут допускаться, и будут решаться быстро и жестко. Такая же политика существует для борьбы с взяточничеством и коррупцией.

Наем

Права человека буду доступны для большинства новичков. Тем не менее, есть специальные методы, благодаря которым можно изъясняться, без упоминания о них открыто:

• Можно спросить у инженера-нефтяника о влиянии сокращения бурения скважины вблизи поселения.

• Интервьюер может спросить заявителя менеджера проекта о том, что было бы лучшими критериями для механизма рассмотрения жалоб/горячей линии.

• претендента на позицию управляющего персонала можно спросить о том, что компания может сделать, чтобы облегчить ведение коллективных переговоров.

• Компания никогда не должна просить заявителя о создании семьи, которая может привести к дискриминации из-за дополнительных расходов на декретный отпуск.

Сотрудники, обладающие знаниями о правах человека, должны быть раскинуты по всей организации, а не скапливаться в одном отделе «прав человека», где они будут иметь ограниченный доступ к бизнесу. Для облегчения всей компании интеграции, человеческие ресурсы должны закрепить создание сети человеческих прав для сбора заинтересованных сотрудников для обмена опытом и расширения сети.

Обучение

Обучение может принимать различные формы – с помощью интернета, внешних презентаций или через проект «хоровода». Один из наиболее информативных интернет-сайтов на тему бизнеса и Центра документации прав человека (www.business-humanrights.org, на английском). Открывая сотруднику структурированный подход к обучению с веб-сайтов, а также деление уроков по задачам будет чрезвычайно полезно для понимания работника, поднятия его/ее моральный духа и производительности нижней ступени компании. Это очень дешевый подход к обучению. Объективные внешние эксперты могут быть привлечены по случаю «проверить» и проконтролировать прогресс компании. Данный подход позволяет сотрудникам узнать что-то новое, раннее неизвестное. Наконец, просмотр сайта проекта позволит лицам, ответственным за права человека, получить информацию для изучения из первых рук. Инспекции по заводскому цеху могут вызвать вопросы о пожарной безопасности, условиях труда и достаточном времени отдыха. Как упоминалось ранее, создание дилеммы о правах человека – как бы вы сбалансировали прибыль компании с возможным нарушением прав человека - также помогает сотрудникам критически мыслить о предмете.

Механизмы рассмотрения жалоб/Горячие линии

Третьей идеей Концепции Рагги является создание механизма рассмотрения жалоб, который является прозрачным, своевременным и эффективным. Многие компании могут подавать жалобы на своих собственных сотрудников, но почти все они не имеют возможности подать жалобу на тех, кто находится за пределами компании. Многие компании утверждают, что внешние механизмы слишком много работают и приводят к значительным числам жалоб. Всплеск жалоб может произойти в тот момент, когда механизм впервые представили, однако их число, как правило, резко падает после короткого периода времени. Если жалобы сохраняются,

то у компании есть комплексная проблема. Забегая вперед, хорошо сработанный механизм рассмотрения жалоб позволит сэкономить значительное количество времени и стоимости, действуя в качестве системы раннего предупреждения для компании. Как гласит старая пословица, "Один стежок, сделанный вовремя, стоит девяти».

4. Отслеживание эффективности

После нескольких месяцев, различия в поведении и практике должно быть видно. Внешний эксперт должен измерить эти изменения для обеспечения честного толкования того, насколько хорошо компания реализовала стратегию до определенного момента.

Данные являются важной частью преобразования прав человека. Они обеспечивают понимание того, где компания начала свой путь и куда ей двигаться дальше. Ниже приведены некоторые вопросы, которые необходимо отследить:

• Сколько менеджеров прошло обучение в области прав человека и бизнеса? Является ли обучение частью их плана развития и положения, о рисках прав человека должны знать сотрудники?

• Сколько действующих предприятий создало механизмы рассмотрения жалоб? Обязательные ли механизмы рассмотрения жалоб для всех новых проектов? Есть программы поведения для внесудебных механизмов жалоб? Каковы сроки для всех операций?

• Какое количество жалоб получила компания на протяжении своей работы? Отсутствие жалоб не обязательно говорит о том, что дела на предприятии идут хорошо – штат может не знать о механизме рассмотрения жалоб или процесс подачи жалобы может быть слишком сложным.

Профессор Рагги указал на необходимость для компаний правила «знать и показать», когда речь идет о правах человека. Это не только понимание сути, но и состояние продемонстрировать меры по соблюдению прав человека.

Комплексные решения

Существует ряд острых вопросов вокруг осуществления прав человека и бизнеса, учитывая различные аспекты вокруг юрисдикции, отсутствие осведомленности в вопросах поставок и отработки щепетильных ситуаций с правительством принимающей страны.

Экономический рычаг «Подрядчик» – Изменение поведения субподрядчика

Руководство компании колеблясь, ставит под сомнение происхождение продукта или даже разговор с субподрядчиком. Хотя, не поднимание этой темы с субподрядчиком, возможно, было уважительной причиной несколько лет назад, в настоящее время такие способы не приемлемы, так как могут оказать негативное влияние на репутацию компании. Речь идет о создателях Apple, которые допустили детский труд у одного из его субподрядчиков в Китае в конце 2012 года. Ответственные люди компании никак не связаны с детским трудом. Если детский труд будет найден, то важно устранить его, используя Импакт правила, ссылка на которые есть в оглавлении.

Насколько большая сделка компании А с компанией В, в результате которой может произойти нарушение прав человека? Какое влияние имеет компания А? Если

контракт компании А составляет 2% от бизнеса компании В, то она имеет очень маленькое влияние. Однако, если компания А по контракту с компанией В составляет 30% от выручки компании Б, то компания имеет значительное влияние, которое может привести к политическим изменениям.

Старшие менеджеры могут колебаться при использовании экономического рычага. "Мы не можем вмешиваться в их бизнес!" Или "Как мы можем позволить себе вмешиваться в их политику и практику?" Короткий ответ: "Как Вы можете позволить себе НЕ принять участие?"

Одним из возможных форматов встречи есть ежегодное собрание 10 компаний крупнейших подрядчиков для обсуждения стратегии компании о правах человека и мер, которые необходимо принять для осуществления данной стратегии. Очень важно иметь общее представление о Концепции Рагги и что это означает для рабочих. Это даст возможность узнать больше о вопросах, с которыми сталкиваются работники и решить некоторые из них.

Кроме того, небольшие изменения в шаблоне договора, ссылаясь на Концепцию Рагги, конкретные положения о детском и принудительном труде, информация о том, что у компании есть политика, строго соблюдаемая, а также потенциал для аудита, скорее всего, приведет к изменению в поведении. В связи с установкой прав человека в качестве элемента предварительной квалификации, также будет меняться сомнительное поведение работника.

Не все решится в одночасье, однако во введенные работником сроки, совместимые права человека добьются требуемой цели. Это может привести к закрытию темы о правах человека.

Избегание отношений с правительством

Компании, имеющие активы или проекты, которые имеют большое значение для страны, могут оказаться замешанными в контактах с правительством. Причастность относится к косвенной принадлежности компании к государственными нарушениями прав человека. Вот несколько примеров:

• правительство уничтожает деревню и оставляет ее жителей без средств к существованию, без компенсации, чтобы освободить место для большой инфраструктуры (например, нефтеперерабатывающий завод или дорога),

• правоохранительные органы нарушают свободу выражения мнения противников проекта,

• службы охраны правопорядка, для оказания помощи в обеспечении инфраструктуры во время акции протеста, используют чрезмерную силу при обращении с демонстрантами, в результате – травмы и смерти.

В таких случаях, важно, чтобы компания провела качественную беседу о действиях правительства и том, какие необходимые и соответствующие меры могут быть приняты. Старк настоятельно просит во избежание «быть связанным с нарушением прав человека в стране» не быть продуктивным. Следующие распространенные ситуации могут быть решены следующим образом:

• Пример для больших инфраструктур - "получили ли эти люди должную компенсацию и переселились в соответствии с международными стандартами или это все еще ожидается?" "Как мы можем объяснить это?" Если компания не желает предоставлять должную компенсацию людям, то ее заставят отдать должную компенсацию сельским жителям.

• Противоположный пример - "как мы можем быть уверены, что эти люди имеют свое мнение и убедить их в том, что этот проект будет благоприятен для всего общества?"

• Для обеспечения безопасности - «как мы сможем справиться с данной ситуацией без травм?»

"Социальная" лицензия на эксплуатацию - общественное или коммунальное утверждение проекта - имеет решающее значение. Бестактность с заявителями протеста или подавление инакомыслия не обеспечит проект в долгосрочной перспективе. Это утверждение почти так же важно, как и «стандартная» лицензия на деятельность, бесчисленные разрешения и утверждения проектов, предоставляемые различными министерствами и ведомствами.

Если компания имеет более 50% акций в проекте, и проект все еще рабочий, то он может использовать международные стандарты. Совместное сотрудничество с Государственным предприятием (ГП), при которой не реализована стратегия в области прав человека, может привести к трудностям в принятии решений. Управление проектом с 30% долей сложнее и потребует переговоров с ГП или с Государственным органом.

Международные стандарты против национальных

Компаниям, работающим в разных юрисдикциях трудно соблюдать ряд законов и нормативных актов. В некоторых странах правительство строго контролирует выполнение прав человека. Примеры преследуемых групп включают в себя женщин, коренные народы и цыган. О таких ситуациях, Концепция Рагги пишет:

> ***Во всех контекстах, коммерческие предприятия должны: (а) соблюдать все применяемые законы и уважать международно-признанные права человека, где бы они ни работали; (б) искать честные пути в принципах международно-признанных прав человека, при столкновении с противоречивыми требованиями;***
>
> *Комментарий: Хотя конкретная страна и местные условия могут повлиять на права человека на протяжении деятельности предприятия и деловых отношений, все бизнес-предприятия обязаны уважать права человека везде, где они работают. Если местное производство не позволяет удовлетворить эту необходимость полностью, предприятия должны уважать принципы международно-признанных прав человека насколько это возможно в данных обстоятельствах, и иметь возможность продемонстрировать свои умения в данном направлении (Руководящие принципы Рагги, пункт 23)*.

Хотя это может продлиться довольно долго, трата времени на изучение возможностей вокруг экономического рычага, размышления творчески в соответствии с международными стандартами прав человека, а также во избежание любой причастности к правительству, позволит избежать значительного материального ущерба и подрыва репутации вашего проекта и вашей компании.

Заключение

Данный документ представил план включения прав человека в малую или большую компанию. После того, как был определен тип бизнеса для компании, она начинает понимать степень ее обязательств по правам человека и пробелы, которые необходимо заполнить.

Преобразование политики и практики компании может занять несколько

месяцев. В одной европейской международной компании, данная процедура заняла годы (и целый ряд весьма дорогостоящих судебных дел), чтобы качественно изучить предмет. Начало процесса с "чистого листа" и без внешнего давления позволит компании быть более аккуратным в создании действенной стратегии на многие года. Сделанные наспех стратегии могут давать противоречивые советы, то есть призывать следовать национальным либо международным стандартам. Они также могут дизоринетировать компанию при коллективном рассмотрении прав человека в качестве активов и бизнеса, рассматривая его как еще один барьер для бизнеса.

Разработку программного заявления, оценку воздействия, интеграции и отслеживание эффективности нельзя сделать за один день. Однако, если действовать систематически, можно добиться хороших результатов в короткие сроки и привести к финансовому оздоровлению компанию на долгое время с более продуктивной и выделенной рабочей силой. Политика сама по себе не избавляет компанию от нарушений прав. Главные изменения должны произойти на местах.

Февраль, 2013 г.

Приложение первое – Соответствующие документы по правам человека и ссылки на них

Ссылки

Бизнес и Центр документации прав человекае - www.**business**-**humanrights**.org/

Глобальный договор ООН - http://human-rights.unglobalcompact.org/

Организации Объединенных Наций управления Верховного комиссара по правам человека.

Права человека в переводе - http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/Tools.aspx

Международный совет по горной промышленности и металлургии- http://www.icmm.com/page/225/business-and-human-rights

Международная ассоциация компаний нефтедобычи в защиту МАНЗОС - тренинг по правам человека, обучающее ПО - http://www.ipieca.org/focus-area/human-rights

Датский институт по правам человека – www.humanrightsbusiness.org

Оценка производственной деятельности для восстановления детского труда в промышленных условиях - http://www.impacttlimited.com/resources/resources-part-3

Документы:

Всеобщая декларация прав человека (на русском языке) http://www.un.org/ru/documents/udhr/

Руководящие принципы по вопросам бизнеса и правам человека: осуществление ООН защиты, уважения и возмещения (на русском языке) - http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-guiding-principles-russian-21-mar-2011.pdf

Приложение второе – Права человека из обновленной в 2011 версии Руководящих принципов ОЭСР для многонациональных предприятий (раздел 4)

Права человека

Государства обязаны защищать права человека. Предприятия должны, в рамках международно-признанных прав человека, международных обязательств по правам человека в странах, в которых они работают, а также соответствующих внутренних законов и правил:

1. Уважать права людей, а именно не ущемлять в правах других людей и не относиться враждебно к правам людей, с которыми работаешь.
2. В рамках своей деятельности, избегать служащих причиной или способствующих факторов неблагоприятного воздействие прав человека, а также устранять проблемы при их возникновении.
3. Искать пути для предотвращения или смягчения негативного воздействия прав человека, которые непосредственно связаны с их хозяйственной деятельностью, производством или услугами, деловыми отношениями, даже если они не участвуют в этих мероприятиях.
4. Вести себя достойно, уважая права других.
5. Провести анализ прав человека в той или иной ситуации в соответствии с размером, характером и сутью операции и тяжестью рисков неблагоприятного воздействия прав человека.
6. Обеспечить или совместно работать через законные процессы по ликвидации последствий неблагоприятных воздействий права человека, где компания определяет источники данных воздействий.

Комментарии по правам человека:

36. Эта глава начинается с вводной части, которая устанавливает рамки для конкретных рекомендаций, касающихся уважения прав человека на предприятии. Она основывается на ООН Модели для бизнеса и прав человека «на защиту, уважение и лечение» и в соответствии с Руководящими принципами для его осуществления.

37. Вводная часть и первый абзац рассказывают, что государства обязаны защищать права человека, и предприятия, независимо от их размера, сектора, оперативной связи, собственности и структуры, должны уважать права человека там, где они работают. Уважение прав человека является мировым стандартом поведения для предприятий независимо от особенностей государств и / или готовности выполнять свои обязательства по правам человека, без уменьшения обязательств.

38. Отказ государства от исполнения соответствующих внутренних законов, или не выполнения международных обязательств по правам человека или обвинение его в том, что он действует вопреки законам и международным обязательствам не говорит о том, что предприятие должно перестать уважать права человека. В странах, где существуют национальные законы и нормативные правила, конфликты с международно-признанными правами человека, предприятия должны решать честным путем, не нарушая правил внутреннего законодательства, в соответствии с пунктом 2, главы о понятиях и правилах.

39. Во всех случаях, независимо от страны или конкретного вида

деятельности предприятий, следует помнить как минимум о международно-признанных правах человека, представленных в Международной билле о правах человека, состоящего из Всеобщей декларации прав человека и основных инструментов, через который он был кодифицирован: Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, а также принципах, касающихся основополагающих прав, закрепленных в 1998 году Международной организацией труда Декларацией об основополагающих принципах и правах в сфере труда.

40. Предприятия могут оказывать влияние практически на весь спектр международно-признанных прав человека. На практике некоторые права человека могут быть подвержены большему риску, чем другие, в частности, касающиеся промышленности, и, следовательно, будут находиться в центре повышенного внимания. Тем не менее, ситуация может измениться, так что все права необходимо периодически проверять. В зависимости от обстоятельств, предприятиям может понадобиться рассмотреть дополнительные стандарты. Например, предприятия должны уважать права человека для лиц, принадлежащих к определенным группам или популяциям, которые требуют особого внимания, где может быть на них оказано неблагоприятное воздействие. В связи с этим ООН разработало ряд документов по правам коренных народов, лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, женщин, детей, инвалидов и трудящихся-мигрантов и членов их семей. Кроме того, в ситуациях вооруженных конфликтов предприятия должны соблюдать нормы международного гуманитарного права, которые могут помочь предприятиям избежать рисков, вызывающих или способствующих неблагоприятным воздействиям при работе в таких сложных условиях.

41. В пункте 1 системы фактических и потенциальных неблагоприятных воздействий прав человека состоят из принятия адекватных мер по их выявлению, предупреждению, где это возможно, и смягчению потенциального воздействия на права человека, исправление фактических воздействий, и рассмотрение неблагоприятного воздействия права человека в процессе. Термин «контрафактный» относится к людям, негативно влияющих на успех компании.

42. Пункт 2 рекомендует предприятиям избегать неблагоприятное воздействие прав человека посредством своей деятельности и устранение этих последствий при их возникновении. «Деятельности» может включать в себя как действия, так и упущения. Если предприятие ущемляет или неблагоприятно воздействует на права человека, оно должно предпринять необходимые шаги, чтобы прекратить или предотвратить это. Если предприятие способствует или может поспособствовать такому воздействию, оно должна принять необходимые меры, чтобы прекратить или предотвратить это, используя свое влияние, чтобы смягчить насколько это возможно любое оставшееся воздействие. Экономический рычаг существует там, где предприятие имеет возможность осуществлять изменения в практике поведения персонала, которые вызывают неблагоприятное воздействие на права человека.

43. Пункт 3 рассматривает более сложные ситуации, когда предприятие не способно остановить неблагоприятное воздействия прав человека, но это влияние, тем не менее, непосредственно связано с ее деятельностью, производством и обслуживанием его деловых отношений с другими лицами. Пункт 3 не предполагает переложить ответственность с лица, вызывающего неблагоприятные последствия для прав человека на предприятие, с которым он имеет деловые отношения. Выполнение условий в пункте 3 повлечет за собой, что предприятие, действующее в одиночку или в сотрудничестве с другими

организациями, при необходимости, будет использовать свои экономические рычаги, чтобы повлиять на лицо, вызывающее неблагоприятные воздействия прав человека для предотвращения или смягчения этого воздействия. «Деловые отношения» включают в себя отношения с деловыми партнерами, организациями в своей цепочке поставок, и любыми другими негосударственные или государственной органами, непосредственно связанными с его хозяйственной деятельности, производством и обслуживанием. Среди факторов, которые вступят в действие в таких ситуациях есть экономические рычаги предприятия, отвечающие за соответствующие вопросы, насколько важны отношения для предприятию, тяжести последствий, и может ли прекращение отношений с работником само по себе оказать неблагоприятное воздействие на права человека.

44. В пункте 4 предлагается предприятиям выразить свою приверженность уважению прав человека посредством заявления, что политика: (i) утверждена на самом высоком уровне предприятий; (II), сообщается соответствующими внутренних и / или внешними экспертами; (III) устанавливает права человека на предприятии с персоналом, бизнес-партнерами и другими сторонами, непосредственно связанными с ее деятельностью, производством или обслуживанием; (IV) является общедоступной и сообщенной внутренне и внешне для всех сотрудников, деловых партнеров и других заинтересованных сторон; (у) отражена в оперативной политике и процедурах, необходимых для их внедрения в масштабе предприятия.

45. В пункте 5 рекомендуется осуществлять права человека на предприятии с должной осмотрительностью. Этот процесс влечет за собой оценку фактического и потенциального воздействия прав человека, интеграции и действуют в соответствии с результатами, отслеживая ответы и делясь результатами. Права человека могут быть включены в более широкие системы управления рисками предприятий при условии, что оно не только выявляет и устраняет существенные риски для самого предприятия, чтобы добавить риска правообладателям. Данное упражнение дает понять, что риски по правам человека могут меняться с течением времени, а также развиваться, как деятельность предприятия и операционные связи. Дополнительные руководящие указания по тщательной проверке, в том числе проверки связи с цепочками поставок, и надлежащее реагирование на риски, возникающие в цепочках поставок, осуществляются в соответствии с пунктами A.10 - A.12 главы об общей политике и их комментариям.

46. Когда предприятия устанавливает через предварительный юридический аудит права человека или другие средства, которые причинили ущерб или способствовали неблагоприятному воздействию, в Руководстве рекомендуется, чтобы предприятия имели средства для исправления последствий. В некоторых случаях требуется сотрудничество с судебными или с государственными несудебными механизмами. Иначе, есть оперативный уровень механизма подачи жалоб для тех, кто имеет потенциальное влияние на деятельность предприятия, это может быть эффективным средством обеспечения для таких процессов, при условии, что они отвечают основным критериям: законность, доступность, предсказуемость, равноправия, совместимость с Руководящими принципами и прозрачность, а на основе диалога и взаимодействия могут найти согласованное решение. Такие механизмы могут быть введены предприятием самостоятельно или в сотрудничестве с другими заинтересованными сторонами и могут быть источником непрерывного обучения. Оперативный уровень механизма подачи жалоб не должен использоваться для ослабления роли

профсоюзов в решении трудовых споров, и они не должны исключать механизмы доступа к судебным или несудебным механизмам рассмотрения жалоб, в том числе Национальное координационное бюро, занимающееся написанием руководящих положений.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПО ВОПРОСАМ СООТВЕТСТВИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ОСНОВНЫМ СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИМ ПРИНЦИПАМ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В АСПЕКТЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ[538]

I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1. Исходная информация

Республика Казахстан **(далее –** «**РК**»**)** стремится получить статус постоянного наблюдателя в четырех комитетах (Комитет по инвестициям, Комитет по политике в области образования, Комитет по сельскому хозяйству и Комитет по промышленности, инновациями предпринимательству) Организации экономического сотрудничества и развития **(далее –** «**ОЭСР**»**)**, что предоставит возможность разработать и осуществить более эффективную экономическую политику страны.

Одним из приоритетных направлений ОЭСР является повышение ответственного поведения предприятий (особенно добывающего сектора). При этом ОЭСР рекомендует придерживаться принципа пропорциональности, прозрачности и отсутствия дискриминации. Казахстану, по мнению ОЭСР, следует придать судебной системе больше независимости, сделать систему государственных закупок более прозрачной, уделять большее внимание защите прав человека в сфере предпринимательской деятельности.

Любая экономическая политика, включая политику преодоления кризиса, влечет за собой огромные последствия связанные с распределением финансов внутри государства и, следовательно, чревата нарушением социально-экономических прав граждан. Как известно, предыдущие экономические кризисы особенно тяжело сказывались на наименее защищенных слоях общества и приводили к нарушениям их естественных прав.

Продолжающиеся финансовый кризис и экономический спад остаются одной из главных проблем, вызывающих беспокойство государственных органов и предпринимателей, которые пытаются усовершенствовать управление экономикой, восполнить пробелы нормативных правовых актов и определить меры для выхода из сложившейся ситуации.

Восстановление здоровой глобальной экономики требует возвращения государству соответствующей роли регулятора финансовых рынков. В дополнение к этому негативное влияние внешних факторов связанных с глобальным экономическим кризисом может быть устранено посредством возвращения

---

538 Посольство Великобритании Астана Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Казахстане.

правительству присущей ему роли организатора коллективных действий как на национальном, так и на глобальном уровнях.[539]

В Послании Президента РК Н.А. Назарбаева народу Казахстана «**Социально-экономическая модернизация – главный вектор развития Казахстана»** (27 января 2012 г.) было дано направление развития государства на ближайшее десятилетие. В современном мире баланс между развитием экономики и обеспечением общественных благ является коренным вопросом социально-экономической модернизации, что напрямую связано с правовой политикой в обеспечении защиты прав человека.

Сегодня единственным кандидатом на роль основной нормы, отвечающим факту плюрализма, а также принципам справедливости и необходимости моральных начал порядка, являются позитивные права человека. Права человека образуют универсальную совокупность как политических и экономических, так и социальных и культурных прав. Их нарушение не придает большего веса аргументу, оспаривающему универсальность их притязаний на значимость.[540]

Социальная несправедливость возникает прежде всего тогда, когда правительства, определяя пределы социальных и экономических прав, не принимают во внимание связь, существующую между этого рода правами и косвенно защищаемыми основными правами; когда в процессе этого определения пределов вмешиваются другие факторы, помимо требования охранять соответствующие основные права, – прежде всего невежество, а также интересы – личные, групповые, классовые и т.п. Или когда законы, определяющие установление и функционирование социальных и экономических отношений, например налоговые законы, гражданский кодекс и другие акты или законы более узкого охвата, применяются без учета внутренней связи, существующей между этого рода правами и косвенно охраняемыми основными правами, т.е. определяются без учета их предвидимых последствий для этих прав при существующих в данной стране условиях.[541]

Предпринимательская деятельность представляет собой множество возможностей благодаря преобразованию производственных факторов в товары или услуги, что способствует экономическому развитию. Однако стимулирующие предпринимательство структуры слишком часто приводят к решениям, которые наносят ущерб осуществлению прав человека.

В связи с этим в своей резолюции 17/4 **Совет по правам человека единогласно одобрил Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека**. Сегодня Руководящие принципы стали общепризнанной нормой, направленной на предупреждение и ликвидацию негативного воздействия предпринимательской деятельности на права человека.

В 2005 г. по просьбе Комиссии по правам человека Генеральный секретарь назначил проф. **Джона Рагги** (John Ruggie) своим **Специальным представителем по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях** с мандатом определять и разъяснять стандарты ответственности и отчетности предприятий применительно к правам человека и проработать вопрос о роли государства в этой связи.

---

[539] Доклад Стиглица. О реформе международной валютно-финансовой системы: уроки глобального кризиса. Доклад Комиссии финансовых экспертов ООН (Москва, 2010), с.60.

[540] Х.Й. Зандкюлер, Демократия, всеобщность права и реальный плюрализм, Вопросы философии (1999, 2), с.49.

[541] И. Кучуради, Справедливость – социальная и глобальная, Вопросы философии (2003, 2), с.23.

2. Использованные нормативные правовые акты Республики Казахстан

1) Конституция Республики Казахстан от *30 августа 1995 года, с учетом изменений и дополнений (Конституция РК);*

2) Конституционный закон Республики Казахстан от 25 декабря 2000 года №132 «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» (Конституционный закон о судебной системе);

3) Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части) от 27 декабря 1994 года и от 1 июля 1999 года, с учетом изменений и дополнений (Гражданский кодекс; ГК РК);

4) Трудовой кодекс Республики Казахстан от 15 мая 2007 года №251-III, с учетом изменений и дополнений (ТК РК);

5) Налоговый кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года №99-V, с учетом изменений и дополнений (Налоговый кодекс либо НК РК);

6) Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года №411-I, с учетом изменений и дополнений (ГПК);

7) Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года №207, с учетом изменений и дополнений (УПК);

Кодекс Республики Казахстан о здоровье народа и системе здравоохранения от 18 сентября 2009 года №193-IV, с учетом изменений и дополнений (Кодекс о здоровье народа);

8) Экологический кодекс Республике Казахстан от 9 января 2007 года №212-III ЗРК (ЭК РК; Экологический кодекс);

9) Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» от 30 января 2001 года №155-II (КоАП);

10) Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года №167-I (УК РК);

11) Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года №213-I «О нормативных правовых актах», с учетом изменений и дополнений (Закон о НПА);

12) Закон Республики Казахстан от 23 июля 1999 года №453-I «О государственной службе» (Закон о государственной службе);

13) Закон Республики Казахстан от 12 января 2007 года №221-III ЗРК «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц», с учетом изменений и дополнений (Закон о порядке рассмотрения обращений);

14) Закон Республики Казахстан от 28 января 2011 года №101-IV «О медиации» (Закон о медиации);

15) Закон Республики Казахстан от 15 марта 1999 года №349-I «О государственных секретах» (Закон о государственных секретах);

16) Закон Республики Казахстан «Об информатизации» от 11 января 2007 года № 217-III ЗРК (Закон об информатизации);

17) Закон Республики Казахстан «О промышленной безопасности на опасных производственных объектах» от 3 апреля 2002 года №314-II (Закон о промышленной безопасности);

18) Закон Республики Казахстан «О радиационной безопасности населения» от 23 апреля 1998 года № 219-I (Закон о радиационной безопасности);

19) Закон Республики Казахстан от 14 апреля 1997 года №93-I «Об использовании атомной энергии» (Закон об использовании атомной энергии);

20) Закон Республики Казахстан от 15 ноября 2010 №352-IV «О государственном регулировании производства и оборота биотоплива» (Закон о

биотопливе);

21) Закон Республики Казахстан от 12 января 2007 года №221-III ЗРК «О защите прав потребителей», с учетом изменений и дополнений (Закон о защите прав потребителей);

22) Закон Республики Казахстан о безопасности игрушек от 21 июля 2007 №306-III (Закон о безопасности игрушек);

23) Закон Республики Казахстан от 11 января 2007 года №214-III ЗРК «О лицензировании», с учетом изменений и дополнений (Закон о лицензировании);

24) Закон Республики Казахстан от 09 ноября 2004 года №603-II ЗРК «О техническом регулировании» по состоянию на 10 июля 2012 года (Закон о техническом регулировании);

25) Закон Республики Казахстан от 25 декабря 2008 года № 112-IV ЗРК «О конкуренции» по состоянию на 10 июля 2012 года (Закон о конкуренции);

26) Закон Республики Казахстан от 09 июля 1998 года №272-I «О естественных монополиях и регулируемых рынках» по состоянию на 10 июля 2012 года (Закон о регулируемых рынках);

27) Закон Республики Казахстан от 02 июля 2003 года №461-II «О рынке ценных бумаг» по состоянию на 05 июля 2012 года (Закон о рынке ценных бумаг);

28) Закон Республики Казахстан от 31 января 2006 года №124-III ЗРК «О частном предпринимательстве», с учетом изменений и дополнений (Закон о частном предпринимательстве);

29) Закон Республики Казахстан от 23 января 2001 года №149-II «О занятости населения» с учетом изменений и дополнений (Закон о занятости населения);

30) Закон Республики Казахстан от 8 февраля 2003 года №387-II «О чрезвычайном положении» с учетом изменений и дополнений (Закон о чрезвычайном положении);

31) Закон Республики Казахстан от 22 июля 2011 года № 477-IV ЗРК «О миграции населения» по состоянию на 10 июля 2012 года (Закон о миграции населения);

32) Закон Республики Казахстан от 09 апреля 1993 года №2107-XII «О профессиональных союзах» (с изменениями по состоянию на 29 апреля 2009 г.) (Закон о профсоюзах);

33) Закон Республики Казахстан от 22 апреля 1998 года №220-I «О товариществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» (с изменениями по состоянию на 12 января 2012 г.) (Закон о ТОО);

34) Закон Республики Казахстан от 13 мая 2003 года №415-II «Об акционерных обществах» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 05.07.2012 г.) (Закон об АО);

35) Закон Республики Казахстан об инвестиционных фондах от 07 июля 2004 года №576-II (Закон об инвестиционных фондах);

36) Закон Республики Казахстан от 07 февраля 2005 года №30-III ЗРК «Об обязательном страховании работника от несчастных случаев при исполнении им трудовых (служебных) обязанностей», с учетом изменений и дополнений (Закон об обязательном страховании работника от несчастных случаев);

37) Закон Республики Казахстан от 25 апреля 2003 года №405-II «Об обязательном социальном страховании», с учетом изменений и дополнений (Закон о социальном страховании);

38) Закон Республики Казахстан «О зерне» от 19 января 2001 года №143-II (Закон о зерне);

39) Закон Республики Казахстан от 24 июня 2010 года №291-IV ЗРК «О

недрах и недропользовании», с учетом изменений и дополнений (Закон о недропользовании);

40) Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года №858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года» (Концепция правовой политики до 2020 г.);

41) Указ Президента Республики Казахстан от 14 ноября 2011 года №174 «О Концепции информационной безопасности до 2016 года» (Концепция правовой политики до 2020 г.);

42) Указ Президента Республики Казахстан от 19 марта 2003 года №1042 «О Комиссии по правам человека при Президенте Республики Казахстан» (Указ о комиссии по правам человека);

43) Указ Президента Республики Казахстан от 19 сентября 2002 года №947 «Об учреждении должности Уполномоченного по правам человека» (Положение об Уполномоченном по правам человека);

44) Указ Президента Республики Казахстан от 29 ноября 2004 года №1474 «О дальнейшем совершенствовании системы защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина» (Указ о совершенствовании системы защиты прав человека);

45) Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 10 марта 1999 года № 2/2 «Об официальном толковании пунктов 1 и 2 статьи 14, пункта 2 статьи 24, подпункта 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан» (Постановление Конституционного Совета РК от 10 марта 1999 года № 2/2);

46) Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 12 марта 1999 года № 3/2 «Об официальном толковании пункта 7 статьи 61 и пункта 1 статьи 28 Конституции Республики Казахстан» (Постановление Конституционного Совета РК от 12 марта 1999 года № 3/2);

47) Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 01 декабря 2003 года №12 «Об официальном толковании статей 10 и 12 Конституции Республики Казахстан» (Постановление Конституционного Совета РК от 01 декабря 2003 года №12);

48) Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 07 июня 2000 года № 4/2 «Об официальном толковании пункта 4 статьи 5 Конституции Республики Казахстан» (Постановление Конституционного Совета РК от 7 июня 2000 года № 4/2);

49) Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 5 августа 2002 года №5 «О соответствии Конституции Республики Казахстан Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам прокурорского надзора» (с изменениями от 27.04.2011 г.) (Постановление Конституционного Совета РК от 5 августа 2002 г. №5);

50) Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 21 июня 2001 г. №3 «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда» (Нормативное постановление Верховного Суда РК от 21 июня 2001 г. №3);

51) Постановление Правительства Республики Казахстан от 15 февраля 2008 года №141 «Вопросы Агентства Республики Казахстан по защите конкуренции (Антимонопольное агентство)» (Постановление от 15 февраля 2008 года №141);

52) Постановление Правительства Республики Казахстан от 9 декабря 2003 года №1251 «О создании Межведомственной комиссии по международному гуманитарному праву и международным договорам по правам человека» (Постановление от 9 декабря 2003 года № 1251);

53) Постановление Правительства Республики Казахстан от 5 декабря 2011 года № 1457 «Об утверждении Правил обязательной периодической аттестации производственных объектов по условиям труда» (с изменениями и дополнениями от 01.06.2012 г.) (Постановление от 5 декабря 2011 года №1457);

54) Постановление Правительства Республики Казахстан от 28 октября 2011 года № 1225 «Об утверждении Правил и сроков проведения обучения, инструктирования и проверок знаний по вопросам безопасности и охраны труда работников» (с изменениями от 01.06.2012 г.) (Постановление от 28 октября 2011 года №1225);

55) Постановление Правительства Республики Казахстан от 21 августа 2007 года №721 «Об утверждении Правил принятия нормативных правовых актов в области безопасности и охраны труда соответствующими уполномоченными органами» (Постановление от 21 августа 2007 года №721);

56) Постановление Правительства Республики Казахстан от 21 августа 2007 года №720 «Об утверждении Правил предоставления информации и ведения государственной статистики в области безопасности и охраны труда» (с изменениями от 17.06.2010 г.) (Постановление от 21 августа 2007 года №720);

57) Постановление Правительства Республики Казахстан от 22 ноября 2011 года №1368 «Об утверждении Правил представления отчетов производителями и импортерами табака и табачных изделий (Постановление от 22 ноября 2011 года №1368).

II. СООТВЕТСТИВИЕ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РК СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИМ ПРИНЦИПАМ, ОБЯЗЫВАЮЩИМ ГОСУДАРСТВО ЗАЩИЩАТЬ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Часть II настоящего Заключения содержит правовой анализ положений законодательства РК на соответствие социально-экономическим принципам, обязывающим государство защищать права человека.

1. Общие положения

Казахстан, ратифицировав Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 г.), взял на себя обязательства по осуществлению признаваемых в Пакте прав всеми надлежащими способами, включая принятие законодательных мер (Закон *РК от 21 ноября 2005 года № 87-III, вступил в силу для РК 24 апреля 2006 г.)*.

В связи с глобальным экономическим кризисом государство взяло на себя ответственность по выходу из сложившейся ситуации в экономике страны. В РК были введены дополнительные механизмы регулирования финансового сектора, системного и оперативного реагирования государства на угрозы финансовой нестабильности, меры бюджетной экономии, повышены требования по контролю за деятельностью предприятий, проведены мероприятия по повышению уровня администрирования и т.д.

Следует отметить, что в период стагнации любое государство как правило расширяет область своего вмешательства. Причем по завершении данного периода оно обратно сужает сферу своих полномочий, но не возвращается к докризисному уровню. Экономические кризисы порождают не только временное, но и постоянное увеличение масштабов государственного вмешательства. Тем самым, государство получает дополнительные возможности по контролю за соблюдением и защите

социально-экономических прав человека, которые в попытке сохранения конкурентоспособности нередко игнорируются или ущемляются предпринимателями. Однако в этом случае существуют риски нарушения государством прав субъектов частного бизнеса.

В связи с этим, проблема соблюдения и защиты прав человека, определение соответствия норм действующего законодательства социально-экономическим принципам, обеспечивающим защиту прав человека, приобретает особое значение во взаимоотношениях государства с субъектами предпринимательской деятельности.

На государство возлагается обязанность по обеспечению защиты от нарушений прав человека третьими сторонами, включая коммерческие организации. Организации в свою очередь несут ответственность за уважение прав человека. Ключевым вопросом становится расширение доступа к эффективным средствам несудебной и судебной защитам прав человека.

В Докладе Специального представителя Генерального секретаря по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях Джона Ругги (далее **–** «**Доклад**») выделяется два **базовых принципа,** обязывающих государства защищать права человека:

(i) Согласно первому положению, государства в пределах своей территории и/или юрисдикции должны обеспечивать защиту от нарушений прав человека третьими сторонами, включая предприятия. Это требует принятия необходимых мер, направленных на предупреждение и расследование таких нарушений, наказание за них и компенсацию ущерба посредством эффективной политики, законодательства, нормативного регулирования и судопроизводства (далее – «**принцип обеспечения защиты государством прав человека от их нарушения третьими лицами, включая предприятия»**).

(ii) Второй базовый принцип закрепляет обязанность государств заявить требования к предприятиям, домицилированных на их территории и/или находящихся под их юрисдикцией, по соблюдению прав человека в рамках своей деятельности (далее – «**принцип определенности правовой политики в обеспечении защиты прав человека»**).

Наряду с базовыми принципами в Докладе сформулированы **принципы деятельности**. Принципы деятельности логично вытекают из базовых принципов и конкретизируют их.

Принципы деятельности сгруппированы по четырем кластерам:

1) **Общие функции государства в сфере нормативного регулирования и политики**.

Общие функции государства в сфере нормативного регулирования и политики включают в себя положения, которые непосредственно вытекают из принципа обеспечения защиты государством прав человека от их нарушения третьими лицами, включая предприятия.

Согласно данной части государствам рекомендуется *обеспечивать реализацию законов, обязывающих коммерческие организации соблюдать права человека, оценивать адекватность этих законов и своевременно устранять пробелы в законодательстве*.

Наряду с этим государствам надлежит следить за нормами *корпоративного права, которые должны способствовать соблюдению прав человека коммерческими организациями*. Более того, государство должно инструктировать (предоставлять руководящие указания) коммерческие организации по методам

соблюдения прав человека, поощрять и требовать предоставления информации о состоянии прав человека в организациях.

2) **Связь государства с коммерческими организациями.**

Вторая часть принципов деятельности продолжает требования, закрепленные в общих функциях государства в сфере нормативного регулирования и политики. В частности, указанные *требования распространяются* также и на *коммерческие организации, находящиеся в собственности государства, контролируются им, пользуются его существенной поддержкой*. При заключении контрактов с данными коммерческими организациями или принятии законодательных актов в их интересах государству необходимо учитывать свои международные обязательства.

3) **Обеспечение соблюдения прав человека коммерческими организациями в районах, затронутых конфликтами**.

Государствам рекомендуется способствовать соблюдению прав человека в коммерческих организациях, действующих в районах затронутых конфликтами.

В процессе заключения государством с указанными коммерческими организациями контрактов, государство должно указать на необходимость соблюдения ими прав человека, а также оказывать в дальнейшем содействие, в том числе посредством повышения эффективности правовых норм, в этом направлении. В случае грубых нарушений прав человека данными организациями государствам рекомендуется отказывать организациям в государственной поддержке.

Таким образом, этот принцип деятельности конкретизирует принцип определенности правовой политики в обеспечении защиты прав человека. Государствам рекомендуется предъявлять требования по соблюдению прав человека к коммерческим организациям, домицилированных на их территории и/или находящихся под их юрисдикцией и действующих в районах, затронутых конфликтами.

4) **Обеспечение согласованности политики**.

Осуществляя защиту прав человека, государству следует согласовать работу всех своих органов, непосредственно соприкасающихся с деятельностью коммерческих организаций, а также сохранять необходимую свободу для действий по защите прав человека с другими государствами и коммерческими организациями в рамках международных инвестиционных соглашений.

В случаях вступления государства в международные институты, связанные с предпринимательством, и негативного воздействия их на соблюдение прав человека рекомендуется добиваться ограничения влияния подобных институтов.

Таким образом, требования обеспечения согласованности политики является неотъемлемой частью принципа определенности правовой политики в обеспечении защиты прав человека.

В связи с вышеуказанным, Специалист считает необходимым определить характер действующих правовых норм, их взаимосвязанность, логическую последовательность, а также выявить лакуны в правовой системе РК в контексте защиты социально-экономических прав человека на основе принципов, представленных в Докладе.

2. Соответствие норм законодательства РК принципам Ратти, обязывающим государства соблюдать и защищать права человека

Данный раздел настоящего Заключения сгруппирован по отдельным сферам правового регулирования (конституционное, гражданское, трудовое, природоохранное и др.).

2.1. **Положения Конституции РК, закрепляющие обязанность государства защищать права человека от их нарушения третьими лицами, включая коммерческие организации**

Согласно ст.1 Конституции Республика Казахстан утверждает себя социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы.

Признание их высшей ценностью означает, что государство не имеет более важной задачи, чем забота о человеке, его материальном благополучии. Государство обязано создать все зависящие от него условия для достойного существования человека (Постановление Конституционного Совета **РК** от 1 июля 2005 года № 4). При этом стремление **к выполнению роли социального государства ограничивается реальными возможностями государства**. Казахстан признает и гарантирует права и свободы человека и гражданина в соответствии с Конституцией (**Постановления Конституционного Совета РК от 21 декабря 2001 года № 18/2).**

Поскольку реализация социально-экономических прав в отличие от гражданских и политических прав требует соответствующих материальных ресурсов, то их осуществление возможно лишь поэтапно, по мере развития экономического благосостояния всего государства.

Следует отметить, что в Конституции и иных нормативных правовых актах РК четких критериев разграничения прав человека и прав гражданина не предусмотрено. Данное обстоятельство характерно не только для казахстанской правовой системы, но и для законодательств других стран.

Подобное положение дел создает существенные сложности **при правовом регулировании отношений, например, с участием беженцев или лиц без гражданства, в том числе защите их социально-экономических прав.**[542]

Из положений казахстанского законодательства можно сделать вывод, что понятие прав человека фактически отождествляется с правами гражданина, обязывая государство, соблюдать и содействовать их реализации, защищать права гражданина от посягательств третьих лиц, в том числе организаций.

Согласно п.2 ст.40 Конституции РК гарантом незыблемости Конституции, прав и свобод человека и гражданина является Президент РК.

В связи с этим Указом Президента РК от 19 марта 2003 года № 1042 была сформирована **Комиссия по правам человека при Президенте РК**, которая представляет собой *консультативно-совещательный орган, содействующий*

[542] По проблеме разграничения прав человека и прав гражданина существуют мнения многих известных исследователей. Так, согласно Дж. Агамбену, «в системе национального государства так называемые священные и неотъемлемые права человека лишаются всякой защиты и перестают быть реальными в тот самый момент, когда оказывается невозможным изобразить их как права граждан какого-либо государства». – Дж. Агамбен, Homo sacer. Суверенная власть и голая жизнь (Москва, 2011), с.161-162. Аналогичные замечания были высказаны в работах Х. Арендт, Ж. Рансьера, С. Жижека.

реализации Главой государства его конституционных полномочий гаранта прав и свобод человека и гражданина, признаваемых и гарантируемых в соответствии с Конституцией РК.[543]

Наряду с этим в целях реализации международных правовых обязательств, принятых в рамках международных договоров в области международного гуманитарного права и международных договоров по правам человека, участницей которых является РК, были созданы и иные специальные институты по защите прав человека.

Указом Президента РК от 19 сентября 2002 года №947 была учреждена должность **Уполномоченного по правам человека**, который обязан осуществлять наблюдение за соблюдением прав и свобод человека и гражданина и принимать меры по восстановлению нарушенных прав и свобод человека и гражданина (п.1 Положения об Уполномоченном по правам человека).

Постановлением Правительства РК от 9 декабря 2003 года №1251 была создана **Межведомственная комиссия по международному гуманитарному праву и международным договорам по правам человека**. Основной задачей Комиссии является выработка предложений по вопросам: обеспечения выполнения международно-правовых обязательств РК в области международного гуманитарного права и международных договоров по правам человека; имплементации принятых РК *норм и принципов международного гуманитарного права и международных договоров по правам человека*; совершенствования национального законодательства в соответствии с нормами международного гуманитарного права и международных договоров по правам человека, участницей которых является РК.

Следует отметить, что институты, призванные обеспечивать защиту прав человека и гражданина, не всегда обладают эффективными механизмами воздействия на третьи лица (государственные органы, субъектов предпринимательской деятельности) в случае нарушения прав человека и гражданина.

Например, акты реагирования Уполномоченного по правам человека ограничены рекомендациями (п.24 Положения об Уполномоченном по правам человека).

Указом о совершенствовании системы защиты прав человека из Положения об Уполномоченном по правам человека были исключены такие действенные правомочия Уполномоченного как возможность принимать участие в судебном

---

[543] Согласно 2) п.4 Положения о Комиссии по правам человека при Президенте РК в ее компетенцию входит составление ежегодных и специальных докладов о соблюдении прав человека и гражданина в РК на имя Главы государства. Данные доклады могут быть опубликованы в печати. 19 сентября 2012 г. в Докладе Комиссии по правам человека при Президенте РК о ситуации с правами человека в РК в 2011 г. были затронуты вопросы соответствия норм национального законодательства социально-экономическим принципам прав человека. Так, например, согласно Докладу «наличие в Казахстане законодательной основы, регулирующей вопросы установления и выплаты заработной платы и соблюдение ее требований, позволило ратифицировать Конвенцию о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности». В 2011 г. были допущены работодателями 4131 фактов нарушения сроков своевременной выплаты заработной платы, 309 случаев незаконного расторжения трудового договора с работником. В результате принятых Министерством труда и социальной защиты населения РК (далее – «МТСЗН») и государственными органами совместных мер уровень задолженности по заработной плате по республике снизился более чем в 2 раза. Так, если на 1 января 2011 года общая сумма задолженности по заработной плате по республике составляла 3,2 млрд. тенге, то на 30 декабря 2011 года этот показатель снизился до 1,4 млрд. тенге.

рассмотрении дела с целью защиты нарушенных прав и свобод человека и гражданина; возможность обращаться в суд или прокуратуру с ходатайством о проверке вступившего в законную силу решения, приговора суда, определения или постановления суда; возможность принятия мер к возмещению материального или морального ущерба в случае ходатайства о возбуждении дисциплинарного или административного производства либо уголовного дела в отношении должностного лица, нарушившего права и свободы человека и гражданина.

П.2 ст.6 Конституции РК установлено, что собственность обязывает, пользование ею должно одновременно служить общественному благу. Субъекты и объекты собственности, объем и пределы осуществления собственниками своих прав, гарантии их защиты определяются законом.

В ст.12 Конституции РК закреплено, что в РК признаются и гарантируются права и свободы человека в соответствии с Конституцией. При этом права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов (далее – «**НПА**»). Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать прав и свобод других лиц, посягать на конституционный строй и общественную нравственность.

Положение о том, что права и свободы человека определяют содержание законов и иных НПА согласно Постановлению Конституционного Совета РК от 28 октября 1996 года № 6/2 следует понимать в том смысле, что права и свободы человека, провозглашенные Конституцией, являются основополагающими при разработке и принятии законов и иных НПА, устанавливающих условия и порядок осуществления этих прав и свобод.

Ст.14 Конституции РК закрепляет равенство всех перед законом и судом. Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам.

Положения Конституции РК не дают развернутого понимания формулировки «*иные обстоятельства*».

Из анализа НПА РК можно сделать вывод, что термин «иное обстоятельство» можно трактовать как запрет дискриминации и по другим признакам, таким как гражданство (Постановление Конституционного Совета РК от 1 декабря 2003 года №12), возраст (ст.7 ТК РК) или состояние здоровья (ст.55 ТК РК). Некоторые основания, по которым граждане могут быть подвергнуты дискриминации, законодательством не затронуты.[544]

Например, не урегулирован вопрос дискриминации по мотивам сексуальной ориентации.

Ст.24 Конституции РК за каждым закрепляется право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии, право на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без

[544] Независимый эксперт ООН по вопросам меньшинств Гай Макдугалл отметила, что в Казахстане насчитывается около 130 различных этнических групп и власти страны принимают активные меры по обеспечению прав этих меньшинств, в том числе, направленные на сохранение языков, культуры и традиций. При этом, по мнению эксперта, несмотря на то, что Конституция и другие НПА РК включают в себя нормы по недискриминации граждан, следует принять специальный закон, который бы не только дал определение дискриминации, но и установил меры воздействия государства в случае обнаружения факта дискриминации, а также четко определил условия и меры наказания за подобные нарушения.

какой-либо дискриминации, а также на социальную защиту от безработицы. Также каждый имеет право на отдых. Работающим по трудовому договору гарантируются установленные законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск.

Гражданину, согласно п.1 ст.28 Конституции РК гарантируется минимальный размер заработной платы и пенсии, социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца и по иным законным основаниям.

Пункт 1 ст. 28 Конституции РК в части прав граждан на социальное обеспечение в случае болезни согласно Постановлению Конституционного Совета РК от 12 марта 1999 г. № 3/2 следует понимать так, что реализация данного конституционного права гарантируется государством путем создания различных систем и осуществления других необходимых и доступных мер, в том числе посредством законодательного возложения этой обязанности на работодателей независимо от формы собственности.

П.1 ст.39 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.

Таким образом, положения Конституции РК **признают человека, его жизнь, права и свободы** в качестве высших ценностей государства, **соответствуют общепризнанным социально-экономическим принципам прав человека** и международным стандартам их защиты. В них **соблюдены принципы обеспечения защиты государством прав человека** от их нарушения третьими лицами и определенности правовой политики в обеспечении защиты прав человека.

Положения Конституции РК, обладающей высшей юридической силой, должны конкретизироваться в нижестоящих НПА РК (ст.4 Закона о НПА).

Однако, как показывает юридическая практика, многие положения Основного закона не находят своего логического продолжения в нижестоящих НПА республики.

В связи с этим, в **Концепции правовой политики РК на период с 2010 до 2020 года, утвержденной Указом** Президента РК от 24 августа 2009 года №858, отмечается **необходимость дальнейшей р**еализации правовых идей и принципов Конституции РК в законодательных, организационных и других мерах государства. Важнейшей задачей является реализация принципов и норм Конституции РК, в первую очередь в деятельности органов государственной власти и ее должностных лиц, обеспечение при этом как прямого действия Конституции РК, так и реализацию ее потенциала через текущее законодательство и правоприменение.

2.2. Положения гражданского законодательства РК, закрепляющие обязанность государства защищать права человека от их нарушения третьими лицами, включая коммерческие организации

Согласно п.1 ст.2 ГК РК гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Государство обязуется обеспечить неприкосновенность собственности, восстановление нарушенных прав, в том числе, вследствие неправомерных действий коммерческих организаций, судебную защиту, а также гарантирует невмешательство своих органов в частные дела.

Государство или соответствующая административно-территориальная единица обязуется возместить убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате издания не соответствующего законодательству акта органа государственной власти, иного государственного органа, а также действиями (бездействием) должностных лиц этих органов.

Защита гражданских прав как разновидности социально-экономических прав человека обеспечивается государством посредством судебных и несудебных органов власти. Обращение за защитой нарушенного права к органу власти или управления не препятствует обращению в суд с иском о защите права (ст.9 ГК РК).

В случае обращения за защитой нарушенного права к органу власти или управления, государственные органы согласно ст.4 Закона о порядке рассмотрения обращений обязаны придерживаться принципов законности; единства требований к обращениям; гарантии соблюдения прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц; недопустимости проявлений бюрократизма и волокиты при рассмотрении обращений; равенства физических и юридических лиц; прозрачности деятельности субъектов и должностных лиц при рассмотрении обращений.

РК берет на себя обеспечение защиты предпринимательской деятельности (п.2 ст.10 ГК РК). Под этим следует понимать не только защиту прав предпринимателей, т.е. граждан и юридических лиц, деятельность которых направлена на получение чистого дохода путем удовлетворения спроса на товары, но и *права потребителей, которые являются неотъемлемым составляющим социально-экономических прав человека*.

Сегодня в мире существует **восемь общепризнанных прав потребителей**, которые легли в основу Закона о защите прав потребителей.

В международной практике выработан комплекс основополагающих прав потребителей (права на получение качественных и безопасных товаров (работ, услуг), на просвещение, информацию, полное возмещение причиненного вреда, на судебную защиту, на объединение в общественные организации и др.), закрепленных в специальной резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 1985 г. С принятием этих принципов потребительские права получили международное признание. В них предусмотрены положения, которыми должны руководствоваться правительства при разработке законодательства в области защиты интересов потребителей.

Потребитель имеет право на свободное заключение договоров на приобретение товаров, использование работ и услуг; надлежащее качество и безопасность товаров (работ, услуг); полную и достоверную информацию о товарах (работах, услугах); объединение в общественные организации потребителей (п.6 ст.10 ГК РК). Защита прав и законных интересов потребителей осуществляется в пределах компетенции соответствующими государственными органами и судом, арбитражем или третейским судом (ст.22 Закон о защите прав потребителей).

Права потребителей и их защита подробно регламентируются главой 3 Закона о защите прав потребителей.

В РК общественные отношения, связанные с правами потребителей, характеризуются экономически неравным положением сторон (предприниматели и потребители), а также сопряжены с монопольным (доминирующим) положением субъектов предпринимательства и зависимым положением потребителя. В целях соблюдения баланса интересов предпринимателей и потребителей Агентством РК по защите конкуренции разработан Проект закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам защиты прав

потребителей» (Законопроект включен в План законопроектной работы Правительства РК на 2013г.).[545]

Законопроект предусматривает: государственную поддержку общественных организаций по защите прав потребителей; расширение прав общественных объединений и аттестацию работников общественных объединений; усиление позиции уполномоченного органа в сфере защиты прав потребителей; бесплатный доступ потребителей на территорию торгового рынка; регламентацию порядка реализации прав потребителей в случае порчи имущества вследствие перенапряжения электрической энергии; запрет на включение в тариф субъектов естественных монополий затрат на банковское обслуживание; внесение изменений в ГК РК в части цены публичного договора; раздельную оплату за тепловую и электрическую энергии.[546] В Законопроекте предусмотрено увеличение штрафов за нарушение прав потребителей.

Государство в лице Агентства РК по защите конкуренции обеспечивает реализацию государственной политики в сфере защиты прав потребителей, принимает меры по совершенствованию законодательства РК о защите прав потребителей, взаимодействует с общественными объединениями потребителей, ассоциациями (союзами) в сфере защиты прав потребителей (Постановление от 15 февраля 2008 года № 141).[547]

---

[545] URL: http://www.azk.gov.kz.

[546] В РК зарегистрировано 172 общественных объединения по защите прав потребителей, но фактически функционирует около 70 общественных объединений. Такая ситуация во многом обусловлена отсутствием финансирования их деятельности. В связи с добровольным характером взносов источники финансирования указанных объединений зачастую не покрывают расходы по представлению интересов потребителей в суде (отправление претензий, телефонные переговоры, получение справок, выплату заработной платы юриста и т.д.). В целях стимулирования деятельности общественных объединений по защите прав потребителей Законопроект предлагает осуществление государственного социального заказа услуг, направленных на повышения уровня защиты прав потребителей, просвещение в области потребительских знаний и средств защиты. Для развития независимого потребительского сообщества предлагается расширение прав общественных объединений по защите прав потребителей (участие в разработке нормативных правовых актов, устанавливающих требования к товарам (работам, услугам); бесплатный доступ к стандартам и техническим условиям на товары (работы, услуги); развитие внешнего сотрудничества посредством вступления в международные союзы по защите прав потребителей; проведение независимой потребительской экспертизы.). Во избежание нарушения п.2 ст.5 Конституции РК в проекте Закона предлагается проведение аттестации в центрах по медиации, введение запрета на финансирование общественных объединений со стороны предпринимателей в целях недопущения навязывания их интересов. Таким образом, государство, с одной стороны, собирается посредством осуществления государственного социального заказа финансировать деятельность общественных объединений по защите прав потребителей, а с другой – запрещать финансирование таких организаций со стороны предпринимателей.

[547] Согласно разработанной Агентством РК по защите конкуренции Концепции Законопроекта «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам защиты прав потребителей» в настоящее время слабая позиция данного органа обусловлена не достаточным объемом закрепленных за ним полномочий. Отсюда в проекте Закона предусмотрены нормы, закрепляющие за уполномоченным органом права: запрашивать и получать сведения, необходимые для осуществления своей деятельности; осуществлять межотраслевую координацию по вопросам защиты прав потребителей; взаимодействовать с органами государственной власти иностранных государств и международными организациями в сфере защиты прав потребителей и т.д.

Согласно п.4 ст.10 ГК РК в целях защиты окружающей среды, собственности, жизни и здоровья граждан, устанавливается лицензионный порядок по отдельным видам предпринимательской деятельности (см., также, пожалуйста, ст.12–37-1 Закона о лицензировании).

Лицензирование устанавливается в случаях, если предусмотренные законами РК требования к продукции, требования по обязательному подтверждению соответствия отдельных видов продукции (ст.27 Закона о техническом регулировании), процессов недостаточны для достижения государственных целей, в том числе по защите прав потребителей.

Кроме лицензирования государство в целях защиты окружающей среды, собственности, жизни и здоровья граждан, предпринимает иные охранительные меры.

Так, согласно ст.29 Закона о частном предпринимательстве государственное регулирование осуществляется в виде установления требований к субъектам, продукции и процессам частного предпринимательства; аккредитации органов по подтверждению соответствия, поверочных, калибровочных и испытательных лабораторий (центров); обязательного подтверждения соответствия отдельных видов продукции, процессов требованиям законодательства; государственный контроль и надзор за частным предпринимательством; лицензирования, сертификации, аккредитации и выдачи иных видов разрешений; обязательного страхования гражданско-правовой ответственности субъектов частного предпринимательства; установления ответственности субъектов частного предпринимательства, государственных органов и их должностных лиц.[548]

Ст.11 ГК РК запрещает злоупотребления свободой предпринимательства. В частности, монополистическая и всякая иная деятельность, направленная на ущемление *прав и законных интересов потребителей*, не допускается.

Существенным вопросом защиты прав потребителей является нарушение прав человека субъектами естественных монополий.

К субъектам естественных монополий согласно пп.17) ст.3 Закона о регулируемых рынках относятся индивидуальный предприниматель или юридическое лицо, занятые производством товаров, выполнением работ и (или) предоставлением услуг потребителям в условиях естественной монополии.

Определение, предложенное законодателем можно признать не совсем удачным, поскольку понятие субъекта естественных монополий фактически отсылает к пониманию условий естественной монополии.

Под естественной монополией следует понимать состояние рынка услуг (товаров, работ), при котором создание конкурентных условий для удовлетворения спроса на определенный вид услуг (товаров, работ) невозможно или экономически нецелесообразно в силу технологических особенностей производства и предоставления данного вида услуг (товаров, работ) (пп.15) ст.3 Закона о регулируемых рынках).

Одним из ключевых механизмов защиты социально-экономических прав граждан является ограничения деятельности субъектов естественных монополий, предусмотренных ст.5 Закона о регулируемых рынках.

---

[548] На практике нередки случаи нарушения Закона о частном предпринимательстве. Так, в середине марта 2005 г. компания «PetroKazakhstan» обвинила Министерство энергетики и минеральных ресурсов РК в нарушениях указанного закона и отказалась подписывать соглашение с Правительством РК о выделении горючего по льготным ценам для проведения посевных мероприятий. Свою позицию компания объяснила тем, что система распределения ГСМ крайне несовершенна и имеет массу возможностей для злоупотреблений.

В период финансово-экономического кризиса важным государственным ограничением стал запрет на взимание за регулируемые услуги (товары, работы) платы, превышающей размер, установленный уполномоченным органом.

Так, с начала 2012 г. Агентством РК по регулированию естественных монополий (далее – «**АРЕМ**») рассмотрена 121 заявка на утверждение 310 уровней тарифов. В связи с нарушением законодательства о регулируемых рынках 51 заявка была отклонена сразу. 11 тарифов были оставлены на прежнем уровне, 10 – утверждены со снижением, 238 тарифов – с повышением.[549]

Положительным моментов в утверждении тарифов является открытость проведения слушаний. Субъект естественной монополии защищает свои тарифные сметы непосредственно перед населением.[550]

Постановлением Правительства РК от 30 октября 2012 г. №1368 были внесены изменения в Правила проведения публичных слушаний при рассмотрении заявок на утверждение тарифов (цен, ставок сборов) или их предельных уровней на регулируемые услуги (товары, работы) субъектов естественных монополий (утверждены Постановлением Правительства РК от 21 апреля 2003 г. №376) (далее – «**Правила проведения публичных слушаний**»).

Согласно изменениям в Правила проведения публичных слушаний, уполномоченный орган размещает на своем интернет-ресурсе и опубликовывает в периодических печатных изданиях информацию о дате и месте проведения

---

[549] Глава АРЕМ М. Оспанов отметил, что в 2012 г. приоритетными направлениями деятельности АРЕМ стали модернизация инфраструктуры ЖКХ, снижение потерь электроэнергии, создание механизмов экономического стимулирования энергосбережения, экономия электроэнергии и воды. Председатель АРЕМ, также отметил, что от незаконных действий монополистов страдают субъекты малого и среднего предпринимательства, для которых и был принят закон о государственном контроле и надзоре. Зачастую разногласия с монополистами становятся серьезным препятствием для осуществления предпринимательской деятельности. Поэтому в настоящее время агентством предложено внесение поправок в законодательство. (См., подробнее, интервью Председателя АРЕМ М. Оспанова в газете «Казахстанская правда», 2012г., 27 июня). В своем интервью (Казахстанская правда, 2012 г., 08 сентября) зам. председателя АРЕМ А.В. Шкарупа сказал, что АРЕМ удалось замедлить темпы роста тарифов для социально уязвимых слоев населения, имеющих небольшое энергопотребление. При введении дифференцированных тарифов на тепловую энергию также будет учитываться случаи, когда технически невозможно установить общедомовые приборы учета тепловой энергии. Ветхие, аварийные помещения, дома барачного типа, по перечням акиматов, будут выведены из-под дифференциации, их владельцы будут оплачивать за потребленное тепло по среднеотпускному тарифу. Кроме того, как утверждает зам. председателя АРЕМ, работают механизмы социальной поддержки: при отсутствии средств на оплату коммунальных услуг, приобретение и установку приборов учета потребитель имеет возможность получения жилищной помощи.

[550] Несмотря на внесение изменений в процедуру проведения публичных слушаний, на практике нередко происходят различные нарушения. Так, Директор ТОО «Аудиторская компания «Есепаудит» Н. Галенчик, участвовавшая в работе публичных комиссий, отмечает, что эффективность публичность слушаний не высока. Изучение финансового состояния предприятия крайне не простое дело. Если даже от общественности привлекаются люди, имеющие специальное образование и опыт работы в прежние времена, его трудно применять к нынешнему времени. Тем не менее, признает Н. Галенчик, что публичные слушания – это единственный способ общественным экспертам получить наиболее полную информацию. Сегодняшнее законодательство не позволяет привлекать к аудиторским проверкам представителей общественных организаций. - См., подробнее, Е. Шибаршин. Почему публичные слушания по тарифам неэффективны? // URL: http://www.ng.kz/modules/news/article.php?storyid=7849.

публичных слушаний: (1) при утверждении тарифов или их предельных уровней на регулируемые услуги субъекта естественной монополии не позднее, чем за пятнадцать календарных дней; (2) при утверждении тарифов на регулируемые услуги субъекта естественной монополии в соответствии с п.5 ст.18 Закона о регулируемых рынках не позднее, чем за семь календарных дней (п.2 ст.17 Закона о регулируемых рынках).

Государство осуществляет регулирование цен в областях экономики, определенной в ст.7-1 Закона о регулируемых рынках. Порядок ценообразования на регулируемых рынках определяется Правительством РК.[551]

В целом, Закон о регулируемых рынках направлен на обеспечение защиты интересов потребителей, субъектов естественных монополий и субъектов регулируемых рынков. Целью регулирования деятельности субъектов естественных монополий является достижение баланса интересов потребителей и субъектов естественной монополии, регулируемого рынка (пп.2) ст.1 Закона о регулируемых рынках).[552]

Государство в целях решения социально-экономических задач, определяемых потребностями общества и государства, регулирует конкуренцию в случаях отсутствия иной возможности обеспечения национальной безопасности, обороноспособности государства или защиты интересов общества; использования стратегических объектов, находящихся в государственной собственности; наличия общественной потребности в производстве товаров в тех сферах общественного производства, в которых отсутствует конкуренция либо недостаточно развита конкуренция (п.1 ст.31 Закона о конкуренции).

Законом о конкуренции определяются правовые основы *защиты прав субъектов рынка и потребителей* от монополистической деятельности.

Обеспечение защиты государством прав человека от их нарушения третьими лицами, включая коммерческие организации, касается и защиты личных неимущественных прав. Личные права неразрывно связаны с такими понятиями, как равенство, свобода, неприкосновенность личности, и определяют положение человека в обществе, уровень развития самого общества.

Под *личными неимущественными правами и благами*, нарушение, лишение или умаление которых может повлечь причинение потерпевшему морального вреда, следует понимать *принадлежащие гражданину от рождения блага или в силу закона права, которые неразрывно связаны с его личностью*. К *благам*, принадлежащим человеку от рождения, следует относить жизнь, здоровье, честь, свободу, неприкосновенность личности, а к *правам гражданина такие права*, как право на неприкосновенность жилища или собственности; право на личную и семейную тайну, тайну телефонных, телеграфных сообщений и переписку; право на пользование именем; право на изображение; право авторства и другие личные неимущественные права, предусмотренные законодательством об авторском праве

---

[551] Правила ценообразования на регулируемых рынках (утверждены Постановлением Правительства РК 3 марта 2009г. №238).

[552] Следует отметить, что Антитрестовский закон Шермана (1890) в США был также принят с целью сделать противозаконными те коммерческие соглашения, которые приводили к «перекладыванию издержек на плечи потребителей», однако как пишет Д. Арментано, антимонопольные законодательные акты находили поддержку со стороны сложившихся деловых интересов и использовались представителями бизнеса в попытках ограничить процесс конкуренции. Будучи не в состоянии эффективно конкурировать с более успешными компаниями, определенные круги бизнес-сообщества стремились создать политические и юридические барьеры, с тем чтобы защитить и укрепить свои позиции на рынке. – Д. Арментано, Антитраст против конкуренции. (Москва, 2005), с.25-26.

и смежных правах; право на свободу передвижения и выбор места жительства; право на получение достоверной информации, а также предусмотренные законодательными актами республики другие права (Нормативное постановление Верховного Суда РК от 21 июня 2001 г. №3).

Основу правового регулирования личных неимущественных прав составляют положения Конституции, которые закрепляют в целом систему личных прав граждан, а также устанавливают правовые гарантии их реального осуществления. Защита личных прав регламентирована нормами ГК РК и осуществляется судом в порядке, предусмотренном ГПК РК.

Принцип обеспечения государством защиты прав граждан от их нарушения третьими лицами, включая организации, также реализуется посредством предусмотренных §2 главы 47 ГК РК принудительных *мер по возмещению вреда жизни и здоровья граждан, причиненного при исполнении договорных обязательств, трудовых (служебных) обязанностей*. В этом проявляется охранительная функция права, под которой понимается направление правового воздействия, нацеленное на охрану государством основных общественных отношений, в частности, охрану прав человека, возмещению вреда причиненного его жизни, здоровью.

Существенные меры по защите социально-экономических прав человека, а именно в отношении бывших рабочих, предприятий с тяжелыми, вредными и опасными условиями труда и получивших в связи с этим профессиональные заболевания или производственные травмы, были введены Законом РК о внесении изменений и дополнений в ГК РК (Особенная часть) от 30 марта 2011 г. №424-IV.

На основании данного НПА бывшие работники получили право на выплаты, возмещение ущерба от работодателя, признанным ответственным за причиненный вред, в зависимости от размера средней заработной платы работника такой же профессии и квалификации, определяемых в процентах к увеличенному среднему месячному заработку (доходу), соответствующих степени утраты потерпевшим профессиональной трудоспособности, а при отсутствии ее – общей трудоспособности.

С учетом изложенного, на работодателей возложена обязанность привести расчеты по выплате ежемесячного возмещения утраченного заработка (дохода) в связи с производственной травмой или профессиональной заболеваемостью в соответствие с п.6 ст.938 ГК РК.

В целях реализации п.3 ст.945 ГК РК, в случаях, когда капитализация платежей не может быть произведена ввиду отсутствия или недостаточности имущества у ликвидируемого юридического лица, присужденные суммы выплачиваются потерпевшему государством.

Постановлением Правительства РК от 25 мая 2011 г. №571 утверждены «Правила осуществления ежемесячных выплат гражданам РК после завершения периода капитализации платежей по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью работников юридическими лицами, ликвидированными вследствие банкротства», которые дают право вышеуказанным лицам, утратившим трудоспособность и не получающим никаких пособий, получать выплаты по возмещению ущерба.

Исходя из положений гражданского законодательства, следует, что суть гражданско-правовой защиты государством социально-экономических прав человека состоит:

(а) в обеспечении *свободы гражданина определять поведение в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению*, исключающему

вмешательство в его жизнь со стороны третьих лиц, кроме случаев, прямо предусмотренных в нормативных правовых актах;

(b) в обеспечении *защиты прав других участников гражданского оборота* посредством установления различного рода превентивных механизмов (например, введение стандартов, требований, лицензий и т.д.), их процессуальной определенности;

(c) в случае нарушения субъектами гражданских отношений, в том числе коммерческими организаициями, прав человека и гражданина, *восстановление нарушенных прав*, обеспечение *мерами гражданско-правовой ответственности*.

Таким образом, не затрагивая проблем правоприменительной практики, можно сделать вывод, что **в целом в гражданско-правовых нормах РК соблюдены принципы обеспечения защиты государством прав человека от их нарушения третьими лицами и определенности правовой политики в обеспечении защиты прав человека, а также вытекающие из них принципы деятельности**.

Исключение составляет сфера недропользования, правовое регулирование которой регламентируется не только НПА РК, но и контрактами на недропользование.

В РК заключено и действует 15 контрактов на недропользование в виде Соглашений о разделе продукции (далее – «**СРП**»), заключенных между недропользователями (подрядчики) и Министерством энергетики РК (в настоящее время – Министерство нефти и газа РК) в период с 1992 года по 2009 год.

В действующем НК РК предусматривается, что налоговый режим, определенный в СРП, заключенном между Правительством РК или компетентным органом и недропользователем до 1 января 2009 г. и прошедшем обязательную налоговую экспертизу, а также в контракте на недропользование, утвержденном Президентом РК, сохраняется для налогов и других обязательных платежей в бюджет, в отношении которых в соответствии с положениями такого соглашения (контракта) прямо предусмотрена стабильность налогового режима, действует исключительно в отношении сторон такого соглашения (контракта), а также в отношении операторов в течение всего установленного срока его действия, не распространяется на лиц, не являющихся сторонами такого соглашения (контракта) или операторами, и может быть изменен по взаимному соглашению сторон (п.1 ст. 308-1 НК РК).

Таким образом, НК РК предусматривает **гарантии стабильности установленного в СРП налогового режима** (то есть неизменности существовавшего в налоговом законодательстве РК на дату заключения соответствующего контракта на недропользование порядка определения и исполнения налоговых обязательств по налогам и другим обязательным платежам в бюджет государства) на весь срок его действия.

Такие гарантии стабильности налогового режима в отношении СРП являются видоизмененными гарантиями стабильности налогового режима по контрактам на недропользование, которые государство в силу своего суверенного права на принятие законов, в одностороннем порядке, начиная с 1 января 1997 г., ввело в налоговое законодательство РК.

При этом необходимо особо отметить, что в налоговом законодательстве РК**,** с самого начала введения гарантий о стабильности налогового режима по контрактам на недропользование, параллельно с нормами о стабильности налогового режима, присутствовали нормы о том, что в случае внесения изменений в законодательство после даты подписания контракта, которые приводят к невозможности дальнейшего соблюдения первоначальных условий контракта или приводят к существенному изменению его общих экономических условий, недропользователь и представители

уполномоченного и налогового органов могут внести изменения или поправки в контракт, необходимые для восстановления экономических интересов сторон по состоянию на момент подписания контракта.

При этом, во многих СРП прямо предусматривается, что в случае, если после заключения СРП в налоговом законодательстве РК произойдут изменения, существенно ухудшающие положение Сторон, то Стороны должны договориться об изменении условий СРП с целью сохранения первоначального баланса экономических интересов, на который Стороны были вправе рассчитывать при заключении СРП.

В связи с глобальными изменениями в мировой экономике, существенным ростом цен на нефть, трансформацией самого казахстанского общества и другими факторами положения СРП сегодня оказывают негативное влияние на развитие Казахстана.

Гарантии стабильности СРП ограничивают возможности государства влиять на подрядные компании, в том числе обеспечивать уважения со стороны подрядных компаний социально-экономических прав человека и их эффективную правовую защиту.[553]

2.3. Положения трудового законодательства РК, закрепляющие обязанность государства защищать права работников

Как следует из п.1. ст.3 ТК РК целью трудового законодательства РК является правовое регулирование трудовых отношений и иных отношений, непосредственно связанных с трудовыми, направленное на **защиту прав и интересов сторон** трудовых отношений, установление **минимальных гарантий прав и свобод** в сфере труда.

Ст.4-8 ТК РК закреплены принципы трудового законодательства, которые обязывают государство **обеспечивать соблюдение и защиту прав и свобод работников**, **защищать права человека от незаконных действий третьих лиц**.

В частности, на государство возлагаются обязанности по недопущению **ограничения прав человека и гражданина** в сфере труда; применение **мер по запрещению дискриминации**, принудительного труда и наихудших форм детского труда; предоставление условий труда на государственных предприятиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены; обеспечение права на справедливое вознаграждение за труд не ниже минимального размера заработной платы; обеспечение права работников и работодателей на **объединение для защиты своих прав** и интересов; регулирование вопросов **безопасности и охраны труда**.

С целью реализации принципов трудового законодательства, а вместе с ним и осуществление защиты прав человека, ст.11 ТК РК закреплены **требования к актам работодателя**.

Работодатель обязан издавать акты в пределах своей компетенции в соответствии с НПА РК, трудовым договором, соглашениями, коллективным

---

[553] В 2011 г. работники нефтяных компаний в Мангистауской области на западе Казахстана требовали повышения заработной платы. Компании «Каражанбасмунай» и «Озенмунайгаз» уволили несколько тысяч сотрудников за участие в незаконной забастовке. В конце сентября 2011 г. пресс-служба национального фонда благосостояния «Самрук-Казына», владеющая государственным пакетом нефтедобывающих компаний, сообщила, что забастовка нефтяников «локализована», «конфликт разрешен в рамках трудового законодательства». Вместе с тем тогда не был решен вопрос трудоустройства двух тысяч уволенных в связи с нарушением трудовых договоров.

договором. В предусмотренных случаях работодатель издает акты по согласованию или с учетом мнения представителей работников.

Акты работодателя, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством РК, коллективным договором, соглашениями либо изданные без соблюдения соответствующим процедур, являются недействительными и не подлежат применению.

Наряду с этим государство обеспечивает проведение политики, способствующей достижению продуктивной и свободно избранной занятости граждан (п.1 ст.4 Закон о занятости населения).

Согласно п.2 ст.4. Закона о занятости населения государственная политика в сфере занятости направлена на обеспечение **равных возможностей гражданам РК**, **иностранцам** и **лицам без гражданства**, **постоянно проживающим в РК**, на свободный выбор рода деятельности и профессии, справедливых и благоприятных условий труда, социальной защиты от безработицы; обеспечение продуктивной занятости, сокращение безработицы, создание рабочих мест; стимулирование работодателей, сохраняющих действующие и создающих новые рабочие места, в том числе для целевых групп и др.

С целью обеспечения прав человека в сфере трудовых отношений государственные органы наделены определенными главами 2, 38 ТК РК правами и обязанностями.

Полномочия государственных органов в трудовой сфере можно разграничить на следующие виды:

(a) правотворческие полномочия (согласно ст.15 ТК РК Правительство РК разрабатывает основные направления и обеспечивает реализацию государственной политики в области труда, безопасности и охраны труда; определяет размеры социального пособия по временной нетрудоспособности, порядок его назначения и выплаты; в пп.25) ст.16 ТК РК за МТСЗН закреплены разработка и утверждение форм обязательной ведомственной отчетности, проверочных листов, критериев оценки степени риска и т.д.);

(b) **распорядительные полномочия** (осуществляет координацию и взаимодействие в области обеспечения безопасности и охраны труда с другими государственными органами, а также с представителями работников и работодателей (пп.5) ст.15 ТК РК); местные исполнительные органы МТСЗН устанавливают квоту для трудоустройства категорий населения (пп.7) ст.18 ТК РК);

(c) **контрольные полномочия** (пп.12) ст.16 ТК РК закрепляет за МТСЗН полномочие по осуществлению контроля за своевременным и объективным проведением расследования несчастных случаев на производстве; МТСЗН организует мониторинг и оценку рисков в сфере безопасности и охраны труда (пп.22) ст.16 ТК РК); согласно пп.4) ст.17 ТК РК территориальные подразделения МТСЗН расследуют несчастные случаи на производстве; государственный контроль за соблюдением в организациях трудового законодательства РК осуществляют государственные инспекторы труда (п.1 ст.328 ТК РК);

(d) **юрисдикционные** (территориальные подразделения МТСЗН рассматривают обращения работников, работодателей и их представителей по вопросам безопасности и охраны труда (пп.4) ст.17 ТК РК).

Следовательно, **государство** обладает таким спектром полномочий, которые **дают ему реальную возможность осуществления на практике защиты прав человека от их нарушения третьими лицами**.

Общее направление правовой политики в обеспечении защиты социально-экономических прав человека было задано в Послании Президента РК Н.А.

Назарбаева народу Казахстана «**Социально-экономическая модернизация – главный вектор развития Казахстана»** (27 января 2012 г.).

По поручению Главы государства Правительство РК утвердило **Программу обеспечения занятости**, в которой поставлены три важные задачи: создание эффективной системы обучения и содействия в трудоустройстве; содействие развитию предпринимательства на селе; повышение мобильности трудовых ресурсов, приоритетное трудоустройство в центрах экономической активности Казахстана.

В рамках **Программы занятости 2020 г**. определены три направления деятельности государства.

Первое направление программы нацелено на обеспечение устойчивой и продуктивной занятости граждан путем содействия в трудоустройстве по месту жительства, и будет охватывать самозанятых, безработных и малообеспеченных граждан.

Целью **второго направления** является повышение экономической активности граждан через организацию собственного дела.

Третье направление предусмотрено на случай отсутствия реальных перспектив у участников программы заниматься наемным трудом или собственным делом, после прохождения предыдущих двух направлений.

В Концепции правовой политики до 2020 г. отмечается необходимость совершенствования трудового законодательства на основе системного анализа практики его применения и учета международного опыта в данной сфере. Требуют проработки вопросы дальнейшей дифференциации трудового и социального законодательства в зависимости от характера трудовой деятельности и условий труда работников, а также вопросы расширения сферы применения и инструментов социального партнерства.

Одним из перспективных направлений развития социального законодательства являются: использование имеющихся и создание новых безопасных финансовых инструментов, используемых при размещении пенсионных активов; совершенствование системы социальной защиты отдельных категорий граждан, в том числе лиц, для которых социальные выплаты являются единственным источником средств существования.

Следовательно, направления деятельности государства, зафиксированные в указанных программных документах и касающиеся социально-экономических прав человека, дают **представление о требованиях, предъявляемых государством к предпринимателям**.

Наряду с положительными моментами в регулировании трудовых отношений существуют положения требующие изменений и дополнений.

Трудовое законодательство не имеет действенных механизмов защиты людей предпенсионного и пенсионного возраста.

Несмотря на то, что никто не может подвергаться какой-либо дискриминации при реализации трудовых прав в зависимости от возраста (ст.7 ТК РК), а также отсутствия в ТК РК такого основания расторжения трудового договора как достижение работником пенсионного возраста, пп.1-1) п.1 ст.27 Закона о государственной службе *пенсионный возраст является основанием для увольнения* с правом заключения срочного трудового договора на один год по взаимному согласию сторон административных государственных служащих. При этом следует заметить, что государственная служба не является таким специфическим видом трудовой деятельности, которая бы требовала различий, исключений, предпочтений и ограничений, затронутых п.3 ст.7 ТК РК.

Аналогичная ситуация сложилась по отношению к трудовым мигрантам, т.е. временно перемещенных физических лиц из других государств в РК и из РК, а также внутри государства для осуществления трудовой деятельности (пп.4) ст.1 Закон о миграции населения).[554]

Привлечение иностранной рабочей силы в РК осуществляется на основании *квоты*, ежегодно устанавливаемой по профессиональным и квалификационным категориям (п.1 ст.37 Закон о миграции населения). Порядок установления квоты на привлечение иностранной рабочей силы в РК, условия и порядок выдачи разрешений иностранному работнику на трудоустройство и работодателям на привлечение иностранной рабочей силы определяются Правительством РК (п.4 ст.37 Закон о миграции населения).[555]

В вопросах регулирования миграции иностранной рабочей силы в Закон о миграции населения внесены положения предусматривающие меры позитивной дискриминации, которые выражаются в предоставления преимущественных прав для трудовой деятельности иностранных работников из числа этнических казахов и бывших соотечественников.

Местный исполнительный орган выдает разрешения иностранным работникам на трудоустройство или работодателям на привлечение иностранной рабочей силы из числа этнических казахов и бывших соотечественников *в упрощенном порядке*, определяемом Правительством РК (ст.38 Закон о миграции населения).

Таким образом, не затрагивая проблем правоприменительной практики, можно сделать вывод, что в целом в **трудовом законодательстве РК закреплены принципы, провозглашающие обеспечение защиты государством прав работников от нарушения работодателем. Государство заявило стандарты ожидаемого от коммерческих организаций поведения в отношении работников**.

2.4. Положения природоохранного законодательства РК, закрепляющие обязанность государства защищать социально-экономические права человека от их нарушения третьими лицами, включая коммерческие организации

07 декабря 2007г. Н.А. Назарбаев на 18 пленарном заседании Совета иностранных инвесторов, посвященному устойчивому развитию государства и вопросам охраны окружающей среды, заявил о необходимости совместной работы правительства и инвесторов над развитием альтернативных источников энергии, использующих возобновляемые ресурсы, а также над созданием условий, стимулирующих предпринимателей к «экологизации» бизнеса.

Глава государства потребовал от правительства **во всех отраслевых и региональных программах в обязательном порядке учитывать принципы** устойчивого развития, **разумного и эффективного пользования природными ресурсами**, сбалансированной демографической политики. Все законопроекты,

---

[554] 01 октября 2012 г. Специальный докладчик ООН по современным формам рабства Гульнара Шахинян предложила Казахстану упростить процесс найма работодателями трудовых мигрантов и официально оформлять их статус. Сегодня трудовому мигранту и работодателю необходимо заполнять огромное количество документов для регистрации. Трудовые мигранты не защищены законом, находятся в нелегальных условиях во власти работодателей. URL: http://www.zakon.kz/kazakhstan/4516215-oon-predlagaet-kazakhstanu-uprostit.html.

[555] Правила и условия выдачи разрешений иностранному работнику на трудоустройство и работодателям на привлечение иностранной рабочей силы (утверждены Постановлением Правительства РК от 13 января 2012 года № 45).

разрабатываемые государственными органами, соответственно должны проходить государственную экологическую экспертизу. Кроме того, ввиду обострения проблемы загазованности атмосферы выхлопными газами автомобильного транспорта в крупных городах республики, Глава государства поручил правительству принять **меры по ужесточению экологических стандартов для транспорта**, более широкому использованию экологически чистого топлива.

Законом от 26 марта 2009 г. №144-IV был ратифицирован Киотский протокол к Рамочной конвенции ООН об изменении климата. Выполнение обязательств, вытекающих из Киотского протокола, направлено на создание национальной системы регулирования выбросов парниковых газов, проведение национальной политики, предусматривающей снижение уровня антропогенных выбросов в атмосферу.

05 июля 2009 г. Глава государства подписал закон о поддержке возобновляемых источников энергии. Закон снял целый ряд организационных и финансовых барьеров, которые стояли на пути внедрения возобновляемых источников энергии в Казахстане.

В Концепции правовой политики до 2020 г. отмечено, что **в ряде регионов Казахстана наблюдается сложная экологическая ситуация**.[556] В связи с чем, весьма актуальным является развитие и дальнейшее совершенствование природоохранного законодательства, в том числе в контексте его гармонизации с международными обязательствами и стандартами. В целях повышения эффективности природоохранной деятельности следует четко разграничивать механизмы правового регулирования пользования природными ресурсами и их охраны. Природоохранное законодательство должно стимулировать рациональное природопользование и соблюдение экологических нормативов, развитие экологических чистых производств и экологически безопасное поведение граждан.

Как показывает международная судебная практика,[557] право на удовлетворительную окружающую среду можно разбить на более конкретные экологические права и рассматривать их в контексте таких прав, как **защита от бесчеловечного и унижающего обращения** и **право на охрану личной жизни**.

Экологический кодекс РК регулирует отношения в области охраны, восстановления и сохранения окружающей среды, использования и воспроизводства природных ресурсов при осуществлении хозяйственной и иной

---

[556] Как отмечает Национальный научный портал РК, в результате антропогенных нагрузок практически на всей территории Казахстана нарушена естественная способность природной среды обеспечивать будущее экономическое и социальное развитие страны. Интенсивное загрязнение воздуха, воды и почв, деградация животного и растительного мира, истощение природных ресурсов привели к разрушению экосистем, опустыниванию и значительным потерям биологического и ландшафтного разнообразия, росту заболеваемости и смертности населения. Следствием подобных изменений является снижение качества жизни населения и неустойчивое развитие республики. URL: http://www.nauka.kz/biol_med/razd4/probl_ekologii_v_KZ.php).

[557] В деле рассмотренном Европейским Судом по правам человека Case of Lopez Ostra v. Spain, решение от 9 декабря 1994 года (Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 303DC), было вынесено постановление, что беспокойство и неудобства, возникающие вследствие загрязнения заводом окружающей среды, представляют собой нарушение статьи 8 ЕКПЧ (право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции). Комиссия признала данное заявление приемлемым также на основании ст.3 (запрещение пыток и бесчеловечных или унижающих достоинство обращения и наказания).

деятельности, связанной с использованием природных ресурсов и воздействием на окружающую среду, в пределах территории РК (ст.3 ЭК РК).

Экологическими основами устойчивого развития Казахстана связанными с принципами защиты прав человека являются достижение государством цели по обеспечению благоприятной окружающей среды для жизни и здоровья человека; соблюдение права каждого человека на доступ к экологической информации и всестороннее участие общественности в решении вопросов охраны окружающей среды и устойчивого развития; обеспечение гласности принимаемых мер в области охраны окружающей среды.

Указанные основы устойчивого развития и реализация принципов экологического законодательства обеспечивается механизмами государственного регулирования охраны окружающей среды и управления использования природных ресурсов.

Основные положения государственного регулирования в области охраны окружающей среды **и государственного управления в области использования природных ресурсов,** закрепленные в ст.6 ЭК РК, **направлены и на защиту социально-экономических прав человека.**

Государственное регулирование в области **охраны окружающей среды** включает в себя: лицензирование деятельности в области охраны окружающей среды; экологическое нормирование; техническое регулирование в области охраны окружающей среды; государственную экологическую экспертизу; выдачу экологических разрешений; государственный экологический контроль; систему экономического регулирования охраны окружающей среды, стимулирование внедрения наилучших экологически чистых технологий, систему финансирования природоохранных мероприятий; квотирование выбросов парниковых газов; инвентаризацию парниковых газов; установление рыночных механизмов сокращения выбросов и поглощения парниковых газов; систему мониторинга фактических объемов выбросов и поглощения парниковых газов; государственный экологический мониторинг; государственный учет природопользователей, источников и участков загрязнения окружающей среды; экологическое образование и просвещение.

Государственное управление в области **использования природных ресурсов** включает в себя: государственное планирование в области использования природных ресурсов; государственный контроль за охраной, использованием и воспроизводством природных ресурсов; выдачу лицензий, разрешений и заключение договоров (контрактов) на право пользования природными ресурсами; организацию восстановления и воспроизводства природных ресурсов, внедрения ресурсосберегающих технологий; ведение мониторинга и кадастров природных ресурсов; установление лимитов и распределение квот на использование природных ресурсов; управление государственными юридическими лицами, осуществляющими использование, восстановление и воспроизводство природных ресурсов; организацию охраны природных ресурсов.

Следует отметить, несмотря на то, что участниками регулируемых ЭК РК отношений являются физические лица, государство и государственные органы, осуществляющие регулирование в указанных выше областях, ключевым адресатом экологических норм являются юридические лица. Именно деятельность этих субъектов, как показывает практика, несет в себе большую часть угрозы окружающей среде и, следовательно, нарушений прав человека.[558]

[558] Наибольшие факты причинения вреда окружающей среде и нарушения экологических прав человека зафиксированы в деятельности недропользователей. Так, в сентябре 2009 года в ходе проверки АО «СНПС-Актобемунайгаз» установлено, что на месторождении

Экологические права, обеспечивающие удовлетворение разнообразных потребностей индивида в процессе взаимодействия с природой сформулированы в ст.13 ЭК РК.

Согласно данной норме **индивид имеет право**: 1) на благоприятную для его жизни и здоровья окружающую среду; 2) на осуществление мер по охране и оздоровлению окружающей среды; 3) на создание общественных объединений и фондов охраны окружающей среды; 4) участие в процессе принятия государственными органами решений по вопросам, касающимся окружающей среды; 5) на участие в собраниях, митингах, пикетах, шествиях и демонстрациях, референдумах в области охраны окружающей среды; 6) на обращение в государственные органы с письмами, жалобами, заявлениями и предложениями по вопросам охраны окружающей среды и требовать их рассмотрения; 7) на получение от государственных органов и организаций своевременную, полную и достоверную экологическую информацию; 8) на участие в обсуждении проектов нормативных правовых актов по вопросам охраны окружающей среды на этапе их подготовки и представлять свои замечания разработчикам; 9) на участие в процессе подготовки планов и программ, связанных с окружающей средой; 10) внесение предложений о проведении общественной экологической экспертизы и принятие в ней участие; 11) требовать отмены в административном или судебном порядке решений о размещении, строительстве, реконструкции и вводе в эксплуатацию предприятий, сооружений и иных экологически опасных объектов, а также об ограничении и прекращении хозяйственной и иной деятельности физических и юридических лиц, оказывающих отрицательное воздействие на окружающую среду и здоровье человека; 12) предъявлять в суд иски о возмещении вреда, причиненного их здоровью и имуществу вследствие нарушения экологического законодательства РК.

В последние годы наиболее остро в сфере экологии стоит вопрос о возрастании объемов накопленных отходов. Деятельность РК направлена на усиление государственного регулирования в сфере выбросов и поглощений парниковых газов, в соответствии с обязательствами Казахстана по решению глобальной экологической проблемы изменения климата.

К концу 2010 года в РК *выбросы крупных предприятий нефтегазовой, энергетической, горнометаллургической, химической отраслей промышленности, сельского хозяйства и транспорта составляли около 214 млн. тонн или 90% от*

«Кенкияк» эксплуатируемые 19 скважин необеспеченны подъездными путями, а при эксплуатации объекта для отстаивания пластовой воды осуществляется отклонение от утвержденного проекта «Разработка надсолевых залежей нефтяного месторождения Кенкияк». При этом сроки реализации данных проектных решений истекли еще в 2005 году. За не выполнение проектных решений на АО СНПС «Актобемуунайгаз» были наложены штрафные санкции. В ходе проверки экологической инспекцией деятельности ТОО «Тенгизшевройл» в части соблюдения экологического законодательства выявлен факт размещения серы в объеме 155 тыс.тонн в период с 21 декабря 2009 г. по 01 января 2010 г. при отсутствии разрешения на эмиссии в окружающую среду. В связи с чем, экологической инспекцией наложен штраф по ст.243 КоАП РК на сумму 1 млрд. тенге и взыскан ущерб, нанесенный окружающей среде на сумму 1 млрд. тенге. В 2010 г. при внеплановой проверке АО «Арселор Миттал Темиртау» был выявлен факт превышения норм предельно допустимых сбросов (далее - ПДС) по азоту аммонийному (2,37 ПДС), нитритам (7,88 ПДС) в реку Нура. В связи с этим на юридическое лицо был наложен штраф в размере 7 млн. тенге, а также претензия в размере 6,8 млн. тенге. По данным Министерства охраны окружающей среды общая сумма убытка от деятельности недропользователей в 2010 году составила 5 млрд тенге. URL: http://www.kursiv.kz/1195205757-prirodooxrannoe-zakonodatelstvo-rk-soblyudaetsya-ne-vsemi -nedropolzovatelyami.html.

всего объема, объем отходов составлял более 22 млрд. тонн, из них опасных отходов – порядка 7 млрд. тонн.

Динамика образования отходов за период с 2008 по 2010 годы показала, что *каждый год в среднем утилизируется 20% образуемых отходов, а порядка 500 млн. тонн в год остается в накопленных объемах*. При такой тенденции к 2020 г. ожидалось накопление 28 млрд. тонн отходов. В связи с несовершенством законодательства предприятиям выгоднее было платить за размещение отходов, чем предпринимать меры по их утилизации и использованию. Предприятия не несли материальной ответственности, не компенсировали наносимый ущерб, и не принимали меры по уменьшению объемов отходов и снижению их воздействия.

Как неоднократно отмечалось на Координационном совете правоохранительных органов, *нормы уголовного права не соответствуют экологическим угрозам*. *Из 18 статей за экологические преступления реальное применение находят только три-четыре положения за браконьерство*.

В связи с этим 15, 22 июля, 09 ноября, а также 03 декабря 2011 г. в Экологический кодекс, а также другие НПА РК, содержащие охранительные нормы в сфере экологии были внесены изменения и дополнения. В частности, учитывая важность защиты интересов и прав личности, общества и государства от угроз, возникающих в результате антропогенных и природных воздействий на окружающую среду, большое внимание было уделено совершенствованию УК РК и КоАП.

В ЭК РК были введены новые экологические требования, направленные на реализацию международных экологических конвенций, ратифицированных Казахстаном, а также заложены экономические механизмы стимулирования переработки и вторичного использования отходов или сокращения их образования. С 2011 г. природопользователей, которые имели выбросы парниковых газов свыше 20 тыс. тонн в год, обязали получать квоту.

Однако сегодня отсутствуют действенные механизмы возмещения вреда здоровью и имуществу гражданам, причиненного экологическим правонарушением. Отсутствуют эффективные правовые процедуры, обязывающие государственные органы и их должностных лиц оказывать содействие НПО и гражданам в реализации экологических прав.

Таким образом, закрепленные в нормативных актах **положения не гарантируют в полной мере реализацию и защиту экологических прав и законных интересов граждан в случае их нарушения коммерческими организациями**.

2.5. Положения законодательства РК, закрепляющие обязанность государства защищать социально-экономические права человека в случае чрезвычайного положения

Согласно пп.5) ст.1 Закона о чрезвычайном положении, *чрезвычайное положение* (далее – «**ЧП**») – *это временная мера, применяемая исключительно в интересах обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя РК и представляющая собой особый правовой режим деятельности государственных органов, организаций, допускающий установление отдельных ограничений прав и свобод граждан, иностранцев и лиц без гражданства, а также прав юридических лиц и возлагающий на них дополнительные обязанности*.

Согласно пп.16) ст.44 Конституции Президент РК в случае, когда демократические институты, независимость и территориальная целостность, политическая стабильность РК, безопасность ее граждан находятся под серьезной и непосредственной угрозой и нарушено нормальное функционирование конституционных органов государства, после официальных консультаций с

Премьер-министром и председателями Палат Парламента РК принимает меры, диктуемые названными обстоятельствами, включая введение на всей территории Казахстана и в отдельных ее местностях ЧП, применение Вооруженных Сил РК, с незамедлительным информированием об этом Парламента РК.

ЧП вводиться Указом Главы государства, который должен отвечать критериям, закрепленным в ст.6 Закона о чрезвычайном положении.

Согласно п.1 ст.24 Конституции **в условиях ЧП допускается принудительный труд**.

При этом меры, применяемые в условиях ЧП, и ограничения прав и свобод физических лиц, а также прав юридических лиц, возложение на них дополнительных обязанностей должны осуществляться в пределах, которые вызваны обстоятельствами, послужившими основанием введения ЧП. Меры и ограничения, применяемые в условиях ЧП, не должны противоречить международным договорам в области прав человека, ратифицированным РК (ст.17 Закона о чрезвычайном положении).

Несмотря на введение ЧП государство гарантирует определенные права физическим и юридическим лицам на время его действия. Так, согласно ст.18 Закона о чрезвычайном положении физическим лицам, пострадавшим в результате обстоятельств, послуживших основанием для введения ЧП, предоставляются жилые помещения, возмещается материальный ущерб, предоставляется необходимая помощь в порядке и пределах, устанавливаемом Правительством РК. Также физическим и юридическим лицам, имущество и ресурсы которых использовались для нужд ликвидации обстоятельств, послуживших основанием для введения ЧП, равноценное возмещение материального ущерба осуществляется в порядке, установленном законодательство РК.

НПА РК, принятые в целях обеспечения режима ЧП и связанные с временным ограничением прав и свобод физических и юридических лиц, применяются только в течение срока, на который введено ЧП, и утрачивают силу одновременно с прекращением действия ЧП без специального о том уведомления.

Прекращение действия ЧП влечет прекращение административного производства по делам о нарушении режима ЧП (ст.21 Закона о чрезвычайном положении).

Важным положением, вытекающим из п.4 ст.75 Конституции РК и гарантирующим защиту прав и свобод человека и гражданина, является **недопущение учреждения специальных и чрезвычайных судов под каким-либо названием**. Из этого вытекает, что правосудие в местности, где введено ЧП, осуществляется судами в соответствии с законодательными актами РК (ст.23 Закона о чрезвычайном положении).

Таким образом, **права человека** в некоторых случаях **могут быть ограничены в соответствии с Конституцией РК**, посредством издаваемых законов лишь в той мере, в какой это необходимо **в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения**. Закрепленные в Конституции РК и Законе о чрезвычайном положении нормы должны содействовать соблюдению и защите ограниченных в рамках режима ЧП прав человека.

3. Выводы

Анализ конституционного и гражданского законодательства РК позволяет прийти к выводу, что в целом нормы этих отраслей гарантируют соблюдение и защиту прав человека. Однако некоторые сегменты гражданского законодательства

(например, в части регулирования конкуренции, государственных закупок, защиты прав потребителей, взаимоотношения с недропользователями и др.) не соответствуют тем фундаментальным основам, стандартам, которые были изначально заложены в эти отрасли законодательства.

Трудовое законодательство содержит ключевые принципы, провозглашающие обеспечение защиты государством прав работников от их нарушения работодателем, однако заданные государством стандарты ожидаемого от предприятий поведения в отношении работников не находят в трудовом законодательстве действенных механизмов реализации. Иначе говоря, базовые положения трудового законодательства, гарантирующие защиту прав человека, не конкретизируются в нормах обеспечивающих исполнение общих положений.

Экологическое законодательство РК закрепило ряд принципов, обязывающих соблюдать права человека. Однако после Указа Президента РК Н.А. Назарбаева от 29 августа 1991 года №409 о закрытии Семипалатинского ядерного полигона (2-й Государственный центральный испытательный полигон) природоохранное законодательство РК во многом перестало гарантировать реализацию и защиту прав граждан на благоприятную среду в случае их нарушения. Проблема повсеместного и регулярного нарушения экологического законодательства заключается в отсутствии должных охранительных норм и действенных механизмов контроля за экологической обстановкой в стране.

Закон о чрезвычайном положении предусматривает ряд ограничений прав граждан лишь в той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения, но при этом указанный НПА РК должен содействовать соблюдению и защите ограниченных в рамках режима ЧП прав человека.

III. СООТВЕТСТВИЕ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РК СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИМ ПРИНЦИПАМ, ОБЯЗЫВАЮЩИМ ОРГАНИЗАЦИИ СОБЛЮДАТЬ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА

Часть III настоящего Заключения содержит правовой анализ положений законодательства РК на соответствие социально-экономическим принципам Рагги, обязывающим организации соблюдать права человека.

1. Общие положения

Социальная ответственность бизнеса признана важнейшей составляющей долгосрочной стратегии устойчивого развития Казахстана. В этой связи значительное внимание уделяется продвижению идей **корпоративной социальной ответственности**, созданию благоприятных условий для социально ответственного поведения коммерческих организаций, соблюдению и защиты ими прав человека и гражданина.

На первом Форуме по социальной ответственности бизнеса (Жезказган, 2008 г.) Нурсултан Назарбаев говорил о необходимости включения предпринимательства в решение масштабных задач развития общества и в этой связи поручил Правительству РК продолжить работу по формированию благоприятной среды, стимулирующей повышение субъектами предпринимательства корпоративной социальной ответственности.

На Форуме между МТСЗН РК и крупными компаниями[559] было подписано Соглашение о продвижении принципов Глобального договора ООН в сфере социального обеспечения и трудовых отношений. Предприниматели обязались соблюдать социально-экономические принципы, закрепленные в законодательстве РК, а также основополагающие положения двенадцати ратифицированных Конвенций Международной организации труда (далее – «**МОТ**»), которые направлены на свободу объединения и признание права на заключение коллективных договоров, устранение всех форм принудительного труда, в том числе, детского труда, ликвидацию дискриминации в сфере труда и занятости.

Проблема соблюдения и защиты прав человека, определение соответствия норм действующего законодательства социально-экономическим принципам, обеспечивающим защиту прав человека, приобретает особое значение не только во взаимодействии государства с субъектами предпринимательской деятельности, но и становится определяющим в отношениях предпринимателей (работодателей) и работников.

Как отмечается в Докладе Рабочей группы по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях (10 апреля 2012 г., A/HRC/20/29), «ключевой элемент проблем, касающихся прав человека и предпринимательской деятельности, – наличие управленческих брешей. Это касается всех государств и регионов, компаний любых размеров, секторов и условий деятельности».

В Докладе выделяются пять **базовых принципов,** обязывающих коммерческие организации соблюдать права человека:

(i) Согласно первому положению, соблюдение коммерческими организациями прав человека означает, что организациям следует избегать нарушения прав человека и устранять последствия нарушения ими прав человека (далее – «**принцип корпоративной ответственности за соблюдения прав человека**»).

(ii) Второй базовый постулат конкретизирует принцип корпоративной ответственности за соблюдения прав человека, уточняя, что ответственность коммерческих организаций распространяется на *признанные международным сообществом права человека* (закрепленные в Международном билле о правах человека, положениях МОТ и др.).

(iii) Третье положение формулирует, во-первых, *запрет на оказание коммерческими организациями содействия в нарушении прав человека* и в случае выявления таких нарушений устранять таковые, а, во-вторых, призывает *смягчать последствия нарушений прав человека*.

(iv) В следующем положении отмечается, что *обязанность по соблюдению прав человека возлагается на все юридические лица* независимо от форм собственности, типа юридического образования, видов деятельности и т.д. При этом все же должны учитываться такие факторы как масштабы и виды деятельности

[559] Широко распространено убеждение, что большая корпорация (именно потому, что она большая) должна принимать во внимание косвенные последствия своих решений и брать на себя ответственность, которую никто не собирается возлагать на мелкого предпринимателя. Однако, как справедливо пишет по этому поводу нобелевский лауреат Ф.А. Хайек, «с того момента, как руководство большой корпорации начинает рассматриваться не только как обладающее правом, но и как обязанное принимать во внимание так называемый общественный интерес, поддерживать так называемое правовое дело и служить «общественной пользе», оно в самом деле захватывает неконтролируемую власть». - Ф.А. Хайек, Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики, (Москва, 2006), с.403.

коммерческих организаций, поскольку от них может зависеть тяжесть последствий нарушения прав человека.

(v) С учетом предыдущего положения коммерческим организациям рекомендуется четко определить *политику и процедуры по соблюдению и защите прав человека* (программное обязательство соблюдать права человека; процедуры обеспечения должной заботы о правах человека в целях выявления, предотвращения, смягчения отрицательных последствий и представления отчетности об устранении данных последствий; процедуры, позволяющие возместить ущерб в случае нарушения прав человека).

Поскольку последний базовый принцип настаивает на необходимости определения политики по соблюдению прав человека и соответствующих процедур в коммерческой организации, в части III Доклада закреплены девять **принципов деятельности**, которые поясняют требование определения политики и процедур по соблюдению прав человека.

В связи с этим, Специалист считает необходимым определить характер отдельных правовых норм РК, проанализировать их соответствие социально-экономическим принципам, обязывающим предпринимателей соблюдать права человека.

С учетом сущности и значения принципов, дедуктивной логической последовательностью их изложения, часть III настоящего юридического заключения структурирована без строгой привязки к каждому принципу.

2. Соответствие норм законодательства РК принципам Рагги, обязывающим организации соблюдать права человека

В этом разделе настоящего Заключения выделены части, которые соответствуют отдельным сферам правового регулирования (конституционное, гражданское, трудовое, природоохранное и др.).

2.1. **Положения Конституции РК, обязывающие организации соблюдать права человека**

Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики (п.2 ст.4). Следовательно, **нормы** Конституции, **охраняющие права человека, подлежат исполнению на всей территории страны, независимо от условий, в которых находятся организации**.

Конституция не содержит каких-либо условий либо исключений, при которых организации или другие лица могли бы не исполнять свои обязанности по соблюдению прав человека. Это означает, что права человека находятся под охраной государства при любых условиях.

П.4 ст.5 Конституции РК предусмотрено, что в республике *не допускается* деятельность политических партий и профессиональных союзов других государств, партий на религиозной основе, а также *финансирование* политических партий и *профессиональных союзов иностранными юридическими лицами и гражданами*, *иностранными государствами и международными организациями*.

Другими словами, статья *не позволяет иностранным организациям участвовать в финансировании профсоюзов*, что, по мнению международных правозащитных организаций, ограничивает международное сотрудничество. Так, в Докладе «Нефть и забастовки. Нарушения трудовых прав в нефтяном секторе

Казахстана» организация «*Human Rights Watch*» рекомендует РК совершенствовать законодательство в этой области и устранить этот запрет.[560]

По мнению Специалиста, более обоснованной по этому поводу представляется позиция Конституционного совета РК, который полагает, что из всех общественных объединений политические партии и профессиональные союзы являются высшей формой самоорганизации граждан, представляют собой достаточно структурированные объединения, которые преследуют *политические и социально-экономические цели*. Им присуща консолидированность, *способность оказывать влияние на политическое мировоззрение людей и политику государства в различных сферах жизни общества*» (Постановление Конституционного Совета РК от 7 июня 2000 г. № 4/2). Следовательно, финансирование политических партий и профессиональных союзов РК иностранными гражданами, юридическими лицами, государствами и международными организациям представляется нежелательным.

В п.2 ст.14 Конституции РК закреплено, что никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам. Тем самым, устанавливается общий для всех принцип недискриминации (non-discrimination principle).

На практике данный принцип нередко нарушается различными юридическими лицами.[561]

Согласно п.1 ст.24 Конституции РК каждый имеет право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии. *Принудительный труд допускается* только по приговору суда либо *в условиях чрезвычайного или военного положения*.

В Конституции РК также закреплено, что каждый имеет *право на условия труда*, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на *вознаграждение за труд без какой-либо дискриминации*, а также на *социальную защиту от безработицы*. Признается *право на индивидуальные и коллективные трудовые споры* с использованием установленных законом способов их разрешения, включая *право на забастовку*. Каждый имеет *право на отдых*. Работающим по трудовому договору *гарантируются установленные законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск* (п.2-4 ст.24 Конституции РК).

Гражданину РК гарантируется *минимальный размер заработной платы и пенсии*, *социальное обеспечение по возрасту*, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца и по иным законным основаниям. Поощряются добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения и благотворительность (ст.28 Конституции РК).

---

[560] Доклад Human Rights Watch: Нефть и забастовки. Нарушения трудовых прав в нефтяном секторе Казахстана, с.42.

[561] Предпринимательская деятельность, например, добыча природных ископаемых и развитие инфраструктуры, серьезно и несоразмерно затрагивает интересы местного населения. Зачастую оно сталкивается с дискриминацией при приеме на работу, в оплате труда, предоставляемым работодателем социального «пакета» и др. Так, Департамента по контролю и социальной защите по Атырауской области подал иск ТОО «Казахстан Каспиан Оффшор Индастриз» о признании факта дискриминации в сфере труда со стороны работодателя. В частности, речь идёт о несоразмерной разнице в оплате труда казахстанских и иностранных работников за одни и те же функциональные обязанности в ТОО «Казахстан Каспиан Оффшор Индастриз». URL: http://caspionews.kz/?p=12286 (2012, 10 августа).

Конституционный Совет определил, что *социальное обеспечение в случае болезни возводится в ранг конституционного права и его реализация гарантируется*. Возведение конкретной разновидности прав или свобод до уровня конституционного и объявление в Конституции о ее гарантированности означает, что *государство возлагает на себя обязанность через создаваемые им системы и структуры обеспечить реализацию этих прав и свобод*. Государство возлагает *обязанность по социальному обеспечению работников на работодателей*, независимо от формы собственности (**Постановление Конституционного Совета РК от 12 марта 1999 года № 3/2**).

Поскольку указанные в Основном законе РК социально-экономические права человека и гражданина носят общий характер, они конкретизируются в иных НПА республики. В частности, в рамках трудового законодательства и норм, регулирующих социальное обеспечение население.[562]

В Докладе в качестве первого шага для закрепления обязанности соблюдать права человека предприятиям рекомендуется взять на себя обязательства выполнять эту обязанность в заявлении программного характера.

Заявление программного характера: (a) утверждается на самом высоком уровне руководящего звена предприятия; (b) готовится на основе соответствующих выводов внутренних и/или внешних экспертов; (c) определяет ожидаемое предприятием отношение к правам человека со стороны персонала, партнеров по предпринимательской деятельности и других сторон, непосредственно связанных с его деятельностью, продукцией или услугами; (d) придается гласности и распространяется внутри предприятия и за его пределами среди всего персонала, партнеров по предпринимательской деятельности и других сторон, непосредственно связанных; (e) получает отражение в программах и процедурах оперативной деятельности, необходимое для его закрепления в рамках всей деятельности предприятия.

Согласно п.1 ст.31 Конституции РК государство ставит целью охрану окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека.

Под благоприятной окружающей средой следует понимать окружающую среду, состояние которой обеспечивает экологическую безопасность и охрану здоровья населения, сохранение биоразнообразия, предотвращение загрязнения, устойчивое функционирование экологических систем, воспроизводство и рациональное использование природных ресурсов (пп.37 ст.1 ЭК РК).

В связи с тем, что государство является своего рода гарантом охраны окружающей среды, оно вправе возлагать на организации обязанности по соблюдению прав человека на благоприятную окружающую среду.

Таким образом, конституционные нормы в РК в общих чертах **определяют критерии должного поведения организаций по соблюдению социально-экономических прав человека и гражданина**. Ответственность за соблюдение прав человека является всеобщей нормой, ориентиром для деятельности всех организаций.

Правовые нормы, обязывающие добросовестно и ответственно относится к правам человека и гражданина РК, закреплены в положениях гражданского законодательства.

---

[562] Постановление Конституционного Совета РК от 10 марта 1999 года № 2/2 «Об официальном толковании пунктов 1 и 2 статьи 14, пункта 2 статьи 24, подпункта 5) пункта 3 статьи 77 Конституции Республики Казахстан».

2.2. Положения гражданского законодательства РК, обязывающие организации соблюдать права человека

Согласно п.3-5 ст.8 ГК РК осуществление гражданских прав не должно нарушать прав и охраняемых законодательством интересов других субъектов права, не должно причинять ущерба окружающей среде. Граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели – также правила деловой этики. Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. *Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются*. Не допускаются действия граждан и юридических лиц, направленные на причинение вреда другому лицу, на злоупотребление правом в иных формах, а также на осуществление права в противоречии с его назначением.

Несмотря на то, что справедливость, разумность и добросовестность действий участников гражданского оборота презюмируются и они в целом не обязаны доказывать недобросовестность либо несправедливость своих действий, в гражданском праве, в отличие от уголовного, действует *презумпция виновности* правонарушителя. По общему правилу п.6 ст.9 ГК РК, если наступление правовых последствий нарушения зависит от виновности нарушителя, предполагается его виновность. Правонарушитель считается виновным до тех пор, пока он не докажет свою невиновность. Так, согласно п.1 ст.359 ГК РК должник признается невиновным, если докажет, что он *принял все зависящие от него меры для надлежащего исполнения обязательства*. Обусловлено это тем, что гражданское право имеет дело не с аномальными явлениями, а с нормальным развитием гражданского оборота.

Таким образом, *в случае оказания организациями негативного воздействия на права человека, нарушения прав, граждане имеют право на защиту своих прав и законных интересов, а организации в свою очередь должны доказать, что приняли все зависящие от них меры для надлежащего исполнения своих обязательств по соблюдению прав человека либо устранить неблагоприятные последствия своего воздействия.*

Важнейшим принципом цивилизованного развития и функционирования рыночных отношений является **защита прав потребителей**, т.е. *покупателей, заказчиков, пассажиров и других лиц, которые на возмездной основе пользуются результатом предпринимательской деятельности*. Одной из ключевых обязанностей организаций является предоставление качественных товаров (работ, услуг) потребителям.

Защита прав потребителей обеспечивается не только средствами, предусмотренными ГК РК, но и нормами иных законодательных актов.

Каждый **потребитель имеет право** на: (а) свободное заключение договоров на приобретение товаров, использование работ и услуг; (б) надлежащее качество и безопасность товаров (работ, услуг); (в) полную и достоверную информацию о товарах (работах, услугах); (г) объединение в общественные организации потребителей (п.6 ст.10 ГК РК).

Наряду с этим представляется разумным стремление предпринимателей получить с потребителя максимальный доход. В условиях капиталистической

рыночной экономики такой доход порой достигается посредством экономического принуждения потребителей пользоваться услугами одного предпринимателя.[563]

В связи с этим основным механизмом защиты интересов потребителей становится устранение монополистической деятельности субъекта рынка, максимальное развитие конкуренции. Потребитель не должен быть озадачен поисками производителя (продавца, исполнителя работ и т.п.), наоборот – производитель должен быть нацелен на удовлетворение интересов потребителя, предлагая оптимальные для него условия.

Свобода предпринимательства может привести к удовлетворению неправомерных интересов предпринимателей за счет ущемления интересов потребителей и всего общества. Особенно опасными эти действия являются при монополистическом положении на рынке того или иного предпринимателя, без обеспеченной свободы конкуренции. Свободная конкуренция в равной степени защищает не только интересы потребителей, позволяя выбирать наиболее удобные и выгодные для них условия приобретения товаров, но также и интересы страны в целом, позволяя выбирать наиболее выгодные варианты развития производительных сил.[564]

Монополистическая и всякая иная деятельность, направленная на ограничение или устранение законной конкуренции, получение необоснованных преимуществ, ущемление прав и законных интересов потребителей, не допускается (п.1 ст.11 ГК РК).

По общему правилу **не допускается использование предпринимателями гражданских прав в целях ограничения конкуренции**, в том числе: (а) *злоупотребление предпринимателями своим доминирующим положением* на рынке, в частности, путем ограничения или прекращения производства либо изъятия из обращения товаров для создания их дефицита или повышения цен;[565] (б) *заключение и исполнение лицами*, осуществляющими аналогичную предпринимательскую деятельность, *соглашений о ценах, разделе рынков, устранении других предпринимателей* и об иных условиях, существенно ограничивающих конкуренцию; (в) совершение *недобросовестных действий*, *направленных на ущемление законных интересов лица, ведущего аналогичную предпринимательскую деятельность, и потребителей* (*недобросовестная конкуренция)*, в частности, путем введения потребителей в заблуждение относительно изготовителя, назначения, способа и места изготовления, качества и иных свойств товара другого предпринимателя, путем некорректного сравнения товаров в рекламной и иной информации, копирования внешнего оформления чужого товара и иными способами. Меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией устанавливаются законодательными актами (п.2 ст.11 ГК РК).

В гражданском законодательстве РК соблюдение прав человека является нормой ожидаемого поведения и, соответственно, за нарушение этих прав предусматриваются меры юридической ответственности.

---

[563] Ф.А. Хайек, Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики, (Москва, 2006), с.401-406.

[564] Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть). Комментарий (постатейный). Кн.1. – 3-е изд., / Отв. ред. М.К. Сулейменов, (Алматы, 2007), с.127-128.

[565] Ф.А. Хайек писал по этому поводу: «в современном обществе не крупное сосредоточение ресурсов под контролем одного предприятия дает власть над людьми, а способность фирмы лишить публику тех благ, без которых она не может обойтись». – См., подробнее, Ф.А. Хайек, Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики, (Москва, 2006), с.402.

Как уже замечено, помимо ГК РК обязывающие к соблюдению прав человека нормы закреплены и в других НПА РК.

В настоящее время, как показывает практика, одним из основных актов, регулирующих предпринимательскую деятельность в РК и конкретизирующих положения ГК РК, является Закон о частном предпринимательстве.[566]

Согласно п.2 ст.8 Закона о частном предпринимательстве предприятия обязаны соблюдать законодательство РК, права и охраняемые законом интересы физических и юридических лиц; обеспечивать соответствие производимой продукции (работ, услуг) требованиям законодательства; получать лицензии на осуществление видов частного предпринимательства, подлежащих лицензированию; осуществлять обязательное страхование гражданско-правовой ответственности.

Лицензионный порядок, предусмотренный п.2 ст.8 Закона о частном предпринимательстве, устанавливается в целях национальной безопасности, обеспечения правопорядка, *защиты окружающей среды*, *собственности, жизни и здоровья граждан* (п.2 ст.4 Закона о лицензировании).

Обязанность организаций, занимающихся видами деятельности, которые подпадают под обязательное лицензирование, получать лицензии и соответствовать определенным квалификационным требованиям, направлена на защиту прав человека.

В Казахстане существует свыше тысячи разрешительных документов, которые регулируют предпринимательскую деятельность. Сложные и непрозрачные процедуры, которым должны следовать предприниматели при создании и ведении бизнеса, служат препятствием экономическому росту и могут существенного ограничивать конкуренцию, ввиду нежелания предпринимателей связываться с затрудненными бюрократическими механизмами получения лицензий.

В связи с этим представляется неслучайным то, что в послании «**Социально-экономическая модернизация – главный вектор развития Казахстана» от 27 января 2012 г. Главой государства было дано поручение развивать электронное правительство и к концу 2012 года предоставлять все виды лицензий в электронной форме. Государство постепенно снижает количество лицензий и разрешений, в соответствии с посланием президента планируется еще на треть снизить их количество.**[567]

Организации должны нести обязательства по соблюдению прав не только в отношении потребителей, но и в отношении своих акционеров и инвесторов. Такие требования закреплены в ряде НПА РК.

С целью соблюдения баланса в сфере предпринимательской деятельности, защиты прав инвесторов и держателей ценных бумаг на предприятия, являющиеся

---

[566] В.Н. Короленко, Краткий научный анализ Закона РК о частном предпринимательстве и проблемные вопросы малого и среднего бизнеса, (Вестник КАСУ, 2006, 3), // http://www.vestnik-kafu.info/journal/7/254/.

[567] На открытии выставки-конференции «Connect Kazakhstan-2012» (21 мая 2012 г.) в г. Астана Министр транспорта и коммуникаций РК Аскар Жумагалиев отметил, что свидетельство о государственной регистрации к концу 2012 года будет выдаваться в течение 15 минут через систему электронного правительства, справки по недвижимости можно будет получить в течение 1 минуты через эту же систему. В этом году планируется перевод 80 услуг, из них порядка 18 разрешительных документов социально-значимых услуг, что составит около 60% всех подобного рода услуг. В дальнейшем предполагается перевести все социально значимые услуги в электронный формат, кроме того, такая же работа предстоит с разрешительными документами. 80% тех услуг, которые необходимы, будут реализовываться при отсутствии каких-либо бумажных документов.

субъектами рынка ценных бумаг, Законом о рынке ценных бумаг накладываются определенные ограничения.

Ст.53 Закона о рынке ценных бумаг предусмотрены о**граничения и запреты на осуществление деятельности на рынке ценных бумаг. По общему правилу** лицензиат (юридическое лицо, осуществляющее деятельность на рынке ценных бумаг на основании лицензии) *не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность, не относящуюся к деятельности на финансовом рынке*.[568]

Исключение составляют лишь такие случаи как: (а) распоряжения собственным имуществом, включая сдачу в аренду имущества, приобретенного для собственных нужд; (б) предоставления консультационных услуг по вопросам, связанным с деятельностью на рынке ценных бумаг; (в) реализации специальной литературы по вопросам деятельности на рынке ценных бумаг на любых видах носителей информации; (г) организации обучения по повышению квалификации специалистов в области деятельности на рынке ценных бумаг; (д) иные случаи, установленные законодательными актами РК.

Таким образом, для защиты прав и интересов участников рынка ценных бумаг деятельность лицензиата строго ограничена теми видами деятельности, которые прямо предусмотрены в полученной лицензии.

Лицензиату запрещается реклама его деятельности, не соответствующая действительности (ст.53-1 Закона о рынке ценных бумаг). Такая реклама вводит в заблуждение заинтересованных лиц и может существенно нарушить их права и повлечь неблагоприятные последствия. Более того, запрет не ограничивается «недобросовестной» рекламой, субъектам рынка ценных бумаг запрещается оказывать любое влияние (распространение недостоверных сведений, совершение сделок в целях манипулирования и др.) на других субъектов рынка ценных бумаг в целях изменения их поведения на рынке (ст.56 Закона о рынке ценных бумаг).

Предусмотренные нормами отрицательные действия не могут способствовать нормальному функционированию рынка ценных бумаг и ущемляют права субъектов рынка, поэтому необходимо тщательно отслеживать возможные нарушения и пресекать их. Как показывает практика, определить и доказать факты манипулирования и влияния на субъектов рынка довольно не просто.

С целью защиты прав заинтересованных лиц законодателем введено *обязательство* эмитента ценных бумаг, размещаемых среди неограниченного круга инвесторов, *раскрывать информацию*, содержащуюся в проспекте выпуска эмиссионных ценных бумаг; во внутреннем документе, устанавливающем условия и порядок проведения аукционов и подписки ценных бумаг акционерного общества; в отчетах, представляемых уполномоченному органу; включенную в финансовую отчетность; иную информацию, подлежащую раскрытию в соответствии нормами и правилами организатора торгов либо эмитента (ст.101 Закона о рынке ценных бумаг).

Как показывает анализ ст.101-104 Закона о рынке ценных бумаг, право на получение информации считается одним из важнейших прав, соблюдение которого является обязательным для всех предприятий осуществляющих деятельность на рынке ценных бумаг. Информация является определяющим фактором во всех

[568] Так, например, основанием для принятия Правлением НБ РК решения о лишении АО «Premier Capital» лицензии (11 сентября 2012 г.) послужили нарушения норм законодательства, выявленные в ходе дистанционного надзора и проведенной плановой проверки деятельности данной организации, одним из которых является осуществления предпринимательской деятельности, не относящейся к деятельности на рынке ценных бумаг.

сферах предпринимательской деятельности, тем более на таком динамичном рынке как ценные бумаги.

Однако последствия для прав человека определяющее поведение предприятий обращение ценных бумаг до сих пор представляются весьма слабо. *Несмотря на имеющиеся корпоративные правила и нормы, регулирующие обращение ценных бумаг в РК, не совсем понятно, что именно разрешается делать компаниям и их служащим в сфере соблюдения прав человек. В РК пока не сформулированы достаточные руководящие указания, позволяющие предприятиям соблюдать права человека*.

Системообразующими актами гражданского законодательства РК, обязывающие организации соблюдать права человека, являются акты о конкуренции и защите прав потребителей.

Нарушение Закона о конкуренции, как правило, осуществляется одновременно по нескольким статьям данного НПА.

Ст.10 Закона о конкуренции *запрещаются и признаются недействительными* полностью или частично в порядке, установленном законодательством, *достигнутые в любой форме антиконкурентные соглашения между субъектами рынка, которые имеют либо могут иметь своим результатом ограничение конкуренции*.[569] Согласно п.1 ст.11 запрещаются *согласованные действия субъектов рынка, направленные на ограничение конкуренции*.

Таким образом, наряду с понятием «*антиконкурентные соглашения*» в Законе о конкуренции используется понятие «*антиконкурентные согласованные действия субъектов рынка*».

Правовая конструкция, экстраполированная из европейского права, с одной стороны, облегчает доказательство тайных сговоров субъектов предпринимательской деятельности, но с другой – используемые в законодательстве понятия создают проблемы в правоприменительной практике. Например, возникают вопросы с определением понятия «согласованные действия» в системе гражданского права, а также при оценке доказательств.

По своей юридической природе понятия «соглашение» и «согласованные действия» имеют единую смысловую нагрузку и применительно к данному конкретному случаю являются равнозначными. Эти понятия связаны с понятием «договор».

В соответствии со ст.378 ГК РК договором признается *соглашение* двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. То есть для совершения договора необходимо *выражение согласованной воли* двух сторон (двусторонняя сделка) либо трех или более сторон

---

[569] В декабре 2009 г. установлены факты нарушения пп.1) п.1 ст.10 Закона РК «О конкуренции», выразившиеся в установлении и (или) поддержании цен либо других условий приобретения или реализации товаров. В период с января по сентябрь 2009 г. ТОО «KazakhOil» реализовывало ГСМ для ТОО «Эталон-Авто Ресурс» по более высоким ценам, чем другим субъектам рынка. При этом, ТОО «Эталон-Авто Ресурс», имея возможность покупки ГСМ по более низким ценам у других субъектов рынка, приобретало бензин исключительно у ТОО «KazakhOil». В конечном итоге это привело к необоснованному росту цены бензина для конечных потребителей. Оба субъекта рынка, установив обоюдовыгодную цену и поддерживая ее, получали высокую прибыль, которая была бы невозможна без согласованных действий, ущемляющих интересы потребителей. Изучив доводы всех заинтересованных сторон, административный суд г. Петропавловск постановил признать вышеуказанных субъектов виновными в совершении антиконкурентных соглашений, наложив штрафы в общей сумме более 120 млн. тенге с конфискацией монопольного дохода в размере 95,5 млн. тенге. URL: www.azk.gov.kz (30 марта 2010 г.).

(многосторонняя сделка) (п.3 ст.148 ГК РК). Н**аличие согласованной воли сторон** предполагает наличие согласия сторон на совершение определенных действий. При этом *согласованными являются не любые схожие и параллельные действия, а лишь те, которые являются результатом согласования воли сторон*.

Закон о конкуренции входит в систему гражданского законодательства, в рамках которого понятие «согласованные действия» должно отождествляться с понятием «договор», однако закрепленное в Законе о конкуренции выражение «согласованные действия» вбирает в себя любые, в том числе случайные, схожие действия.

Как показывает опыт антимонопольного законодательства зарубежных стран, следует четко разграничивать параллельные действия участников гражданского оборота от согласованных действий сторон. Иначе, возникает опасность привлечения к ответственности предпринимателей за несуществующие ценовые сговоры. Определение цены на основе цен конкурентов еще не доказывает ни координации действий участников рынка, ни согласованности по этому поводу. В целом такой прием определения цены является вполне стандартным и естественным способом вхождения на рынок нового участника, одним из инструментов маркетинговой политики компаний.

Применяемые в законе понятия «соглашение» и «согласованные действия» направленные на сговор по своему содержанию фактически не различаются, но по форме выражения (письменная или устная форма, в том числе и путем совершения конклюдентных действий) противоправной деятельности отличия имеются.

Таким образом, представляются излишними выделение соглашений в устной форме и согласованных действий, которые также являются соглашениями в устной форме. Следовательно, необходимо исключить из Закона о конкуренции соглашения в устной форме.

Кроме того, как было уже отмечено, при применении Закона о конкуренции возникают вопросы относительно оценки доказательств. Признание действий участников в качестве согласованных и направленных на устранение конкуренции на основании совокупности косвенных доказательств и признания их в качестве достаточных противоречит принципу обоснованности судебных актов. При отсутствии письменного соглашения, доказывающего согласование воли сторон, представляется не совсем правильным априори устанавливать, какие именно косвенные доказательства являются достаточными. Такой подход позволяет несколько произвольно (с нарушением принципа объективной истины) признавать поведение субъекта предпринимательской деятельности правомерным или неправомерным. Если для состава правонарушения по совершению антиконкурентного соглашения необходимо, чтобы соглашение приводило или могло привести к ограничению конкуренции, то для состава правонарушения по совершению антиконкурентных согласованных действий наличия такого условия не требуется и достаточным признается направленность действий субъектов рынка на ограничение конкуренции.

Несмотря на то, что отсутствие достаточной обоснованности судебных актов чаще всего связано с неполнотой исследования обстоятельств дела, отсутствием доводов в пользу принятых или отвергнутых судом доказательств, ущербным анализом и оценками доводов сторон в состязательном ущербе,[570] в данном случае именно несогласованность, не достаточная четкость формулирования материальных норм Закона о конкуренции приводит к процессуальным издержкам.

[570] Д.А. Фурсов, Современное понимание принципов гражданского и арбитражного процесса, (Москва, 2009), с.47.

Следует четко разграничить согласованные действия от любых случайных, параллельных действий субъектов предпринимательской деятельности даже если они косвенно способствует устранению конкуренции. Так или иначе, сущность капиталистической экономики и заключается в конкурентной борьбе между участниками рынка.

Закон о конкуренции содержит и другие положения, направленные на защиту прав человека. Так, ст.13 Закон о конкуренции запрещает действия или бездействие субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение, которые привели или могут привести к ограничению доступа на соответствующий товарный рынок, недопущению, ограничению и устранению конкуренции и (или) *ущемляют законные права потребителей*. Согласно п.1 ст.16 *недобросовестной конкуренцией* являются любые действия в конкуренции, направленные на достижение или предоставление неправомерных преимуществ, а также *нарушающие законные права потребителей*. *Недобросовестная конкуренция запрещается*.[571]

По мнению профессора М. Сулейменова, Законом о конкуренции предусмотрен ряд норм, которые по сравнению с прошлыми законами в этой сфере, *направлены на либерализацию подходов к регулированию предпринимательской деятельности*. Однако ряд негативных моментов, ограничивающих предпринимательскую деятельность, в нем все еще сохраняется. Законодательство о конкуренции, по мнению эксперта, по-прежнему необходимо совершенствовать для приведения его в соответствие с нормами п.4 ст.26 Конституции РК.[572]

В заключение анализа положений Закона о конкуренции следует также остановиться еще на одном аспекте.

Как уже было замечено, нормы Конституции, охраняющие права человека, подлежат исполнению на всей территории страны, независимо от условий, в которых находятся организации. Конституция не содержит каких-либо условий либо исключений, при которых организации могли бы не исполнять свои обязанности по соблюдению прав человека.

Согласно ст.3 Закон о конкуренции *действует на территории РК и распространяется на отношения, которые влияют или могут повлиять на конкуренцию на товарных рынках РК*. Также важно подчеркнуть, что положения Закона о конкуренции применяются также к совершенным *за пределами территории РК* действиям субъекта рынка, если в результате таких действий выполняется одно из следующих условий: (а) прямо или косвенно затрагиваются находящиеся на территории РК основные средства и (или) нематериальные активы, либо акции (доли участия в уставном капитале) субъектов рынка, имущественные

---

[571] На практике происходит множество случаев, когда положения данного закона не исполняются и не соблюдение правил конкуренции ведет к нарушению предприятиями прав человека. На данный момент в РК положения закона недостаточно эффективны, так как предприниматели нередко совершают антиконкурентные действия и вступают в ценовые сговоры. Такие действия часто совершаются на рынке ГСМ. После передачи государством центров техосмотра в частный сектор нарушения стали появляться и на этом рынке. Наказания, накладываемые на предприятия в виде штрафов, несоразмерны нарушениям. Крупные компании предпочитают нарушать закон, в результате сговора получать сверхприбыли и платить после этого штраф. URL: http://www.zakon.kz/4468376-antimonopolnoe-agentstvo-rk-vyjavilo.html; http://meta.kz/life/652435-gelios-za-cenovoy-sgovor-oshtrafovali-na-2-milliona-tenge.html#; http:// www.zakon.kz/4487233-po-faktam-cenovogo-sgovora.html.

[572] М. Сулейменов, Конституционные основы права собственности в Казахстане, // URL: http://www.zakon.kz/206876-konstitucionnye-osnovy-prava.html.

или неимущественные права в отношении юридических лиц РК; (б) ограничивается конкуренция в РК.

Таким образом, положения Закона о конкуренции применяются не только в РК, но и за ее пределами при условиях указанных в пп.1), 2) п.2 ст.3. При этом исключений для каких-либо видов деятельности, либо ссылки на определенные условия, при которых организации могут не исполнять данный закон и тем самым оказывать воздействие на права и свободы человека, статья не содержит.

Закон о защите прав потребителей также обязывает организации соблюдать права человека.

Потребители наделяются следующими правами: свободное заключение договоров на приобретение товаров (выполнение работ и оказание услуг); доступ к информации в сфере защиты прав потребителей; получение информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе); приобретение безопасного товара (работы, услуги); свободный выбор товара (работы, услуги); надлежащее качество товара (работы, услуги); обмен или возврат товара как надлежащего, так и ненадлежащего качества; получение у продавца (изготовителя, исполнителя) документа, подтверждающего факт приобретения товара (выполнения работы, оказания услуги) (ст.7 Закона о защите прав потребителей).

Одной из ключевых проблем, с которой сталкиваются потребители при реализации своих прав, является получение ими достоверной информации о товаре.

Согласно ст.448 ГК РК продавец *обязан представить покупателю необходимую и достоверную информацию о товаре*, предлагаемом к продаже. Эта информация должна соответствовать требованиям, установленным законодательными актами, и обычно предъявляемым в розничной торговле требованиям к содержанию и способам представления такой информации.

Покупатель *вправе до заключения договора осмотреть товар*, потребовать проведения в его присутствии проверки свойств или демонстрации использования товара, если это не исключено ввиду характера товара и не противоречит правилам, принятым в розничной торговле.

Продавец, не предоставивший покупателю возможность получения соответствующей информации о товаре, несет ответственность и за те недостатки товара, возникшие после его передачи покупателю, в отношении которых покупатель докажет, что они возникли в связи с отсутствием у него информации.[573]

Право потребителя на доступ к информации в сфере защиты прав потребителей обеспечивается посредством включения вопросов по основам потребительских знаний в образовательные программы, а также посредством организации системы информирования потребителя о его правах и необходимых действиях по защите этих прав (ст.9 Закона о защите прав потребителей).

Процесс информирования заинтересованных лиц представляется не как прямая обязанность по исполнению установленных требований, но при должной реализации призван развивать и повышать правовую культуру и осведомленность, юридической образованности общества в сфере знания и защиты свои прав.

---

[573] Соблюдение указанных положений на практике зачастую зависит от статуса продавца. На рынке Казахстана наряду с зарегистрированными соответствующим образом, исполняющими налоговые обязательства и добросовестно функционирующими субъектами предпринимательства, работают множество нелегальных субъектов торговой деятельности. Такие субъекты не заинтересованы в соблюдении указанных требований, не желают предоставлять достоверную информацию о товаре, не дают гарантий по его качеству. К сожалению, в отношении таких недобросовестных продавцов отсутствуют действенные механизмы привлечения к юридической ответственности.

Согласно п.1 ст.10 Закона о защите прав потребителей потребитель имеет право на получение *полной, достоверной и своевременной* информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе).

Если предоставление неполной, недостоверной и несвоевременной информации о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе) повлекло: (а) приобретение товара (работы, услуги), не обладающего необходимыми потребителю свойствами, он вправе расторгнуть договор и потребовать возмещения причиненных ему убытков; (б) невозможность использования приобретенного товара (работы, услуги) по назначению, потребитель вправе потребовать предоставления в течение трех календарных дней со дня приобретения товара (выполнения работы, оказания услуги) надлежащей информации. Если информация в указанный срок не будет предоставлена, потребитель вправе расторгнуть договор и потребовать возмещения причиненных ему убытков; (в) причинение вреда жизни, здоровью и (или) имуществу потребителя, он вправе предъявить продавцу (изготовителю, исполнителю) требования по **возмещению в полном объеме убытков (вреда).**

Данные нормы устанавливают меры и способы защиты потребителей, в случае причинения вреда, нарушения их прав, свобод и интересов.

Ст.24 Закона о защите прав потребителей предусмотрено, что продавец (изготовитель, исполнитель) обязан предоставить информацию о товаре (работе, услуге), а также о продавце (изготовителе, исполнителе) на двух языках – казахском и русском.

Одним из ключевых требований к продавцам и производителям является то, чтобы товар (работа, услуга) при установленных условиях его использования, хранения, транспортировки и утилизации был безопасен для жизни, здоровья и (или) имущества потребителя, окружающей среды. Требования, которые должны обеспечивать безопасность товара (работы, услуги), являются обязательными и устанавливаются в соответствии с законодательством РК о техническом регулировании (ст.11 Закона о защите прав потребителей).

Ст.24 Закона о защите прав потребителей предусмотрено, что продавец (изготовитель, исполнитель) обязан обеспечить безопасность товара (работы, услуги) и надлежащее его качество.

Требование к безопасности товара (работы, услуги) предусмотрены также в других НПА РК.

Так, в ст.14 Закона о биотопливе закреплено, что в целях предупреждения действий, вводящих в заблуждение потребителей относительно безопасности и качества биотоплива, производители биотоплива предоставляют покупателям и потребителям в порядке, установленном законодательством РК, полную и достоверную информацию о показателях безопасности и качества биотоплива.

Биотопливо и процессы его жизненного цикла должны быть в соответствии с требованиями технических регламентов безопасными для жизни и здоровья человека и охраны окружающей среды (ст.15 Закона о биотопливе).

Ст.7 Закона о безопасности игрушек предусмотрено, что игрушки должны соответствовать требованиям, обеспечивающим безопасность жизни и здоровья человека и охрану окружающей среды. Игрушки могут быть размещены на рынке РК только в том случае, если при их использовании по назначению *они не угрожают жизни и здоровью человека*, а также *окружающей среде*; *сохраняют нравственно-эмоциональное благополучие ребенка*; не вводят в заблуждение потребителей относительно назначения игрушки.

Специфика деятельности субъектов, распространяющих товары, оказывающих воздействие на уязвимую и особо охраняемую категорию населения

регламентирована применением необходимых мер, исключающих отрицательное воздействие. Установленные требования не в полной мере предотвращают возможность отрицательного воздействия на потребителей товаров.

Как показывает практика, для казахстанских потребителей одним из важнейших является право на обмен или возврат товара надлежащего качества в течение 14 дней со дня его покупки. В ранее действовавшем Законе о защите прав потребителей закреплялось такое право потребителя, однако не были определены ни сроки для обмена или возврата товара, ни перечень товаров, на которые это правило не распространяется.

Права потребителя корреспондируются с соответствующими обязанностями продавца (изготовителя, исполнителя) (ст.24 Закона о защите прав потребителей).

Так, согласно ст.19 Закона о защите прав потребителей потребитель имеет право на предъявление претензии к инициатору (организатору) игр по качеству товара (работы, услуги), переданного (выполненной, оказанной) в виде выигрыша.

Инициатор (организатор) игр в течение двадцати календарных дней *должен удовлетворить требования потребителя путем обращения к продавцу (изготовителю, исполнителю)* по устранению недостатков товара (работы, услуги), если не докажет, что недостатки в товаре (работе, услуге) возникли после их передачи (выполнения, оказания) потребителю вследствие нарушения потребителем правил пользования товаром или его хранения либо действий третьих лиц или непреодолимой силы.

Другими словами, *предприятия изготовители несут ответственность за свою продукцию*, реализованную третьим лицом инициатором (организатором) игр и должны устранять неблагоприятное воздействие.

Согласно п.2 ст.16 Закона о защите прав потребителей право требовать возмещения убытков (вреда), причиненных вследствие недостатков товара (работы, услуги), признается за любым потребителем *независимо от вины продавца (изготовителя, исполнителя) и от того, состоял ли он с ним в договорных отношениях или нет.*

В данной ситуации предприятия также несут полную ответственность за оказанное неблагоприятное воздействие на права человека, которое непосредственно связано с их деятельностью их продукцией и вследствие их деловых отношений, даже если они непосредственно не способствовали оказанию такого воздействия.

Следовательно, можно согласиться с тем, что Закон о защите прав потребителей включает в себя довольно детальное и взвешенное правовое обеспечение основных прав потребителей и действенную защиту при их нарушении предприятиями.[574]

Для выполнения своей обязанности соблюдать права человека, как указано в Докладе, предприятиям с учетом своих размеров и условий деятельности следует определить свою политику и процедуры, включая: (a) *программное обязательство* выполнять свои обязанности по соблюдению прав человека; (b) *процедуру обеспечения* должной заботы о правах человека в целях выявления, предотвращения, смягчения последствий и представления отчетности о том, каким образом они устраняют оказываемое ими воздействие на права человека; (c) *процедуры, позволяющие возместить ущерб* в связи с любыми видами неблагоприятного воздействия на права человека, оказанного ими самими или при их содействии.

---

[574] Афанасьев, Защиту прав потребителей – на новый уровень. URL: http://www.rusnauka.com/25_WP_2010/Pravo/71100.doc.htm.

В РК наиболее распространенными организационно-правовыми формами коммерческих организаций являются *товарищество с ограниченной ответственностью* и *акционерное общество*.

Согласно ст.14 Закона о ТОО в учредительный договор по решению учредителей могут быть включены и другие условия, касающиеся создания товарищества и его деятельности, не противоречащие настоящему Закону и другим законодательным актам. В учредительном договоре ТОО могут быть предусмотрены предмет и цели его деятельности.

В уставе ТОО могут содержаться и другие положения, не противоречащие законодательству РК. В уставе товарищества могут быть также предусмотрены предмет и цели его деятельности (ст.17 Закона о ТОО).

Ст.7 Закона об АО предусматривается, что учредительный договор (решение единственного учредителя) кроме прочего должен содержать иные условия, подлежащие включению в учредительный договор (решение единственного учредителя) по решению учредителей и в соответствии с законодательными актами РК.

Устав АО также должен содержать иные положения в соответствии с законодательными актами РК. Все заинтересованные лица вправе ознакомиться с уставом общества. По требованию заинтересованного лица общество обязано предоставить ему возможность ознакомиться с уставом, включая последующие изменения и дополнения к нему. В течение трех рабочих дней АО обязано исполнить требование акционера о предоставлении ему копии устава. Общество вправе взимать за предоставление копии устава акционеру плату, которая не должна превышать расходы на изготовление копии, а также при необходимости ее доставки - расходы на ее доставку (ст.9 Закона об АО).

Таким образом, в рассматриваемых законах закреплены обязательные документы (учредительный договор, устав), в которых помимо основных положений по желанию учредителей могут содержаться *положения определяющие политику компании в области прав человека и различные процедуры их защиты*.

В отношении некоторых предприятий, деятельность которых может привести к серьезным негативным последствиям в сфере прав человека в НПА РК установлены определенные условия, которые должны быть отражены в программных документах предприятий. Например, недропользователи обязаны отразить в программных документах процедуры обеспечения защиты прав человека (права человека в сфере экологии, безопасности труда и т.д.). Однако в НПА РК отсутствуют положения обязывающие предприятия регламентировать в программных документах процедуры возмещения вреда в случае нарушения прав человека. Определение политики по соблюдению и защите прав человека для большинства предприятий является правом, а не обязанностью. В отличие от этого наличие положений о возмещении вреда и ответственности сторон в договорном праве презюмируется, является неотъемлемой частью любого контракта.

В связи с этим государству необходимо совершенствовать корпоративное законодательство и разрабатывать методы, которые стимулировали бы предприятия определять свою политику и процедуры защиты прав человека. Меры по соблюдению и защите прав человека, предпринимаемые государством в отношении предприятий должны быть эффективными, но при этом не должны каким-либо образом нарушать или ограничивать прав предпринимателей.

Одним из основных принципов, закрепленных в Докладе Ругги, является выявление, предотвращение, смягчение последствий отрицательного воздействия на права человека.

Согласно ст.143 ГК РК гражданин вправе требовать в судебном порядке опровержения сведений, порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию. Если сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина или юридического лица, распространены в СМИ, они должны быть бесплатно опровергнуты в тех же СМИ. В случае, если указанные сведения содержатся *в документе, исходящем от организации*, такой документ подлежит замене или отзыву с обязательным сообщением адресатам о несоответствии действительности содержащихся в этом документе сведений. Порядок опровержения в иных случаях устанавливается судом.

Гражданин или юридическое лицо, в отношении которого СМИ опубликованы сведения, ущемляющие его права или законные интересы, имеет право на бесплатную публикацию своего ответа в тех же СМИ.

Требование гражданина или юридического лица о публикации опровержения либо ответа в СМИ рассматривается судом в случае, если орган массовой информации отказал в такой публикации либо в течение месяца не произвел публикацию, а также в случае его ликвидации. Если решение суда не выполнено, суд вправе наложить на нарушителя штраф, взыскиваемый в доход бюджета. Штраф налагается в порядке и размерах, установленных гражданским процессуальным законодательством. Уплата штрафа не освобождает нарушителя от обязанности выполнить предусмотренное решением суда действие.

Гражданин, в отношении которого распространены сведения, порочащие его честь, достоинство или деловую репутацию, вправе наряду с опровержением таких сведений требовать возмещения убытков и морального вреда, причиненных их распространением.

Правила настоящей статьи о защите деловой репутации гражданина соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица, за исключением требования о возмещении морального вреда. К защите деловой репутации юридического лица применяются правила о возмещении убытков в порядке, установленном ГК РК.

Если установить лицо, распространившее сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию гражданина или юридического лица, невозможно, лицо, в отношении которого такие сведения распространены, вправе обратиться в суд с заявлением о признании распространенных сведений не соответствующими действительности.

Распространяемая информация, будь то необходимые сведения, вид отчетности о деятельности или иные целевые намерения, должна быть подвергнута проверке на достоверность и фильтрацию, принятые меры должны исключать возможность интегрирования вовне информации, порочащей честь, достоинство или деловую репутацию граждан и организаций. В случае возникновения прецедента, законодатель предусматривает меры восстановления нарушенных прав (самозащита) субъектов и санкционирования источника распространения таких сведений.

С целью защиты прав потребителей, Законом о естественных монополиях введены ограничения деятельности субъектов естественных монополий.

Согласно п.1 ст.5 Закона субъекту естественной монополии запрещается: взимать за регулируемые услуги (товары, работы) плату, превышающую размер, установленный уполномоченным органом; взимать дополнительную плату, не предусмотренную Законом **о естественных монополиях**, или иным образом навязывать дополнительные обязательства, которые по своему содержанию не касаются предмета оказываемых регулируемых услуг (передача финансовых средств и иного имущества, имущественных прав и других); навязывать условия

доступа к регулируемым услугам (товарам, работам) субъектов естественных монополий или совершать иные действия, ведущие к дискриминации потребителей; отказывать в предоставлении регулируемых услуг (товаров, работ) добросовестным потребителям в связи с неоплатой недобросовестными потребителями использованного объема регулируемых услуг (товаров, работ); включать в тарифы (цены, ставки сборов) или их предельные уровни на регулируемые услуги (товары, работы) затраты, не связанные с их предоставлением; требовать оплаты предоставленных регулируемых услуг (товаров, работ), не соответствующих требованиям к качеству регулируемых услуг (товаров, работ), установленным государственными органами в пределах их компетенции; признавать коммерческой тайной информацию (содержащуюся в тарифной смете; о затратах на приобретение и установку приборов учета регулируемых коммунальных услуг и механизме взимания платы, приобретении и установке приборов учета регулируемых коммунальных услуг; о предоставляемых регулируемых коммунальных услугах (товарах, работах)).

Указанные ограничения позволяют защитить права потребителей от злоупотребления монополистическим положением.

Ст.7 **Закона о естественных монополиях установлены обязанности субъекта естественной монополии**. Он обязан: (1) предоставлять регулируемые услуги (товары, работы) по тарифам (ценам, ставкам сборов), утвержденным уполномоченным органом; (2) предоставлять равные условия потребителям регулируемых услуг (товаров, работ), кроме случаев предоставления регулируемых услуг (товаров, работ) с учетом льгот и преимуществ, установленных законодательством РК, в том числе равные условия доступа к регулируемым услугам (товарам, работам); (3) по требованию уполномоченного органа предоставлять финансовую отчетность и иную необходимую информацию на бумажном и (или) электронном носителях в сроки, установленные уполномоченным органом, которые не могут быть менее пяти рабочих дней со дня получения субъектом естественной монополии соответствующего требования; (4) проводить обязательный ежегодный аудит аудиторскими организациями, за исключением субъектов естественных монополий, указанных в п.3 ст.15 Закона **о естественных монополиях**, которые проводят обязательный аудит один раз в три года;[575] (5) ежегодно отчитываться о деятельности по предоставлению регулируемых услуг (товаров, работ) перед потребителями и иными заинтересованными лицами; (6) ежегодно представлять отчет об исполнении тарифной сметы не позднее 1 мая года, следующего за отчетным периодом; (7) не допускать нарушения прав потребителей при заключении договоров на предоставление регулируемых услуг (товаров, работ); (8) уведомлять уполномоченный орган и потребителей о снижении тарифов (цен, ставок сборов) не позднее чем за десять дней до введения их в действие; (9) снижать в порядке, установленном уполномоченным органом, тарифы (цены, ставки сборов) или их предельные уровни на предоставляемые регулируемые услуги (товары, работы) для всех потребителей в случае соответствующего изменения налогового законодательства, в результате которого стоимость затрат субъекта естественной монополии уменьшается, со дня введения в действие указанных изменений.

---

[575] Аудиторский отчет и годовая финансовая отчетность должны быть опубликованы в периодических печатных изданиях, распространяемых на соответствующей территории административно-территориальной единицы, на которой субъект естественной монополии осуществляет свою деятельность, не позднее тридцати календарных дней с момента утверждения аудиторского отчета.

С целью защиты прав человека на доступ к информации и др. права в ст. **7-3 Закона о естественных монополиях закреплены следующие обязанности с**убъектов регулируемого рынка: (1) предоставлять в уполномоченный орган *информацию об отпускных ценах с приложением обосновывающих материалов, подтверждающих уровень цены*; ежеквартальную *финансовую отчетность*; ежемесячную *информацию об объемах производства* (реализации), *уровне доходности и отпускных ценах производимых* (реализуемых) *товаров* (работ, услуг); *информацию, необходимую для проведения экспертизы цены*; ежеквартальную *информацию об исполнении либо неисполнении инвестиционной программы* (проекта), с последующим ее размещением в СМИ; 2) уведомлять уполномоченный орган о предстоящем *повышении цен* на товары (работы, услуги) выше предельной цены и причинах их повышения; 3) соблюдать *порядок ценообразования* на регулируемых рынках; 4) исполнять *инвестиционные программы* (проекты), учтенные в предельных ценах в соответствии с порядком ценообразования на регулируемых рынках; 5) *возвратить доход, полученный и не использованный на реализацию инвестиционных программ* (проектов); 6) *возвратить доход, полученный в результате необоснованного превышения предельной цены*.

Несмотря на то, что положения Закона о естественных монополиях в целом соответствуют требованиям принципов Ругги. С целью защиты прав граждан и организаций на субъектов естественных монополий возложены дополнительные обязанности и ограничения, но, как показывает практика, нарушений в этой сфере остается еще много. Основными причинами таких нарушений является слабый доступ общественных институтов к проверкам субъектов естественных монополий, а также влияния на решения, выносимые контролирующими органами в отношении данных субъектов. Общественные организации, заинтересованные лица не имеют законодательно установленных действенных мер воздействия на субъектов естественных монополий. Также следует отметить, несоответствующий реалиям уровень охранительных норм. Необходимо ужесточить санкции за нарушение антимонопольного законодательства.

Таким образом, **гражданское законодательство РК в целом обязывает организации соблюдать права человека**. Проблемы, возникающие в гражданско-правовой сфере, в основном затрагивают вопросы правоприменения, привлечение лиц причинивших вред к ответственности.

2.3. Положения трудового законодательства РК, обязывающие организации соблюдать права человека

Каждый имеет право на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой-либо дискриминации, а также на социальную защиту от безработицы (п.2 ст.24 Конституции РК).

Согласно ст.22 ТК РК **за работником закреплены** следующие фундаментальные социально-экономические **права человека**: право на безопасность и охрану труда; право на своевременную и в полном объеме выплату заработной платы в соответствии с условиями трудового, коллективного договоров; право на отдых, в том числе оплачиваемый ежегодный трудовой отпуск; право на объединение, включая право на создание профессионального союза или других объединений, а также членство в них, для предоставления и защиты своих трудовых прав; право на обязательное социальное страхование в случаях, предусмотренных

законами; на гарантии и компенсационные выплаты; право на равную оплату за равный труд без какой-либо дискриминации.

В ст.5 ТК РК закреплено, что никто не может быть ограничен в правах в сфере труда, кроме случаев и в порядке, которые предусмотрены ТК РК и иными законами РК.

Недопустимость ограничения прав и свобод в сфере труда является одним из основных принципов трудового законодательства РК. Этот принцип основывается на Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1988 года и соответствует ст.12 Конституции РК.[576]

Согласно ст.6 ТК РК каждый имеет право свободно выбирать труд или свободно соглашаться на труд без какой бы то ни было дискриминации и принуждения к нему, право распоряжаться своими способностями к труду, выбирать профессию и род деятельности.

Данное положение имеет всеобщий характер и закрепляет право каждого выбирать труд или свободно соглашаться на труд без какой-либо дискриминации и принуждения. Человек имеет право распоряжаться своими способностями к труду, выбирать себе профессию и род деятельности (п.1 ст. 24 Конституции РК).

Социальная направленность принципа свободы труда означает **освобождение человека от трудовой эксплуатации**. Содержание этого принципа заключается в следующем: а) свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессии; б) реализовывать свои способности к труду самостоятельно либо на основе договора; в) свободно избирать место работы, включая работу за границей; г) руководствоваться при реализации своих способностей к труду исключительно собственными интересами.

Принцип права свободы труда находит свое выражение в трудовом праве как **принцип свободы трудового договора**. Стороны в процессе сотрудничества свободны в поисках эффективных средств повышения производительности труда, улучшения качества продукции, экономного использования сырья, энергии и т.п.

Этот принцип в свою очередь тесно связан с **запрещением дискриминации в сфере труда**, что означает: (а) каждый имеет равные возможности в реализации своих прав и свобод в сфере труда; (б) никто не может подвергаться какой-либо дискриминации при реализации трудовых прав в зависимости от пола, возраста, физических недостатков, расы, национальности, языка, имущественного, социального и должностного положения, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности к роду или сословию, к общественным объединениям (ст.7 ТК РК).

Так, ст.25 ТК РК предусмотрен **запрет на нарушение равенства прав и возможностей при заключении трудового договора**. Беременность, наличие детей в возрасте до трех лет, несовершеннолетие, инвалидность не могут ограничивать право заключения трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных ТК РК.

Принцип недопустимости дискриминации соответствует конвенции МОТ №111 о дискриминации в области труда и занятий и п.2 ст.14 Конституции РК.

Данные положения, несмотря на статус основополагающих принципов, на практике не соблюдаются. *Предприятия предпочитают нанимать людей с опытом работы, зачастую игнорируют молодых специалистов либо предлагают им дискриминирующие условия труда (заниженная заработная плата, наложение дополнительных обязанностей, не соответствующих должности, и т.д.). На*

[576] Трудовой кодекс Республики Казахстан. Постатейный практический комментарий / Под ред. Б.М. Сапарбаева, (Алматы, 2007), с.52.

многих предприятиях не соблюдается график рабочего дня, фактически люди проводят на работе более восьми часов. Такие нарушения нередки на государственной службе. На практике имеются случаи приема на работу в зависимости от национальности, пола и т.д.[577]

Следовательно, необходимо предпринимать более действенные меры по стимулированию предприятий, в том числе, и на государственных предприятиях и в учреждениях, к соблюдению принципов, усиливать меры ответственности за их нарушение.

Например, как отмечал Н.А.Назарбаев в статье «Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда» **необходимо модернизировать закон о государственной молодежной политике**. Нужны правовые нормы о гарантиях трудоустройства и социальном пакете для молодых специалистов, порядке организации молодежной практики.[578] Принцип запрещения дискриминации в сфере труда следует дополнить **принципом повышенной**

---

[577] Как сообщает пресс-служба прокуратуры Астаны в ряде компаний, работающих в столице, выявлены факты дискриминации казахстанских кадров по уровню заработной платы в сравнении с иностранными специалистами. При сопоставлении трудовых договоров иностранных работников и работников являющимися гражданами РК установлено, что руководством ТОО «HEILEYBURU ASTANA», при одинаковых должностях и объемах работ иностранным работникам выплачивалась заработная плата намного выше, чем гражданам РК. Аналогичные нарушения выявлены в деятельности ТОО «ИФЛ Казахстан Инжиниринг и Управление Проектами», ТОО «Компания по управлению гостиничным бизнесом «Солакс» и ТОО «ФА-БО». URL: http://newskaz.ru/society/20120817/3742087.html. В своем обращении к Премьер-министру РК Уполномоченный по правам человека Б. Байкадамов отмечает, что заявители указывают на незаконные увольнения, практикуемые на иностранных предприятиях. Наиболее негативно такая политика сказывается на положении женщин: гражданка О. (Вх. № 1119/03 от 04.07.2005), работавшая в ОАО «Петро Казахстан Кумколь Ресорсиз», после рождения ребенка была уволена, с сотрудницами ЗАО «Эйр Астана» (Вх. № 129/03 от 25.01.05) не были продлены индивидуальные трудовые договоры, несмотря на беременность. Особое внимание обращают на себя условия труда на иностранных предприятиях горнодобывающей отрасли. В своей жалобе гражданин Н. (Вх. № 377/03 от 11.05.2004) пишет, что на шахтах АО «Казахмыс» работают по 10-12 часов в сутки, без соблюдения техники безопасности, для шахтеров устанавливаются завышенные планы. О нарушениях трудового законодательства в корпорации «Казахмыс» сообщают и СМИ. По сведениям газеты «Караван» от 10 марта 2006 г., вследствие несоблюдения техники безопасности и использования изношенной техники на предприятиях корпорации «Казахмыс» гибнут десятки рабочих. Заработная плата шахтеров не соответствует установленным отраслевым стандартам и получаемой предприятием прибыли. Среди других нарушений норм трудового законодательства – несвоевременная выплата заработной платы работникам. В своем обращении работник С. турецкой строительной компании (Вх. № 583/03 от 13.04.2005) жалуется на то, что предприятие на протяжении трех месяцев не выплачивает заработную плату. Многочисленные нарушения трудового законодательства иностранными компаниями были выявлены и в ходе проверки, проведенной органами прокуратуры и МТСЗН РК в 2005 году». URL: http://ombudsman.kz/publish/docs/doklad_zhyl/detail_2.php?ID=1445. По статистике рекрутинговых агентств, многие работодатели предпочитают не связываться с пожилыми людьми. Людям сложно устроиться на работу после 40 лет. URL: http://www.caravan.kz/article/42614. Помимо всего этого, некоторые работодатели допускают дискриминацию по половому признаку, предпочитая брать на работу мужчин, хотя в этой области в последнее время наблюдается значительное улучшении. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/ilo_principles.shtml.

[578] Н.А. Назарбаев, Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

государственной защиты трудовых прав женщин, молодежи и инвалидов, поскольку они составляют наиболее уязвимую категорию наемных работников, в вовлечении которых на производство менее всего заинтересованы предприниматели.

Принципы недопустимости дискриминации и права свободы труда связаны с основополагающей идеей запрещающей принудительный труд.

Принудительный труд означает любую работу или службу, требуемую от какого-либо лица *под угрозой какого-либо наказания, для выполнения которой это лицо не предложило добровольно своих услуг*, за исключением работ: требуемых от какого-либо лица вследствие приговора суда, вступившего в законную силу, при условии, что работа будет производиться под надзором и контролем государственных органов и что лицо, выполняющее ее, не будет уступлено или передано в распоряжение физических и (или) юридических лиц; требуемых в условиях чрезвычайного или военного положения (ст.8 ТК РК).

Трудовая деятельность граждан, выбор профессии, вида и характера занятости основывается только на добровольности. При этом не допускаются никакие формы административного и иного принуждения к труду, кроме случаев, предусмотренных законодательными актами. Этот принцип соответствует Международному пакту о гражданских и политических правах (1976 г.), Конвенциям МОТ.

Декларацией МОТ 1998 г. «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда» предусматривается введение механизмов реализации этой Декларации, и упразднение всех форм принудительного или обязательного труда. Как уже отмечалось, в Казахстане в случаях, предусмотренных законодательными актами, допускается принудительный труд. В соответствие с Конституцией РК принудительный труд допускается только по приговору суда, т.е. в качестве наказания, либо в условиях ЧП.

В своей статье «*Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда*» Глава государства обратил внимание на еще один ключевой вопрос в области защиты трудовых прав. Им было отмечено, что **ряд законов морально устарели либо декларативны и по этим причинам эффективно не регулируют отдельные сферы общественных отношений**. Закон «*О профессиональных союзах*» принят еще в 1993 году. В нем нет даже понятия о социальном партнерстве, механизме заключения и исполнения коллективных договоров и т.д. Поэтому не удивительно, что **профсоюзные институты в Казахстане не всегда способны играть роль эффективного инструмента предотвращения и разрешения трудовых споров**. Чтобы рабочие чувствовали себя достойно, профсоюзное движение должно быть на высоте. Одним из основных партнеров государства в вопросах совершенствования трудовых отношений выступают профсоюзы. Вместе с тем **нынешний формат деятельности крупнейшего профцентра** – Федерации профсоюзов Казахстана (ФПК) **не соответствует требованиям времени**, так как он строится по отраслевому принципу «советского образца».[579]

Сложившаяся ситуация активно обсуждается общественностью. Так, член Комиссии по правам человека при Президенте РК, профессор Е. Нургалиева говорит о необходимо возрождения роли трудовых коллективов и профсоюзов, а также о **необходимости полноценного закона о профессиональных союзах**, в котором бы четко были прописаны все внутриуставные отношения и процедуры участия

[579] Там же.

работников в собраниях и забастовках. Сейчас наблюдается, по мнению профессора, **непрозрачность законодательства о профсоюзах**.[580]

Согласно п.2 ст.266 ТК РК работодатель в соответствии с условиями коллективного договора создает условия для деятельности профессионального союза, действующего в организации. Однако следует признать, что данная норма на практике часто нарушается. **Работодатели препятствуют созданию у себя на предприятии профсоюза**,[581] либо игнорируют его требования.

Не менее остро стоит проблема соблюдения на предприятиях безопасности и охраны труда. Вопросы безопасности и охраны труда регулируются ТК РК и множеством подзаконных актов.[582]

Согласно п.2 ст.308 ТК РК требования по безопасности и охране труда обязательны для исполнения работодателями и работниками при осуществлении ими деятельности на территории РК.

Право работника на безопасность и охрану труда заключается в том, что он имеет право на: рабочее место, оборудованное в соответствии с требованиями безопасности и охраны труда; обеспечение санитарно-бытовыми помещениями, средствами индивидуальной и коллективной защиты, специальной одеждой в соответствии с требованиями по безопасности и охране труда, а также трудовым, коллективным договорами; обращение в уполномоченный государственный орган по труду и его территориальные подразделения о проведении обследования условий и охраны труда на его рабочем месте; участие лично или через своего представителя в проверке и рассмотрении вопросов, связанных с улучшением условий, безопасности и охраны труда; отказ от выполнения работы при возникновении ситуации, создающей угрозу его здоровью или жизни, с письменным извещением об этом непосредственного руководителя или работодателя; сохранение средней заработной платы на время приостановки работы организации из-за несоответствия требованиям по безопасности и охране труда (ст.314 ТК РК).

Праву работника корреспондированы соответствующие обязанности работодателя в области безопасности и охраны труда.

Согласно ст.317 ТК РК работодатель обязан создать работникам необходимые санитарно-гигиенические условия, обеспечить выдачу и ремонт специальной одежды и обуви работников, снабжение их средствами профилактической обработки, моющими и дезинфицирующими средствами, медицинской аптечкой, молоком, лечебно-профилактическим питанием, средствами индивидуальной и коллективной защиты в соответствии с нормами, установленными Правительством РК; обеспечить безопасные условия труда; проводить за счет собственных средств обязательные, периодические (в течение трудовой деятельности) медицинские осмотры и предсменное медицинское освидетельствование работников в случаях, предусмотренных законодательством, а также при переводе на другую работу с

---

[580] К. Аянов, О Жанаозене ни слова не сказали в Комиссии // Республика, 2012 г., 24 сентября.

[581] Например, руководство цементного завода в поселке Сас-Тобе Южно-Казахстанской области не только нарушало трудовые права работников, но еще и отказалось признавать созданный ими для защиты своих прав профсоюз. Инициаторам создания и руководителям профсоюза грозили увольнением. – М. Аимбетова, Блеск и нищета олигарха // Время, 2012 г., 4 октября.

[582] Постановление Правительства РК от 5 декабря 2011 года №1457; Постановление Правительства РК от 28 октября 2011 года №1225; Постановление Правительства РК от 21 августа 2007 года №721; Постановление Правительства РК от 21 августа 2007 года №720 и др.

изменениями условий труда либо при появлении признаков профессионального заболевания.

В трудовом договоре должна быть указана достоверная характеристика условий труда, включая вредные и (или) опасные производственные факторы, указаны гарантии, льготы и компенсационные выплаты за работу в таких условиях, предусмотренные законодательством РК и коллективным договором (п.1 ст.310 ТК РК). Иначе говоря, работник имеет право получать, а работодатель обязан предоставлять достоверную информацию о характеристике рабочего места, территории организации, состоянии условий, безопасности и охраны труда, о возможной существующей угрозе для жизни и здоровья, а также мерах по защите от воздействия вредных и (или) опасных производственных факторах.

Наряду с этими нормами ТК РК предусмотрены такие нормы, которые предоставляют гарантии прав работников на безопасность и охрану труда в процессе трудовой деятельности (ст.311 ТК РК), а также обязывающие предприятия финансировать мероприятия по безопасности и охране труда (ст.318 ТК РК).

П.1 ст.311 ТК РК закреплено, что условия безопасности труда на рабочем месте должны соответствовать требованиям национальных стандартов, правил по безопасности и охране труда.

Работодатель должен исполнять свои обязанности и обеспечивать работнику безопасные условия труда, работникам же в свою очередь при несоблюдении этих требований необходимо защищать и отстаивать свои права, в соответствии с существующими механизмами защиты на различных уровнях.

Финансирование мероприятий по безопасности и охране труда осуществляется за счет средств работодателя и других источников, не запрещенных законодательством РК. Работники не несут расходов на эти цели.

Для выполнения требований, установленных этой статьей, предприятия-работодатели должны выделять средства на эти цели. Такие средства должны быть определены в коллективном договоре или в документах финансового планирования деятельности работодателя (бизнес-план и др.). Работодатель должен обеспечивать финансирование программ и планов улучшения условий и охраны труда, работающего у него персонала, в объемах, необходимых для того чтобы эти условия были безопасными.

Таким образом, НПА РК **установлен перечень обязанностей работодателей в области безопасности и охраны труда**. Данные нормы соответствуют международным обязательствам Казахстана по защите прав человека. Наряду с этим следует также отметить и обязанность работников соблюдать правила безопасности и охраны труда.

Как показывает практика, **работодатели и работники регулярно нарушают установленные стандарты безопасности и охраны труда**.[583] Наиболее распространенными нарушениями законодательства об охране труда являются необученность работающих правилам техники безопасности, эксплуатация

[583] Например, Прокуратура г. Астана из-за выявленных нарушений требований трудового законодательства Казахстана в области обеспечения безопасности и охраны труда приостановила строительство «Классического театра оперы и балета» в Астане и привлекла подрядчика к административной ответственности. В частности, установлены факты выполнения работ работниками на высоте без применения средств индивидуальной защиты (предохранительных поясов), отсутствия перильных ограждений по периметрам площадок перекрытия, а также ограждений проемов на площадках перекрытия, выявлен факт допуска к строповке грузов лиц, не имеющих специального обучения и аттестации. URL: http://newskaz.ru/incidents/20120613/3315796-print.html.

неисправных машин и оборудования, не обеспечение безопасных условий труда и средствами индивидуальной защиты.[584]

По этому поводу Глава государства заметил, что, сегодня надо усилить контроль и обеспечение безопасности труда на производстве, а также усилить **меры правовой ответственности за провоцирование социально-трудовой конфликтности**. Нередко стороной конфликта становится трудовой коллектив, спровоцированный намеренным ухудшением условий труда, срывом производственного процесса, задержками выплаты заработной платы и т.д. Более того, Н.А. Назарбаев отметил, что ни в Трудовом, ни в Административном, ни в Уголовном кодексах **нет статей об ответственности за провоцирование трудовых конфликтов со стороны работодателей**, **должностных и иных лиц**.[585]

Согласно, ст.298 ТК РК работники имеют право принять решение о проведении забастовки, если посредством примирительных процедур не удалось добиться разрешения коллективного трудового спора, а также в случаях уклонения работодателя от примирительных процедур, либо невыполнения соглашения, достигнутого в ходе разрешения коллективного трудового спора. Участие в забастовке является добровольным. Никто не может быть принужден к участию или отказу от участия в забастовке.

При этом ст.302 ТК РК предусмотрено, что *организация или участие в забастовках не может рассматриваться как нарушение работником трудовой дисциплины и повлечь применение мер дисциплинарного воздействия*. *На время забастовки за работником сохраняются место работы (должность), право на выплату пособий по социальному страхованию, трудовой стаж, а также гарантируются другие права, вытекающие из трудовых отношений*.

Комитет МОТ отмечает, что право на забастовку является правом, на которое работники и их организации вправе рассчитывать, что любые ограничения этого права не должны быть чрезмерными и законная реализация этого права не должна влечь за собой предвзятые санкции. В Казахстане ограничения забастовок являются чрезмерными, а само участие в забастовках чаще всего влечет за собой различные санкции. Также существующее закрепленное в законодательстве широкое и нечеткое определение отраслей, где запрещены забастовки, составляет явное нарушение права работников на забастовку.[586]

По мнению международной наблюдательной организации «*Human Rights Watch*», **обращение Казахстана с забастовщиками являет собой нарушение не только принятых на себя международных обязательств, но и собственного**

---

[584] Как показывают проверки наиболее распространенными нарушениями трудового законодательства в сопоставлении с соответствующим периодом за 6 месяцев 2012 года являются: 1) использование труда работников без ИТД – 10 случаев; 2) не соответствие содержания ИТД – 157 случаев; 3) неправильное расторжение трудового договора – 10 случаев; 4) превышение норм рабочего времени – 18 случаев; 5) сроков предоставления отпусков – 43 случаев; 6) задержка выплаты заработной платы – 61 случаев; 7) неправильное принятие мер взыскания – 7 случаев; несоблюдение условий коллективных договоров – 6 случаев; прочие – 389 случаев. – Пояснительная записка к отчету государственной инспекции труда Кызылординской области за 6 мес. 2012 г. // URL: http://www.enbek.gov.kz/node/257472.

[585] Н.А. Назарбаев, Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

[586] Доклад Human Rights Watch: Нефть и забастовки. Нарушения трудовых прав в нефтяном секторе Казахстана.

законодательства республики.[587] То, что государство не только не исполняет свои обязанности по контролю деятельности предприятий, действующих на ее территории, за соблюдением ими прав человека, но и само нарушает эти права, никак не может положительно отражаться на развитии предпринимательской деятельности страны и опускает рейтинг страны в глазах мировой общественности.

В РК нередки случаи нарушения работодателем своих основных обязанностей. К основным обязанностям относятся согласно ст.23 ТК РК обязанность своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату и иные выплаты, предусмотренные НПА РК, трудовым, коллективным договорами, актами работодателя; осуществлять обязательное социальное страхование работников; предоставлять работнику ежегодный оплачиваемый трудовой отпуск и др.

Некоторые работодатели продолжают не исполнять свои обязательства по выплате заработной платы, вынуждая работников обращаться с жалобами в государственные органы, вплоть до обращения к президенту страны.[588] Даже крупные предприятия, существующие длительный период времени, пренебрегают обязанностью своевременно выплачивать заработную плату своим работникам и при этом они не несут никакой ответственности.[589] Многие предприятия предпочитают не отпускать своих работников в трудовые отпуска и при этом не выплачивают установленных законом компенсаций, объясняя это высокой загруженностью и финансовым кризисом.

Более последовательно работодатели осуществляют свою обязанность по созданию работникам, проходящим профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации, условия для совмещения работы с обучением, предусмотренные ТК РК, соглашениями, коллективным, трудовым договорами (п.3 ст.140 ТК РК).

Проведенный в период с 15 по 18 октября 2012 года компанией «*Head Hunter*» опрос, показал, что большинство казахстанских компаний, а именно 54% обучают своих сотрудников.[590]

Кроме указанных выше предложений Главой государства также было выдвинуто предложение о принятии **закона о социальных стандартах и гарантиях социальных прав**, который бы содержал минимальные ключевые индикаторы.[591]

В п.1 ст.159 ТК РК закреплено, что работодатель обязан за счет своих средств выплачивать работникам социальное пособие по временной нетрудоспособности. Т.е. при временной нетрудоспособности работника, его выходе в отпуск по беременности и родам или в отпуск при усыновлении (удочерении) новорожденных детей работодатели обязаны за счет собственных средств выплачивать таким работникам социальные пособия.

С целью защиты прав работника ст. 323 ТК РК на работодателя налагаются определенные обязанности при несчастном случае на производстве.

Работодатель обязан организовать оказание первой медицинской помощи пострадавшему и при необходимости его доставку в организацию здравоохранения;

---

[587] URL: http://www.vb.kg/world/2012/09/11/199098_doklad_human_rayts_votch_osparivaet_oficialnyu_versiu_janaozenskih_sobytiy.html.

[588] 150 работникам элитной гостиницы на Капчагае полгода не платят зарплату, // URL: http://aktausite.ru/index.php?nma=blog&fla=news&cat=1&ids=14&idd=23406.

[589] В Атырау рыбопереработчики «Атыраубалык» требуют зарплату, // URL: http://www.zakon.kz/kazakhstan/4517777-v-atyrau-ryboperererabotchiki-atyraubalyk.html.

[590] Большинство казахстанских компаний обучают своих сотрудников, // URL: http://www.zakon.kz/kazakhstan/4520114-bolshinstvo-kazakhstanskikh-kompanijj.html.

[591] Н.А. Назарбаев, Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда, // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

принять неотложные меры по предотвращению развития аварийной ситуации и воздействия факторов, по причине которых произошел несчастный случай, на других лиц; сохранить до начала расследования обстановку на месте несчастного случая (состояние оборудования и механизмов, орудия труда) в таком же виде, как в момент происшествия, при условии, что это не угрожает жизни и здоровью других лиц, а нарушение непрерывности производственного процесса не приведет к аварии, а также произвести фотографирование места несчастного случая; немедленно проинформировать о несчастном случае на производстве близких родственников пострадавшего и направить сообщение в государственные органы и организации; обеспечить расследование несчастных случаев на производстве и их учет; допускать членов комиссии по специальному расследованию к месту происшествия для расследования несчастного случая на производстве; осуществлять регистрацию, учет и анализ несчастных случаев и профессиональных заболеваний на производстве.

Иными словами, при возникновении ситуаций, которые могут оказывать воздействие на права человека, предприятия-работодатели обязаны выполнять все необходимые действия для смягчения уже оказанного воздействия и его правильного устранения.

Среди НПА РК являющихся, условно говоря, гарантами защиты социальных прав работника выделяется Закон об **обязательном страховании работника от несчастных случаев.**

Согласно пп.1 п.2 ст.8 Закон об **обязательном страховании работника от несчастных случаев с**трахователь обязан заключить договор обязательного страхования работника от несчастных случаев со страховщиком.

Страхователь обязан заключить договор аннуитета в пользу работника или лица, имеющего право на возмещение вреда в связи со смертью работника в случаях, предусмотренных законом, в пределах страховой суммы, установленной договором обязательного страхования работника от несчастного случая (пп.2 п.2 ст.8 Закон об **обязательном страховании работника от несчастных**).

Таким образом, на работодателей возложена обязанность заключать договор со страховыми организациями, при котором у самих работников, в пользу которых заключаются такие договоры и которые являются по ним выгодоприобретателями, появляются только права на получение страховых сумм. Данная обязанность работодателя является гарантией прав работника на возмещение вреда, при возможных несчастных случаях.

Аналогичную функцию выполняют положения Закона о социальном страховании, которые содержат обязательства работодателей по соблюдению прав человека на социальное обеспечение. Организации обязаны своевременно и в полном объеме перечислять социальные отчисления, а государство гарантирует гражданам право на получение социальных выплат при наступлении случаев риска по видам обязательного социального страхования.

Таким образом, следует отметить, что **нарушение прав человека в трудовой сфере носит повсеместный и регулярный характер**. Причиной такого положения дел является не только неправильное правоприменение, но и множество пробелов в трудовом законодательстве, особенно в части реализации мер ответственности.

Как заметил в своей статье «*Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда*» Н.А. Назарбаев, сегодня в Казахстане **недостаточно развиты механизмы регулирования, предупреждения и профилактики трудовых споров и конфликтов**. Следует идти к минимизации рисков в этой сфере. В качестве основных причин трудовых конфликтов, главой государства были названы, **отчужденность работников от вопросов управления**

предприятиями, а также **слабость механизмов внесудебного урегулирования споров и конфликтов**. Президент РК предложил использовать опыт ряда развитых стран, на предприятиях которых действуют производственные советы, и **усилить работу по созданию и использованию структур и процедур медиации,** в том числе в сфере трудовых отношений.[592]

В заключение следует отметить, что исходя из положений ст.9 ТК РК *все организации, в том числе иностранные организации, расположенные и осуществляющие свою деятельность на территории РК, должны выполнять обязанности по соблюдению прав человека*, в соответствии с казахстанским законодательством. Работники иностранных организаций, расположенных на территории РК имеют равные права с казахстанскими работниками. Действие ТК РК распространяется на всю территорию республики. Как показывает анализ норм ТК РК, *предприятия должны соблюдать права человека при любых условиях*.

2.4. Положения экологического законодательства РК, обязывающие коммерческие организации соблюдать права человека

В соответствие со ст.31 Конституции РК государство ставит целью охрану окружающей среды**,** благоприятной для жизни и здоровья человека.

Согласно пп.1) п.1 ст.13 ЭК РК физические лица имеют **право на благоприятную для их жизни и здоровья окружающую среду**. В свою очередь предприятия обязаны обеспечить им это право, должны осуществлять меры по охране окружающей среды.[593]

Величины нормативов эмиссий являются основой для выдачи экологических разрешений и принятия решений о необходимости проведения технических мероприятий в целях снижения негативного воздействия хозяйственной и иной деятельности на окружающую среду и здоровье населения (п.3 ст.25 ЭК РК). Иначе говоря, для получения разрешений предприятиям необходимо, во-первых, следить за установленными экологическими нормативами, во-вторых, соблюдать их.

Природопользователи, осуществляющие эмиссии в окружающую среду, обязаны получить разрешение на эмиссии в окружающую среду, за исключением выбросов загрязняющих веществ от передвижных источников (п.1 ст.69 ЭК РК). Также они обязаны выполнять условия, указанные в разрешении на эмиссии в окружающую среду, и несут ответственность за их несоблюдение в соответствии с законами РК (п.3 ст.69 ЭК РК).[594]

---

[592] Н.А. Назарбаев, Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда, // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

[593] В РК происходят массовые нарушения прав на благоприятную для жизни и здоровья окружающую природную среду. Население вынуждено проживать в санитарно-защитных зонах предприятий-загрязнителей. В некоторых городах страны (Ридер, Усть-Каменогорск, Алматы и др.) загрязнение атмосферного воздуха многократно превышает допустимые концентрации. Государственные органы практически не предпринимают никаких мер для исправления ситуации. Происходит нарушение принципов экологического законодательства. Например, нарушается презумпция экологической опасности планируемой хозяйственной и иной деятельности (п.15 ст.5 ЭК РК). – **С.Ф. Каторча, С.Г. Куратов, Н.И. Медведева, А.А. Шитов,** Нарушение прав человека на благоприятную окружающую среду в Республике Казахстан, // URL: http://www.greensalvation.org/index.php?page=prava-tezisy2009.

[594] Данное требование зачастую не исполняется. Предприятия уклоняются от надлежащего контроля со стороны государственных органов, получают разрешения на реализацию проектов с грубейшими нарушениями действующих экологических нормативов. – Тен Т. Пыль в глаза. Ртутно-валютная, // Караван, 2009 г., 21 августа.

Экологические требования различаются в зависимости от характера деятельности предприятий (раздел 8 ЭК РК).

Не все положения казахстанского экологического законодательства соответствуют международным принципам. Нормы и их реализация не гарантируют гражданам сохранения и устойчивого использования природы и ее ресурсов.

Применение справедливого распределения выгод существенно улучшило бы благосостояние народа и повысило бы статус государства. Постоянные нарушения положений международных природоохранных конвенций и национального законодательства становится привычной практикой. В результате действий органов государства и частных предпринимателей граждане все чаще подвергаются различным формам экологической дискриминации.

Участие общественности по проблемам экологии ограничивается формальными слушаниями либо общество полностью устраняется от участия в процессе принятия решений. Во многом это объясняется тем, что участие в процессе принятия решений по экологическим вопросам предусмотрено только в случае, если планируемая деятельность предпринимателей может напрямую существенно повлиять на окружающую среду и здоровье граждан. Такое положение дел противоречит международным принципам.

В Казахстане *повсеместно нарушаются экологические права граждан на здоровье, на безопасные продукты питания, чистые воздух и воду и т.д*. В стране проводится экономическая политика, направленная на *ненормированную эксплуатацию природных ресурсов*, что во многом и является одной из причин всех нарушений. Вместо того, чтобы соблюдать права человека, принимать меры по ликвидации негативного воздействия на окружающую среду *транснациональные корпорации продолжают оказывать отрицательное влияние на экологическую ситуацию в стране*.

Ключевой причиной такого положения дел является развитие преимущественно добывающего сектора экономики, который является основным источником пополнения государственного бюджета.

Одним из ключевых прав человека, которое должно соблюдаться предприятиями является доступ любого заинтересованного лица к экологической информации.

П.2 ст.31 Конституции РК установлено, что сокрытие должностными лицами фактов и обстоятельств, угрожающих жизни и здоровью людей, влечет меры юридической ответственности.

Согласно ст.163 ЭК РК экологическая информация является общедоступной, за исключением случаев, предусмотренных законами РК. Доступ к отдельным сведениям и данным, составляющим общедоступную экологическую информацию, осуществляется путем их предоставления по запросам физических и юридических лиц, распространения в СМИ, в специальных изданиях, размещения в Интернете, а также с применением иных общедоступных информационно-коммуникационных средств.

Доступ к государственным информационным ресурсам (информационным базам данных) экологической информации осуществляется посредством формирования и поддержания общедоступных регистров и кадастров экологической информации (п.3 ст.163 ЭК РК). Предоставление доступа к документам и информационным ресурсам, содержащим сведения и данные с ограниченным доступом, осуществляется в порядке, установленном законодательством РК (п.4 ст.163 ЭК РК).

Таким образом, ЭК РК установлены требования общедоступности экологической информации, за исключением отдельных случаев. Помимо

обеспечения доступа к информации, предусмотрено также доведение информации до сведения заинтересованных лиц.

Следует отметить, что указанные в ЭК РК средства коммуникации не дают гарантии автоматического получения информации гражданами. В ЭК РК следует внести положения об основаниях, формах, сроках, порядке предоставления сведений и системы отчетности. Отсутствие строгого алгоритма действий субъектов отношений, неопределенность норм приводят к невозможности реализации заинтересованными лицами своих прав.

Физические и юридические лица имеют право свободного доступа к общедоступным государственным информационным ресурсам экологической информации (п.1 ст.164 ЭК РК).

Согласно п.2,3 ЭК РК государственные органы, а также должностные лица, выполняющие государственные функции, или физические и *юридические лица, оказывающие населению на основе публичного договора услуги*, имеющие отношение к окружающей среде, *обязаны предоставлять открытый доступ к экологической информации*, в том числе по запросам физических и юридических лиц. Иные физические и *юридические лица, осуществляющие деятельность на территории РК, обязаны предоставлять по запросам лиц экологическую информацию*, относящуюся к воздействию на жизнь и здоровье граждан.

Данные нормы устанавливают обязанность по предоставлению информации для внешних субъектов. При этом законом не предусмотрена обязанность по информированию внутреннего штата работников предприятий. Следует предотвратить нарушение прав сотрудников предприятий и обеспечить их осведомленность о соблюдении экологических требований при выполнении ими своих функций и о рисках, связанных с неисполнением таких требований. В целях реализации этого положения необходимо законодательно закрепить такие обязательства предприятий.

Сроки и порядок предоставления экологической информации государственными органами устанавливаются законодательством об административных процедурах и о порядке рассмотрения обращений граждан (п.1 ст.165 ЭК РК).

Доступ к экологической информации, относящейся к процедуре оценки воздействия на окружающую среду и процессу принятия решений по намечаемой хозяйственной и иной деятельности, обеспечивается в порядке, установленном уполномоченным органом в области охраны окружающей среды.[595] Сроки и порядок предоставления информации определены, как уже отмечалось, *только в случае инициативного поведения граждан*, выражающегося в подаче запроса на получение доступа к интересующим сведениям. Распространение такой информации, доведение до сведения заинтересованных лиц в установленном порядке, не является обязанностью государственных органов.

За предоставление экологической информации взимается плата, не превышающая фактических затрат на копирование, поиск и подготовку информации (п.1 ст.166 ЭК РК). Другими словами, предоставленное законодателем право граждан на доступ к экологической информации реализуется на возмездной основе, то есть предполагается разумная компенсация затрат, понесенных субъектом в связи с предоставлением такой информации.

---

[595] Приказ Министра охраны окружающей среды РК от 25 июля 2007 года №238-п «Об утверждении Правил доступа к экологической информации, относящейся к процедуре оценки воздействия на окружающую среду и процессу принятия решений по намечаемой хозяйственной и иной деятельности».

Ст. 167 ЭК РК предусматриваются основания отказа в предоставлении экологической информации физическим и юридическим лицам (запрос сформулирован в общем виде и не позволяет установить те сведения и данные, которые запрашиваются заявителем; отсутствие запрашиваемой информации; запрос относится к сведениям и данным с ограниченным доступом в соответствии с законами РК). При этом отказ в предоставлении, не предоставление, предоставление неполной или недостоверной экологической информации, а также неправомерное отнесение общедоступной экологической информации к информации с ограниченным доступом могут быть обжалованы в вышестоящий государственный орган и (или) должностному лицу или в суд.

Наряду с ЭК РК определенные гарантии соблюдения экологических прав человека предусматриваются в Законе о недропользовании.

Согласно п.1 ст.14 Закона о недропользовании пользование отдельными участками недр может быть ограничено или запрещено по решению Правительства РК в целях обеспечения *охраны окружающей среды*. Пользование недрами на территориях населенных пунктов, пригородных зон, объектов промышленности, транспорта и связи может быть частично или полностью запрещено по решению Правительства РК в случаях, если такое пользование может создать *угрозу жизни и здоровью людей, нанести ущерб* хозяйственным объектам или *окружающей среде.*

Таким образом, данная норма защищает права на жизнь, собственность и безопасную окружающую среду граждан, содержит общий запрет на причинение вреда окружающей среде, жизни и здоровью населения.

В ст.76 Закона о недропользовании предусмотрены следующие обязанности недропользователя: обеспечивать *безопасность жизни*, *здоровья человека* и *окружающей среды* (пп.2); соблюдать согласованные в порядке, установленном законодательством РК, положения проектных документов и технологических схем на проведение операций по недропользованию, обеспечивающие *безопасность жизни* и *здоровья персонала и населения*, рациональное и комплексное использование недр и *охрану окружающей среды* (пп.7); *не препятствовать другим лицам свободно передвигаться в пределах контрактной территории*, пользоваться объектами и коммуникациями общего пользования, если это не связано с особыми условиями безопасности и такая деятельность не мешает проведению операций по недропользованию (пп.8).

Указанные обязанности недропользователя напрямую связаны с защитой социально-экономических прав человека (право на безопасность труда, экологические права граждан, право на свободу передвижения, право на использование коммуникаций и объектов общего пользования).

Право на безопасность труда гарантируется также требованиями **безопасности при проведении нефтяных операций и транспортировке нефти (ст.91** Закона о недропользовании**).**[596] Безопасность при проведении нефтяных

[596] Разрушения в биосфере производят аварии на системах транспортировки нефти. Нефть транспортируют либо по морю в специальных танкерах, либо по трубопроводам. За 9 лет потерпели аварию 168 танкеров, разливы нефти от которых принесли огромный ущерб окружающей среде. Необходимо учитывать мировой опыт и принимать законы способные обеспечить безопасность при транспортировке. Например, после аварии танкера «Exxon Valdez» у берегов Аляски в США приняли федеральный закон, предусматривающий требование о том, что крупные танкеры, входящие в территориальные воды страны, должны быть исключительно с двойным корпусом. Решение по выводу из эксплуатации всех однокорпусных судов было принято Международной морской организацией после крушения у берегов Франции танкера «Erica», повлекший разлив мазут. Во избежание возможных последствий недропользователям следует учитывать все факторы, которые могли бы

операций и транспортировке нефти обеспечивается *соблюдением установленных требований*, выполнением комплекса организационных и технических мероприятий, направленных на *защиту жизни* и *здоровья человека* и *окружающей среды*, созданием условий безопасного строительства и эксплуатации наземных и подземных сооружений и оборудования, а также устранением возможных аварий.

Оборудование и иное имущество, используемые недропользователем при проведении нефтяных операций и транспортировке нефти, *должны соответствовать требованиям безопасности*, установленным техническими регламентами.

Режим слива и налива нефти, конструкция и условия эксплуатации средств хранения и транспортировки *должны соответствовать нормам пожарной безопасности*, установленным техническими регламентами к нефти и процессам ее жизненного цикла.

Ст.115 Закона о недропользовании также обеспечивается *право на безопасность труда*. Недропользователем должно быть обеспечено выполнение предусмотренных законодательством правил и норм по *безопасному ведению работ*, а также проведение *мероприятий по предупреждению и ликвидации аварий*, *несчастных случаев* и *профессиональных заболеваний*. Запрещается проведение операций по недропользованию, *если они представляют опасность для жизни и здоровья людей.*

Недропользователи, осуществляющие нефтяные операции на море, обязаны руководствоваться наилучшей практикой по охране окружающей среды на море (п.2 ст.93 Закона о недропользовании).[597]

Согласно п.1 ст.**99** Закона о недропользовании **з**апрещаются сброс в море и захоронение на дне моря отходов при проведении нефтяных операций на море. В РК за такие действия предусмотрена административная ответственность.[598]

Поскольку нефть является таким видом сырья, работа с которым требует повышенной осторожности, требования безопасности направлены на обеспечение защиты основополагающих прав человека. Ключевым фактором, определяющим допустимость проведения операций по недропользованию, является их уровень опасности для жизни и здоровья людей.

привести к авариям, нарушению экологического баланса, нарушению прав человека на благоприятную окружающую среду. Экологическое законодательство многих стран учитывает все нюансы экосистемы, детально регламентируя возможные нарушения ее естественного развития. Например, учитываются маршруты миграции животных, которые могут проходить через трубопроводы. - Урон природе при добыче, транспортировке нефти и газа, // URL: irneft i.ru/index.php?id=108.

[597] Как отмечают эксперты, существует большая угроза экологии Каспия. На сегодняшний день единственным документом, регламентирующим общие обязательства прикаспийских стран по защите окружающей среды, является Тегеранская Конвенция (2003г.), подписанная Азербайджаном, Ираном, Казахстаном, Россией и Туркменистаном. Эта рамочная конвенция, как утверждают экологи, практически не работает и Каспийское море все больше загрязняется.[597] Например, участвовавший в экологической экспертизе проекта Кашаган, Председатель Экологического союза ассоциаций и предприятий Казахстана «Табигат» Мэлс Елеусизов убежден, что никакой защиты Каспия в случае аварии не будет и что одной аварии будет достаточно, чтоб все живое в Каспии уничтожить. - Казахстан не сможет обеспечить защиту Каспию в случае аварии на Кашагане, // URL: http://www.zakon.kz/top_news/4521751-kazakhstan-ne-smozhet-obespechit.html.

[598] Некоторые нефтяные компании осуществляют такие нарушения. Например, в 2007г. в Азербайджане был пресечен сброс отходов в Каспий. – Пресечен сброс нефтяных отходов в море, // URL: http://www.1news.az/society/20070706111015236.html.

Таким образом, государство как собственник недр в целом урегулировало вопросы недропользования по линии: *государство - недропользователь*, однако при этом упустило проблемы взаимоотношений *недропользователя с работником*. Отсюда актуальным представляется вопрос казахстанского содержания. До сих пор **не урегулированы должным образом экологические проблемы республики**, в связи с желанием улучшить инвестиционный климат государством **не введены жесткие меры ответственности для недропользователей за экологические правонарушения**. Для более эффективного регулирования недропользования, в том числе, для действенного механизма защиты трудовых и экологических прав человека, необходимо осуществлять дальнейшее совершенствование законодательства.[599]

Как отмечено в Докладе, ответственность предприятий за соблюдение прав человека распространяется на международно-признанные права человека, под которыми понимаются, как минимум, *права*, закрепленные в *Международном билле о правах человека и принципах*, касающихся основополагающих прав, которые изложены в *Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труд*а.

РК ратифицировала основные конвенции и соглашения по защите прав человека, и закрепила, содержащиеся в них принципы, во внутреннем законодательстве. Предприятия обязаны соблюдать права человека, закрепленные в законодательстве и ратифицированных конвенциях, в противном случае они вынуждены будут нести установленную ответственность.

Обязанность соблюдать права человека требует от коммерческих организаций:

(a) избегать оказания или содействия оказанию неблагоприятного воздействия на права человека в рамках своей деятельности и устранять последствия такого воздействия в случае, когда оно имело место;

(b) стремиться предотвращать или смягчать неблагоприятное воздействие на права человека, которое непосредственно связано с их деятельностью, продукцией или услугами вследствие их деловых отношений, даже если они непосредственно не способствовали оказанию такого воздействия.

Организации также должны предотвращать или смягчать неблагоприятное воздействие на окружающую среду, которое непосредственно связано с их деятельностью, продукцией, услугами или вследствие их деловых отношений.

Положения ЭК РК **обязывают всех субъектов**, осуществляющих хозяйственную и иною деятельность, связанную с использованием природных ресурсов и воздействием на окружающую среду, **исполнять содержащиеся в нем нормы вне зависимости от каких-либо условий**.

Иностранцы и иностранные юридические лица, а также лица без гражданства пользуются правами и несут обязанности в отношениях по недропользованию наравне с гражданами и юридическими лицами РК, если иное не предусмотрено законами РК (п.3 ст.3 Закона о недрах).

Таким образом, *ответственность за нарушение экологических норм РК распространяется на всех лиц, осуществляющих деятельность на территории РК независимо от их принадлежности к какому-либо гражданству*.

---

[599] См., пожалуйста, О недрах и недропользовании: плюсы и минусы. Государственное регулирование недропользования в Казахстане в новых условиях, // URL: http://www.zakon.kz/4468837-gosudarstvennoe-regulirovanie.html.

2.5. Вопросы соблюдения и защиты права граждан на получение информации

Право человека на доступ к информации и корреспондирующая это право **обязанность государственных органов и организаций предоставлять информацию** заинтересованным лицам регулируется многими НПА РК. Данный вопрос, как уже было отмечено, регулируется различными отраслями (гражданским, трудовым, экологическим и др.) законодательства.

Согласно п.3 ст.18 Конституции РК государственные органы, общественные объединения, должностные лица и СМИ *обязаны обеспечить каждому гражданину возможность ознакомиться с затрагивающими его права и интересы документами, решениями и источниками информации*.

Каждый имеет *право свободно получать и распространять информацию* любым, не запрещенным законом способом. Перечень сведений, составляющих государственные секреты РК, определяется Законом о государственных секретах (п.2 ст.20 Конституции РК).

Вытекающие из п.3 ст.18 Конституции РК *права каждого на ознакомление с документами, решениями и источниками информации, затрагивающими их права и свободы*, а также обязанность государственных органов, должностных лиц обеспечить это право реализуются в системной связи с другими конституционными нормами, в частности с положениями п.2 ст.20 и п.1 ст.39 Конституции РК. Права, предусмотренные ст.18 и 20 Конституции РК, не входят в перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению ни в какой форме (Постановление Конституционного Совета РК от 5 августа 2002 г. №5).

Другими словами, Конституция РК устанавливает *право граждан на беспрепятственный доступ к информации*, которая затрагивает их права и интересы, но в обеспечение этих прав, *обязанность по предоставлению доступа к информации устанавливается только для таких субъектов как государственные органы, общественные объединения, должностные лица и СМИ*.

Вместе с тем, толкование указанной нормы Конституции РК предполагает факт обращения граждан за раскрытием интересующей информации, а не обеспечение обязательного доведения последней до сведения заинтересованных лиц. Распространение информации является правом и не устанавливается в качестве обязанности.

Одним из ключевых нормативных актов, **регулирующим вопросы информации в целом, является** Закон об информатизации.

Законом об информатизации регулируется спектр общественных отношений, возникающих при создании, использовании и защите электронных информационных ресурсов и информационных систем. Положения этого закона *способствуют обеспечению доступа граждан и организаций к интересующей информации*.

Согласно ст.34 данного закона собственники или *владельцы информационных систем*, содержащих общедоступные электронные информационные ресурсы, *обязаны предоставлять по запросам физических и (или) юридических лиц интересующую их информацию* в порядке и на условиях, определяемых законодательством РК. *Необоснованный отказ* в предоставлении информации, содержащейся в общедоступных электронных информационных ресурсах, *может быть обжалован в суд*.

Более того, неправомерный отказ в представлении собранных в установленном порядке документов, материалов, непосредственно затрагивающих права и свободы человека, ограничение доступа к общедоступной информации влечет юридическую ответственность.

Так, в ст.84 КоАП закреплено, что неправомерный отказ в представлении собранных в установленном порядке документов, материалов, *непосредственно затрагивающих права и свободы* физического лица, либо предоставление физическому лицу неполной или заведомо ложной информации, а равно неправомерное отнесение *общедоступной информации к информации с ограниченным доступом*, не имеющие признаков уголовно наказуемого деяния, влекут штраф на должностных лиц в размере от пяти до десяти месячных расчетных показателей.

Незаконное ограничение права на доступ к *информационным ресурсам* влечет штраф на физических лиц в размере от пяти до десяти, на должностных лиц, индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, являющихся субъектами малого или среднего предпринимательства, в размере от десяти до пятидесяти, на юридических лиц, являющихся субъектами крупного предпринимательства, в размере от двадцати до ста месячных расчетных показателей (п.2 ст.84 КоАП).

Используемое в КоАП понятие «*непредоставление*» информации подразумевает реагирование на инициативные действия заинтересованных лиц, направленные на получение информации. Только после установления законом *обязанности по доведению до сведения заинтересованных лиц соответствующей информации* представляется возможным установление ответственности за неисполнение, исполнение ненадлежащим образом.

Наряду с положительными примерами законодательного закрепления обязанности государственных органов и предприятий предоставлять информацию (по вопросам экологии; в отношении качества и производителя товара и др.) действуют нормативные положения, которые не совсем соответствуют принципам Ругги.

Например, ст.22 Закона о зерне предусмотрено, что хлебоприемные предприятия публикуют в СМИ годовой баланс и отчет о прибылях и убытках по форме, установленной законодательством РК, в течение одного календарного месяца после наступления срока их сдачи налоговым органам.

Отчет о деятельности не отвечает положениям рассматриваемого принципа, не способствует достижению поставленных целей в полной мере. Вряд ли публичный отчет о прибылях и убытках хлебоприемных предприятий обеспечивает продовольственную безопасность или предотвращает демпинг цен.

Совсем другое дело, закрепленное в ст.5 **Закона о промышленной безопасности, *право* г**осударственных органов РК, физических и юридических лиц *на получение от администрации организации, имеющей опасные производственные объекты, полной и достоверной информации о состоянии промышленной безопасности на опасных производственных объектах*. Норма устанавливает право заинтересованных лиц на доступ к информации, но не обязательства субъектов, имеющих опасные производственные объекты, по доведению до заинтересованных лиц всех сведений о состоянии промышленной безопасности. Следует также отметить, что в Законе о промышленной безопасности не предусмотрена обязанность предприятий по регламентации системы методов и механизма передачи информации заинтересованным лицам.

В ст.20 **Закона о радиационной безопасности закреплено, что г**раждане, общественные объединения и организации имеют *право получать информацию в области обеспечения радиационной безопасности* через уполномоченные государственные органы по использованию атомной энергии и СМИ в соответствии с Законом об использовании атомной энергии.

В **Законе о радиационной безопасности** закреплено право на получение информации, однако при этом законодатель не предусмотрел четкого порядка её

получения. Поскольку вопрос радиационной безопасности непосредственно связан с охраной окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека необходимо внести дополнения обеспечивающие получение информации заинтересованными лицами вне зависимости от их инициатив.

Принцип доступа информации выражается также в том, что в РК не подлежат засекречиванию следующие сведения, непосредственно затрагивающие права человека: (1) о *чрезвычайных ситуациях* и *катастрофах*, угрожающих *безопасности и здоровью граждан*, и их последствиях, а также о стихийных бедствиях, их официальных прогнозах и последствиях; (2) о состоянии *экологии*, *здравоохранения*, *санитарии*, демографии, образования, культуры, сельского хозяйства, а также о *состоянии преступности*; (3) о *привилегиях, компенсациях* и *льготах*, предоставляемых государством гражданам, должностным лицам и организациям; (4) о фактах *нарушения прав и свобод гражданина*; (5) о фактах *нарушения законности* государственными органами и организациями, их должностными лицами; (6) *о массовых репрессиях по политическим, социальным и другим мотивам*, в том числе находящиеся в архивах, за исключением сведений, предусмотренных ст.14 Закона о государственных секретах **(п.1 ст.17 Закона о государственных секретах).**

Должностные лица, принявшие решение о засекречивании перечисленных сведений либо о включении их в этих целях в носители сведений, составляющих государственные секреты, несут ответственность в соответствии с законами РК. Граждане вправе обжаловать такие решения в судебном порядке **(п.2 ст.17 Закона о государственных секретах).**

В перечне сведений, которые не подлежат засекречиванию, законодатель выделил наиболее приоритетные, основополагающие направления жизнедеятельности. НПА РК, регулирующие отношения по получению информации и основанные на принципе «*praemonitus praemunitus*» (лат. «*предупрежден значит вооружен*») не учитывают того, что сам по себе открытый доступ к информации не является надежным механизмом обеспечения осведомленности лиц, на чьи права и свободы может быть оказано отрицательное воздействие.

Как было указано выше, законодательством установлено требование доступа к информации в отношении АО, ТОО. Такие требования также установлены и в отношении инвестиционных фондов.

Согласно ст.45 Закона об инвестиционных фондах, информация об инвестиционном фонде должна соответствовать требованиям, установленным законодательством РК, устава, инвестиционной декларации, проспекта выпуска акций акционерного инвестиционного фонда и правил паевого инвестиционного фонда.

Информация об инвестиционном фонде должна включать: (1) наименование инвестиционного фонда, наименование, дату выдачи и номер лицензии его управляющей компании, номер и дату регистрации правил паевого инвестиционного фонда; (2) информацию о местах (с указанием адресов и номеров телефонов), где можно получить подробную информацию об инвестиционном фонде; (3) указание о том, что стоимость акций или паев может увеличиваться или уменьшаться, результаты инвестирования в прошлом не определяют доходы в будущем, государство не гарантирует доходности инвестиций в инвестиционные фонды, а также предупреждение о необходимости ознакомления с уставом акционерного инвестиционного фонда, его проспектом выпуска акций и инвестиционной декларацией, правилами паевого инвестиционного фонда перед приобретением акций или паев инвестиционного фонда (п.2 ст.45 Закона об инвестиционных фондах).

Информация об инвестиционном фонде и управляющей компании не должна содержать недостоверные или вводящие в заблуждение сведения, а также иную информация, предусмотренную п.3 ст.45 Закона об инвестиционных фондах.

Акционерный инвестиционный фонд, управляющая компания в соответствии с законами РК несут *ответственность за содержание информации* о своей деятельности, показателях, характеризующих состав и стоимость чистых активов инвестиционного фонда, в том числе за распространение или опубликование неточной, неполной или вводящей в заблуждение информации, а также за ее несвоевременное распространение или опубликование (п.4 ст.45 Закона об инвестиционных фондах).

Сведения об инвестиционном фонде рискового инвестирования по общему правилу не могут размещаться в СМИ, за исключением интернет-ресурса управляющей компании, и распространяться путем наружной (визуальной) рекламы (п.4 ст.45 Закона об инвестиционных фондах).

Акционерный инвестиционный фонд, управляющая компания и их представители в местах приема заявок на приобретение и (или) выкуп акций или паев обязаны представлять потенциальным инвесторам, акционерам или держателям паев информацию, предусмотренную п.1 ст.46 Закона об инвестиционных фондах.

Согласно п.3 ст.46 Закона об инвестиционных фондах в случае принятия решения о приостановлении или возобновлении процесса размещения и (или) выкупа акций или паев акционерный инвестиционный фонд или управляющая компания обязаны опубликовать (распространить) сообщение об этом с указанием причин в течение пяти календарных дней со дня принятия такого решения.

Таким образом, *нормы инвестиционного закона отвечают требованиям принципов программного обязательства и должной заботы о правах человека*. *Предусмотрена обязанность по предоставлению информации*, её качественные показатели, соответствие требованиям, ответственность за отрицательное воздействие на права, оказанное нарушением этих требований.

Аналогичные положения, применяются и к другим субъектам деятельности.

Например, производитель, импортер табачных изделий ежегодно до 01 февраля следующего года должен представлять в уполномоченный орган в области здравоохранения отчеты о результатах лабораторных исследований по предельно допустимому содержанию никотина и смолистых веществ во всех марках табака и табачных изделий, об ингредиентах табачных изделий, которые они выпускали или намерены выпускать, продавали или распространяли иным образом в предшествующие двенадцать месяцев на территории РК (Постановление от 22 ноября 2011 года №1368).

Однако в *Правилах представления отчетов производителями и импортерами табака и табачных изделий* отражен только один вид отчетности, который не в полной мере обеспечивает контроль за соблюдением прав человека. Установление обязательств и отчета об их исполнении должно носить комплексный характер, а способы исполнения обязательств и контроля за их исполнением должны отвечать требованиям системности.

Принципы Ругги, касающиеся соблюдения права человека в доступе к информации и должной заботе о правах человека *не находят прямого отражения в национальном законодательстве РК*. *Правовая защищенность охватывает лишь те сферы деятельности, которые являются значимыми для государства*.

Тем не менее, можно говорить о наличии законодательного базиса, который позволит, развивая, совершенствуя заданные направления создать возможность для установления вышеуказанных обязательств.

РК была разработана **Концепция информационной безопасности до 2016 года**, **которая создана с целью** *обеспечения интересов общества и государства* в информационной сфере, а также *защиты конституционных прав гражданина*.

При разработке Стратегий на последующие периоды, должны учитываться принципы Ругги. Деятельность государства в области соблюдения и охраны прав человека должна быть подотчетна негосударственным общественным институтам. Рассматриваемые принципы могут реализовываться посредством претворения внутренней политики предприятий, которая хотя и в значительной мере реализуется по усмотрению самих предприятий, но неизменно базируется на законодательном массиве в области защиты прав человека. Любые проекты и методики, внедряемые в деятельность предприятий, должны быть структурированы посредством комплексного подхода.

2.6. Вопросы возмещения предприятием причиненного ущерба

В тех случаях, когда предприятия устанавливают, что они оказали неблагоприятное воздействие на права человека или способствовали такому воздействию, им следует в рамках законных процессов возмещать причиненный ущерб или сотрудничать с целью его возмещения.

Данный принцип соответствует ряду положений, закрепленных в законодательстве РК.

Согласно п.4 ст.9 ГК РК *лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков*, если законодательными актами или договором не предусмотрено иное. При этом под *убытками* подразумеваются *расходы, которые произведены или должны быть произведены лицом, право которого нарушено, утрата или повреждение его имущества* (***реальный ущерб***), а также *неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях оборота, если бы его право не было нарушено* (***упущенная выгода***).

Согласно п.1 ст.350 ГК РК *должник*, нарушивший обязательство, *обязан возместить кредитору вызванные нарушением убытки.* Моральный ущерб, причиненный нарушением обязательства, возмещается сверх убытков, предусмотренных ст.350 ГК РК.

Наиболее распространенным способом защиты права служит *возмещение причиненных нарушением убытков*. При этом в денежной форме компенсируется тот материальный ущерб, какой был причинен нарушителем. Применение этой меры вытекает непосредственно из закона. Поэтому убытки могут взыскиваться во всех случаях причинения нарушителем имущественного вреда. Взыскание убытков не применяется лишь в прямо предусмотренных законом случаях, когда защита права обеспечивается иными средствами.

К распространенным способам можно также отнести *возмещение морального вреда*, то есть денежная компенсация причиненных лицу физических или нравственных страданий. *Возмещение морального вреда не препятствует возмещению имущественного ущерба, хотя бы моральный и материальный вред были причинены одним и тем же действием нарушителя*.

Следует также отметить, что возможность защиты права в некоторых случаях зависит от вины нарушителя. В гражданском законодательстве РК, понятие вины отличается от соответствующего понятия в уголовном праве. Под *виной* в гражданском праве понимается *непринятие нарушителем всех зависящих от него мер для устранения нарушения или ограничения его объема*. Следовательно, для того, чтобы не совершать виновных действий предприятиям необходимо избегать и вовремя устранять нарушения защищенных прав человека.

Возмещение ущерба предусмотрено антимонопольным законодательством.

Так, *например*, ст.76 Закона о конкуренции предусматривается, что антимонопольный орган обращается в суд с ходатайством об освобождении субъекта рынка от изъятия монопольного дохода, полученного в результате совершения антиконкурентных соглашений или согласованных действий, *при добровольном возмещении субъектом рынка ущерба потребителям*, причиненного в результате совершения антиконкурентных соглашений или согласованных действий.

В данном случае *добровольное возмещение ущерба* при нарушении своих обязанностей, является *одним из способов освобождения предприятий от перечисления монопольного дохода*.

Согласно п.1 ст.7 Закона о защите прав потребителей *потребители имеют право* на *возмещение* в полном объеме *убытков* (*вреда*), причиненных их жизни, здоровью и (или) имуществу вследствие недостатков товара (работы, услуги), а также на *возмещение морального вреда*.

Продавец (изготовитель, исполнитель) обязан возместить в полном объеме убытки (вред), причиненные жизни, здоровью и (или) имуществу потребителя вследствие недостатков товара (работы, услуги) **(ст.24** Закона о защите прав потребителей).

Следовательно, в обязанности предприятий продавцов (изготовителей) входит возмещать вред, причиненный товарами, за которые они несут ответственность и тем самым предприятия устраняют и смягчают свое неблагоприятное воздействия на права человека.

Возмещение ущерба предусматривается и трудовым законодательством РК.

В п.1 ст.162 ТК РК закреплено, что работодатель обязан возместить работнику не полученную им заработную плату и иные причитающиеся ему выплаты в случае незаконного перевода на другую работу, недопущения работника к рабочему месту, одностороннего изменения условий трудового договора, отстранения от работы, необоснованного расторжения трудового договора.

Трудовым, коллективным договорами, актами работодателя, согласованными с представителями работников, *могут быть установлены дополнительные случаи возмещения работодателем ущерба*, причиненного незаконным лишением работника возможности трудиться (п.2 ст.162 ТК РК).

Согласно ст.163 ТК РК работодатель, причинивший ущерб имуществу работника, обязан возместить его в полном объеме в соответствии с условиями трудового, коллективного договоров.

При причинении вреда жизни и (или) здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей *работодатель обязан возместить вред* в объеме, предусмотренном гражданским законодательством РК. Вред возмещается в полном объеме при отсутствии у работника страховых выплат. При наличии страховых выплат работодатель обязан возместить работнику разницу между страховой суммой и фактическим размером вреда (ст.164 ТК РК).

Следовательно, за действия нарушающие права работника (право собственности, право на труд, право на жизнь и др.) работодатель обязан возмещать ущерб.

Как показывает практика, работодатели по собственной инициативе редко признают свою вину и добровольно возмещают ущерб. В большинстве случаев, для того чтобы получить компенсацию работник вынужден обращаться в судебные инстанции.

В связи с этим большое значение имеет положения **Закона об обязательном страховании работника от несчастных случаев.**

Ст.10 Закона об обязательном страховании работника от несчастных случаев за выгодоприобретателем закреплено право на получение страховой выплаты в порядке и на условиях закона и договора обязательного страхования работника от несчастных случаев.

Получение выгодоприобритателем страховой выплаты является возмещением вреда, полученного в результате несчастного случая.

При этом вред, причиненный жизни и здоровью работника, *включает в себя материальное выражение вреда*, связанного с его смертью или с установлением ему степени утраты профессиональной трудоспособности, за исключением вреда, связанного с временной нетрудоспособностью работника. Размер вреда, причиненного жизни и здоровью работника, определяется на основании соответствующих документов (п.2 с**т. 18 Закона об обязательном страховании работника от несчастных случаев).**

Размер вреда, связанного с утратой заработка (дохода) в связи со смертью работника или установлением ему степени утраты профессиональной трудоспособности, определяется в соответствии с требованиями ГК РК **(п.1 ст.19 Закона об обязательном страховании работника от несчастных случаев).**

***Таким образом*, Закон об обязательном страховании работника от несчастных случаев** обеспечивает возмещение вреда работникам при возможном наступлении несчастного случая за счет получения ими страховых выплат. Такие гарантии работников обеспечиваются возложением на предприятия обязанностей по обязательному страхованию своих работников.

В связи с последними экологическими событиями, произошедшими в мире (взрыв нефтяной платформы «*Deepwater Horizon*» в Мексиканском заливе, авария на АЭС «*Фукусима-1*» в г. Окума и др.), особую актуальность приобретает возмещение вреда вследствие экологических катастроф антропогенного характера.

Согласно ст.322 ЭК РК лицо, причинившее вред окружающей среде, *вправе добровольно устранить нанесенный ущерб либо компенсировать его иным способом*. Обязательства лица об устранении либо компенсации ущерба должны быть изложены в гарантийном письме. Возмещение вреда может осуществляться в стоимостной форме за счет собственных средств лица, причинившего вред окружающей среде, или страховых выплат.

К *стоимостным формам* возмещения вреда относятся *денежные средства для восстановления окружающей среды до состояния*, имевшегося к моменту причинения вреда, выполнения мероприятий по воспроизводству природных ресурсов, возмещения истцу иных убытков, включая упущенную выгоду.

С согласия сторон по решению суда *вред может быть возмещен в натуральной форме* путем возложения на ответчика обязанности по *восстановлению окружающей среды*. К натуральным формам возмещения вреда относятся меры по восстановлению окружающей среды до состояния, имевшегося к моменту причинения вреда, предоставлению *равноценного природного ресурса* взамен уничтоженного либо поврежденного. Возмещение вреда в натуральной форме производится путем заключения договора и (или) соглашения, регламентирующих порядок, условия, сроки и объемы возмещения причиненного вреда. Взыскиваемые суммы возмещения вреда перечисляются в государственный бюджет, а в установленных законодательством РК случаях – потерпевшему лицу.

Возмещение вреда не освобождает лицо, причинившее вред окружающей среде, от административной и уголовной ответственности.

Посредством загрязнения земельных участков, атмосферного воздуха, воды, растительности гражданам и их объединениям наносится ущерб. Это отрицательно влияет на их хозяйственную деятельность. Наиболее существенные последствия в

данном случае испытывают мелкие частные собственники. Тем самым, нарушается принцип равенства прав собственников.[600] В свою очередь, принцип «загрязнитель платит» фактически не работает. В результате, крупные добывающие и перерабатывающие предприятия наносят ущерб благосостоянию населения и переносят собственные экологические издержки на плечи потребителей.[601] Местное население, не привлекаемое к участию в принятии решений или ведению переговоров, вследствие экологических загрязнений вынуждено переселяться в другие районы. При этом гражданам не предоставляется никакого возмещения убытков, денежной компенсации, жилья или участка земли. Принцип обязательного возмещения вреда за экологические правонарушения на практике не реализуется.

3. Выводы

Нормы Конституции РК в общих чертах определяют критерии должного поведения предприятий по соблюдению социально-экономических прав человека и гражданина.

Гражданское законодательство РК обязывает предприятия соблюдать права человека. Однако некоторые положения гражданского законодательства не способствуют реализации прав человека. Например, в полной мере не урегулированы вопросы защиты прав потребителей, имеется множество пробелов в области антимонопольного законодательства, отсутствуют гарантии честной конкурентной борьбы субъектов частного бизнеса. Возникающие в гражданско-правовой сфере проблемы также связаны с нарушениями в применении на практике норм. Например, в случае привлечения лиц причинивших вред к материальной ответственности.

Наиболее проблематичной с точки зрения соблюдения и защиты прав человека представляется область трудовых отношений. Нарушение прав человека в трудовой сфере носит повсеместный и регулярный характер. Причиной такого положения дел является не только неправильное применение норм трудового законодательства на практике, но и множество лакун трудового законодательства.

В Казахстане недостаточно развиты механизмы предупреждения и профилактики трудовых споров и конфликтов. Отсутствуют действенные процедуры внесудебного урегулирования споров и конфликтов. Работники и их объединения лишены возможности участвовать в управлении предприятиями.

В РК плохо урегулированы отношения по защите окружающей среды. Стремление к улучшению инвестиционного климата нередко происходит за счет снижения экологических стандартов. Не введены жесткие меры ответственности для недропользователей за экологические правонарушения.

Принципы Ругги, касающиеся соблюдения прав человека в доступе к информации и должной заботе о правах человека, не находят прямого отражения в национальном законодательстве РК. Тем не менее, можно говорить о наличии законодательного базиса, который в случае внесения в него соответствующих дополнений и изменений позволит, создать возможность для реализации стандартов заданных Ругги. Этим изменениям может поспособствовать, разработанная в РК **Концепция информационной безопасности до 2016 года**, **которая создана с**

[600] Г. Вологодская, Нахлебались // Караван, 2009 г., 23 ноября.

[601] В связи с этим представляется справедливым, что п.1 ст.127 Закона о недрах предусмотрена обязанность виновного лица возместить причиненный вред (если не докажет, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего) вследствие нарушения требований законодательства РК о недрах.

целью обеспечения интересов общества и государства в информационной сфере, а также защиты конституционных прав гражданина.

IV. СООТВЕТСТВИЕ НОРМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПРИНЦИПАМ РАГГИ, ОБЯЗЫВАЮЩИМ ПРЕДОСТАВЛЯТЬ ДОСТУП К ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЕ

В данной части настоящего Заключения сделан общий обзор положений законодательства РК на их соответствие социально-экономическим принципам, обязывающим предоставлять доступ к правовой защите.

1. Общие положения

Необходимость защиты прав человека является основной целью права. Соблюдение прав человека государством и организациями непосредственно связано с возможностью гражданами защитить свои права в институтах разрешения споров. Вопросы доступа граждан к правовой защите были частично рассмотрены в предыдущих разделах настоящего Заключения.

Особенности юридического воззрения на существо права имеют свой корень именно в факте юридической защиты. *Юридическая (организованная) защита составляет основное отличительное свойство права, своим существованием обусловливающее и вызывающее другие характерные свойства его*.[602]

В Докладе отмечается, что в рамках своей обязанности защищать от связанных с предпринимательской деятельностью нарушений прав человека государства посредством судебных, административных, законодательных и иных соответствующих средств должны принимать надлежащие меры для обеспечения того, чтобы в случаях, когда такие нарушения происходят на их территории и/или в пределах их юрисдикции, затрагиваемые стороны получали *доступ к эффективным средствам правовой защиты* (далее – «**обеспечение доступа к правовой защите**»).

Данный базовый принцип конкретизирует описанный в части II настоящего юридического Заключения *принцип обеспечения защиты государством прав человека от их нарушения третьими лицами, включая предприятия***.**

Анализ законодательства РК позволяет выделить три вида институтов правовой защиты, которые обеспечивают защиту прав физических и юридических лиц.

Во-первых, следует выделить **государственные судебные механизмы**, статус и деятельность которых регулируется Конституцией РК, Конституционным законом о судебной системе, ГПК, УПК**,** КоАП, УК РК, Закон о порядке рассмотрения обращений, и др. Однако, даже там, где судебные системы являются эффективными и хорошо обеспеченными ресурсами, они не могут нести на себе все бремя, связанное с рассмотрением всех предполагаемых нарушений.

Следовательно, наряду с государственными судебными механизмами, необходимо выделить **государственные внесудебные механизмы рассмотрения жалоб**. Наряду с административным рассмотрением жалоб в РК выделяется такая досудебная процедура рассмотрения споров как медиация.

С принятием Закона о медиации была введена новая форма альтернативного разрешения споров. В соответствии с его положениями, *медиация представляет*

[602] С.А. Муромцев, Определение и основное разделение права, (Санкт-Петербург, 2004; ориг. публ. 1879), с.118.

собой процедуру урегулирования спора (конфликта) между сторонами при содействии медиатора (медиаторов) в целях достижения ими взаимоприемлемого решения, реализуемая по добровольному согласию сторон, а медиатор является независимым физическим лицом, привлекаемым сторонами для проведения медиации на профессиональной и непрофессиональной основе.

Медиатор должен проводить медиацию нейтрально, непредвзято, сообщать сторонам обо всех известных ему имеющихся или потенциальных конфликтах интересов в этом деле, проводить процедуру медиации только в том случае, когда у него имеются необходимые знания. Если во время проведения медиации медиатор приходит к выводу о недостатке собственной компетенции для продолжения медиации, он должен обсудить данную проблему со сторонами при первой же возможности и принять необходимые меры или прекратить медиацию. Медиатор должен работать над тем, чтобы обеспечить качество процесса, который требует соблюдения медиатором старательности и выполнения всех процедурных правил.

Нормы Закона о медиации направлены на снижение конфликтности и напряженности споров, защищая законные права и интересы граждан в социальной сфере. Это является еще и социальным фактором, позволяющим смягчить социально-психологическую обстановку в стране. Так как одним из признанных распространенных детерминантов социальной девиации в обществе выступает социальная неустроенность, и неуверенность людей в правосудии, ведь судебные тяжбы вполне могут довести человека до отчаяния. С внедрением медиации у граждан появляется надежда на мирное решение конфликта.

Институт медиации может существенным образом облегчить судебную систему, поскольку процедура медиации задумана как досудебная стадия. В отличие от судебного решения, которое удовлетворяет только одну сторону, *процедура медиации призвана удовлетворять все заинтересованные стороны, которые примирившись, как правило, не будут дальше обращаться в суд для разрешения спора*.

В Казахстане медиация может применяться только при урегулировании конфликтов, возникающих из *гражданско-правовых отношений*, в том числе, в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, конфликтов, возникающих из *трудовых* и *семейных правоотношений*, иных частных правоотношений с участием физических и юридических лиц, а также в сфере *уголовно-правовых отношений по делам о преступлениях небольшой и средней тяжести*.

В-третьих, следует выделить негосударственные механизмы рассмотрения жалоб. Видами негосударственных механизмов рассмотрения жалоб являются: (а) механизмы создаваемые коммерческими организациями самостоятельно; (б) международные и региональные правозащитные механизмы.

В РК третья разновидность механизмов разрешения споров фактически не функционирует, управляющие не спешат создавать институты разрешения споров внутри предприятий.[603] К наиболее действенным международным механизмам

[603] В конце мая 2012 г. депутаты Мажилиса Парламента РК предлагали создать Комиссию по разрешению трудовых споров. Как отмечал депутат Сагиятулла Сарсенов, «сложившиеся трудовые споры показали, что необходимо глубже исследовать этот вопрос. К тому же на некоторых предприятиях конфликт проводится в скрытой латентной форме. Причина этого вопроса в том, что в нашей стране нет систематизированного исследования по решению социально-трудовых споров. Поэтому, в первую очередь, необходимо провести комплексные исследования по вопросам социально-трудовых отношений, они должны охватить следующие приоритетные направления: система отбора и найма, мотивационный пакет, система обучения, карьерная лестница, система решения трудовых споров,

разрешения споров в РК можно отнести лишь международные инвестиционные центры разрешения споров, предусмотренные в Контрактах по недропользованию.

V. РЕЗЮМЕ

Закрепленные в НПА РК положения, регулирующие отношения в сфере соблюдения и защиты прав человека, в целом выполняют возложенные на них задачи.

Конституционные нормы и принципы различных отраслей законодательства гарантируют гражданам реализацию прав и свобод. В целом материальные и регулятивные нормы соответствуют международным обязательствам, взятым на себя РК в сфере прав человека. В них отражены базовые принципы Рагги.

Такие отрасли законодательства как конституционное, гражданское, трудовое, природоохранное задают общие стандарты по соблюдению и защите прав человека государством, предполагают критерии ожидаемого поведения коммерческими организациями.

Однако нормативные положения процессуального и охранительного характера не соответствуют вышеуказанным нормам, не позволяют реализовать их регулятивный потенциал. Цели, задачи и принципы по соблюдению и защите прав человека, закрепленные в НПА РК, не пронизывают всю систему законодательства, нередко носят декларативный характер, не реализуются на практике.

Наиболее остро эта проблемы стоит в трудовых отношениях, в реализации гражданами прав на благоприятную окружающую среду, доступе граждан к информационным ресурсам.

В Казахстане недостаточно развиты механизмы регулирования, предупреждения и профилактики трудовых споров и конфликтов. Отсутствуют действенные механизмы внесудебного урегулирования споров и конфликтов. Работники и их объединения лишены возможности участвовать в управлении коммерческими организациями, слабо развито профсоюзное движение.

Экологические нормы РК не гарантируют реализацию и защиту экологических прав и законных интересов граждан в случае их нарушения. Проблема повсеместного и регулярного нарушения экологических стандартов заключается в отсутствии качественных охранительных норм и действенных контрольных механизмов.

коллективный договор. Необходимы центры, которые будут рассматривать заявления и жалобы работников, будут вовремя брать под контроль этот вопрос, анализировать и разбираться в сути вопроса. Несмотря на то, что по трудовому законодательству в Казахстане есть возможность заключать коллективные договоры, ни один работодатель на деле не заключает коллективные договоры с работниками. В этой связи необходимо создать центральный координирующий орган, который будет направлять, контролировать взаимоотношения простых рабочих, профсоюзов, как малых так и крупных предприятий. Трудовое законодательство требует реформы. Необходимо создать институт для решения трудовых споров и конфликтов, пришла пора уделить внимание этому вопросу». – URL: http://bnews.kz/ru/news/post/80985/. Государственный секретарь РК Мухтар Кул-Мухаммед считает, что работа представителей министерства труда и социальной защиты населения в регионах по предупреждению социальных конфликтов и разрешению трудовых споров неэффективная. В июне 2012 года в республике зафиксировано более 23 трудовых споров и конфликтов. Количество трудовых споров и конфликтов растет. Отсутствует обратная связь между работником и работодателем. – URL: http://www.newskaz.ru/society/20120723/3558779.html.

Принципы Рагги, касающиеся соблюдения прав человека в доступе к информации и должной заботе о правах человека, не находят прямого отражения в национальном законодательстве РК.

VI. ОБЩИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ВНЕСЕНИЮ ДОПОЛНЕНИЙ И ИЗМЕНЕНИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

1. Многие положения Конституции РК, *обязывающие* государство и третьих лиц, в том числе коммерческие организации соблюдать и защищать права человека, не закреплены (конкретизированы) в соответствующих положениях нижестоящих нормативных правовых актов. Отсутствуют конкретные правовые механизмы реализации обязывающих норм и/или меры ответственности в случае их нарушения.

Иначе говоря, не всегда прослеживается жесткая правовая последовательность: от общих положений Конституции к их конкретизации в нижестоящих актах и далее к действенным мерам защиты нарушенных прав.

2. Аналогичная ситуация складывается на следующем уровне законодательства. В структуре нормативных правовых актов сформулированные принципы не всегда имеют логическое продолжение, воплощение в последующих положениях актов.

3. Соблюдение прав человека коммерческими организациями возможно лишь при соответствующих гарантиях защиты прав человека со стороны государства. В связи с этим необходимо внести ряд дополнений и изменений в нормативные правовые акты, регулирующие деятельность государственных органов по соблюдению и защите прав человека.

В частности, требует переработки Закон Республики Казахстан от 27 ноября 2000 года № 107-II «Об административных процедурах».

Данный закон не соответствует сегодняшним реалиям. Например, как показывают данные, предоставленные Управлением по надзору за применением законов о рассмотрении обращений и делопроизводства Генеральной прокуратуры РК, 41% обращений граждан касается вопросов законности актов и действий органов уголовного преследования, 29% – актов и действий государственных органов и учреждений, 22% обращений касаются вопросов законности судебных актов и их исполнения. Более того, за последние пять лет количество обращений, поступивших в органы прокуратуры, увеличилось почти на 25%.[604] В Казахстане назрела необходимость разработки и принятия Административно-процессуального кодекса.

4. С целью скорейшего устранения неравных условий конкуренции, преимуществ в различных сегментах рынка, государству следует внести изменения в некоторые законодательные акты.

Так, например, в связи с тем, что нефтегазовый комплекс Казахстана является локомотивом для всей экономики и способствует развитию других отраслей, было бы справедливым для всех субъектов недропользования ввести единый режим налогообложения. В частности, перевести всех без исключений, предусмотренных ст.308-1 НК РК, недропользователей, действующих на основании контракта, на общий налоговый режим.

---

[604] В Генеральной прокуратуре рассказали, на что жалуются казахстанцы // URL: http://news.mail.ru/inworld/kazakh- stan/society/11113467/?frommail=1.

5. С целью восстановления баланса прав и обязанностей работников и работодателей требуется внести множество изменений и дополнений в трудовое законодательство.

Как пишет известный американский исследователь Н. Хомский, «целостная система, включающая в себя индустрию развлечений, корпоративные СМИ, систему образования, политические институты и все остальное; это целая индустрия общественных отношений, которая долгое время, начиная со второй мировой войны, сознательно и с фантастической интенсивностью делала все возможное для выполнения ряда задач. Одна из них демонизировать профсоюзы».[605] Более того, «около 80% населения считают, что рабочие не имеют достаточного влияния на то, что происходит. … Профсоюзы не всегда четко представляют интересы рабочих. Так что доля правды в этом есть. Однако не в этом их настоящее предназначение. Дело в том, что через демократические профсоюзы рабочие получают слово. Но именно это было вытеснено из сознания людей».[606]

Отчасти схожая ситуация складывается в Казахстане. С одной стороны многочисленные социальные и политические институты нивелировали влияние профсоюзов в обществе, с другой – на самом деле из сознания людей вычеркнуто, что через демократические профсоюзы рабочие получают слово.

Поэтому представляется не случайным, что глава государства отметил, что «профсоюзные институты в Казахстане не всегда способны играть роль эффективного инструмента предотвращения и разрешения трудовых споров. Чтобы рабочие чувствовали себя достойно, профсоюзное движение должно быть на высоте. Одним из основных партнеров государства в вопросах совершенствования трудовых отношений выступают профсоюзы. Вместе с тем нынешний формат деятельности крупнейшего профцентра – Федерации профсоюзов Казахстана (ФПК) не соответствует требованиям времени, так как он строится по отраслевому принципу «советского образца».[607]

В связи с этим одной из первоочередных задач стоит принятие нового закона о профессиональных союзах. Действующий Закон Республики Казахстан от 9 апреля 1993 года № 2107-XII «О профессиональных союзах» уже давно утратил свою актуальность.

6. На практике граждане регулярно сталкиваются с дискриминацией в сфере труда (при приеме на работу, при продвижении по карьерной лестнице, гендерная дискриминация и т.д.).

Согласно статистическим данным доля безработных женщин больше, чем мужчин в 1,5 раза.[608]

Закон Республики Казахстан от 8 декабря 2009 года № 223-IV «О государственных гарантиях равных прав и равных возможностей мужчин и женщин» носит декларативный характер. При принятии данного закона не был продуман механизм его реализации.

Одним из вариантов решения данного вопроса было бы утверждение института Уполномоченного по защите прав женщин.

---

[605] Хомский Н. Классовая война: Интервью с Дэвидом Барзамяном / Пер. с англ. – М.: Праксис, 2003. С.223.

[606] Там же. С. 261.

[607] Н.А. Назарбаев, Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

[608] URL: http://www.zakon.kz/4483126-uroven-bezraboticy-v-kazakhstane.html.

7. Аналогичная ситуация сложилась в сфере трудовой миграции.

Как заметил заместитель Министра внутренних дел РК Кайрат Тыныбеков, «только за два года зарегистрировано свыше 2 миллионов прибывших в страну иностранцев, из них почти миллион человек – это граждане Кыргызстана, Узбекистана и Таджикистана. При этом менее 1 % из них целью приезда указали трудовую деятельность, а 96 % назвали частную цель пребывания».[609]

В связи с этим в Казахстане нередко нарушаются права трудовых мигрантов, что во многом обусловлено различными административными сложностями (при выдаче разрешений на осуществление трудовой деятельности, приеме на работу и т.д.).

Законами Республики Казахстан от 28 июня 2011 года № 445-IV и от 19 декабря 2007 года № 12-IV были ратифицированы Соглашение о сотрудничестве по противодействию нелегальной трудовой миграции из третьих государств, а также Протокол о внесении изменений и дополнений в Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов от 15 апреля 1994 года.

Требуется скорейшее принятие Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам трудовой миграции».

8. Согласно проведенному Детским фондом Казахстана мониторингу, в РК нередки случаи привлечения детей к тяжелому физическому труду. Одной из основных причин привлечения детей является сложное материальное положение, в котором оказались их родители, находящиеся на нелегальном положении в Казахстане.[610]

Ст.16-1 Закона Республики Казахстан от 8 августа 2002 года № 345-II «О правах ребенка в Республике Казахстан» предусматривает *право ребенка на защиту от экономической эксплуатации*. Однако в Казахстане практически отсутствуют действенные механизмы защиты прав детей.

Созданный постановлением Правительства Республики Казахстан № 36 от 13 января 2006 года Комитет по охране прав детей Министерства образования и науки Республики Казахстан и его структурные подразделения не могут обеспечить полноценную защиту прав детей.

В связи с этим представляется необходимым учредить в Казахстане должность Омбудсмена по правам ребенка.

9. Сложившаяся в целом ситуация требует системного пересмотра трудового законодательства РК. Государство должно прежде всего обеспечить защиту прав работников. Как показывают практика взаимоотношений работников и работодателей, особенно в сфере недропользования следует устранить нарастающее проявление дискриминации в отношении работников-граждан РК. При этом следует не только внести изменения и дополнения в действующее трудовое законодательство, но и учредить должность независимого Омбудсмена по трудовым вопросам.

---

[609] URL: http://www.rus.24.kz/novosti/politika/item/v-mazhilise-rk.
[610] URL: http://www.trend.az/regions/casia/kazakhstan/1795505.html.

В связи с дискриминацией на рынке труда, следует обязать работодателей предоставлять официальную информацию о заработных платах.

10. Сегодня на практике нередки случаи, когда служащие банков, несмотря на положения ст.67 ТК РК, пытаются получить у работодателей персональные данные о работниках в связи с погашением последними задолженности перед банками.

Для обеспечения защиты прав человека и гражданина при обработке его персональных данных с учетом рекомендации ОЭСР **о защите неприкосновенности частной жизни и международных обменов персональными данными (23 сентября 1980 года)** требуется принять Закон **«О персональных данных».**

11. Указом Президента Республики Казахстан от 29 ноября 2004 года №1474 «О дальнейшем совершенствовании системы защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина» из Положения об Уполномоченном по правам человека были исключены ряд действенных правомочий. Представляется целесообразным возвратить эти правомочия Уполномоченному по правам человека.

12. В законодательство РК следует вводить принцип должной защиты прав человека на благоприятную окружающую среду. Данный принцип должен подкрепляться действенным механизмом его реализации.

В рамках реализации данного принципа следует обязать недропользователей разработать Программу по защите прав граждан на благоприятную окружающую среду. Контроль за реализацией Программы можно было возложить на Правительство РК. Государству следует стимулировать компании, особенно недропользователей, применять «зеленые» технологии.

Например, в последние годы Европа успешно зарабатывает на чистой энергии. В ЕС сектор «зеленых» технологий и услуг обеспечил занятость 3 миллионам человек. Отрасль постоянно развивается, наращивая конкурентоспособность. Так, в Лондоне, где не продохнуть от загрязняющих транспортных выбросов, власти планируют уже к 2020 году перевести все такси на чистое топливо с нулевым выхлопом.

С целью улучшения экологической ситуации следует внести изменения в главу 11 УК РК и главу 19 КоАП. Необходимо ужесточить меры ответственности за нарушение экологического законодательства.

*Утратила силу в соответствии с Указом Президента РК от 13 апреля 2011 года № 47 «*О признании утратившими силу некоторых указов Президента РК» Концепция экологической безопасности Республики Казахстан на 2004-2015 годы.

Требуется разработка нового концептуального документа направленного на достижение экологически устойчивого развития общества, обеспечения снижения воздействия на окружающую среду.

Вышеуказанные предложения должны поспособствовать защите прав человека от их нарушения субъектами предпринимательской деятельности.

Февраль, 2013 г.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ЗАКЛЮЧЕНИЕ ПО ВОПРОСАМ СООТНОШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ ПОЛОЖЕНИЙ, РАТИФИЦИРОВАННЫХ РЕСПУБЛИКОЙ КАЗАХСТАН, И ОСНОВНЫХ СОЦИАЛЬНО-ЭКОНОМИЧЕСКИХ ПРИНЦИПОВ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В АСПЕКТЕ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ[611]

I. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1. Исходная информация

Республика Казахстан **(далее –** «**РК**»**)** стремится получить статус постоянного наблюдателя в четырех комитетах (Комитет по инвестициям, Комитет по политике в области образования, Комитет по сельскому хозяйству и Комитет по промышленности, инновациями предпринимательству) Организации экономического сотрудничества и развития **(далее –** «**ОЭСР**»**)**, что предоставит возможность разработать и осуществить более эффективную экономическую политику страны.

Одним из приоритетных направлений ОЭСР является повышение ответственного поведения предприятий (особенно добывающего сектора). При этом ОЭСР рекомендует придерживаться принципа пропорциональности, прозрачности и отсутствия дискриминации. Казахстану, по мнению ОЭСР, следует придать судебной системе больше независимости, сделать систему государственных закупок более прозрачной, уделять большее внимание защите прав человека в сфере предпринимательской деятельности.

Любая экономическая политика, включая политику преодоления кризиса, влечет за собой огромные последствия по распределению финансов внутри государства и, следовательно, чревата нарушением социально-экономических прав граждан. Как известно, предыдущие экономические кризисы особенно тяжело сказывались на наименее защищенных слоях общества и приводили к нарушениям их естественных прав.

Продолжающиеся финансовый кризис и экономический спад остаются одной из главных проблем, вызывающих беспокойство как государственных органов, так и предпринимателей, которые пытаются усовершенствовать управление экономикой, восполнить пробелы нормативных правовых актов и определить меры для выхода из сложившейся ситуации.

Восстановление здоровой глобальной экономики требует возвращения государству соответствующей роли регулятора финансовых рынков. В дополнение к этому негативное влияние внешних факторов связанных с глобальным

Посольство Великобритании Астана

611 Настоящее заключение подготовлено Научно-исследовательским институтом финансового и налогового права для Центра исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Казахстане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают позицию Посольства Великобритании в Казахстане.

экономическим кризисом может быть устранено посредством возвращения правительству присущей ему роли организатора коллективных действий как на национальном, так и на глобальном уровнях.[612]

Социальная несправедливость возникает прежде всего тогда, когда правительства, определяя пределы социальных и экономических прав, не принимают во внимание связь, существующую между этого рода правами и косвенно защищаемыми основными правами; когда в процессе этого определения пределов вмешиваются другие факторы, помимо требования охранять соответствующие основные права, – прежде всего невежество, а также интересы – личные, групповые, классовые и т.п. Или когда законы, определяющие установление и функционирование социальных и экономических отношений, например налоговые законы, гражданский кодекс и другие акты или законы более узкого охвата, применяются без учета внутренней связи, существующей между этого рода правами и косвенно охраняемыми основными правами, т.е. определяются без учета их предвидимых последствий для этих прав при существующих в данной стране условиях.[613]

Предпринимательская деятельность представляет собой множество возможностей благодаря преобразованию производственных факторов в товары или услуги, что способствует экономическому развитию. Однако стимулирующие предпринимательство структуры слишком часто приводят к решениям, которые наносят ущерб осуществлению прав человека.

В связи с этим в своей резолюции 17/4 Совет по правам человека единогласно одобрил Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека. Сегодня Руководящие принципы стали общепризнанной нормой, направленной на предупреждение и ликвидацию негативного воздействия предпринимательской деятельности на права человека.

В 2005 г. по просьбе Комиссии по правам человека Генеральный секретарь назначил проф. Джона Ругги (John Ruggie) своим Специальным представителем по вопросу о правах человека и транснациональных корпорациях и других предприятиях с мандатом определять и разъяснять стандарты ответственности и отчетности предприятий применительно к правам человека и проработать вопрос о роли государства в этой связи.

2. Использованные международные и нормативные правовые акты Республики Казахстан

Для подготовки юридического заключения Специалист использовал следующие международно-правовые акты:

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

2) Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г., ратифицирован Законом Республики Казахстан от 28 ноября 2005 года №91-III ЗРК «О ратификации Международного пакта о гражданских и политических правах» (Пакт о гражданских правах);

3) Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 г*., р*атифицирован Законом *Республики Казахстан 21 ноября 2005 года* № 87-*III* ЗРК «О ратификации Международного пакта об экономических,

---

[612] Доклад Стиглица. О реформе международной валютно-финансовой системы: уроки глобального кризиса. Доклад Комиссии финансовых экспертов ООН (Москва, 2010), с.60.

[613] И. Кучуради, *Справедливость – социальная и глобальная*, Вопросы философии (2003, 2), с.23.

социальных и культурных правах» (Пакт об экономических правах);

4) Декларация МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда от 18 июня 1998 г. (Декларация МОТ об основополагающих принципах);

5) Конвенция МОТ №29 о принудительном или обязательном труде от 28 июня 1930 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2000 г. №120-II «О ратификации Конвенции о принудительном или обязательном труде» (Конвенция МОТ №29);

6) Конвенция МОТ №87 о свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы от 09 июля 1948 г., ратифицирована Закон Республики Казахстан от 30 декабря 1999 года № 29-II «О ратификации Республикой Казахстан Конвенции 1948 года о свободе ассоциаций и защите права на организацию» (Конвенция МОТ №87);

7) Конвенция МОТ №98 о применении принципов права на объединение в профсоюзы и на ведение коллективных переговоров от 01 июля 1949 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2000 г. №118-II «О ратификации Конвенции о применении принципов права на организацию и на ведение коллективных переговоров» (Конвенция МОТ №98);

8) Конвенция МОТ №100 о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности от 06 июня 1951 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2000 г. № 115-II «О ратификации Конвенции о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности» (Конвенция МОТ №100);

9) Конвенция МОТ №105 об упразднении принудительного труда от 25 июня 1957 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2000 года №117-II «О ратификации Конвенции об упразднении принудительного труда» (Конвенция МОТ №105);

10) Конвенция МОТ №111 о дискриминации в области труда и занятий от 25 июня 1958 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 20 июля 1999 года №444-I «О ратификации Республикой Казахстан Конвенции 1958 года о дискриминации в области труда и занятий» (Конвенция МОТ №111);

11) Конвенция МОТ №138 о минимальном возрасте для приема на работу от 26 июня 1973 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 14 декабря 2000 г. №116-II «О ратификации Конвенции о минимальном возрасте для приема на работу» (Конвенция МОТ №138);

12) Конвенция МОТ №182 о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда от 17 июня 1999 г., ратифицирована Законом Республики Казахстан от 26 декабря 2002 года №367-II «О ратификации Конвенции о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда (Конвенция 182)» (Конвенция МОТ №182);

13) Сиракузские принципы толкования ограничений и отступлений от положений Международного пакта о гражданских и политических правах. Документ ООН E/CN.4/1985/4, Приложение (1985) (Сиракузские принципы).

Для подготовки юридического заключения использованы следующие нормативные правовые акты Республики Казахстан:

58) Конституция Республики Казахстан от *30 августа 1995 года, с учетом изменений и дополнений (Конституция РК);*

59) Трудовой кодекс Республики Казахстан от 15 мая 2007 года №251-III, с учетом изменений и дополнений (ТК РК);

60) Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года №411-I, с учетом изменений и дополнений (ГПК);

61) Закон Республики Казахстан от 07 февраля 2005 года №30-III ЗРК «Об обязательном страховании работника от несчастных случаев при исполнении им

трудовых (служебных) обязанностей», с учетом изменений и дополнений (Закон об обязательном страховании работника от несчастных случаев);

62) Уголовный Кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 года №167-I (УК РК);

63) Закон Республики Казахстан от 09 апреля 1993 года №2107-XII «О профессиональных союзах» (с изменениями по состоянию на 29 апреля 2009 г.) (Закон о профсоюзах).

II. СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ, РАТИФИЦИРОВАННЫХ РК, НАЦИОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И РУКОВОДЯЩИХ ПРИНЦИПОВ ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В АСПЕКТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Часть II настоящего юридического заключения содержит аналитическое исследование соответствия национального законодательства международно-правовым обязательствам, принятым на себя РК, а также руководящим принципам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека.

1. Общие положения

Республика Казахстан, ратифицировав международно-правовые акты, взяла на себя обязательства по осуществлению признаваемых в этих документах прав всеми надлежащими способами, включая принятие законодательных мер.

В настоящей части Заключения будет проведен сравнительный анализ положений НПА РК и международных актов, затронутых в Докладе Джона Рагги и посвященных соблюдению и защите социально-экономических прав человека.

На основании исследования Специалист попытается выяснить, какие международные положения, ратифицированные РК, непосредственно связаны с принципами Рагги, а также понять насколько соответствуют нормы казахстанского законодательства принятым РК международным обязательствам.

2. Взаимосвязь положений международного права и законодательства РК в контексте реализации принципов Рагги

В настоящем разделе Заключения будут рассмотрены международно-правовые положения, затрагивающие права человека и непосредственно взаимосвязаны с принципами Рагги.

2.1. Положения Всеобщей декларации прав человека, непосредственно связанные с принципами Рагги и направленные на соблюдение государствами и предприятиями прав человека

Согласно ст.2 **Декларации** *каждый человек должен обладать всеми правами и всеми свободами*, закрепленными в Декларации, без какого бы то ни было различия, как то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного, сословного или иного положения.

При этом не должно проводиться никакого различия на основе политического, правового или международного статуса страны или территории, к которой человек принадлежит, независимо от того, является ли эта территория независимой,

подопечной, несамоуправляющейся или как-либо иначе ограниченной в своем суверенитете.

Все люди равны перед законом и имеют право, без всякого различия, на равную защиту закона. *Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации*, *нарушающей Декларацию, и от какого бы то ни было подстрекательства к такой дискриминации* (ст.7 **Декларации).**

В соответствие со ст.8 **Декларации** *каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом*.

Согласно ст.20 **Декларации** *каждый человек имеет право на свободу мирных собраний и ассоциаций*. *Никто не может быть принуждаем вступать в какую-либо ассоциацию*.

Каждый человек имеет право на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда и на защиту от безработицы. Каждый человек, без какой-либо дискриминации, имеет право на равную оплату за равный труд. Каждый работающий имеет право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи и дополняемой, при необходимости, другими средствами социального обеспечения. Каждый человек имеет право создавать профессиональные союзы и входить в профессиональные союзы для защиты своих интересов (ст.23 **Декларации)**.

Ст.24 **Декларации** за каждым человеком закреплено право на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск.

Данные положения Декларации воспроизведены в Конституции РК.

Так, согласно п.2. ст.13 Конституции РК, *каждый имеет право на судебную защиту своих прав и свобод*.

Все равны перед законом и судом. Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации по мотивам происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, места жительства или по любым иным обстоятельствам (ст.14 Конституции РК).

Каждый имеет право на свободу труда, свободный выбор рода деятельности и профессии. Принудительный труд допускается только по приговору суда либо в условиях чрезвычайного или военного положения. Каждый имеет право на условия труда, отвечающие требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой-либо дискриминации, а также на социальную защиту от безработицы. Каждый имеет право на отдых. Работающим по трудовому договору гарантируются установленные законом продолжительность рабочего времени, выходные и праздничные дни, оплачиваемый ежегодный отпуск (ст.24 Конституции РК). К основным обязанностям работодателя относится предоставлять работнику ежегодный оплачиваемый трудовой отпуск (пп.15 ст.23 ТК РК).

В соответствие со ст.32 Конституции, граждане РК вправе мирно и без оружия собираться, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Пользование этим правом может ограничиваться законом в интересах государственной безопасности, общественного порядка, охраны здоровья, защиты прав и свобод других лиц.

Таким образом, сопоставление положений Конституции РК и Декларации позволяет согласиться с мнением, что конституционные нормы основаны на

Всеобщей декларации прав человека. При разработке Конституции РК были использованы основополагающие международные акты в сфере прав человека.[614]

2.2. Положения Международного пакта о гражданских и политических правах, обязывающие государства и предприятия соблюдать права человека

Согласно п.3 ст.2 Пакта о гражданских правах каждое участвующее в Пакте государство обязуется: (a) обеспечить любому лицу, права и свободы которого, признаваемые в настоящем Пакте, нарушены, *эффективное средство правовой защиты*, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве; (b) обеспечить, чтобы *право на правовую защиту для любого лица*, требующего такой защиты, *устанавливалось компетентными судебными, административными или законодательными властями или любым другим компетентным органом*, предусмотренным правовой системой государства, и развивать возможности судебной защиты; (c) *обеспечить применение компетентными властями средств правовой защиты*, когда они предоставляются.

Согласно п.3 ст.8 Пакта о гражданских правах *никто не должен принуждаться к принудительному или обязательному труду*.[615]

За каждым признается *право на мирные собрания*. 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 Пакта о гражданских правах).

В соответствии со ст.22 Пакта о гражданских правах *каждый человек имеет право на свободу ассоциации с другими, включая право создавать профсоюзы и вступать в таковые для защиты своих интересов*. Пользование этим правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусматриваются 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. Данное положение

---

[614] Приветственное послание Президента РК Н.А. Назарбаева участникам научно-практической конференции «Всеобщая декларация прав человека и реализация ее основополагающих принципов в Конституции Республики Казахстан» (02 декабря 2008г.): «Всеобщая декларация явилась первым универсальным международным документом в области прав человека. Ее принятие 10 декабря 1948 года ГА ООН стало событием поистине исторического значения. В преамбуле этого документа было закреплено, что все народы и все государства должны стремиться к уважению прав и свобод человека и гражданина, содействовать их всеобщему признанию и осуществлению. С момента обретения независимости Казахстан всемерно придерживается этой политики. При разработке Конституции Республики Казахстан были использованы основополагающие международные акты в этой сфере, и в первую очередь - Всеобщая декларация прав человека. В нашей стране, утверждающей себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями признаются человек, его жизнь, права и свободы. Они принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение правовых актов. Наша Конституция обязывает законодателей исходить прежде всего из этой нормы и ставить во главу угла права человека». - http://www.zakon.kz/127590-gossekretar-rk-vystupil-na.html. См., также, пожалуйста, Ж.М. Абдильдин, *Конституция РК основана на Всеобщей декларации прав человека*, // Казинформ (2005 г., 28 октября). URL: http://www.zakon.kz/66011-konstitucija-rk-osnovana-na-vseobshhejj.html.

[615] Анализ Конвенции МОТ №105 об упразднении принудительного труда.

не препятствует введению законных ограничений пользования этим правом для лиц, входящих в состав вооруженных сил и полиции.

Согласно п.3 ст.22 Пакта о гражданских правах *государства*, участвующие в Конвенции МОТ 1948 года о свободе ассоциаций и защиты права на организацию, *не имеют право принимать законодательные акты в ущерб гарантиям*, предусматриваемым в данной Конвенции, или *применять закон таким образом, чтобы наносился ущерб этим гарантиям*.

В соответствии со ст.26 Пакта о гражданских правах, *все люди равны перед законом и имеют право без всякой дискриминации на равную защиту закона*. *Всякого рода дискриминация должна быть запрещена законом, и закон должен гарантировать всем лицам равную и эффективную защиту против дискриминации по какому бы то ни было признаку, как-то расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства*.

Многие положения Пакта о гражданских правах идентичны положениям Всеобщей декларации прав человека и специальных конвенций МОТ, регулирующим отдельные трудовые права человека.

Казахстан присоединился к основополагающим международным пактам о гражданских, политических, экономических, социальных и культурных правах.

На данный момент многое сделано для полноценной реализации права каждого на судебную защиту. В стране действуют экономические, административные и ювенальные суды, уголовное судопроизводство в предусмотренных законом случаях осуществляется с участием присяжных заседателей. Право санкционирования ареста передано судам. В стране действует мораторий на смертную казнь. Утверждение должности Уполномоченного по правам человека упрочило институциональные гарантии обеспечения прав и свобод человека. Однако, как показывает правоприменительная практика, необходимо далее совершенствовать эффективность судов и повышать доверие к судебной системе.

2.3. Положения Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, обязывающие государства и предприятия соблюдать права человека

Согласно ст.2 Пакта об экономических правах, участвующие в данном Пакте *государства обязуются гарантировать*, что *права*, провозглашенные в Пакте, *будут осуществляться без какой бы то ни было дискриминации, как-то в отношении расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства*.

Согласно ст.6, участвующие в Пакте об экономических правах государства признают право на труд, которое включает право каждого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается, и предпримут надлежащие шаги к обеспечению этого права. Меры, которые должны быть приняты участвующими в данном Пакте государствами в целях полного осуществления этого права, включают *программы профессионально-технического обучения* и подготовки, пути и методы достижения неуклонного экономического, социального и культурного развития и

полной производительной занятости в условиях, гарантирующих основные политические и экономические свободы человека.[616]

Государства, участвующие в Пакте об экономических правах, обязуются признать право каждого на *справедливые и благоприятные условия труда*, включая:

a) вознаграждение, обеспечивающее, как минимум, всем трудящимся: (i) *справедливую зарплату* и *равное вознаграждение за труд* равной ценности без какого бы то ни было различия (женщинам должны гарантироваться условия труда не хуже тех, которыми пользуются мужчины, с равной платой за равный труд); (ii) *удовлетворительное существование для них самих и их семей*;

b) *условия работы, отвечающие требованиям безопасности и гигиены*;

c) одинаковую для всех *возможность продвижения в работе* на соответствующие более высокие ступени исключительно на основании трудового стажа и квалификации;

d) *отдых, досуг и разумное ограничение рабочего времени* и оплачиваемый периодический *отпуск*, равно как и вознаграждение за праздничные дни (ст.7 Пакта об экономических правах).[617]

П.1 ст.8 установлено, что участвующие в Пакте об экономических правах государства обязуются обеспечить:

***a*) право каждого человека создавать для осуществления и защиты своих экономических и социальных интересов профессиональные союзы и вступать в таковые по своему выбору при единственном условии соблюдения правил соответствующей организации. Пользование указанным правом не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусматриваются законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности или общественного порядка или для ограждения прав и свобод других;**

b) *право* профессиональных союзов *образовывать национальные федерации или конфедерации* и право этих последних основывать международные профессиональные организации или присоединяться к таковым;

c) право профессиональных союзов *функционировать беспрепятственно без каких-либо ограничений*, кроме тех, которые предусматриваются законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности или общественного порядка или для ограждения прав и свобод других;

d) *право на забастовки* при условии его осуществления в соответствии с законами каждой страны.[618]

---

[616] Согласно п.3 ст.140 ТК РК работодатель обязан создавать работникам, проходящим профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации, условия для совмещения работы с обучением, предусмотренные ТК РК, соглашениями, коллективным, трудовым договорами и даже если работник желает пройти обучение самостоятельно, а не по представлению работодателя, работодатель обязан предоставить ему учебный отпуск.

[617] Согласно пп.6) ст.317 ТК РК работодатель обязан создать работникам необходимые санитарно-гигиенические условия, обеспечить выдачу и ремонт специальной одежды и обуви работников, снабжение их средствами профилактической обработки, моющими и дезинфицирующими средствами, медицинской аптечкой, молоком, лечебно-профилактическим питанием, средствами индивидуальной и коллективной защиты в соответствии с нормами, установленными Правительством РК.

[618] П.1 ст.298 ТК РК установлено, что работники могут принять решение о проведении забастовки, если посредством примирительных процедур не удалось добиться разрешения коллективного трудового спора, а также в случаях уклонения работодателя от примирительных процедур либо невыполнения соглашения, достигнутого в ходе

Республика Казахстан приняла на себя международные обязательства и закрепила право на забастовки в своем законодательстве.

Комитет МОТ отмечает, что право на забастовку, является правом, на которое работники и их организации вправе рассчитывать, что любые ограничения этого права не должны быть чрезмерными и законная реализация этого права не должна влечь за собой предвзятые санкции. Комитет МОТ также отмечает, что *в Казахстане ограничения забастовок являются чрезмерными, а само участие в забастовках чаще всего влечет за собой различные санкции*. Существующее в законодательстве широкое и нечеткое определение отраслей, где запрещены забастовки, составляет явное *нарушение права работников на забастовку*. В докладе, составленном международной наблюдательной организацией «Хьюман Райтс Вотч», отмечается, что *обращение Казахстана с забастовщиками являет собой нарушение не только принятых на себя международных обязательств, но и собственного законодательства республики*.[619]

Согласно ст.9 Пакта об экономических правах государства обязуются признать право каждого человека на социальное обеспечение, включая социальное страхование. Данное положение Пакта отражено в ст.28 Конституции РК: гражданину РК гарантируется минимальный размер заработной платы и пенсии, социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца и по иным законным основаниям. В РК поощряются добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения и благотворительность.[620]

2.4. Положения Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда, обязывающие государства и предприятия соблюдать права человека

Согласно **Декларации МОТ об основополагающих принципах** *все государства-члены, имеют обязательство*, вытекающее из самого факта их членства в МОТ, ***соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь добросовестно принципы, касающиеся основополагающих прав***, а именно: (a) свободу объединения и действенное признание права на ведение коллективных переговоров; (b) упразднение всех форм принудительного или обязательного труда; (c) действенное запрещение детского труда; и (d) недопущение дискриминации в области труда и занятий.[621]

разрешения коллективного трудового спора. Согласно п.4. ст.298 ТК РК, участие в забастовке является добровольным. Никто не может быть принужден к участию или отказу от участия в забастовке.

619 URL: http://www.vb.kg/world/2012/09/11/199098_doklad_human_rayts_votch_osparivaet_oficialnyu_versiu_janaozens kih_sobytiy.html.

620 Аналогичные положения закреплены в пп.13) п.2. ст.23 ТК РК и в пп.1) п.2 ст.8 Закона «Об обязательном страховании работника от несчастных случаев при исполнении им трудовых (служебных) обязанностей».

621 Один из основных принципов трудового законодательства РК - никто не может быть ограничен в правах в сфере труда, кроме случаев и в порядке, которые предусмотрены законами РК (ст.5 ТК РК), вытекает из ст.12 Конституции РК и полностью соответствует Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда.

3. Положения основополагающих конвенций МОТ

Основополагающие конвенции МОТ, исходя из сферы регулируемых отношений, можно разделить на четыре группы:

(1) регулирующие отношения в сфере **принудительного труда**;

(2) регулирующие отношения в сфере **свободы объединений**;

(3) регулирующие **недопущение и запрещение дискриминации**;

(4) регулирующие положения в сфере **детского труда**.

3.1. Положения Конвенций МОТ регулирующих отношения в сфере принудительного труда

3.1.1. Положения Конвенции МОТ №29 о принудительном или обязательном труде

Согласно п.1 ст.2 Конвенции МОТ №29, термин «*принудительный или обязательный труд*» означает *всякую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, для выполнения которой это лицо не предложило своих услуг добровольно*.

При этом термин «принудительный или обязательный труд» *не включает* в себя:

a) любую работу или службу, требуемую в силу законов об *обязательной воинской службе* и применяемую для работ чисто военного характера;

b) любую работу или службу, являющуюся частью *обычных гражданских обязанностей* граждан полностью самоуправляющейся страны;

c) любую работу или службу, требуемую от какого-либо лица *вследствие приговора, вынесенного решением судебного органа*, при условии, что эта работа или служба будет производиться под надзором и контролем государственных властей и что указанное лицо не будет уступлено или передано в распоряжение частных лиц, компаний или обществ;

d) любую работу или службу, требуемую *в условиях чрезвычайных обстоятельств*, то есть в случаях войны или бедствия или угрозы бедствия, как-то: пожары, наводнения, голод, землетрясения, сильные эпидемии или эпизоотии, нашествия животных, насекомых или паразитов растений, и вообще обстоятельств, ставящих под угрозу или могущих поставить под угрозу жизнь или нормальные жизненные условия всего или части населения;

e) мелкие работы общинного характера, то есть работы, выполняемые для прямой пользы коллектива членами данного коллектива, и которые поэтому могут считаться *обычными гражданскими обязанностями членов коллектива* при условии, что само население или его непосредственные представители имеют право высказать свое мнение относительно целесообразности этих работ.[622]

[622] Позиция Республики Казахстан в отношении принудительного труда раскрывается при анализе Конвенции МОТ №105 об упразднении принудительного труда.

3.1.2. Положения Конвенции МОТ №105 об упразднении принудительного труда

Согласно ст.1 Конвенции каждый член МОТ, ратифицирующий Конвенцию МОТ №105, *обязуется упразднить принудительный или обязательный труд и не прибегать к какой-либо его форме*:

a) в качестве *средства политического воздействия* или воспитания или в качестве меры наказания за наличие или за выражение политических взглядов или идеологических убеждений, противоположных установленной политической, социальной или экономической системе;

b) в качестве *метода мобилизации и использования рабочей силы для нужд экономического развития*;

c) в качестве *средства поддержания трудовой дисциплины*;

d) в качестве *средства наказания за участие в забастовках*;

e) в качестве *меры дискриминации по признакам расовой, социальной и национальной принадлежности или вероисповедания*.

Ст.8 ТК РК *запрещает в РК принудительный труд* и практически воспроизводит понятие принудительного труда данное в Конвенции МОТ №29.

Принудительный труд означает *любую работу или службу, требуемую от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, для выполнения которой это лицо не предложило добровольно своих услуг*, за исключением работ: (а) требуемых от какого-либо лица *вследствие приговора суда, вступившего в законную силу*, при условии, что работа будет производиться под надзором и контролем государственных органов и что лицо, выполняющее ее, не будет уступлено или передано в распоряжение физических и (или) юридических лиц; (б) требуемых *в условиях чрезвычайного или военного положения*.

Положение о запрете принудительного труда закреплено в ст.24 Конституции РК. Принудительный труд может применяться только по решению государства и не допускается по воли предприятий или каких-либо других негосударственных учреждений.

Таким образом, указанные положения РК полностью соответствуют международно-правовым актам (Пакту о гражданских правах, конвенциям МОТ, Руководящим принципам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека и др.).

3.2. Положения Конвенций МОТ, регулирующие отношения в сфере свободы объединений

3.2.1. Положения Конвенции МОТ №87 о свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы

Согласно ст.2 Конвенции МОТ №87, работники и работодатели без какого бы то ни было различия имеют *право создавать по своему выбору организации без предварительного на то разрешения*, а также право вступать в такие организации на единственном условии подчинения уставам этих последних.

Следует сразу отметить, что, в данной Конвенции термин «***организация***» означает всякую *организацию работников или работодателей, имеющую целью обеспечение и защиту интересов работников или работодателей* (ст.10 Конвенции МОТ №87).

В соответствии со ст.3 Конвенции МОТ №87, организации работников и работодателей имеют *право вырабатывать свои уставы и административные*

регламенты, свободно выбирать своих представителей, организовывать свой аппарат и свою деятельность и формулировать свою программу действий. При этом государственные власти должны воздерживаться от всякого вмешательства, способного ограничить это право или воспрепятствовать его законному осуществлению.

Для выполнения своей обязанности соблюдать права человека, как указано в Докладе Ругги, предприятиям с учетом своих размеров и условий деятельности следует определить свою политику и процедуры, включая: (a) *программное обязательство* выполнять свои обязанности по соблюдению прав человека; (b) *процедуру обеспечения* должной заботы о правах человека в целях выявления, предотвращения, смягчения последствий и представления отчетности о том, каким образом они устраняют оказываемое ими воздействие на права человека; (c) *процедуры, позволяющие возместить ущерб* в связи с любыми видами неблагоприятного воздействия на права человека, оказанного ими самими или при их содействии.

Определение политики и процедур соблюдения и защиты прав человека должно предположительно осуществляться в таких обязательных документах как учредительный договор и устав. При этом в Докладе предполагается активное содействие государства предприятиям в этом направлении. В этом случае, существует риск нарушения государством ст.3 Конвенции МОТ №87.

В связи с этим, в НПА РК отсутствуют положения обязывающие предприятия регламентировать в программных документах политику соблюдения и защиты прав человека и процедуры возмещения вреда в случае их нарушения. Определение политики по соблюдению и защите прав человека для большинства предприятий является правом, а не обязанностью.

Организации работников и работодателей *не подлежат роспуску или временному запрещению* в административном порядке. Они имеют *право создавать федерации и конфедерации*, а также право присоединяться к ним, и каждая такая организация, федерация или конфедерация имеет право вступать в международные организации работников и работодателей. При этом приобретение *прав юридического лица* организациями работников и работодателей, их федерациями и конфедерациями не может быть подчинено условиям, способным воспрепятствовать их деятельности.

Одним из ключевых положений Конвенции МОТ №87 является то, что национальное законодательство не должно затрагивать гарантии, предусмотренные настоящей Конвенцией, и применяется таким образом, чтобы не нарушать их (п.2. ст.8 Конвенции МОТ №87).

Трудовое законодательство РК в целом соответствует тем правовым стандартам, которые заложены в Конвенции МОТ №87.

Согласно пп.8) ст.22 ТК РК, работник имеет *право на объединение*, включая *право на создание профессионального союза или других объединений*, а также членство в них, для предоставления и защиты своих трудовых прав, если иное не предусмотрено законами РК.

Работодатель в соответствии с условиями коллективного договора *должен создать условия для деятельности профессионального союза*, действующего в организации (п.2 ст.266 ТК РК).

Согласно ст.4 Закона о профессиональных союзах граждане РК имеют *право объединяться в профессиональные союзы*. Профессиональные союзы создаются на основе равноправия их членов. Количество профессиональных союзов, создаваемых в рамках одной профессии (групп профессий), не ограничивается. Всем профессиональным союзам предоставляются равные правовые возможности.

Воспрепятствование созданию профессионального союза, а равно противодействие его деятельности преследуются по закону.

П.4 ст.5 Конституции РК введены ограничение по деятельности профессиональных союзов. В частности, *не допускается деятельность политических партий и профессиональных союзов других государств, партий на религиозной основе, а также финансирование политических партий и профессиональных союзов иностранными юридическими лицами и гражданами, иностранными государствами и международными организациями*.

Таким образом, трудовое законодательство РК предоставляет право на объединения граждан, обязывает работодателей создавать условия для деятельности профессионального союза, затрагивает гарантии, предусмотренные Конвенцией о свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы. Однако в отличие от Конвенции запрещается финансирование политических партий и профессиональных союзов иностранными юридическими лицами. Тем самым ограничивает участие в деятельности профсоюзов иностранных лиц, международных организаций.

3.2.2. Положения Конвенции МОТ №98 о применении принципов права на объединение в профсоюзы и на ведение коллективных переговоров

В ст.1 Конвенции МОТ №98 закреплено, что *работники пользуются надлежащей защитой против любых дискриминационных действий, направленных на ущемление свободы профсоюзного объединения при приеме на работу*. Такая защита применяется особенно в отношении действий, целью которых является:

(a) подчинить прием работника на работу или сохранение им работы условию, чтобы он не вступал в профсоюз или вышел из профсоюза;

(b) увольнять или любым другим способом наносить ущерб работнику на том основании, что он является членом профсоюза или принимает участие в профсоюзной деятельности в нерабочее время или, с согласия работодателя, в рабочее время.

Организации работников и работодателей *пользуются надлежащей защитой против любых актов вмешательства* со стороны друг друга или со стороны их агентов или членов, участвовавших в создании и деятельности организаций и управление ими. Действия, имеющие своей целью способствовать учреждению организаций работников под господством работодателей или организаций работодателей или поддерживать организации *работников путем финансирования или другим путем с целью поставить такие организации под контроль* работодателей или организаций работодателей, *рассматриваются как вмешательство* (ст.2 Конвенции МОТ №98).

Там, где это необходимо, *принимаются меры, соответствующие условиям страны, в целях поощрения и способствования полному развитию и использованию процедуры ведения переговоров на добровольной основе между работодателями или организациями работодателей*, с одной стороны, и *организациями работников*, с другой стороны, с целью регулирования условий труда *путем заключения коллективных договоров* (ст.4 Конвенции МОТ №98).

Данная норма отражена в законодательстве РК.

Так, согласно ст.7 Закона о профессиональных союзах, *принадлежность к профсоюзам не влечет за собой какого-либо ограничения трудовых, социально-экономических, политических, личных прав и свобод граждан*, гарантируемых законодательством. *Запрещается обусловливать прием на работу, продвижение по работе, а также расторжение трудового договора по инициативе*

работодателя по причине принадлежности работника к определенному профсоюзу, вступлением или выходом из него.

Таким образом, принцип недискриминации является одним из основополагающих для любого вида деятельности. Этот принцип представлен как в международно-правовых актах, так и в законодательстве РК.

3.3. Положения Конвенций, регулирующие недопущение и запрещение дискриминации

3.3.1. Положения Конвенции МОТ №100 о равном вознаграждении мужчин и женщин за труд равной ценности

Согласно п.1 ст.2 Конвенции МОТ №100 каждый член МОТ при помощи средств, соответствующих действующим методам установления ставок вознаграждения, поощряет и, в той мере в какой это совместимо с указанными методами, *обеспечивает применение в отношении всех работников принципа равного вознаграждения мужчин и женщин за труд равной ценности*.

Данный принцип может применяться посредством: (a) национального законодательства; (b) системы определения вознаграждения, установленной или признанной законодательством; (c) коллективных договоров между работодателями и работниками; (d) сочетания этих различных способов.

Положения Конвенции МОТ №100 отражены в трудовом законодательстве РК.

Например, согласно пп.15) п.1 ст.22 ТК РК, *работник имеет право на равную оплату за равный труд без какой-либо дискриминации*.

3.3.2. Положения Конвенции МОТ №111 о дискриминации в области труда и занятий

Согласно ст.2, каждый член МОТ, для которого Конвенция МОТ №111 находится в силе, обязуется *определить и проводить национальную политику, направленную на поощрение*, совместимыми с национальными условиями и практикой методами, *равенства возможностей и обращения в отношении труда и занятий с целью искоренения всякой дискриминации* в отношении таковых.

Каждый член МОТ, для которого Конвенция МОТ №111 находится в силе, обязуется методами, соответствующими национальным условиям и практике:

a) стремиться *обеспечить сотрудничество организаций работодателей и работников*, а также других надлежащих органов в деле содействия принятию и соблюдению этой политики;

b) ввести такое *законодательство* и поощрять такие *образовательные программы*, которые смогут обеспечить принятие и соблюдение этой политики;

c) *отменять* всякие *законодательные положения* и изменять всякие *административные инструкции* или *практику*, несовместимые с этой политикой;

d) проводить установленную политику в области труда под непосредственным *контролем государственной власти*;

e) обеспечивать соблюдение установленной политики в деятельности учреждений по *профессиональному ориентированию*, *профессиональному обучению* и *трудоустройству* под руководством государственной власти;

f) указывать в своем *ежегодном докладе* о применении Конвенции МОТ №111 на мероприятия, проведенные согласно упомянутой политике, и на достигнутые с помощью этих мероприятий *результаты* (ст.3 Конвенции МОТ №111).

Положения Конвенции МОТ №111 отражены в трудовом законодательстве РК.

Согласно ст.7 ТК РК *каждый имеет равные возможности в реализации своих прав и свобод в сфере труда*. *Никто не может подвергаться какой-либо дискриминации при реализации трудовых прав в зависимости от пола, возраста, физических недостатков, расы, национальности, языка, имущественного, социального и должностного положения, места жительства, отношения к религии, политических убеждений, принадлежности к роду или сословию, к общественным объединениям*.

Запрещается нарушение равенства прав и возможностей при заключении трудового договора (п.1 ст.25 ТК РК).

***Таким образом*,** принцип соблюдения прав человека и устранения дискриминации в сфере труда находит свое выражение в Конвенции МОТ №111, п.2 ст.14 Конституции РК, а также нормах ТК РК.

3.4. Положения Конвенций, регулирующие положения в сфере детского труда

3.4.1 Положения Конвенции МОТ №138 о минимальном возрасте для приема на работу

П.1 ст.3 Конвенции МОТ №138 закреплено, что *минимальный возраст для приема на любой вид работы по найму или другой работы, которая по своему характеру или в силу обстоятельств, в которых она осуществляется, может нанести ущерб здоровью, безопасности или нравственности подростка,* ***не должен быть ниже восемнадцати лет***.

При этом виды работы по найму или другой работы, определяются национальными законами или правилами, или компетентными органами власти после консультаций с соответствующими организациями работодателей и работников, где таковые существуют.

Несмотря на выше указанное, национальное законодательство или правила или компетентные органы власти могут, после консультаций с заинтересованными организациями работодателей и работников, где таковые существуют, разрешать работу по найму или другой вид работы лиц в возрасте не моложе шестнадцати лет при условии, что здоровье, безопасность и нравственность этих подростков полностью защищены и что эти подростки получили достаточное специальное обучение или профессиональную подготовку по соответствующей отрасли деятельности (п.2 ст.3 Конвенции МОТ №138).

В отличие от общего положения п.1 ст.3 Конвенции МОТ №138, п.1 ст.30 ТК РК установлено, что *заключение трудового договора допускается с гражданами, достигшими* ***шестнадцатилетнего возраста***.

Более того, с письменного согласия одного из родителей, опекуна, попечителя или усыновителя трудовой договор может быть заключен с: (1) гражданами, достигшими ***пятнадцати лет***, в случаях получения ими основного среднего, общего среднего образования в организации среднего образования; (2) учащимися, достигшими ***четырнадцатилетнего возраста***, для выполнения в свободное от учебы время работы, не причиняющей вреда здоровью и не нарушающей процесса обучения; (3) с лицами, ***не достигшими четырнадцатилетнего возраста***, в организациях кинематографии, театрах, театральных и концертных организациях, цирках для участия в создании и (или) исполнении произведений без ущерба здоровью и нравственному развитию с соблюдением условий трудовым законодательством (п.2 ст.30 ТК РК).

В этих случаях, наряду с несовершеннолетним, *трудовой договор должен подписываться одним из его родителей, опекуном, попечителем или усыновителем* (п.3. ст.30 ТК РК).

Таким образом, несмотря на то, что законодательством РК предусмотрен более ранний возраст для приема на работу по найму или другой работы, нормы ТК РК обязывают работодателя гарантировать соответствующие условия и безопасность труда работников, не достигших шестнадцатилетнего возраста.

3.4.2. Положения Конвенции МОТ №182 о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда

Сразу следует отметить, что для целей Конвенции термин «***наихудшие формы детского труда***» включает:

a) *все формы* ***рабства*** *или практику, сходную с рабством*, как, например, ***продажа детей*** и ***торговля ими***, ***долговая кабала*** и ***крепостная зависимость***, а также принудительный или обязательный труд, в том числе принудительную или обязательную ***вербовку детей*** для использования их ***в вооруженных конфликтах***;

b) *использование, вербовку или предложение ребенка для* ***занятия проституцией***, для ***производства порнографической продукции*** или для порнографических представлений;

c) ***использование***, ***вербовку*** *или* ***предложение*** *ребенка* для занятия ***противоправной деятельностью***, в частности для ***производства*** и ***продажи наркотиков***, как они определены в соответствующих международных договорах;

d) работу, которая по своему характеру или условиям, в которых она выполняется, может ***нанести вред здоровью***, ***безопасности*** или ***нравственности детей*** (ст.3 Конвенции МОТ №182).

Проблема детского труда существует во всем мире, как в развитых, так и в развивающихся странах. Международный опыт показывает, что *детский труд не только наносит серьезный вред физическому и психосоциальному развитию ребенка*, но и ***оказывает негативное воздействие на развитие человеческих ресурсов и общее социально-экономическое развитие страны***. За последние годы Казахстан прошел путь от республики в составе бывшего СССР с социалистическим укладом экономики и централизованным управлением до независимого государства с наиболее динамично развивающейся экономикой в Центрально-Азиатском регионе. По мере развития экономики страны ***рынок труда становится все более формализованным***. Это приводит к исчезновению некоторых типичных городских форм детского труда (например, мелкая торговля или продажа газет) и *концентрации детского труда*, в основном, в двух сферах – *сельском хозяйстве* и в *городском неформальном секторе экономики*.[623]

Законодательство РК *запрещает наихудшие формы детского труда* и за нарушение его норм, нарушителям грозит *уголовная ответственность*. Такая ответственность устанавливается ст.131 УК РК – вовлечение несовершеннолетнего в преступную деятельность, ст.132 УК РК – вовлечение несовершеннолетнего в совершение антиобщественных действий, ст.132-1 УК РК – вовлечение несовершеннолетнего в занятие проституцией, ст.133 УК РК – торговля несовершеннолетними.

---

[623] Совместный план работы по искоренению наихудших форм детского труда и реализации международной Конвенции мот №182 в Республике Казахстан на 2009-2011 гг.

4. Рекомендации по улучшению законодательства в сфере молодежной политики

Для развития предпринимательства в целом, необходимо развивать его и среди молодежи, улучшая при этом законодательство в сфере молодежной политики.

Не случайно в своей статье «Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда» Н.А.Назарбаев отмечал, что необходимо модернизировать закон о государственной молодежной политике. Нужны правовые нормы о гарантиях трудоустройства и социальном пакете для молодых специалистов, порядке организации молодежной практики.[624]

Приведение законодательства РК в сфере молодежного труда, предпринимательства, образования, социальных гарантий молодежи в соответствие с документами, действующими в рамках ЕврАзЭС, рекомендуется совместить с имплементацией в казахстанские НПА общепризнанных международных стандартов.

На основании вышеизложенного рекомендуется выделить и единообразно урегулировать следующие *основные направления* законодательного обеспечения молодежной политики на общем рынке труда.

I. В сфере законодательства, регулирующего предпринимательскую деятельность:

(а) создание законодательных условий для предпринимательской деятельности молодежи в производственной, научно-технической, инновационной сферах, а также в сфере оказания услуг населению;

(б) обеспечение государственной поддержки молодежному предпринимательству, включая льготное кредитование и инвестирование молодежного предпринимательства, предоставление государственных гарантий для молодежи, не имеющей залогового имущества, а также организацию региональных научно-предпринимательских центров и центров деловой поддержки;

(в) установление общей системы мер по социально-экономической, организационной и правовой поддержке предпринимательской, крестьянской (фермерской) деятельности молодых граждан, молодых семей, объединившихся для осуществления такой деятельности.

II. В сфере финансового законодательства:

(а) установление норм, обеспечивающих приоритетное кредитование и инвестирование в молодежное предпринимательство, формирование новых форм и механизмов его финансовой поддержки;

(б) унификация порядка предоставления образовательных кредитов и грантов.

III. В сфере трудового законодательства создание правовых условий для:

(а) выработки единого подхода к решению проблем занятости молодежи со стороны государственных структур и негосударственного сектора экономики;

(б) введения унифицированного порядка приема на работу и увольнения работника, сближение системы оплаты труда, охраны здоровья;

(в) обеспечения вторичной занятости, организации сезонной занятости учащихся и студентов, в том числе через систему общественных работ, формирование системы межгосударственных молодежных бирж труда;

---

[624] Н.А. Назарбаев, *Социальная модернизация труда: двадцать шагов к обществу свободного труда* // Казахстанская правда, 2012 г., 10 июля.

(г) ежегодного *квотирования рабочих мест для выпускников* учебных заведений;

(д) ежегодного *квотирования рабочих мест* для лиц, прошедших срочную военную службу;

(е) унифицированной *регламентации рабочего времени*, *сверхурочных работ*, оплачиваемых отпусков с учетом возраста принятия на работу, ученичества и профессионального обучения.

IV. В сфере социального законодательства:

(а) законодательное обеспечение социального *страхования* молодых работников с предоставлением гарантированных *пособий* и *выплат* по безработице, материнству, профессиональной подготовке, инвалидности;

(б) предусмотреть *обеспечение равных возможностей* в получении работы всем социально демографическим группам молодежи.

V. В сфере налогового законодательства:

(а) *льготное налогообложение* для тех предприятий, на которых реализуются *программы обучения молодых*;

(б) *льготное налогообложение для субъектов молодежного предпринимательства*, а также льготный порядок уплаты налогов для трудящегося-мигранта в возрасте до 25 лет, гражданина государства - члена Сообщества;

(в) *унификация порядка уплаты налогов*, сборов за трудящегося-мигранта в возрасте до 25 лет, гражданина государства - члена Сообщества.

VI. В сфере законодательства об образовании:

(а) создание *льготных условий для молодежи*, проходящей профессиональное обучение на производстве или обучающейся в учебных заведениях без отрыва от производства;

(б) предоставление *образовательных кредитов* и установление на конкурсной основе стипендий и грантов для талантливой молодежи.

В случае, если в государстве-члене ЕврАзЭС применяется *специальный законодательный акт*, регулирующий государственную молодежную политику, рекомендуется внести в него соответствующие изменения и дополнения.

Кроме того, рекомендуется ввести в национальные законодательства государств Сообщества специальные нормы, регламентирующие *порядок направления граждан для трудовой деятельности за пределы государств и привлечения рабочей силы в государства*. Предоставить всем хозяйствующим субъектам, независимо от форм собственности, и лицам, занимающимся предпринимательской деятельностью без образования юридического лица, при наличии специального разрешения (лицензии) право направления соответствующих категорий молодежи государств Сообщества для трудовой деятельности за пределы государств и привлечения рабочей силы в государства. Трудящимся-мигрантам из стран ЕврАзЭС гарантировать признание на всей территории дипломов, свидетельств об образовании, соответствующих документов о присвоении звания, разряда, квалификации и других необходимых для трудоустройства документов государств Сообщества, полученных в государстве выезда, а также трудового стажа, включая стаж на льготных условиях и по специальности.[625]

---

[625] Приложение 1 к Постановлению Межпарламентской Ассамблеи Евразийского Экономического Сообщества от 16 июля 2003 г. №4-19 «Рекомендации по гармонизации

Соблюдение предприятиями прав человека является обязательным условием, однако международными актами допускается возможность введения государствами с учетом некоторых обстоятельствах исключений из этого общего правила.

В качестве примера можно привести положения **Сиракузских принципов толкования ограничений и отступлений от положений** Международного пакта о гражданских и политических правах.

5. Положения Сиракузских принципов о введении и применения чрезвычайного положения и последующих мер по отступлению от обязательств

В п.2 ст.29 Всеобщей декларации прав человека закреплено: «*При осуществлении, своих прав и свобод* ***каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом*** *исключительно с целью должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе*».

Все процедуры в Пакте о гражданских правах подчинены *основной цели защиты прав человека*. В п.1 ст.5 Пакта о гражданских правах изложены конкретные ограничения мер, осуществляемых в соответствии с Пактом о гражданских правах: «*Ничто в настоящем Пакте не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на уничтожение любых прав или свобод, признанных в настоящем Пакте, или на ограничение их в большей мере, чем предусматривается в настоящем Пакте*».

Вышеуказанные универсальные положения применяются в полном объеме, но в случае когда ситуация представляет собой ***угрозу жизни нации***, государства получают право отступать от своих обязательств.

Согласно п.61 Сиракузских принципов, ***отступление от прав****,* признаваемых в соответствии с международным правом с целью противостоять угрозе жизни нации, ***не осуществляется в правовом вакууме***. Оно санкционируется законом и как таковое регулируется рядом правовых принципов общего характера.

Так, *например*, объявление чрезвычайного положения осуществляется законным путем на основании объективной оценки положения, с тем чтобы определить, в какой степени оно представляет угрозу жизни нации и имеет ли место такая угроза. Объявление чрезвычайного положения и последующие отступления от обязательств по Пакту о гражданских правах, которые осуществляются незаконным путем, являются нарушениями международного права (п.62 Сиракузских принципов). При этом *положения Пакта о гражданских правах*, допускающие некоторые отступления во время чрезвычайного положения, *следует толковать ограничительно*.

Во время чрезвычайного положения должна сохраняться законность. Отступление является санкционированной и ограниченной прерогативой, имеющей целью надлежащим образом противостоять угрозе жизни нации. *Отступающее от своих обязательств государство обязано обосновать свои действия* в соответствии с законом (п.64 Сиракузских принципов).

национальных законодательных актов в сфере молодежной политики на общем рынке труда Евразийского экономического сообщества».

Законное объявление чрезвычайного положения допускает отступление от конкретных обязательств, однако не дает права на общее отступление от международных обязательств. В связи с этим особое внимание следует уделять международным обязательствам, которые применяются во время чрезвычайного положения в соответствии с Женевскими конвенциями и конвенциями МОТ.

Законодательством РК также предусматриваются положения допускающие отступления от общего правового режима в случаях чрезвычайного положения.

III. РЕЗЮМЕ

С принятием Всеобщей Декларации прав человека страны, входящие в ООН, взяли на себя обязательства сообща способствовать реализации тридцати статей о правах человека, которые впервые в истории были собраны и представлены в виде единого документа. Многие из этих прав в различных формах в настоящее время являются частью конституционных законов демократических стран.

Всеобщая декларация прав человека повсеместно признана в качестве стандарта, однако ее положения носят рекомендательный характер. В связи с чем, с 1948 по 1966 гг. основной задачей Комиссии ООН по правам человека была разработка таких международно-правовых актов по правам человека, которые бы основываясь на постулатах Декларации, создали эффективные механизмы для её поэтапного внедрения и обязательного соблюдения.

В результате работы Комиссии по правам человека было создано два основных документа: Международный пакт о гражданских и политических правах и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах. Оба пакта были признаны международными стандартами в 1976 году. Данные международно-правовые акты представляют собой единый Международный билль о правах.

Международно-правовые нормы, направленные на защиту прав человека поэтапно развиваются и в целом способны обеспечить каждого человека достойным уровнем жизни. На сегодняшний день важнейшей проблемой остается внедрение международных стандартов по соблюдению и защите прав человека в правовые системы государств.

Билль о правах остается во многих государствах декларативным документом. Наблюдается повсеместное нарушение прав человека. Согласно различным источникам, в частности, отчёту «Международной амнистии» за 2009 год, людей подвергают пыткам или жестокому обращению в 81 стране, несправедливым судебным преследованиями в 54 государствах, ограничение свободы самовыражения происходит в 77 странах. Наиболее частым притеснениям подвергаются женщины, дети, инакомыслящие и представители СМИ. Нередки нарушения прав человека в сфере предпринимательства.

Рассмотренные в настоящем Заключении международно-правовые положения являются основополагающими в области соблюдения и защиты прав и свобод человека и гражданина. Государства, ратифицировавшие эти документы, обязаны внести изменения и дополнения в национальное законодательство с учетом принятых на себя международных обязательств.

В данный период законодательство РК не полностью соответствует международным стандартам прав человека. Ряд документов в области защиты прав человека еще не ратифицированы. Несмотря на это основные положения по соблюдению и защите прав человека закреплены в НПА республики. Казахстан постепенно приводит свою нормативно-правовую базу в соответствие с

ратифицированными международными актами. Сегодня ключевой проблемой остается вопрос реализации на практике принципов предпринимательской деятельности в аспекте прав человека.

IV. ОБЩИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ ПО ВНЕСЕНИЮ ДОПОЛНЕНИЙ И ИЗМЕНЕНИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Республикой Казахстан ратифицированы все основные конвенции в области защиты прав человека, однако одним из важнейших факторов соблюдения прав человека является проведение норм этих конвенций в действующее законодательство и их неукоснительное исполнение.

С целью совершенствования трудового законодательства РК необходимо принять меры по улучшению реализации соблюдения в Казахстане Конвенций МОТ № 138 о минимальном возрасте для приема на работу и № 182 о запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда.

В частности, требуют улучшения условия труда несовершеннолетних, работающих по найму в творческой сфере, необходимо установить обязанности работодателя по фиксированию возраста несовершеннолетнего работника в документах при приеме на работу. Следует также внести положения, связанные с самостоятельным прохождением несовершеннолетними учащимися профессиональной практики на предприятиях по собственной инициативе, а также распространить требования Закона Республики Казахстан «О безопасности и охране труда» на лиц, проходящих профессиональную практику.

В целях реализации положений в области гендерного равенства необходимо обратить внимание на предложение Уполномоченного по правам человека и предусмотреть механизм обеспечения равных прав и свобод мужчин и женщин. Эффективная правовая норма – это норма, подкрепленная соответствующим механизмом реализации, в том числе должными мерами ответственности.

Международными организациями разработаны для Казахстана различные рекомендации по соблюдению прав человека. Одной из рекомендаций Комитета ООН является принятие мер по повышению уровня осведомленности среди работников судебных, законодательных и административных органов, гражданского общества и широкой общественности о положениях Пакта **о гражданских и политических правах, обязывающие государства и предприятия соблюдать права человека,** Факультативного протокола и Заключительных замечаний в отношении государства, **а также Пакта** об экономических, социальных и культурных правах, **обязывающие государства и предприятия соблюдать права человека**.

Ключевым фактором эффективного обеспечения прав человека внутри страны является наличие действующего национального механизма защиты прав человека, в том числе независимой судебной системы, которая в соответствии с международными стандартами восстанавливает нарушенные права человека.

Необходимо обратить внимание на процедуру имплементации положений международных договоров, начиная с ратификации их высшим законодательным органом власти, приведения национального законодательства в соответствии с международными актами, вплоть до фактического использования норм международных договоров в правоприменительной практике судами, правоохранительными и другими уполномоченными государственными органами.

При должной защите прав человека на национальном уровне отпадает необходимость обращения с индивидуальными жалобами в Комитет ООН по правам человека. Поскольку на данный момент доверие к судебной системе РК находится

на низком уровне,[626] а решения Комитета ООН по правам человека носят рекомендательный характер, для расширения прав граждан на судебную защиту Казахстану следовало было вступить в Совет Европы и присоединиться к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. В соответствии с этой Конвенцией граждане, чьи права были нарушены, прошедшие все стадии судебной защиты в Республике Казахстан могли бы обращаться в Европейский суд по правам человека, решения которого обязательны для исполнения.

Республике Казахстан рекомендуется более внимательно относиться к праву граждан на свободу ассоциации. Государственным органам рекомендуется уважать права лиц на ассоциацию, организацию, создание профсоюзов и мирные собрания вне зависимости от того, совпадают ли выражаемые ими взгляды с официальной позицией руководящих органов государства.

Уважение и поощрение свободы ассоциации работников и права работников на создание независимых профсоюзов, проведение забастовок и коллективных переговоров с работодателем кроме прочего вытекает из обязательств Казахстана по Международному пакту о гражданских и политических правах, Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах, а также из членства республики в МОТ.

С целью соблюдения прав человека предпринимателями Казахстану рекомендовано обеспечить всеми частными, государственными и иностранными компаниями и предприятиями РК уважение к международным трудовым стандартам. Компании ответственные за нарушения должны отвечать за свои действия в соответствии с законодательством.

Для обеспечения эффективности проверок и разбирательств нарушений трудовых прав граждан рекомендуется расширить полномочия инспекции труда, с тем чтобы она могла в полном объеме расследовать все поступающие от работников заявления о нарушениях трудовых прав. Необходимо обеспечить укомплектование инспекции труда достаточным числом сотрудников с надлежащим уровнем подготовки для рассмотрения нарушений трудовых прав. Рекомендуется обеспечить наличие текстов профильных конвенций МОТ на русском и казахском языках во всех экономических судах и инспекциях труда.[627]

Казахстану рекомендуется прекратить неправомерное применение слишком широких и неконкретно сформулированных уголовных норм, таких как обвинение в «возбуждении социальной вражды» или в «призывах к насильственному свержению конституционного строя», для задержания и ареста лиц, отстаивающих трудовые права или распространяющих информацию о них. С целью приведения уголовного законодательства в соответствие с международными нормами о правах человека следует отменить или изменить ст.164 УК РК.

Некоторыми международными организациями рекомендуется, чтобы партнеры Казахстана, в том числе, страны Евросоюза и США, последовательно ставили вопросы о нарушениях трудовых прав в Казахстане на самом высоком уровне. Международные партнеры должны призывать Правительство Казахстана законодательно и на практике защищать признанные международными конвенциями права работников, включая право на свободу ассоциации, право на организацию и коллективные переговоры.

---

626 URL: http://newskaz.ru/politics/20110225/1189848.html; http://kloop.kz/blog/2012/07/24/vsego-10-grazhdan-kazahstana-polnostyu-doveryayut-sudebnoy-sisteme/.

627 URL: http://www.vb.kg/world/2012/09/11/199098_doklad_human_rayts_votch_osparivaet_oficialnyu_ versiu_janaozens kih_sobytiy.html.

Организация Human Rights Watch в своем докладе «Нефть и Забастовки. Нарушения трудовых прав в нефтяном секторе Казахстана» рекомендует МОТ обратить внимание Правительства РК к охраняемым международным правом правам работников на создание профсоюзов, коллективные переговоры и забастовку. По мнению Human Rights Watch, Правительству РК следует представить четкий график реформирования Трудового кодекса в интересах приведения его в соответствие с конвенциями МОТ № 87 о свободе ассоциации и защите права на организацию и № 98 о праве на организацию и на ведение коллективных переговоров. Необходимо призвать Правительство Казахстана выполнить рекомендацию Комитета по свободе ассоциации от 1996 г. о принятии мер по изменению 5-й статьи Конституции в интересах снятия запрета на получение национальными профсоюзами финансовой помощи от международных профсоюзных объединений.

Всем национальным и иностранным компаниям, инвестирующим ресурсы в предприятия РК, необходимо обеспечить независимые профсоюзы с возможностью свободно реализовывать свои права, в том числе посредством: допуска профсоюзных лидеров на рабочие мечта членов профсоюза без вмешательства или неоправданных ограничений; разрешения профсоюзам пользоваться конференц-залами для проведения общих собраний после работы или, с согласия менеджмента, в рабочее время без вмешательства или неоправданных ограничений; обеспечить, чтобы все работники были в полном объеме информированы и подготовлены относительно своих прав и способов их реализации, посредством обеспечения доступности информации о трудовых правах. Разработать или пересмотреть существующие внутрикорпоративные трудовые положения, предусмотрев в них защиту трудовых и других прав работников, занятых в компаниях, их субподрядчиках, дочерних компаниях и других контрагентах. Оказывать экспертное содействие в составлении внутренних трудовых положений, которые соответствовали бы международным стандартам защиты прав человека. Разрабатывать механизмы мониторинга по соблюдению внутренних трудовых положений, включая независимый контроль.

Все эти рекомендованные для компаний меры являются соблюдением принципа должной заботы о правах человека, которого должны придерживаться все организации при ведении своей деятельности.

Февраль, 2013 г.