

ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2015

**ЕЖЕГОДНИК
ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ
2015**

АЛМАТЫ, 2019

УДК 340
ББК 67.0
Е 36



Ежегодник Центра исследования правовой
политики 2015. Алматы, 2019 — 347 С.

ISBN 978-601-332-262-9



Настоящий Ежегодник содержит аналитические материалы, подготовленные экспертами Центра исследования правовой политики (*Legal Policy Research Centre*) в 2015 году. 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 340
ББК 67.0

ISBN 978-601-332-262-9

© Центр исследования правовой политики, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

К читателю	5
УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	10
Анализ отдельных положений Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, касающихся судебного контроля на этапе досудебного производства <i>Ковалев Н.</i>	10
Реформирование законодательства Республики Казахстан по вопросам негласных следственных действий и оперативно-розыскной деятельности <i>Банчук А.</i>	33
Обзор основных новелл Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан <i>Канафин Д.К.</i>	66
УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	77
Уголовный кодекс Республики Казахстан: достижения и просчеты <i>Хавронюк Н.И.</i>	77
УГОЛОВНОЕ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	90
Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан: новая или слегка улучшенная старая уголовно-исполнительная политика? <i>Жовтис Е.А.</i>	90
РЕФОРМА АДМИНИСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	101
Заключение на проект Закона Республики Казахстан «Об административных процедурах» <i>Тимощук В.</i>	101
ГРАЖДАНСКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО	106
Средства гражданско-правовой защиты для жертв пыток <i>Центр исследования правовой политики</i>	106
Сравнительный анализ законодательства и практики по вопросам компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства <i>Центр исследования правовой политики</i>	119

ДЕМОКРАТИЧЕСКИЕ ИНСТИТУТЫ	163
Закключение по законопроекту Республики Казахстан «Об Общественном Контроле В Республике Казахстан» <i>Бланкенагел А.</i>	163
Закключение о законопроекте Республики Казахстан «Об Общественных Советах» <i>Бланкенагел А.</i>	174
Анализ проекта Закона Республики Казахстан «О противодействии коррупции» <i>Курпниеце Д.</i>	182
Экспертиза законопроекта Республики Казахстан «О противодействии коррупции» <i>Примаков Д.Я.</i>	252
Анализ проекта Закона Республики Казахстан «О доступе к информации» <i>Котляр Д.</i>	276
Замечания по проекту Закона Республики Казахстан “О доступе к информации» и проекту Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам доступа к информации» <i>Тоби Мендел.</i>	300
Анализ проекта Закона Республики Казахстан «О благотворительной, спонсорской и меценатской деятельности» <i>Янцен Н.</i>	324
ЮРИДИЧЕСКАЯ ПОМОЩЬ	332
Международные стандарты бесплатной юридической помощи: сравнительный анализ <i>Роджер Смит</i>	332

В работе над Ежегодником 2015 года Центра исследования правовой политики (LPRC) приняли участие эксперты из Казахстана, Канады, Украины, России, Германии, Латвии и Великобритании.

В 2015 году LPRC сфокусировал свое внимание на анализе новых редакций Уголовно-процессуального кодекса (УПК), Уголовного кодекса (УК), Уголовно-исполнительного кодексов Республики Казахстан. Предметом анализа новой редакции УПК РК являлся уровень обеспечения в его положениях основных прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса. В основе своей новый УПК придерживается основных постулатов в сфере уголовного правосудия, принятых в правовом демократическом государстве. В кодекс внедрены такие институты, немыслимые для советской концепции уголовного правосудия, как производства о процессуальных соглашениях и депонирование показаний. Другой стороны полномочия адвокатов в судопроизводстве расширены, что фактически диверсифицирует их взаимодействие со следствием и обвинением, ожидается, что это поднимет уровень состязательности на досудебных стадиях. К числу позитивных изменений закона можно отнести расширение перечня мер принуждения за счет не связанных с лишением свободы, а также обязанность суда устанавливать сумму залога во всех случаях санкционирования содержания под стражей за исключением дел об особо тяжких преступлениях. Безусловно, положительной оценки заслуживает создание нового субъекта уголовного процесса – следственного судьи. Такое изменение УПК указывает на признание законодателем роли судебного контроля в справедливом судопроизводстве и свидетельствует об его намерении развивать эту весьма важную процессуальную функцию. Внедрение процедуры депонирования показаний, предоставление адвокатам возможности обращаться к следственной судье для обеспечения своих полномочий по собиранию доказательств заслуживает одобрения и поддержки. В тоже время указанные процедуры нуждаются в детализации и уточнении.

Тем не менее эксперты LPRC указывая на позитивные новшества закона, отмечают, что кардинального и качественного изменения с точки зрения соблюдения прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса не произошло. Так новый УПК, как и его предшественник во главу угла поставил не вопрос оценки судом законности и обоснованности лишения свободы человека, а необходимость дальнейшего содержания под стражей подозреваемого или отсутствия таковой. Действие института Habeas Corpus продолжает носить ограниченный и не полный характер. По некоторым категориям уголовных дел предполагается максимальный срок досудебного лишения свободы до 18 месяцев, на полгода больше того срока, который позволял себе репрессивный по духу советский уголовный процесс конца прошлого столетия. Упразднение стадии возбуждения уголовного дела, оправдывается необходимостью упрощения процедуры судопроизводства и устранением условий для злоупотребления возможностями так называемых доследственных проверок, в ходе которых лица, вовлеченные в орбиту уголовного процесса, имели «неясный» процессуальный статус, а собранные фактические данные вызвали сомнение с точки зрения допустимости в качестве доказательств. Однако, не смотря на свою несовершенно процессуальную природу и действительно громоздкий механизм реализации, стадия возбуждения уголовного дела была пусть не самой лучшей, но все же работающей гарантией от необоснованного применения мер уголовно-процессуального принуждения в отношении граждан и юридических лиц. Расширение полномочий судебной власти на

стадии предварительного расследования не носит полноценный характер. К сожалению, к компетенции следственного судьи не отнесены наиболее важные с точки зрения обеспечения справедливости процесса и соблюдения прав личности полномочия. Санкционирование следственных в том числе и негласных следственных действий, ограничивающих конституционные права человека, все еще находится во власти прокуратуры.

В новом УПК не нашли своего отражения старые проблемы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь. Не урегулирован надлежащим образом порядок вступления адвокатов в дела, содержащая государственные секреты. К сожалению, в законе не гарантирована настоящая неприкосновенность адвокатов при осуществлении ими своего профессионального долга. Внедрение в уголовный процесс так называемых «негласных следственных действий» не может не вызывать опасений за конституционные права и свободы граждан. Внедрение производств о процессуальных соглашениях, можно смело признать одним из самых радикальных изменений закона. Предполагается два вида соглашений: сделка о признании вины и соглашение о сотрудничестве. Очевидно, что применением такого рода институтов законодатель попытался реализовать идею процессуальной экономии, надо признать все более и более реализуемую в системах уголовного судопроизводства почти по всему миру. Оценка этого института в сложившихся реалиях требует определенной деликатности в связи с тем, что с одной стороны в международном праве признается допустимость применения такого рода производств в уголовном процессе при условии соблюдения стандартов справедливого правосудия и надлежащей юридической процедуры. С другой стороны, идея требует осторожного осмысления, поскольку внедрение процессуальных соглашений осуществляется на почву весьма инквизиционного судопроизводства, отправляемого недостаточно независимой судебной властью. Анализ положений УПК позволил сделать вывод о том, что в целом производства о процессуальных соглашениях содержат необходимый объем гарантий прав личности. Вместе с тем, следует иметь ввиду, что в идеале применение процессуальных соглашений возможно только при наличии реальной возможности как осуждения, так и оправдания. К большому сожалению, в новом УПК не получил своего дальнейшего развития такой важный с точки зрения гуманизации и демократизации уголовного правосудия институт, как суд с участием присяжных заседателей. Подсудность этого суда не была расширена. Заложенное на ближайшую перспективу применение конфискации имущества лиц, в отношении которых не вынесен приговор, явно противоречит принципу презумпции невиновности.

Оценка новой редакции Уголовного кодекса РК, продемонстрировала, что большое количество положений этого Кодекса являются прогрессивными, основанными на принципах демократизма, верховенства права, гуманизма, равенства и справедливости. Чрезвычайно важной в контексте действия принципа юридической определенности, который иногда рассматривают как самостоятельный принцип, а иногда – как составную часть принципа верховенства права, представляется статья 3 УК, в которой разъясняются некоторые понятия, содержащиеся в Кодексе. Значительно качественнее можно защищать права, свободы и законные интересы человека и гражданина, собственность, права и законные интересы организаций, общественный порядок и безопасность, окружающую среду от общественно опасных посягательств, разделив уголовные правонарушения в зависимости от степени их общественной опасности и наказуемости на преступления и уголовные проступки. За счет такой градации можно и четко отделить уголовное законодательство от административного (управленческого), и гуманизировать уголовную ответственность, и во многих случаях существенно упростить и ускорить процедуры расследования и

рассмотрения дел – в частности об уголовных проступках. Во исполнение положений международных актов, таких как Минимальные стандартные правила ООН, что касаются отправления правосудия относительно несовершеннолетних, а также с учетом широкого международного опыта, в новом УК Республики Казахстан предусмотрено осуществление пробационного контроля. При установлении особенностей уголовной ответственности несовершеннолетних казахстанский законодатель учел многие требования Конвенции ООН о правах ребенка и Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних. Отдельные статьи УК творчески развивают требования антикоррупционной конвенции.

Вместе с тем, новый УК Республики Казахстан не лишен многих противоречивых и других положений, которые могут создать трудности при его практическом применении. К сожалению, Республика Казахстан не нашла в себе силы отказаться, по примеру подавляющего большинства демократических стран, от возможности применения смертной казни. Однако был расширен перечень лиц, к которым смертная казнь не применяется. Кроме того, к сожалению, не сведены в систему и не поименованы принципы, на которых основан Уголовный кодекс (уголовное законодательство). Это означает, что в случае возникновения сомнений законодателю и правоприменителям не с чем будет сравнить конкретные нормы УК как с эталоном. Не сделаны также возможные исключения из этих принципов. Казахстанский законодатель так и не осуществил реформу административного законодательства и часть уголовных правонарушений продолжают номинально считаться административными – со всеми вытекающими из этого материально-правовыми и процессуально-правовыми последствиями. В то же время в новом УК предусмотрена уголовная ответственность за деяния, которые по своему характеру являются административными (административно-хозяйственными) правонарушениями, поскольку посягают на порядок администрирования (управления) в различных сферах деятельности государства, а по своей тяжести не соответствуют критерию общественной опасности, характерному для уголовных правонарушений. Невозможно согласиться с тем, что жизнь человека и некоторые другие ценности являются соразмерными, как это вытекает из многих статей Особенной части. Значительное количество положений УК не соответствует принципу юридической определенности. В новом Кодексе не определены основные правила квалификации уголовных правонарушений. Для того, чтобы сделать это, можно было бы использовать имеющийся международный опыт (например, таких стран, как Испания, Голландия, а также Молдавия). Вопреки положениям известных международных конвенций, не определена уголовная либо квази-уголовная ответственность юридических лиц, в частности за коррупционные, террористические, экологические, некоторые другие уголовные правонарушения.

Оценка новой редакции Уголовно-исполнительного кодекса показала, что структура нового кодекса схожа со структурой старого УИК РК и состоит из Общей (основные положения, учреждения и органы, исполняющие наказания) и Особенной (исполнение различных видов наказаний, освобождение от наказания) частей. Обзор отдельных положений нового УИК РК, показал, что ряд норм имеет весьма прогрессивный характер. Это относится к нормам посвященные участию общественности, гражданских организаций в контроле за соблюдением прав заключенных, предупреждению пыток и других видов жестокого обращения, повышению уровня открытости исправительных учреждений. Ещё одним важным новшеством в новом УИК РК является появление альтернативы сохранившемуся с советского периода порядку отбывания наказания к лишению свободы в виде отрядного или «барачного» содержания осужденных. УИК РК предусмотрено

создание и, видимо, постепенный переход к принятому в международной практике «покамерному» содержанию. Наконец, свое развитие получил в новом УИК РК институт probation или пробационного контроля. С другой стороны, в новом Уголовно-исполнительном кодексе РК продолжает оставаться серьезная институциональная проблема, связанная с тем, что практически все места содержания под стражей, начиная с мест предварительного заключения и заканчивая исправительными учреждениями, находятся в ведении Министерства внутренних дел РК, а не гражданского ведомства. Сохранение старых подходов в новом УИК РК консервирует старое представление о труде осуждённых и не соответствует современным представлениям о целях и порядке отбывания наказания в виде лишения свободы. Также видится не вполне справедливой система поощрений и взысканий. В целом необходимо отметить, что, несмотря на наличие в новом Уголовно-исполнительном кодексе РК ряда прогрессивных положений, в нём продолжает реализовываться отставшая от современных представлений концепция «воспитания и исправления», основанная на формальных оценках поведения, осуждённых и использовании режима отбывания наказания и общественно-полезного труда как одних из основных средств исправления. Он нуждается в серьезной доработке для приведения уголовно-исполнительной политики в Республике Казахстан в соответствие с международными стандартами и передовой практикой.

Особое внимание LPRC привлек проект Закона Республики Казахстан «Об административных процедурах». Необходимость принятия в современном государстве закона об административной процедуре, который регулирует отношения между административными органами и частными лицами не подлежит сомнению. Поэтому инициатива Республики Казахстан принять новую редакцию Закона «Об административных процедурах» заслуживает полной поддержки. В связи с этим эксперты LPRC обозначили ряд позитивных положений законопроекта и его дискуссионных новаций. В целом эксперты дали высокую оценку проекту закона, поскольку имел достаточно целостную структуру и механизмы регулирования. В законопроекте содержалось большинство общепризнанных стандартов справедливой административной процедуры. В тоже время, наши эксперты отметили, что законопроекте есть положения, требующие внимания и совершенствования. В целом наши предложения не меняли концепции законопроекта или его принципиальных норм, а больше касались вопросов терминологии и улучшения отдельных положений. Особенно это касалось ключевой терминологии законопроекта. Так, не совсем удачным представляется избрание в качестве базовой категории конструкции «административное решение». Еще более сомнительным кажется использование как базового термина для этого законопроекта конструкции «уполномоченное лицо». Ошибочным, с нашей точки зрения является наличие в законопроекте всех положений, которые не касаются регулирования отношений между административными органами и частными лицами и не направлены на принятие административного акта.

В соответствии с существующим законодательством в Казахстане жертвы пыток и жестокого обращения лишены полноценного права на эффективные средства правовой защиты в гражданском порядке за счет средств государства. В результате несовершенства законодательства судебная практика не соответствует международным стандартам по вопросам обеспечения жертв пыток правовыми средствами защиты, которые наряду с другими элементами, подразумевают принцип полного возмещения означающий, что средства правовой защиты должны включать реституцию, компенсацию, реабилитацию, удовлетворение и гарантии неповторения. В связи с этим эксперты LPRC: осуществили анализ законодательства о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс;

обзор судебной практики, на соответствие основным требованиям международного права; и выработали рекомендации по изменению законодательства и практики Республики Казахстан. Этот анализ и рекомендации представлены в Разделе «Гражданское законодательство».

Раздел «Демократические институты» представлен экспертными заключениями на проекты законов антикоррупционного пакета. Речь идет о таких компонентах открытого правительства как, доступ к информации, общественное участие и противодействие коррупции. Эксперты LPRC подвергли тщательному анализу проекты законов «О доступе к информации», «Об общественных советах» и «О противодействии коррупции». Цели, стоящие перед законопроектами, соответствуют курсу Казахстана на прозрачность и подотчетность Правительства. Тем не менее, разработчикам законов не удалось представить проекты, соответствующие международным стандартам и современным требованиям.

В заключение LPRC 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 2015 году мы работали с Посольством Великобритании в Казахстане, Делегацией Европейского Союза в Казахстане, Посольством США, ПРООН, ЮНЕСКО, Центром ОБСЕ в Астане и Open Society Foundations.

LPRC благодарит Open Society Foundation за поддержку публикации Ежегодника.

Центр исследования правовой политики (LPRC)

КОВАЛЕВ Н.

*Доктор философии в области права (Ph.D. in law),
доцент (Associate Professor) кафедры криминологии
Университета Уилфрида Лорье (Wilfrid Laurier University), Канада*

АНАЛИЗ ОТДЕЛЬНЫХ ПОЛОЖЕНИЙ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН, КАСАЮЩИХСЯ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ НА ЭТАПЕ ДОСУДЕБНОГО ПРОИЗВОДСТВА¹

Предмет настоящего анализа – текст статей Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан», касающихся судебного контроля на этапе досудебного производства, от 4 июля 2014 г. (далее УПК РК).

Цель анализа - исследование степени соответствия отдельных норм указанного закона основным стандартам прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве, закрепленным в международном праве, Конституции Республики Казахстан, а также в законодательстве ряда зарубежных стран.

Анализ и выводы. Одним из существенных нововведений нового УПК РК является введение новой процессуальной фигуры - следственного судьи, роль которого будет заключаться в обеспечении судебного контроля за законностью досудебного производства.

Введение данной процессуальной фигуры может способствовать соблюдению принципа состязательности сторон на досудебной стадии уголовного судопроизводства.

Несомненно, введение института следственного судьи является очень прогрессивным шагом в судебной реформе Республики Казахстан. Вместе с тем, на наш взгляд, выбор названия для нового института – следственный судья является не совсем удачным. Во-первых, термин «следственный» может интерпретироваться как юристами, так и гражданами как судья, осуществляющий расследование уголовных дел. Действительно, в зарубежном законодательстве и юридической литературе термин следственный судья скорее всего ассоциируется с французским институтом следственного судьи или *juge d'instruction*, который был введен во Франции в 1810 г., а затем был введен и в других европейских странах.² Традиционной функцией европейского следственного судьи являлось проведение предварительного расследования. В дореволюционной России данный институт назывался судебный следователь. В последние годы в некоторых странах Европы наметилась тенденция упразднения должности следственного судьи и передачи функций следствия органам

¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Open Society Foundation. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Open Society Foundation.

² См. например, Л.В. Головкин, Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. Москва: СПАРК, 1995, стр. 67.

полиции и прокуратуры. Вместе с тем, в некоторых европейских странах, например, в Германии, Франции и Италии в последние годы была введена специальная должность судьи, который решает вопросы о применении ареста и надзирает за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Так, в Германии такой судья называется *Ermittlungsrichter* или судья по предварительному следствию, во Франции – *juge des libertés et de la détention* или судья по правам и предварительному заключению, в Италии – *giudice per le indagini preliminari* или судья по предварительному расследованию.³ В этих европейских странах данный судья не участвует ни в предварительном расследовании, ни в рассмотрении уголовного дела по существу, т.е. принятии решения о виновности или невиновности подсудимого. Исходя из анализа текста УПК РК авторы закона вводят институт не следственного судьи, а институт судьи по правам и свободам на предварительном следствии.

Мы полностью поддерживаем передачу полномочий санкционировать арест и давать разрешение на некоторые другие следственные действия специальному судье. Следует отметить, однако, что нам представляется, что УПК РК неоправданно предоставляет полномочия по санкционированию обыска и выемки, негласных следственных действий, а также по применению мер пресечения, не связанных с содержанием под стражей с возложением на подозреваемого, обвиняемого, подсудимого обязанностей, предусмотренных ст. 140 ч. 3 УПК РК.

Вопрос о применении залога, а также других мер пресечения как альтернативы содержания под стражей должен решаться исключительно судьей, а не следователем или прокурором пусть даже при формальном разрешении судьи. Право применять залог, и, тем более, определять его сумму может также привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов, а также коррупции. Что касается такой меры как запрет на приближение к определенному лицу, то так как данная мера направлена на ограничение прав обвиняемого, то необходимо, чтобы решение о ее применении также применялось независимым от следствия и обвинения лицом, а не прокурором или следователем.

Основания задержания (ст. 128 УПК РК)

Статья 128 УПК РК содержит весьма широкий список оснований для задержания лица подозреваемых в совершении преступлений. На наш взгляд, некоторые из этих оснований слишком широки и могут привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов. Так, например, согласно п. 4 ч. 2 ст. 128 УПК РК подозреваемый может быть задержан когда в полученных в соответствии с законом материалах оперативно-розыскной деятельности и (или) негласных следственных действий в отношении лица имеются достоверные данные о совершенном или готовящемся им преступлении. На наш взгляд, данное положение может слишком широко толковаться сотрудниками правоохранительных органов. Кроме того, достоверность материалов ОРД или негласных следственных действий в случае задержания не подлежит предварительной проверке судебным органом.

Во многих правовых государствах полицейские, когда хотят задержать конкретного человека, должны обратиться к судье до задержания подозреваемого, и до того, как ему стало известно о намерении полиции задерживать его. В случае если полиция убеждает судью в необходимости задержания («ареста» по терминологии Международного пакта о гражданских и политических правах), они получают на это ордер и осуществляют задержание. Однако, казахстанское законодательство не

³ Delmas-Marty, M. and Spencer, J.R. (eds.) (2005). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press.

содержит подобного положения и любое задержание производится полицией без предварительного на то разрешения со стороны суда. Вместо этого законодательство предусматривает в качестве меры пресечения содержание под стражей, как правило после того как лицо уже было задержано.⁴ Такая практика, на наш взгляд, противоречит международным стандартам в области защиты прав человека и способствует применению незаконных методов следствия для сбора необходимых доказательств для санкционирования ареста. УПК РК должен предусмотреть две различные процедуры. Первая процедура должна касаться судебного санкционирования задержания или ареста по ордеру суда, при которой суд выносит решение о задержании лица, до его фактического задержания. Вторая процедура будет применяться в случаях, когда лицо было задержано без решения суда в случаях задержания на месте преступления.

Необходимость введения института задержания (ареста) по ордеру суда в Республике Казахстан объясняется рядом причин. Во-первых, казахстанская полиция может использовать возможность необоснованного задержания лица до санкции суда для получения признательных показаний даже в случаях, когда нет серьезных оснований подозревать задерживаемое лицо в совершении преступления. Нередко для получения признательных показаний и раскрытия преступления полиция грубо нарушает уголовно-процессуальное законодательство, путем применения пыток, запугивая, шантажируя и обманывая задержанных. Часто такие показания признаются судом допустимыми, так как подсудимому чрезвычайно трудно убедить судью в том, что к нему применялись незаконные методы следствия и дознания и, что его признательные показания были недобровольными. Наличие признательных показаний в деле часто приводит к обвинительному приговору даже в случаях, когда подсудимый отказывается от признательных показаний на стадии судебного разбирательства, и нет прямых доказательств его вины. В таких случаях очень высока вероятность осуждения невиновных лиц. Институт задержания (ареста) по ордеру суда сократит случаи необоснованного задержания (ареста) лица полицией с целью «выбивания» признательных показаний.

Задержание лица на срок до 72 часов, кроме случаев задержания на месте преступления, является серьезным ограничением прав и свобод человека. Законность и обоснованность такого вмешательства государства в права и свободы граждан должна быть определена исключительно судом, основным защитником прав и свобод граждан от посягательств государства. Причем определение обоснованности и законности применения фактического задержания (ареста) к подозреваемому должно быть сделано, по возможности, не постфактум, а наоборот, до того, как государство нарушило права и свободы человека. В противном случае государство вряд ли способно компенсировать нарушение прав лица после его необоснованного и незаконного задержания.

Институт задержания (ареста) по ордеру суда повысит ответственность следственных органов перед судебной властью. Неограниченные полномочия полиции задерживать лицо на срок до 72 часов порождают чувство безнаказанности у сотрудников правоохранительных органов. Этот институт также бы стимулировал сотрудников полиции более эффективно расследовать преступления не только благодаря признательным показаниям задержанного, а путем тщательного криминалистического исследования следов преступления и других вещественных доказательств. Это в свою очередь повысит не только профессиональный уровень органов следствия и дознания, но и уровень доверия населения к правоохранительным органам. В этой связи представляется, что законодатель

⁴ Ст. 148 ч. 4 УПК РК.

необходимо рассмотреть вопрос о том, что, кроме случаев задержания на месте преступления, правоохранительные органы должны обращаться в суд за специальным ордером на задержание (арест) подозреваемого. При этом суд должен иметь возможность для проверки материалов негласных следственных действий перед тем как выдать ордер на арест подозреваемого. Целесообразно рассмотреть каким образом данный вопрос регулируется в ряде зарубежных стран.

Германское право различает задержание на месте преступления (*in flagrante delicto*) от ареста по ордеру суда. Если существуют основания для выдачи ордера на арест, либо обвиняемый не явился по повестке судьи или прокурора, судья может также выдать специальный приказ принуждающий обвиняемого явиться в суд (*Vorführungsbefehl*). Судья выдает ордер на арест (*Haftbefehl*) в том случае, если имеются серьезные доказательства против подозреваемого в совершении преступления (*dringender Tatverdacht*).⁵

В итальянском праве различают два вида задержания. Первый вид задержания (*arresto*) осуществляется полицией в случаях задержания на месте преступления (*flagranza*). Для того, чтобы полиция смогла произвести такое задержание необходимо, чтобы противоправное действие входило в категорию умышленных преступлений (*non colposo*), наказуемых лишением свободы как минимум 5 лет. Другим видом задержания является фермо (*fermo*), к которому прокурор может прибегать в случаях, если существуют реальные причины полагать, что лицо, которое подозревается в совершении определенных преступлений, перечисленных в уголовно-процессуальном законодательстве, скорее всего, скроется от следствия и суда. Кроме этого полиция и прокуратура должны обладать серьезными уликами виновности подозреваемого, а не ограничиться простым подозрением.⁶

Во Франции, как и в других странах, лицо может быть задержано на месте преступления. Застигнув на месте преступления правонарушителя, любой гражданин может задержать его и доставить в ближайший полицейский участок. В случае задержания на месте преступления одного из подозреваемых, и если следственный судья недоступен, прокурор (*procureur de la République*) может выдать приказ о приводе других подозреваемых к следственному судье (*mandat d'amener*). Кроме этих двух случаев лицо может быть задержано (арестовано) только на основании ордера, выданного следственным судьей или председательствующим судьей Следственной Палаты.⁷

Порядок процессуального задержания (ст. 131)

На наш взгляд, УПК РК не в достаточной мере гарантирует право подозреваемого в совершении преступления быть информированным о его правах с момента его фактического задержания. Согласно положению ст. 131 ч. 1 УПК РК при задержании лица по подозрению в совершении уголовного правонарушения должностное лицо органа уголовного преследования устно объявляет лицу о его правах. Существует вероятность того, что сотрудники правоохранительных органов смогут злоупотреблять своими полномочиями и не информировать подозреваемых об их правах в момент фактического задержания, а также неправильно фиксировать время фактического задержания, для того, чтобы незаконно продлить допустимый срок

⁵ Mireille Delmas-Marty and J.R. Spencer, *European Criminal Procedure*, Cambridge University Press, 2002, p. 334.

⁶ Craig Bradley, *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 2nd ed. Durham, Carolina Academic Press, 2007, p. 306.

⁷ Там же, pp. 207-208.

задержания под стражей свыше 72 часов. Для того, чтобы предупредить подобные нарушения прав подозреваемых законодателью рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Для того, чтобы исключить факты давления на подозреваемого с момента задержания и до момента его допроса в полицейском участке необходимо также обязать правоохранительные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в полицейской машине, а также в полицейском участке.

Согласно ст. 128 ч. 5 УПК РК подозреваемый может быть задержан до применения меры пресечения на срок до 72 часов. Кроме того, если органы следствия и прокуратуры намерены ходатайствовать перед судьей о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, то согласованное прокурором постановление лица, осуществляющего досудебное расследование, о санкционировании содержания под стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть представлены следственному судье не позднее чем за двенадцать часов до истечения срока задержания (60 часов с момента задержания), а следственный судья рассматривает ходатайство в срок не позднее восьми часов с момента поступления материалов в суд (не позднее 68 часов с момента задержания) с участием прокурора, подозреваемого, обвиняемого, его защитника. Хотя международные стандарты по правам человека прямо не указывают конкретных максимальных сроков задержания подозреваемого перед тем как доставить его к судье, тем не менее Комитет ООН по правам человека усомнился в том, что даже срок 48 часов является разумным. В частности член Комитета Бертил Веннергрэн в ходе обсуждения доклада по правам человека в ФРГ указал, что 48-часовой срок задержания без решения суда является суровым, однако г-г Веннергрэн признал, что на практике было бы сложным снизить такой срок до 12 часов.⁸

В демократических, правовых государствах максимальный срок задержания подозреваемого перед доставкой в суд составляет 48 и менее часов. В частности, в Германии полиция должна доставить задержанного к судье без промедления, в любом случае на следующий день после задержания, т.е. в течение 48 часов. В Италии прокурор должен в течение 48 часов получить от судьи санкцию на арест, иначе задержание теряет законную силу. Во Франции полиция может задержать подозреваемого на срок не более чем 24 часа для проведения допроса. Прокурор либо следственный судья могут продлить срок задержания до 48 часов. По истечении этого срока подозреваемый должен быть либо освобожден из под стражи, либо оставлен под стражей по решению судьи по предварительному заключению.⁹ В некоторых других странах, как например, Великобритания, Канада и США гарантирован еще более короткий срок в течении которого подозреваемый должен предстать перед судьей: 24 часа в Канаде и США и 36 часов в Великобритании.¹⁰

⁸ Official Records of the Human Rights Committee 1989/90 Volume I, para 41, 50.

⁹ Ковалев, Н. Замечание к законопроекту Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста». Варшава. БДИПЧ/ОБСЕ, 17 сентября 2007 г.

¹⁰ Ковалев, Н. Роль прокурора в уголовном процессе на этапе ареста и заключения под стражу подозреваемого (обвиняемого). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30152181

Виды мер пресечения

Ст. 137 УПК РК содержит список видов мер пресечения. Хотя законодатель не ранжирует меры пресечения по степени их тяжести, тем не менее можно сделать вывод, что список видов мер пресечения начинается от самой либеральной меры (подписка о невыезде и надлежащем поведении) и завершается самым обременительным или ограничительным для прав и свобод граждан мерой (содержанием под стражей). На наш взгляд, казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из-под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса об их применении. Иными словами, следственный судья должен будет применить наименее обременительную меру пресечения для подозреваемого если сторона обвинения не убедит судью в необходимости применения наиболее ограничительной меры пресечения. Например, следственный судья должен применить подписку о невыезде если прокурор не сможет убедить судью, что интересы правосудия могут быть обеспечены только путем применения залога либо более ограничительной меры пресечения. Также судья должен применить залог если сторона обвинения не сможет убедить судью в необходимости применения домашнего ареста. Такой подход используется в праве ряда зарубежных стран. Например, в Канаде он именуется лестничным подходом (ladder approach) при применении мер пресечения различной тяжести и ограничения.¹¹ Такой подход будет направлен на обеспечение таких прав граждан как право на презумпцию невиновности (ст. 77 п. 3 Конституции РК) и право быть освобожденным из под стражи до суда (ст. 9 п. 3 МПГПП).

Основания для применения меры пресечения

Статья 136 УПК РК гласит, что применение одной из мер пресечения возможно при наличии достаточных оснований полагать, что подозреваемый (обвиняемый): (1) скроется от органов уголовного преследования или суда; (2) воспрепятствует объективному расследованию дела или его разбирательству в суде; либо (3) будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а также (4) для обеспечения исполнения приговора. При этом УПК РК умалчивает кто несет бремя доказывания о существовании таких «достаточных оснований». Представляется, что казахстанскому законодателю необходимо четко указать в тексте ст. 136, что бремя доказывания существования одного из оснований лежит на стороне обвинения.

Залог

Статья 9(3) МПГПП гласит, что заключение под стражу должно рассматриваться в качестве исключительной меры пресечения, а не в качестве общего правила. Это касается в том числе и тяжких преступлений. Это означает, что государство должно стремиться к применению других мер пресечения. Одной из таких мер должен стать залог. Вместе с тем норма, закрепленная в ст. 145 ч. 1 УПК РК ограничивает применение залога в случаях особо тяжких преступлений. Кроме того, ст. 136 ч. 2 гласит, что содержание под стражей в качестве меры пресечения может быть применено по мотивам одной лишь тяжести совершенного преступления. Эти два положения УПК РК несомненно нарушают принцип презумпции невиновности.

¹¹ Steven Penney, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos, Criminal Procedure in Canada, LexisNexis, 2011, pp. 368-370.

Положение ст. 145 ч. 11 УПК РК предусматривает, что в случае неисполнения без уважительных причин подозреваемым, обвиняемым обязательств, обеспеченных залогом, прокурор направляет следственному судье ходатайство об обращении залога в доход государства. При этом нормы УПК умалчивают каким образом определяется вопрос допустил ли подсудимый или обвиняемый одно из нарушений. В этой связи законодателю необходимо ввести положение, согласно которому решение об обращении залога в доход государства принимается судьей после проведения слушаний. В ходе этих слушаний судья должен решить следующие вопросы: (1) подтверждаются ли факты того, что обвиняемый совершил одно из нарушений; (2) если эти факты подтверждаются должен ли обвиняемый быть помещен под стражу, а залог обращен в пользу государства. При этом бремя доказывания фактов того, что обвиняемый совершил одно из нарушений лежит на стороне обвинения, а в случае положительного ответа на первый вопрос бремя доказывания того, что обвиняемый не должен быть помещен под стражу и залог не должен быть обращен в пользу государства должно лежать на обвиняемом.

Содержание под стражей

Согласно положению ч. 2 ст. 147 УПК РК право на возбуждение ходатайства о применении в качестве меры пресечения содержание под стражей принадлежит лицу, осуществляющему досудебное расследование. На наш взгляд, функция возбуждения ходатайства и его поддержание в суде должна находиться в исключительной компетенции прокурора, так как именно он представляет интересы государства в суде, а также именно на нем лежит функция поддержания государственного обвинения. С другой стороны, роль следователя должна быть ограничена осуществлением следствия по уголовному делу и возбуждение ходатайства о выборе меры пресечения в виде содержания под стражей не должно входить в его компетенцию. При этом, очевидно, что прокурор должен будет возбуждать и поддерживать ходатайство на основе материалов, собранных следователем и оперативными работниками.

Как уже указывалось выше согласно ст. 147 ч. 4 УПК РК согласованное прокурором постановление лица, осуществляющего досудебное расследование, о санкционировании содержания под стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть представлены следственному судье не позднее чем за двенадцать часов до истечения срока задержания, то есть не позднее 60 часов после задержания. Данный срок является неоправданно долгим. Представляется необходимым объяснить какими мотивами руководствовался законодатель при выборе максимального срока задержания на 60 часов до передачи материалов уголовного дела в суд. Кроме этого, важно прояснить логику положения, согласно которому материалы уголовного дела должны поступить судье заранее до проведения судебного слушания. Представляется, что, сохранив эти положения закона в предложенном варианте, существует риск того, что правоохранные органы будут злоупотреблять своим положением и максимально использовать данный срок для сбора необходимых доказательств для обоснования задержания и содержания под стражей, в том числе для получения признательных показаний от задержанного. Что касается поступления дела к судье до судебного заседания, то это можно обосновать желанием законодателя предоставить следственному судье возможность ознакомиться с материалами дела до проведения заседания, ускорив процесс рассмотрения в суде. Трудно согласиться с такой логикой авторов УПК РК. Представляется, что ознакомление следственного судьи с материалами уголовного дела заранее до заслушивания обеих сторон способно вызвать у него предубеждение

против задержанного, а также способно превратить судебное заседание в формальную процедуру выдачи санкции на арест.

Сроки содержания под стражей (ст. 151)

Хотя ст. 151 ч. 1 УПК РК определяет обычный срок содержания под стражей до суда в 2 месяца, данный срок может быть продлен до 5 месяцев, затем до 9, а в некоторых случаях до 12 месяцев и даже до 18 месяцев.

Представляется, что данные сроки продления содержания под стражей носят чрезмерно продолжительный, а в некоторых случаях дискриминационный характер. Во-первых, период на который может продлеваться срок содержания под стражей каждый раз не должен быть продолжительнее двух месяцев. Иными словами, после первых двух месяцев содержания под стражей судья должен иметь возможность проверить законность и обоснованность содержания под стражей каждые два месяца, вместо того, чтобы продлевать срок заключения на три или четыре месяца, как это закреплено в тексте УПК РК.

Негласные следственные действия (ст.ст. 231-251)

Новый УПК РК ввел институт негласных следственных действий (НСД), которые по своему характеру схожи с оперативными-розыскными мероприятиями. УПК РК закрепляет прокурорский контроль за проведением некоторых негласных следственных действий, перечисленных в пп. 1) – 6) ст. 231. При этом, кодекс не предусматривает судебного контроля за проведением этих действий, что является на наш взгляд существенным недостатком нового УПК. Из текста ст. 231 очевидно, что способы сбора информации путем проведения негласных следственных действия правоохранительными органами очень часто сопряжены с прямым вмешательством в частную жизнь граждан, ограничением и нарушением их прав и свобод.

В частности, НСД способны ограничить или нарушить следующие права и свободы, гарантированные Конституцией Республики Казахстан:

- (1) Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства (ст. 18);
- (2) Право на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. (ст. 18);
- (3) Право на неприкосновенность жилища (ст. 25).

В этой связи при проведении этих действий контроль независимого судебного органа просто необходим. В современной теории гражданских прав выделяют концепцию *прайвеси* (*privacy*) или свободы от необоснованного вторжения в деятельность гражданина, которая находится в сфере его индивидуальной автономии.¹² Термин *прайвеси* содержится в английском варианте ст. 17 МПГПП. В русском тексте за неимением эквивалентного термина используется термин *личная жизнь*¹³. В странах английской правовой семьи, где концепция *прайвеси* получила свое начало, выделяют три ее различных аспекта или зоны:

- (1) территориальный аспект относится к определенному месту, например, жилищу человека;

¹² Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford University Press, 2005, p. 476.

¹³ В решениях Комитета по правам человека на русском языке также используется термин «частная жизнь».

- (2) личный или физический аспект, который затрагивает интересы в отношении человеческого тела (тело, облик человека, его голос или имя);
- (3) информационный аспект, который затрагивает такие вопросы, как состояние здоровья, сексуальная ориентация и жизнь, социальные взгляды, дружеские и другие социальные отношения.¹⁴

Хотя Конституция Республики Казахстан не содержит термина *прайвеси*, очевидно, что все три аспекта этой концепции закреплены в тексте Конституции в виде права на неприкосновенность частной жизни, права на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений, а также права на неприкосновенность жилища. В этой связи в данном анализе мы используем термин «прайвеси», как право, охватывающее все конституционные права, затрагивающие интересы личную или частную жизнь граждан.

Негласная следственная деятельность по своей природе направлена на ограничение прайвеси граждан, которые выступают в качестве объектов наблюдения, прослушивания телефонных переговоров, контроля почтовых отправлений. Таким образом, НСД априори ограничивает и нарушает конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако, исходя из содержания Конституции Республики Казахстан, право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища не являются абсолютными и могут быть ограничены. Вместе с тем, Конституция позволяет ограничивать право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища при соблюдении обязательного условия: в случаях и в порядке, установленных законом. Для того, чтобы действия органов, осуществляющих НСД, были конституционными это условие должно быть соблюдено. Это означает, что случаи, основания и порядок принятия решения о применении НСД должны быть подробно указаны в законе.

С одной стороны, новый УПК РК содержит положения, направленные на соблюдение этого конституционного условия.

С другой стороны, однако, представляется, что положения УПК о НСД не соответствуют требованиям Конституции РК по следующим основаниям.

Во-первых, на наш взгляд, отсутствие судебного контроля над НСД нарушает положение ст. 13 Конституции РК о праве каждого на судебную защиту своих прав и свобод. Прокурор, который является органом уголовного преследования¹⁵ в силу своей основной функции не может обеспечить защиту прав и свобод граждан в отношении которых органы уголовного преследования намерены произвести НСД. Так как вынесение решений о производстве НСД производится без участия стороны защиты при их принятии необходимы дополнительные гарантии того, что такие решения не будут предвзятыми. Это может быть обеспечено только при участии независимого от уголовного преследования органа, например, судьи по надзору за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Во многих странах функции санкционирования НСД исполняются судьями, которые не участвуют в разбирательстве дел по существу. Кроме того, как отмечалось выше, в некоторых странах западной Европы существуют специализированные судьи, которые осуществляют контроль за правоохранительными органами, осуществляющие следственные и оперативно-розыскные мероприятия. Как правило, данные судьи не рассматривают дела по существу, а занимаются проверкой обоснованности и законности действий следственных органов и органов прокуратуры и обеспечением прав и свобод граждан при осуществлении НСД.

¹⁴ Michael Power, The Law of Privacy, LexisNexis, 2013, p. 236.

¹⁵ Ст. 7 п. 25 УПК РК.

В Германии надзор за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия осуществляется специализированным судьей – *Ermittlungsrichter* (судья предварительного расследования). Данный судья обладает широкими полномочиями. Он, в частности, решает вопросы по заключению под стражу или временное помещение в психиатрический стационар; временному лишению водительских прав; санкционирует обыск и выемку; санкционирует телефонное прослушивание подозреваемого; выполняет функции по протоколированию свидетельских показаний. Данный судья не участвует в решении дел первой инстанции или по существу. Он проверяет законность и обоснованность актов полиции и прокуратуры, при этом не руководит предварительным следствием.¹⁶ Обычно органы полиции не могут самостоятельно обратиться к судье по предварительному расследованию, кроме случаев которые не терпят отлагательства. Полиция должна обратиться к соответствующему прокурору с просьбой о заявлении ходатайства в суд.¹⁷

В Италии также существует институт специализированного судьи – *giudice per le indagini preliminari* (сокращенно GIP) или судья по предварительному расследованию. Данный судья надзирает над органами предварительного следствия (прокуратурой и полицией) с целью обеспечения прав подсудимых: санкционирование ареста, прослушивания телефонных переговоров и т.п.; контроль за соблюдением сроков предварительного следствия; в некоторых случаях протоколирование свидетельских показаний. Данный судья назначается на должность в каждый трибунал (*tribunale*) или суд административного или муниципального округа, охватывающий территорию нескольких коммун (*circondario*). В каждой итальянской провинции имеется хотя бы один трибунал. В отличие от судебных следователей (*giudice istruttore*), эквивалентных французскому следственному судье (*juge d'instruction*) и существовавших в Италии до реформы 1989 г., институт GIP не имеет обвинительных или следственных функций, которые по новому закону являются функциями прокуратуры. Первоначально GIP участвовал в качестве председательствующего на предварительном слушании, однако закон 1998 г. изменил уголовно-процессуальный кодекс и передал данную функцию другому специальному судье, *giudice dell'udienza preliminare* (сокращенно GUP – судья по предварительному слушанию).¹⁸

На наш взгляд, казахстанскому законодателю необходимо рассмотреть вопрос о передаче функции санкционирования всех НСД следственному судье и, соответственно, изменив его наименование на судью по соблюдению прав человека на предварительном следствии.

Во-вторых, в УПК отсутствуют четкие основания, при которых возможно применение НСД в отношении граждан. УПК предусматривает широкий список граждан в отношении которых могут проводиться НСД:

- 1) лица, на которое в заявлении, сообщении об уголовном правонарушении указано как на лицо его подготавливающее, совершающее или совершившее, либо в отношении которого имеются иные основания полагать, что оно имеет отношение к расследуемому правонарушению либо обладает сведениями о подготавливаемом, совершаемом или совершенном уголовном правонарушении;
- 2) подозреваемого;
- 3) потерпевшего с его письменного согласия;

¹⁶ Николай Ковалёв, Заключение под стражу по решению суда в ряде Европейских стран // Юрист, № 7, 2007, стр. 89-94.

¹⁷ Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Ties Prakken and Taru Spronken (eds.), *Suspects in Europe*, 2007, стр. 82.

¹⁸ Ковалёв, сноска 8 выше, стр. 90.

4) третьего лица, если есть сведения, что третье лицо получает или передает информацию, имеющую значение для дела;

5) места в случае, если имеются обстоятельства или предполагается их возникновение, которые могут иметь значение для дела.

Таким образом, проведение НСД не ограничивается только подозреваемыми или обвиняемыми. Кроме того, закон ничего не говорит о том, какие доказательства причастности лица к совершению преступления, в отношении которого могут быть применены НСД, могут рассматриваться в качестве достаточных для решения вопроса о применении НСД. Например, должны ли органы НСД представлять прокурору показания очевидцев, которые могут утверждать, что лицо, в отношении которого может быть проведены НСД, планирует, покушается или совершило преступление.

Закон должен однозначно описать основания, при которых допустимо вмешательство в частную жизнь лица путем применения НСД. В частности, закон должен указывать какие доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения к нему НСД. В законе отсутствует четкий критерий или стандарт доказывания, который должен удовлетворить орган, ходатайствующий перед санкционирующим органом о проведении НСД. В противном случае, органы НСД могут применять НСД в отношении любого лица без каких-либо обоснованных оснований. Это, на наш взгляд, сводит конституционные гарантии, запрещающие вмешательство в частную жизнь граждан без законных оснований, к простой декларации. Понятие законных оснований включают на наш взгляд объективные доказательства, свидетельствующие о причастности лица к совершению преступления.

В-третьих, представляется, что действующий закон предусматривает слишком длительный максимальный срок действия НСД – до шести месяцев, а в некоторых случаях и более.¹⁹ На наш взгляд, для того, чтобы ограничить возможность правоохранительных органов вторгаться в частную жизнь граждан, закон должен предусматривать более короткий срок действия решения при возможном продлении срока действия НСД при подачи ходатайства о продлении действия НСД и при подаче доказательств поддерживающих это ходатайство в суде. Это будет способствовать более надежному контролю со стороны суда.

Республика Казахстан является участником ряда международных соглашений, гарантирующих права и свободы граждан, которые могут быть ограничены уголовно-процессуальным законодательством. В частности, в 2006 г. Республика Казахстан ратифицировала Международный пакт о гражданских и политических правах (далее МПГПП), положения которого имеют приоритет над нормами уголовно-процессуального законодательства.

Представляется, что некоторые нормы действующего УПК РК не только входят в противоречие с Конституцией Республики Казахстан, но также не соответствуют положениям МПГПП.

На наш взгляд, нормы действующего УПК РК не соответствуют требованиям ст. 17 МПГПП, которая запрещает произвольное или незаконное вмешательство в личную и семейную жизнь граждан, произвольное или незаконное посягательство на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции. Так, в параграфе 8 Замечания общего порядка № 16 Комитет ООН по правам человека отмечает, что в «соответствующем законодательстве должны подробно определяться конкретные

¹⁹ Ст. 236 ч. 3 УПК РК.

обстоятельства, в которых такое вмешательство [в частную жизнь] может допускаться».²⁰

Комитет ООН по правам человека в своих докладах неоднократно подвергал критике правительства ряда государств за несоответствие их законодательства требованиям ст. 17 МПГПП. Например, в своих Замечаниях по Российской Федерации от 1995 г. Комитет ООН по правам человека высказал обеспокоенность тем, «что механизмы, вторгаться в частную телефонную связь продолжают существовать, без четкого законодательства, устанавливающего условия законного вмешательства в частную жизнь и обеспечения гарантий от незаконного вмешательства».²¹

Как говорилось выше, нормы действующего закона четко не описывают законные основания, при которых возможно производство НСД. В этой связи действующий УПК РК в надежной степени не обеспечивает защиту от произвольного и незаконного вмешательства в личную и семейную жизнь граждан, а также защиту от незаконного посягательства на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции.

Европейская Конвенция по правам человека содержит положение, сходное с положением ст. 17 п. МПГПП. В частности, ст. 8 ЕКПЧ гласит:

Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности, или защиты прав и свобод других лиц.

Хотя Республика Казахстан не является страной-участницей Совета Европы и на нее прямо не распространяются прецеденты Европейского Суда по правам человека, тем не менее представляется, что юридические стандарты, выработанные Страсбургским судом, могут рассматриваться законодателем Республики Казахстан в качестве модельных правил возможных для заимствования, тем более, что около половины бывших Советских Республик являются участниками Совета Европы. В последние пять лет Европейский Суд по правам человека вынес несколько решений против ряда стран-участниц Совета Европы за несоответствие их законодательства об ОРД и НСД положениям ст. 8 Европейской конвенции по правам человека.

Так, в решении по делу *Быкова против Российской Федерации*, Европейский Суд по правам человека указал:

78. Суд неоднократно указывал, что, когда дело доходит до перехвата сообщений с целью полицейского расследования, «закон должен быть достаточно ясным в его содержании, для того чтобы дать гражданам адекватное указание на обстоятельства и условия, при которых государственные власти могут прибегнуть к такому тайному и потенциально опасному вмешательству в частную жизнь и корреспонденцию».²²

²⁰ Замечания общего порядка № 16, ¶ 8. Русская версия замечаний доступна по адресу http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf

²¹ (1995) UN doc. CCPR/C/79/Add.54. Английский текст доступен по адресу <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/0/ee8895c6dc1a616ac12563f00056728e?Opendocument>

²² *Bykov v. Russia*, application No. 4378/02, 10 March 2009.

В другом решении *Сефилян против Армении* Европейский Суд по правам человека подверг критике законодательство Армении об ОРД:

129. [...] Суд не может игнорировать ряд серьезных недостатков в законодательстве Армении в рассматриваемый период времени.

130. В частности, закон не устанавливал ни типы преступлений ни категорий лиц, в отношении которых тайное наблюдение, может быть разрешено. Так же не уточнялись обстоятельства, при которых, или основания, на которых, такая мера могла быть назначена. Следует отметить в этой связи, что отсутствие подобного рода деталей, способно привести к особенно серьезным последствиям, учитывая то, что эта мера могла бы быть разрешена в отсутствии уголовного преследования.

131. В законе также не были четко предусмотрены максимальные сроки для тайного наблюдения. Таким образом, в то время как эффект наблюдения, разрешенного судебным ордером, обычно ограничивался шестью месяцами, судья, тем не менее мог принимать иное решения.

132. Кроме того, закон не предписывает никаких периодических проверок за мерами либо судебным, либо другим аналогичным независимым контролем за их реализацией [...].

133. Вышеизложенное является достаточным для того, чтобы Суд пришел к выводу, что вмешательство [в частную жизнь] было осуществлено не «в соответствии с законом», поскольку законодательство Армении на момент рассмотрения дела не содержало достаточно четких и подробных правил и не представляло достаточных гарантий против злоупотреблений.²³

Приведенные примеры судебных решений указывают на то, что европейские стандарты прав человека требуют от законодательства об ОРД (НСД), во-первых, ясности содержания, а во-вторых, подробного указания в каких случаях и обстоятельствах возможно применение ОРМ (НСД) затрагивающих частную жизнь. В-третьих, прецедентное право Европейского суда по правам человека требует наличие периодического контроля, в том числе судебного, за проведением ОРМ (НСД).

Специфика НСД предполагает, что организация и тактика НСД носят негласный, закрытый характер и подробно обсуждаются в закрытой литературе. Кроме того, ст. 232 ч. 10 УПК РК гласит, что порядок проведения негласных следственных действий определяется правоохранительными и специальными государственными органами по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. Однако, это не должно означать, что закрытость организации и тактики может распространяться на основания проведения НСД. Законодательство должно эффективно защищать конституционные права граждан от произвола правоохранительных органов.

Как говорилось выше, законодателю необходимо четко определить какие НСД требуют судебного решения на их применение, а также каким образом обеспечиваются права и свободы граждан в ходе проведения мероприятий, которые

²³ Sefilyan v. Armenia, Application no. 22491/08, final decision of 02/01/2013.

не требуют судебного разрешения. Закон не должен ограничиваться кратким определением некоторых НСД, а должен описать процедуру получения разрешения на их применение, а также полномочия правоохранительных органов при их реализации. Данный анализ лишь в общих чертах обсуждает важные, на наш взгляд, вопросы, касающиеся отдельных НСД.

Негласная контролируемая поставка, негласный контролируемый закуп

Хотя негласная контролируемая поставка и негласный контролируемый закуп представляют собой два различных НСД, аргументы в отношении их законности и обоснованности могут быть объединены в одну группу.

Во-первых, оба эти НСД могут проводиться «в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений» в отношении «предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также других предметов, являющихся орудием или средством совершения преступлений, либо предметов, добытых преступным путем, либо предметов, противоправные деяния с которыми являются контрабандой».²⁴ Зачастую, эти НСД проводятся в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

Во-вторых, при проведении этих НСД правоохранительные органы используют методы хитрости и обмана в отношении объектов НСД. Зачастую сотрудники полиции совершают поступки, которые содержат в себе признаки противоправной деятельности. Проведение этих НСД можно сравнить с двумя тесно связанными между собой концепциями уголовного и уголовного права: (1) использование правоохранительными органами агентов-provocateurs (от француз. *agent provocateur*) и (2) применение так называемой «ловушки» или «приманки» (от английского *entrapment*).

Об использовании агентов-provocateurs, подстрекающих к совершению преступлений для того, чтобы привлечь исполнителя преступления к совершению преступления в различных странах Европы писал еще в начале 20 века профессор Таганцев.²⁵ В ряде западных стран использование агентов-provocateurs и западни либо запрещено совершенно, либо ограничено в применении. Международное право по правам человека также осуждает использование провокации и западни в качестве методов расследования.

В своих решениях Европейский суд по правам человека выделили ряд критериев, наличие которых свидетельствуют о наличии провокации и, вследствие этого, нарушения права на справедливое правосудие.

- (1) отсутствие разумных основания для подозрения лица, в отношении которого проводится НСД, в том числе отсутствие доказательств совершения им прежних преступлений;
- (2) отсутствие предмета преступления (например, наркотических средств) у лица и получение их от третьего лица;
- (3) отсутствие доказательств того, что лицо было предрасположено к совершению преступления;

²⁴ М.П. Смирнов, Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. М.: Экзамен, 2002. С. 150.

²⁵ Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая: В 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 348.

(4) активная роль сотрудников полиции в оказании воздействия на лицо, чтобы оно совершило преступление.²⁶

В некоторых решениях Европейский суд по правам человека рассмотрел эти же критерии только через призму положительных условиях для проведения НСД правоохранительными органами:

(1) Правоохранительные органы должны обладать конкретными и объективными доказательствами того, что лицом сделаны первоначальные шаги для совершения преступления.

(2) Информация, на которой основываются правоохранительные органы при выборе НСД, может и должна быть верифицирована.

(3) Необходимо различать случаи, когда информация о совершаемом преступлении или подготовке к нему исходит от частного заявителя, и когда она исходит от агента или информатора, который сотрудничает с полицией. Во втором случае существует большой риск того, что информаторы могут превратиться в провокаторов, если они непосредственно участвуют в осуществлении НСД.

(4) Само НСД должно обязательно проводиться при пассивной роли оперативных сотрудников и их агентов.

(5) Провокация более вероятна в странах, где отсутствует четкие и очевидные процедуры по авторизации НСД, описанные в законодательстве, а также где отсутствует независимый контроль над правоохранительными органами. В частности, в своих решениях по делам против Российской Федерации Европейский Суд по правам человека особо подчеркнул, что ни закон об ОРД, ни какие-либо другие законодательные акты не предоставляют достаточных гарантий в отношении таких ОРМ (НСД) как проверочная закупка (*test purchase*) и указал на необходимость судебной или другой независимой авторизации и надзора.²⁷

Несмотря на попытки постсоветских ученых правоведов разграничить провокацию от «правомерного» НСД,²⁸ тем не менее, на практике правоохранительные органы часто злоупотребляют своим положением и провоцируют лиц на совершение преступлений. Для того, чтобы предотвратить использование провокации, ловушек и приманок органами, осуществляющими НСД, законодатель Республики Казахстан должен принять ряд конкретных изменений в законодательстве.

Во-первых, необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключающее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих НСД. В частности, законодателю необходимо дать четкое определение и указать на основные признаки провокации. Одно из возможных определений провокации дается профессором Радачинским: «умышленные односторонние действия, направленные на вовлечение лица в совершение преступления с целью последующего изобличения».²⁹

Во-вторых, хотя действующее законодательство Республики Казахстан предусматривает уголовную ответственность правоохранительных органов за провокацию взятки или коммерческого подкупа (ст. 417 УК РК), тем не менее, не

²⁶ Teixeira de Castro v. Portugal, 25829/94, 9 June 1998, para. 38; Ramanauskas v. Lithuania [GC], 74420/01, 5 February 2008; Miliniene v. Lithuania, 74355/01, 24 June 2008.

²⁷ Bannikova v. Russia, 18757/06, 4 November 2010, §§ 33-65; Khudobin v. Russia, 59696/00, 26 October 2006, § 135; Veselov v. Russia, 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2 January 2013, §§ 88-94.

²⁸ См. Радачинский С.Н., Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики. Нижний Новгород, 2011 г.

²⁹ Там же.

предполагает ответственность за провокацию других преступлений. В российской литературе высказывались предложения о введении уголовной ответственности за провокацию любого преступления.³⁰ В этой связи, казахстанскому законодателю предлагается рассмотреть возможность введения уголовной ответственности за провокацию любого преступления.

В-третьих, одной из основных проблем злоупотребления правоохранительными органами своих полномочия является отсутствие независимого контроля за их деятельности при проведении данных НСД. В этой связи представляется, что проведение проверочного закупа и проверочной продажи должно проводиться только на основании решения судьи, который должен убедиться в том, что против конкретного лица имеются основания подозревать его в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления.

В некоторых западных странах, например, в Дании, правоохранительные органы могут использовать некоторые формы «ловушек» и «приманок» только по решению суда. В частности, Гражданский и уголовно-процессуальный кодекс Дании содержит следующие специальные правила. Полиция не может в ходе расследования предлагать конкретному лицу совершить преступление, кроме случаев, когда существуют три обязательных условия: (1) существует разумное подозрение о том, что преступление совершается либо будет совершено; (2) другие методы расследования не достаточны; и (3) совершаемое преступление наказывается более чем шестью годами лишения свободы. Кроме того, закон требует, что решение о проведении НСД должно быть санкционировано судом.³¹

Негласные проникновение и (или) обследование места

Проникновение правоохранительных органов на территорию жилища или другого частного объекта затрагивает интересы территориального аспекта *прайвеси*. В английском языке имеется выражение «A man's home is his castle» (дом человека – его крепость). Представляется, что данный аспект *прайвеси* также имеет крепкие корни и в казахстанском обществе. Граждане Республики Казахстан ожидают, что никто, в том числе правоохранительные органы, не может проникать в их жилище и другие объекты собственности без их согласия, а также без специального судебного разрешения.

Проникновение и обследование помещений затрагивают конституционное право граждан на неприкосновенность жилища и иных объектов, находящихся в его собственности или ином праве. В этой связи, очевидно, что эти действия требуют либо согласия проживающих в нем лиц (в том числе временных жильцов) или владельцев, либо по решению суда за исключением случаев, не требующих отлагательства, например, погоня или расследования «102» звонка, поступившего с номера принадлежащего жильцу.

Негласное обследование проводится в тайне от жильцов или владельцев. Представляется, что негласное обследование жилых помещений и иных объектов должно быть законодательно запрещено, так как существует большой риск того, что в ходе проведения данного НСД могут быть сфабрикованы вещественные доказательства. Вместо этого, правоохранительные органы должны получать решение суда на осмотр или обыск и проводить их гласным образом в присутствии жильцов или собственников.

³⁰ Там же.

³¹ Christopher Slobogin, Criminal Procedure: Regulation of Police Investigation. LexisNexis, 2012, стр. 515.

Негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места; негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи; негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации; негласный контроль почтовых и иных отправлений

Эти виды НСД можно объединить в одну группу, так как все они направлены на ограничение конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений. Эти виды НСД должны проводиться исключительно по предварительному судебному решению.

Право на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений составляет информационный аспект *прайвеси*.³²

Один из наиболее широко используемых НСД, затрагивающих информационный аспект *прайвеси*, является прослушивание и запись переговоров по телефону.

В некоторых странах, существуют довольно жесткие условия для применения таких НСД как прослушивание телефонных переговоров.

Например, в Италии прослушивание телефонных переговоров может быть санкционировано судьей по предварительному расследованию при наличии серьезных оснований полагать, что преступление было совершено или совершается и только в случае, если данное НСД абсолютно необходимо для продолжения расследования.³³ Иными словами, правоохранительные органы обязаны продемонстрировать судье, что использование прослушивания является не просто желательным методом расследования, но абсолютно необходимым, т.е. без него невозможно продолжение расследования.

Законодательство Швеции разрешает прослушивание телефонных переговоров только с санкции суда и только в случаях, когда есть «весомые основания для подозрения лица в совершении или подготовке преступления, и при этом соблюдается принцип пропорциональности». Принцип пропорциональности означает, что «тайное прослушивание телефона... [может] применяться только тогда, когда искомый результат не может быть достигнут иными разумными способами».³⁴ Шведское законодательство также разрешает прослушивание только переговоров с конкретного телефонного номера, который предположительно принадлежит подозреваемому, а не с любых телефонных номеров, которые подозреваемый может использовать.³⁵

Аналогичные требования законодательства к прослушиванию переговоров можно встретить и в законодательстве других демократических стран. В Германии прослушивание телефонных переговоров возможно при соблюдении следующих условий:

- (1) Подозрение, основанное на фактах, что лицо совершило или планирует совершить одно из преступлений, специально указанных в ст. 100а УПК Германии. Это список включает серьезные преступления, варьирующиеся от убийства и

³² Michael Power, The Law of Privacy, LexisNexis, 2013, p. 236.

³³ Craig Bradley (ed.), Criminal Procedure. A Worldwide Study, 2nd ed., Carolina Academic Press, 2007; Codice di procedura penale, доступен на итальянском по адресу <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>.

³⁴ Защита прав граждан при внедрении системы оперативно-розыскных мероприятий в сетях связи. Санкт-Петербург: ЛИК, 2000 г., стр. 204.

³⁵ Глава 27 пункт 20 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

государственной измены до поджога, вымогательства, и преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков и отмыванием денег;

(2) Расследование преступления другими НСД и методами будет невозможно либо чрезвычайно затруднительно;

(3) Решение о проведении данного НСД принимается судьей по предварительному расследованию.³⁶

Уголовный кодекс Канады³⁷ еще подробнее описывает обязательные требования для перехвата переговоров по телефонной и другой связи. За исключением случаев, не требующих отлагательства, например, в случаях, когда потерпевшему грозит опасность, правоохранительные органы обязаны получить специальное разрешение суда. Ходатайство на получение такого судебного разрешения должно быть подписано Генеральным Прокурором соответствующей провинции Канады или его заместителем лично.

Данное ходатайство должны сопровождать письменные показания офицера полиции данные под присягой относительно следующей информации:

(1) факты, на которые полагался офицер при формировании своего убеждения о том, что судебное разрешение должно быть дано, с указанием на детали преступления;

(2) тип коммуникации, которая должна быть перехвачена;

(3) имена, адреса, образ жизни, всех лиц, переговоры которых будут прослушиваться, при этом должны быть представлены разумные основания полагать, что эти разговоры помогут в расследовании преступления; если известно указать на местоположение, где разговоры предположительно будут прослушаны, а также общее описание методов прослушивания;

(4) число случаев, когда уже было заявлено подобное ходатайство в отношении расследования данного преступного акта и лица, указанного в письменном показании офицера полиции, и число случаев, когда в ходатайстве было отказано, дата, когда каждое предыдущее ходатайство было заявлено и имя судьи, которому заявлялось ходатайство;

(5) период, на который требуется разрешение на прослушивание;

(6) использовались ли другие методы расследования, были ли они безуспешными или почему использование других методов скорее всего будет безуспешным, либо срочность дела такова, что использование других методов сделает расследование непрактичным.³⁸

После того, как ходатайство и письменные показания поданы для рассмотрения в суд, судья единолично принимает решение об удовлетворении или отказе в ходатайстве. Уголовно-процессуальное право Канады четко предписывает, при каких условиях судья может выдать разрешение на прослушивание переговоров. Согласно ст. 186 ч. 1 УК Канады судья должен быть убежден, что применение прослушивания:

(1) будет в лучших интересах правосудия; и

(2) что правоохранительные органы пытались использовать другие методы расследования, но они были безуспешны, либо использование других методов скорее всего будет безуспешным, либо срочность дела такова, что использование других методов сделает расследование непрактичным.

Законодательство демократических государств предусматривает различные максимальные сроки, на которые правоохранительные органы получают разрешение

³⁶ Cape, Hodgson, Prakken and Spronken, указ. соч. стр. 87; Criminal Procedure Code of Germany, Art. 100a. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html

³⁷ Уголовный Кодекс Канады (Criminal Code).

³⁸ Ст. 185 УК Канады, Criminal Code of Canada, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>.

на прослушивание. Они варьируются от 15 дней в Италии,³⁹ 30 дней - в Швеции,⁴⁰ 60 дней – в Канаде,⁴¹ и до 90 дней в Германии.⁴²

Законодательство зарубежных стран предусматривает запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым и его адвокатом. В этом случае закон исходит из принципа строгой конфиденциальности данных переговоров между адвокатом и клиентом. Так, например, в законодательстве Швеции говорится, что телефонные переговоры между подозреваемым и его адвокатом не могут быть предметом прослушивания правоохранительными органами, и если в ходе прослушивания переговоров будет установлено, что разговор происходит между подозреваемым и адвокатом прослушивание должно быть немедленно прекращено, а запись переговоров должна быть уничтожена.⁴³

Уголовный Кодекс Канады гласит, что судья не может санкционировать прослушивание переговоров в офисе или месте жительства адвоката, или в любом другом месте, которое обычно используется адвокатом с целью консультаций с клиентами, за исключением случаев, когда судья удовлетворен тем, что имеются разумные основания полагать, что сам адвокат, либо любой другой адвокат, который практикует с ним, стал или собирается стать участником преступления.⁴⁴ При этом полученная в ходе прослушивания таких переговоров конфиденциальная информация не может быть допущена в качестве доказательств в суде.⁴⁵

Исходя из анализа законодательства ряда демократических стран, можно сделать вывод, о том, что применение прослушивания телефонных переговоров в качестве НСД используется только в случаях крайней необходимости. Очевидно, что применение таких методов НСД сопряжено с наиболее серьезным вмешательством в частную жизнь граждан.

Казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Представляется, что законодательство о НСД в Республике Казахстан также должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных НСД. Также, рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

Негласное внедрение и (или) имитация преступной деятельности

Данные НСД представляют собой «способ получения информации путем установления доверительных отношений между штатными негласными сотрудниками органов, осуществляющих НСД или лицами, оказывающими им содействие на конфиденциальной основе и лицами, подозреваемыми в преступлениях, совершаемых организованными преступными группами».⁴⁶ Действующий УПК не предусматривает осуществление судебного контроля над данным НСД. Негласное внедрение, наряду с другими НСД, которые были рассмотрены выше, предполагает прямое вмешательство в частную жизнь лиц, подозреваемых в совершении преступлений. При установлении доверительных отношений с подозреваемыми

³⁹ Ст. 267 ч. 3 УПК Италии.

⁴⁰ Глава 27 пункт 21 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

⁴¹ Ст. 196 УК Канады.

⁴² Ст. 100 УК Канады.

⁴³ Глава 27 пункт 22 СПК Швеции.

⁴⁴ Ст. 186(2) УК Канады.

⁴⁵ Ст. 189(6) УК Канады.

⁴⁶ Смирнов указ. соч. стр. 148.

лицами внедренные агенты получают доступ к информации о частной жизни подозреваемых лиц, могут вести частные телефонные переговоры с подозреваемыми лицами, могут быть приглашены в жилище подозреваемых лиц. Для того, чтобы обеспечить право лиц на неприкосновенность частной жизни и жилища лиц, в отношении которых проводится НСД, оперативное внедрение должно всегда быть подконтрольно судебным органам. В частности, только суд должен давать разрешение на проведение скрытой видео- и аудио записи при проведении телефонных переговоров или при посещении лицом жилища подозреваемых лиц, даже если телефонные переговоры и посещение жилища производятся с согласия и подозреваемого лица.

Получение судебного решения на проведение НСД в случаях, которые не терпят отлагательства

В случаях, которые не терпят отлагательства проведение НСД должно проводиться также по решению суда. В зарубежной литературе выделяется ряд преимуществ выдачи ордера по телефону или другим каналам связи: (1) ордер может быть выдан на расстоянии, когда судья не находится вблизи с офицером полиции, которому необходимо получить ордер; (2) полицейскому не надо незамедлительно появиться в суде; (3) ордер может быть выдан относительно быстро.⁴⁷

На наш взгляд, необходимо рассмотреть, как этот вопрос регулируется в других демократических странах. В этой связи интересны положения Уголовного Кодекса Канады, в котором процедура получения ордера по телефону описана довольно подробно. Ряд статей УК Канады позволяет органам полиции получить судебное решение на проведение обыска и других следственных и розыскных мероприятий по телефону.⁴⁸ В частности, ст. 487.1 канадский закон допускает выдачу ордера на обыск по телефону при наличии следующих обстоятельств:

- (1) ходатайство должно быть заявлено сотрудником полиции;
- (2) сотрудник полиции должен прийти к выводу, что было совершено серьезное преступление;
- (3) сотрудник полиции должен прийти к выводу о том, что появление перед судьей лично для заявления ходатайства на получение ордера является практически невыполнимым;
- (4) сотрудник полиции может подать ходатайство (связаться) с судьей по телефону (или другим средствам коммуникации) с судьей, уполномоченным принимать соответствующие решения;
- (5) это должно быть сделано под присягой, которая может быть осуществлена по телефону или другим способом;
- (6) судья, получающий информацию от сотрудника полиции, обязан дословно записать эту информацию в протокол, указать точное время, дату и содержание, полученной информации и представить этот протокол секретарю суда.⁴⁹

Информация, представленная судьей сотрудником полиции, должна соответствовать следующим требованиям:

- (1) указывать на обстоятельства, которые делают присутствие офицера полиции практически невозможным;

⁴⁷ James A. Fontana and David Keeshan, The Law of Search and Seizure in Canada, 8th ed., LexisNexis, 2010, p. 407.

⁴⁸ Ст.ст. 487.01(7); 487.05(3); 487.092(4); 529.5 УК Канады.

⁴⁹ Ст. 487.01(7); 487.05(3см также Fontana and Keeshan, указ. соч. Стр. 408.

- (2) включать в себя описание преступления, а также место, которое будет подвергнуто обыску и где могут быть найдены следы преступления;
- (3) указывать на факты, на основании которых офицер полагает, что следы преступления будут найдены в том месте;
- (4) указывать, заявлялось ли подобное ходатайство в отношении этого же уголовного дела ранее.⁵⁰

В случае, если судья удовлетворен представленной сотрудником полиции информацией, он может выдать ордер на проведение следственного мероприятия (обыска и т.д.). Судья может указать временной промежуток, в течение которого должно быть проведено следственное мероприятие. После того как судья выдал «ордер» по телефону, он должен заполнить специальную форму⁵¹ – письменный ордер на проведение обыска, подписать его и указать точное время, дату и место выдачи ордера. После этого заполненный ордер должен быть передан органам полиции по каналам связи как телефакс.⁵² После получения ордера-телефакса из суда органы полиции могут использовать в качестве основания для проведения розыскного мероприятия, например, обыска и, если в этом есть необходимость, предоставить его заинтересованным лицам, например, жильцам жилого помещения, где проходит обыск.⁵³

Законодательство также требует от органов полиции в течение семи дней после проведения следственного действия, санкционированного по телефону, представить судье полный отчет о проведенном розыскном мероприятии. Данный отчет должен включать следующую информацию:

- (1) точное время и дата проведения мероприятия, санкционированного ордером. Если действие не было проведено, указание на причины, по которым оно не было проведено;
- (2) список полученных доказательств в ходе проведения мероприятия с указанием места, где эти доказательства находятся;
- (3) список доказательств, полученных в дополнение к тем, которые были указаны в ордере;
- (4) основания, по которым органы расследования полагают, что эти дополнительные доказательства, полученные в ходе расследования, относятся к совершенному преступлению.

После получения данного отчета судья, который выдал ордер по телефону, решает вопрос о допустимости доказательств, полученных в ходе этого розыскного мероприятия. При этом в законодательстве и практике Канады существует презумпция, что в отсутствии протокола, составленного судьей о получении информации от органов полиции по телефону с указанием точного времени и даты, а также ордера подписанного судьей, доказательства, полученные в ходе розыскных мероприятий, считаются полученными без разрешения суда.⁵⁴

Казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение НСД по телефону и другим каналам связи. Законодатель должен довольно подробно описать процедуру заявления ходатайства, а также процедуру выдачи такого решения суда. Случаи выдачи решения по телефону должны быть ограничены случаями, которые не терпят отлагательства и при которых заявление ходатайства органами полиции лично в суде

⁵⁰ Ст. 408.08.8.08.8.408.8.p.Fontana and Keeshan, указ. соч. стр. 408.

⁵¹ Form 5.1 в 1 m 5.1 .08.8.408.8.ы.

⁵² Ст 487.1(6.1) УК Канады.

⁵³ Ст 487.1(7) УК Канады.

⁵⁴ Ст 487.1(11) 1 487.1(7).

является практически невыполнимым. Следует учитывать, что органы полиции и суды, которые выдают судебные решения на проведение НСД, должны быть оснащены соответствующими средствами коммуникации (электронной почтой, телефонами, телефаксами и т.п.) для оперативной связи между органами полиции и судом и передачи копии решения суда.

Уведомление лица о проведенном в отношении него НСД

Законодателю Республики Казахстан необходимо предусмотреть требование, согласно которому правоохранительные органы обязаны в течении определенного периода после проведения, соответствующего НСД уведомить лицо, в отношении которого проводились данные НСД, о том, что оно было объектом НСД.

Канадское законодательство обязывает Прокурора Провинции уведомить лицо, в отношении которого проводилось прослушивание переговоров, в течение 90 дней после завершения прослушивания. При этом прокурор также обязан сообщить суду, который выдал санкцию на проведение НСД о том, что лицо, в отношении которого проводилось прослушивание, было уведомлено. Вместе с тем, законодательство Канады предусматривает ряд случаев, когда суд может выдать разрешение на продления срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен. В частности, судья должен прийти к следующим выводам:

- (1) расследование преступления, в отношении которого было выдана санкция продолжается, либо начато новое расследование на основании информации, полученной в ходе прослушивания переговоров; и
- (2) продление срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен, отвечает интересам правосудия.⁵⁵

В этом случае судья может продлить срок уведомления до трех лет. Другим исключением является случаи, когда прослушивание осуществлялось в отношении организованной преступной группы либо террористической группы. В таком случае достаточно лишь второе условие, что продление необходимо в интересах правосудия. В этом случае срок может быть также продлен до трех лет.

В этой связи, рекомендуется законодателю Республики Казахстан предусмотреть обязанность правоохранительных органов уведомлять лиц, ставших объектами НСД, в течении определенного срока. При этом возможно предусмотреть исключительные правила для дел, которые находятся в стадии расследования, а также дел, связанных с организованной преступностью и терроризмом.

Рекомендации для реформы казахстанского уголовно-процессуального законодательства о судебном контроле на этапе досудебного производства:

1. Вопросы о применении залога, а также других мер пресечения как альтернативы содержания под стражей, а также вопросы, связанные с санкционированием обыска и выемки и негласных следственных действий, должны решаться исключительно судьей, а не следователем или прокурором пусть даже при формальном разрешении судьи.

2. Рекомендуется изменить наименование следственного судьи на судью по соблюдению прав человека на предварительном следствии.

3. Законодателю необходимо рассмотреть вопрос о том, что, кроме случаев задержания на месте преступления, правоохранительные органы должны обращаться в суд за специальным ордером на задержание (арест) подозреваемого.

⁵⁵ Ст. 196 УК Канады.

При этом суд должен иметь возможность для проверки материалов негласных следственных действий перед тем как выдать ордер на арест подозреваемого.

4. Рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Необходимо также обязать правоохранные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в полицейской машине, а также в полицейском участке.

5. Рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса об их применении.

6. Рекомендуется ввести положение, согласно которому решение об обращении залога в доход государства принимается судьей после проведения слушаний. В ходе этих слушаний судья должен решить следующие вопросы: (1) подтверждаются ли факты того, что обвиняемый совершил одно из нарушений; (2) если эти факты подтверждаются должен ли обвиняемый быть помещен под стражу, а залог обращен в пользу государства. При этом бремя доказывания фактов того, что обвиняемый совершил одно из нарушений лежит на стороне обвинения.

7. Рекомендуется упразднить процедуру ознакомления судьи с материалами уголовного дела заранее до заслушивания обеих сторон в ходе слушания о выдачи санкции на арест.

8. Необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключяющее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих НСД. В частности, законодательство необходимо дать четкое определение и указать на основные признаки провокации. Одно из возможных определений провокации: «умышленные односторонние действия, направленные на вовлечение лица в совершение преступления с целью последующего изобличения».

9. Рекомендуется ввести уголовную ответственность за провокацию любого преступления.

10. Рекомендуется ввести требование, что проведение проверочного закупа и проверочной продажи должно проводиться только на основании решения судьи, который должен убедиться в том, что против конкретного лица имеются основания подозревать его в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления.

11. Рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Законодательство о негласных следственных действиях (НСД) должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных действий. Рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

12. Рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение НСД по телефону и другим каналам связи.

13. Рекомендуется предусмотреть требование, согласно которому правоохранные органы обязаны в течении определенного периода после проведения, соответствующего НСД уведомить лицо, в отношении которого проводились данные НСД, о том, что оно было объектом НСД.

Июль 2015

РЕФОРМИРОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ НЕГЛАСНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ И ОПЕРАТИВНО- РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ⁵⁶

Реформа уголовного судопроизводства на протяжении 1990-2000-х годов на постсоветском пространстве привела к тому, что под влиянием международных институций и десятилетиями выработанных общепринятых стандартов, в силу исполнения взятых на себя обязательств перед Советом Европы и Европейским Союзом в Эстонии, Литве, Латвии, Молдове и Украине негласные следственные действия стали частью уголовно-процессуального закона.

Реформа тайного следствия в указанных странах состояла в достижении таких **параметров**:

- 1) распространение судебного контроля на большинство негласных следственных действий;
- 2) нормативная детализация негласных следственных действий;
- 3) ограничение негласных следственных действий делами о тяжких и особо тяжких преступлениях;
- 4) ограничение проведения негласных следственных действий четкими сроками;
- 5) внедрение процедуры сообщения лиц о проведении негласных следственных действий;
- 6) признание за протоколами негласных следственных действий аналогичного доказательного значения, как и за протоколами следственных действий.

Следует отметить, что указанные параметры четко **отвечают международным стандартам в сфере прав человека**, в частности права на невмешательство в частную и семейную жизнь.

Как известно, статья 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основоположных свобод⁵⁷ (далее – Европейская Конвенция) устанавливает, что каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности, или защиты прав и свобод других лиц.

⁵⁶ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения посольства Великобритании в Астане.

⁵⁷ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция о правах человека, ETS № 005) (Рим, 4 ноября 1950 года) (с изменениями и дополнениями).

Кроме этого, Международный пакт о защите гражданских и политических прав⁵⁸ (далее – Международный пакт, МПГПП) в статье 17 устанавливает, что никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь, произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища или тайну его корреспонденции или незаконным посягательствам на его честь и репутацию. Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств.

Таким образом, государство может вмешиваться в личную и семейную жизнь человека не только на основании законной процедуры и оснований, но и лишь в тех случаях, когда это обосновано целями национальной безопасности и общественного порядка (в том числе в целях раскрытия преступлений). То есть вмешательство не может быть произвольным.

Как сказано в Замечаниях общего порядка № 16 (1988 год) Комитета по правам человека о праве на неприкосновенность личной и семейной жизни, жилища и тайны корреспонденции (далее - Замечания общего порядка от 1988 года) в соответствии с пунктом 4 статьи 40 Международного пакта, введение понятия произвольности призвано обеспечить, чтобы даже вмешательство, допускаемое законом, соответствовало положениям, целям и задачам Пакта и в любом случае являлось обоснованным в конкретных обстоятельствах.

Очевидно, что выяснить, что именно является обоснованным в конкретной ситуации может незаинтересованный субъект, которым является суд. В этом состоит суть **первого параметра**, который выше был назван как **судебный контроль над негласными следственными действиями**.

Именно на необходимости судебного контроля сделан акцент во всех основополагающих решениях Европейского суда по правам человека, в которых дается толкование смысла статьи 8 Конвенции.

Объем судебного контроля над проведением негласных следственных действий в указанных выше странах, реформировавших уголовный процесс, достаточно большой. Так, в Латвии, все предусмотренные 11 мероприятий проводятся только по разрешению суда, в Украине – 9 из 12 мероприятий, в Молдове – 8 из 15, в Литве – все 5 действий, в Эстонии – 5 из 10.

В статье 231 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан⁵⁹ (далее - УПК РК) установлены виды негласных следственных действий, при этом согласно статье 232 УПК РК ни на одно из десяти видов негласных действий не требуется санкция суда.

При этом, большинство негласных следственных действий, а именно 6 из 10, санкционирует прокурор, что еще раз подчеркивает и без того немалую роль прокурора в уголовном производстве по новому УПК РК.

Так, санкция прокурора нужна для осуществления следующих негласных следственных действий:

- 1) негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места;
- 2) негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи;
- 3) негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами;
- 4) негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации;

⁵⁸ Международный Пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.). Опубликовано: Бюллетень международных договоров РК, 2006 г., № 4, ст. 30.

⁵⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231- V.

- 5) негласный контроль почтовых и иных отправлений;
- 6) негласные проникновение и (или) обследование места.

Для осуществления остальных негласных мероприятий достаточно одного постановления соответствующего органа досудебного расследования.

Таким образом, как следует из статьи 232 УПК РК, *все виды негласных следственных действий, которые могут причинить наибольший вред частной и семейной жизни человека, осуществляются без надлежащего судебного контроля, что нарушает международные стандарты прав человека.*

Исходя из вышеизложенного, можно заключить, что УПК РК не отвечает рассматриваемому требованию, поэтому в этой части соответствующие нормы Кодекса подлежат изменению.

Такой параметр, как *нормативная детализация негласных следственных действий*, в УПК РК присутствует на приемлемом уровне.

Как видно из статей 242 - 251 УПК РК, им осуществлено четкое регламентирование вопросов содержания и проведения каждого из негласных следственных действий.

В то же время, следует отметить, что негласные следственные действия служат необходимыми мерами исключительно в тех случаях, когда гласными действиями нельзя добиться необходимых результатов (собрать доказательства, установить факты, пр.) в уголовном производстве. Именно это положение должно надлежащим образом детализироваться нормами УПК РК, регламентирующими общий порядок проведения негласных следственных действий.

Следующий параметр сводится к *ограничению негласных следственных действий делами о тяжких и особо тяжких преступлениях*.

Надо отметить, что данный параметр основывается на формулировке в Конвенции целей вмешательства государства в частную жизнь. Как было указано выше, такое вмешательство возможно только:

- в интересах национальной безопасности и общественного порядка;
- экономического благосостояния страны;
- в целях предотвращения беспорядков или преступлений.

Однако даже в рамках указанных целей вмешательство государства не может быть чрезмерным. Оно должно четко отражать момент пропорциональности, то есть должен быть соблюден справедливый баланс между общественным интересом и правом на уважение частной жизни человека.

При этом, степень вмешательства в частную жизнь должна быть соразмерной целям этого вмешательства, то есть быть действительно необходимой в условиях демократического общества.

Указанное положение содержится так же и в Замечаниях общего порядка от 1988 года, где указано, что компетентные органы должны иметь возможность получать только ту информацию о частной и семейной жизни индивида, которая необходима в интересах общества.

В то же время в части четвертой статьи 231 УПК РК указано, что негласные следственные действия проводятся при наличии одного из следующих оснований:

- 1) по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы от одного года и выше;
- 2) по преступлениям, подготавливаемым и совершаемым преступной группой.

Исходя из вышеизложенного, считаем, что указанные два критерия являются недостаточными с точки зрения «необходимости в условиях демократического общества».

Более оптимальным, исходя из принципа пропорциональности вмешательства в личную жизнь человека, было бы внедрить путем законодательных изменений в УПК РК принцип, согласно которому такое вмешательство допустимо лишь при *«расследовании тяжких и особо тяжких преступлений»*.

Следующим требованием выступает ограничение тайного следствия четкими сроками.

На наш взгляд, по этому критерию УПК РК не может быть признан удовлетворительным. Так, согласно статье 236 УПК РК, подлежащее санкционированию негласное следственное действие проводится в срок не более тридцати суток. Общий срок проведения негласного следственного действия может быть продлен прокурором области или приравненным к нему прокурором до шести месяцев.

В тоже время указанная статья позволяет Генеральному Прокурору Республики Казахстан или его заместителями продлевать сроки проведения негласного следственного действия на фактически любой срок. В условиях отсутствия судебного контроля над основаниями, целесообразностью и причинами продления сроков проведения негласного следственного действия, становится очевидным, что в данном аспекте УПК РК содержит значительный риск злоупотреблений правоохранительными органами своими полномочиями в сфере проведения негласных следственных действий.

Данное положение не отвечает требованиям международных органов по правам человека в том аспекте, что каждое вмешательство в частную жизнь должно иметь законодательные гарантии от злоупотреблений. И одной из таких гарантий является четкое законодательное установление максимальных сроков проведения негласных следственных действий.

В Замечаниях общего порядка от 1988 года также указано, что даже когда вмешательство в частную жизнь и является законным, оно не может быть произвольным. Вместе с тем отсутствие законодательного урегулирования вопроса касательно максимально возможных сроков проведения негласных следственных действий, является однозначным примером именно произвольного характера такого вмешательства.

В целях приведения законодательства Республики Казахстан в этой части в соответствии с международными стандартами следует изменить анализируемое положение УПК РК.

Параметр внедрения процедуры сообщения лиц о проведении негласных следственных действий частично отражен в статье 240 УПК РК.

В статье указано, что лицо, в отношении которого проводились негласные следственные действия, вправе ходатайствовать об его ознакомлении с не приобщенными к расследованию сведениями в пределах, исключающих разглашение государственных секретов и иной охраняемой законом тайны. Ходатайство рассматривается следователем, дознавателем, прокурором, а при поступлении ходатайства в период рассмотрения дела судом - судьей. Следователь, дознаватель, прокурор, судья вправе отказать в удовлетворении ходатайства об ознакомлении с не приобщенными материалами, если это может представлять существенную угрозу

жизни, здоровью или охраняемым законом интересам какого-либо вовлеченного в уголовный процесс лица или если это затрагивает тайну частной жизни третьего лица.

Таким образом, лицо, которое знает о совершении в отношении него негласных следственных действий, далеко не во всех случаях будет иметь доступ к тем материалам уже завершенных негласных следственных действий, которые правоохранительные органы собрали в отношении него. Его доступ будет зависеть от степени обоснованности его ходатайства и специфики самих негласных следственных действий. Более того, в случаях, когда лицо не знает или не имеет возможности узнать о совершении в отношении него негласных следственных действий, механизм его уведомления о таких действиях со стороны уполномоченных органов власти полностью отсутствует.

Согласно Замечаниям общего порядка от 1988 года, каждое лицо должно иметь право знать о том, какая информация собрана о нем государственными органами, и с какой целью. Лицо имеет право требовать уничтожить содержащуюся в распоряжении государства информацию о себе, если она собиралась или обрабатывалась в нарушение положений закона.

Естественно, право на доступ к указанной собранной информации о лице может быть реализовано им только в случае полного завершения всех мероприятий и связанных с законным использованием информации, полученной в результате их проведения. Также исключением может быть основание, когда государство справедливо считает, что полный доступ к определенной информации о том или ином лице, которой располагают органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, поставит под угрозу эффективность функционирования системы негласного наблюдения, направленной на защиту национальной безопасности и на борьбу с терроризмом.

Таким образом, УПК РК не вполне отвечает указанному параметру, следовательно, статью 240 УПК РК необходимо изменить.

Что касается параметра, который касается признания за протоколами негласных следственных действий аналогичного доказательного значения, как и за протоколами следственных действий, то в данном аспекте УПК РК отвечает указанному требованию.

Так, статья 239 УПК четко говорит о том, что протоколы исследования результатов негласных следственных действий, звукозаписи и записи изображений, фотографии, другие зафиксированные с помощью научно-технических средств результаты, изъятые предметы и документы или их копии используются в доказывании наравне с доказательствами, полученными в результате следственных действий.

Следует отметить, что порядок проведения негласных следственных действий регулируется также Законом Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»⁶⁰ (далее – Закон РК «Об ОРД»).

В статье 11 Закона РК «Об ОРД» указаны 23 вида оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ), которые, в свою очередь, разделены на 18 общих и 5 специальных ОРМ.

При этом, все 5 специальных и еще 6 общих ОРМ, по своей сути, полностью тождественны негласным следственным действиям, предусмотренным ст. 231 УПК РК (см. Таблицу № 2).

⁶⁰ Закон Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» от 15 сентября 1994 года № 154-ХІІІ.

Порядок проведения указанных ОРМ лишь в некоторой мере согласован с соответствующими положениями нового УПК РК, а именно в части проведения специальных видов ОРМ, в то время как остальные, которые дублируют негласные следственные действия, проводятся в совершенно в ином порядке, нежели это предусмотрено действующим УПК РК.

Такое несоответствие положений двух указанных нормативно-правовых актов на практике может привести к коллизиям и злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов, что, в свою очередь, повлечет за собой грубые нарушения прав человека во время проведения негласных следственных действий и тождественных им оперативно-розыскных мероприятий.

Исходя из этого, следует привести Закон РК «Об ОРД» в соответствие с УПК РК в части регулирования порядка проведения ОРМ, носящих характер негласных следственных действий. Это необходимо для того чтобы избежать возможные нарушения гарантий прав человека, которые с проведением негласных следственных действий «под видом ОРМ».

Таким образом, основываясь на вышеизложенном, можно сделать следующие выводы касательно усовершенствования законодательного регулирования защиты прав человека при проведении негласных следственных действий согласно с международными стандартами.

Во-первых, необходимо внедрить институт судебного контроля по проведению негласных следственных действий, а именно определить перечень негласных следственных действий, которые могут быть осуществлены только с разрешения суда.

Во-вторых, путем внесения изменений в УПК РК необходимо установить, что негласные следственные действия могут осуществляться только при расследовании тяжких и особо тяжких преступлений, а также, что они служат необходимыми мерами исключительно в тех случаях, когда в уголовном производстве гласными следственными действиями нельзя добиться необходимых результатов (собрать доказательства, установить факты, пр.).

В-третьих, необходимо четко и однозначно определить сроки, дольше которых то или иное негласное следственное действие не может осуществляться. В частности, в УПК РК следует установить, что срок проведения негласного следственного действия не может превышать срок всего досудебного расследования.

В-четвертых, необходимо внести изменения в статью 240 УПК РК касательно порядка ознакомления с материалами негласных следственных действий лицами, которых они непосредственно касаются. В то же время на подзаконном уровне четко описать исчерпывающий перечень оснований, которые могут быть использованы для запрета лицу иметь доступ к тем материалам уже завершенных негласных следственных действий, которые правоохранительные органы собрали в отношении него. Это поможет устранить элемент лишней дискреции в действиях правоохранительных органов по отказу в удовлетворении соответствующих ходатайств и повысит уровень защиты прав лица, в отношении которого негласно собиралась информация.

В-пятых, следует привести Закон РК «Об ОРМ» в соответствие с УПК РК в части регулирования порядка проведения ОРМ, носящих характер негласных следственных действий.

Сравнительные и аналитические таблицы с конкретными постатейными рекомендациями по изменению законодательства прилагаются.

ТАБЛИЦА 1
Рекомендации по изменению
Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

№ п/п	Номер и название статьи	Текущая редакция статьи и/или ее структурного элемента (части/пункта/подпункта)	Предлагаемая редакция статьи и/или ее структурного элемента (части/пункта/подпункта)	Обоснование необходимости изменения
1	Статья 7. Разъяснение некоторых понятий, содержащихся в настоящем Кодексе	12) негласное следствие, действие - действие, проводимое в ходе досудебного производства без информирования вовлеченных в уголовный процесс лиц, интересов которых оно касается, в порядке и случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;	12) негласное следствие, действие - действие, проводимое с санкцией следственного судьи или прокурора в ходе досудебного производства без информирования вовлеченных в уголовный процесс лиц, интересов которых оно касается, в порядке и случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;	Исходя из того, что негласные следственные действия зачастую приводят к ограничению прав человека, в частности, права на неприкосновенность личной и семейной жизни, а также на тайну корреспонденции и пр., такие действия необходимо проводить не иначе как с санкции следственного судьи или прокурора в четко регламентированном порядке и в предусмотренных законом случаях. Более того, международный принцип неприкосновенности личной и семейной жизни, тайны корреспонденции отражен в новом Кодексе в качестве одного из основных принципов уголовного процесса (Статья 16. Неприкосновенность частной жизни. Тайна переписки,

				<i>телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений</i>), следовательно, ограничение этого принципа при проведении негласных мероприятий должно быть уравновешено судебным / прокурорским контролем. Необходимо распространить судебный контроль на большинство негласных следственных действий (как в других постсоветских странах: Эстонии, Латвии, Литве, Молдове, Украине). Статья 17 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГП) гарантирует каждому неприкосновенность личной и семейной жизни, тайну корреспонденции. Закон должен защищать от вмешательства или посягательства на это право (часть 2 статьи 17 МПГП). «Обязательства, вытекающие из данной статьи, требуют от государства принятия законодательных и других мер для действенного запрещения такого вмешательства и таких посягательств» (пункт 1 Замечания общего порядка 16 Комитета ООН по правам человека от 1988 года). Судебный контроль является именно таким действенным
2	Статья 55. Полномочия следственного судьи	1. В ходе досудебного производства следственный судья в предусмотренных настоящим Кодексом случаях рассматривает вопросы: ... 13) санкционирования проведения негласных следственных действий, предусмотренных пунктами 1) – 7) статьи 231 настоящего Кодекса.	1. В ходе досудебного производства следственный судья в предусмотренных настоящим Кодексом случаях рассматривает вопросы: ... 13) санкционирования проведения негласных следственных действий, предусмотренных пунктами 1) – 7) статьи 231 настоящего Кодекса.	

				механизмом защиты прав человека, который используется в развитых демократических странах. Ч.1: - техническая правка, связанная с изменениями в статью 240 Кодекса - негласные следственные действия, (как и ограничения прав человека), должны применяться лишь в тех случаях, когда другие средства / методы сбора доказательств в уголовном процессе в конкретном случае неприменимы или исчерпаны. Это изменение также направлено на приведение кодекса в соответствие международному параметру «нормативной детализации негласных следственных действий».
3	Статья 232. Условия и основания проведения негласных следственных действий	1. Предусмотренные настоящей главой негласные следственные действия производятся, если для выяснения обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, сведения о фактах необходимо получить, не информируя на время проведения таких действий вовлеченных в уголовный процесс лиц, интересы которых они затрагивают, когда иными следственными действиями установить это невозможно. 1-1. Не допускается осуществление негласных следственных действий, а также использование полученной в ходе их проведения информации для достижения целей и задач, не предусмотренных настоящим Кодексом. 1-2. Порядок проведения оперативно-розыскного мероприятия, носящего характер негласного следственного действия, должен осуществляться в полном соответствии с	1. Предусмотренные настоящей главой негласные следственные действия производятся, если для выяснения обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, сведения о фактах необходимо получить, не информируя на время проведения таких действий вовлеченных в уголовный процесс лиц, интересы которых они затрагивают, когда иными следственными действиями установить это невозможно. 1-1. Не допускается осуществление негласных следственных действий, а также использование полученной в ходе их проведения информации для достижения целей и задач, не предусмотренных настоящим Кодексом. 1-2. Порядок проведения оперативно-розыскного мероприятия, носящего характер негласного следственного действия, должен осуществляться в полном соответствии с	

		3. Негласные следственные действия, предусмотренные пунктами 1) - 6) статьи 231 настоящего Кодекса, проводятся с санкции прокурора, порядок которых установлен статьей 234 настоящего Кодекса. 4. Негласные следственные действия проводятся при наличии одного из следующих оснований: 1) по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы от одного года и выше; 2) по преступлениям, подготавливаемым и совершаемым преступной группой. 5. Для выявления, пресечения и раскрытия других уголовных правонарушений, не предусмотренных частью четвертой настоящей статьи,	положениями настоящего Кодекса. ... 3. Негласные следственные действия, предусмотренные пунктами 1) – 7) статьи 231 настоящего Кодекса, проводятся исключительно с санкции следственного судьи, а предусмотренные пунктами 8) – 10) статьи 231 настоящего Кодекса, проводятся с санкции прокурора, порядок которых установлен статьей 234 настоящего Кодекса. 4. Негласные следственные действия проводятся исключительно по делам о тяжких или особо тяжких преступлениях. Части 5, 6 исключить	Ч. 3: С целью приведения в соответствие с международным параметром «распространения судебного контроля на большинство негласных следственных действий» необходимо законодательно закрепить этот параметр на уровне Кодекса, как это было сделано в других постсоветских странах: Эстонии, Латвии, Литве, Молдове, Украине. Статья 17 МПГПП гарантирует каждому неприкосновенность личной и семейной жизни, тайну корреспонденции. Закон должен защищать от вмешательства или посяательства на это право (часть 2 статьи 17 МПГПП). «Обязательства, вытекающие из данной статьи, требуют от государства принятия законодательных и других мер для действительного запрещения такого вмешательства и таких посятельств» (пункт 1 Замечания общего порядка 16 Комитета ООН по правам человека от 1988 года). Судебный контроль в данном случае является наиболее действенным

		могут проводиться негласные следственные действия, предусмотренные статьями 231 настоящего Кодекса. 6. В случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их письменного согласия разрешается проведение негласных следственных действий, предусмотренных пунктами 1) и 2) статьи 231 настоящего Кодекса, на основании постановления органа досудебного расследования с обязательным уведомлением прокурора в течение двадцати четырех часов с момента вынесения постановления. ... 8. Запрещается проводить негласные следственные действия в отношении адвокатов, осуществляющих профессиональную помощь, за исключением случаев, когда имеются основания полагать, что ими готовится или совершено тяжкое, или особо тяжкое преступление. ...	могут проводиться негласные следственные действия, предусмотренные статьями 231 настоящего Кодекса. 6. В случае возникновения угрозы жизни, здоровью, собственности отдельных лиц по их заявлению или с их письменного согласия разрешается проведение негласных следственных действий, предусмотренных пунктами 1) и 2) статьи 231 настоящего Кодекса, на основании постановления органа досудебного расследования с обязательным уведомлением прокурора в течение двадцати четырех часов с момента вынесения постановления. ... 8. Запрещается проводить негласные следственные действия в отношении адвокатов, осуществляющих профессиональную помощь. ...	механизмом защиты прав человека в развитых демократических странах. Ч. 4: Необходимо существенно ограничить применение негласных следственных действий в соответствии с категорией тяжести преступления (как в других постсоветских странах: Эстонии, Латвии, Литве, Молдове, Украине). Ограничение личной жизни при проведении негласных действий может происходить только в интересах общества. «Компетентные государственные органы должны иметь возможность запрашивать только ту информацию, касающуюся личной жизни индивида, получение которой необходимо в интересах общества» (пункт 7 Замечания общего порядка 16 Комитета ООН по правам человека от 1988 года). В демократических странах эти «интересы общества» не могут идти далее чем предотвращение тяжких преступлений.

		10. Порядок проведения негласных следственных действий определяется правоохранительными и специальными государственными органами по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан.	10. Порядок проведения негласных следственных действий определяется Правительством Республики Казахстан.	Ч. 10: Предоставление Генеральной прокуратуре права на утверждения порядка проведения следственных действий приведет к системному конфликту интересов, что имеет последствиям возможностью злоупотреблений. Поэтому подзаконный порядок должно утверждать Правительство. - При судебном санкционировании невозможно предвзятельно знать имя следственного судьи - Техническая правка, связанная с изменениями в ч. 1 ст. 232 УПК
4	Статья 233. Постановление о проведении негласного следственного действия	1. Уполномоченное должностное лицо органа, которому поручено проведение негласного следственного действия, выносит постановление, которое должно соответствовать требованиям, установленным 198 настоящего Кодекса. Постановление должно содержать: 1) место и время его составления; 2) должность, фамилию и инициалы, личную подпись лица, вынесшего постановление; 3) фамилию и инициалы, должность уполномоченного прокурора, санкционирующего постановление; 4) номер уголовного дела, в рамках которого предполагается проводить	1. Уполномоченное должностное лицо органа, которому поручено проведение негласного следственного действия, выносит постановление, которое должно соответствовать требованиям, установленным статьей 198 настоящего Кодекса. Постановление должно содержать: 1) место и время его составления; 2) должность, фамилию и инициалы, личную подпись лица, вынесшего постановление; Пункт 3 исключить 4) номер уголовного дела, в рамках которого предполагается	

	негласные следственные действия; 5) статьи настоящего Кодекса, на основании которых вынесено постановление; 6) краткое описание фактулы уголовного дела; 7) обоснование необходимости проведения негласного следственного действия; 8) сведения о лице, месте или предмете, в отношении которого планируется проводить негласное следственное действие; 9) срок проведения негласного следственного действия; 10) сведения об органе, которому поручается провести негласное следственное действие.	проводить негласные следственные действия; 5) статьи настоящего Кодекса, на основании которых вынесено постановление; 6) краткое описание фактулы уголовного дела; 6) обоснование необходимости проведения негласного следственного действия и невозможности установить факты и/или собрать доказательства иными следственными действиями ; 8) сведения о лице, месте или предмете, в отношении которого планируется проводить негласное следственное действие; 9) срок проведения негласного следственного действия; 10) сведения об органе, которому поручается провести негласное следственное действие.	Ч. 1, 2: Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля. Ч. 3: Это полномочие прокурора выходит из нового принципа процессуального руководства прокурора, который реализован в Кодексе. Также предложенное изменение направлено на защиту
5	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.	1. Санкцию на проведение негласных следственных действий по постановлению органа досудебного расследования дают следственный судья или Генеральный Прокурор Республики Казахстан и его заместители, прокуроры

		Санкция дается только по зарегистрированным в установленном настоящим Кодексом порядке сообщениям и заявлениям о преступлениях. 2. Постановление о проведении негласного следственного действия в течение двадцати четырех часов после его вынесения вместе с материалами, подтверждающими обоснованность проведения указанного следственного действия, представляется уполномоченному прокурору. Прокурор, проверив законность и обоснованность постановления, в течение двадцати четырех часов с момента его поступления в прокуратуру обязан принять решение о его санкционировании или об отказе в санкционировании. В случаях необходимости истребования дополнительных материалов допускается рассмотрение постановления свыше установленного срока, но не более семидесяти двух часов.	областей и приравненные к ним прокуроры. Санкция дается только по зарегистрированным в установленном порядке сообщениям и заявлениям о преступлениях. 2. Постановление о проведении негласного следственного действия в течение двадцати четырех часов после его вынесения вместе с материалами, подтверждающими обоснованность проведения указанного следственного действия, представляется следственному судье или Следственному судье или уполномоченному прокурору. Следственный судья или прокурор, проверив законность и обоснованность постановления, в течение двадцати четырех часов с момента его поступления в суд или прокуратуру обязан принять решение о его санкционировании или об отказе в санкционировании. В случаях необходимости истребования дополнительных материалов допускается рассмотрение постановления свыше установленного срока, но не более семидесяти двух часов. Рассмотрение следственным судьей постановление о	прав лиц. Если до истечения срока действия санкции суда цели негласного действия достигнуты, то прокурор как руководитель расследования может ее прекратить, чтобы далее не нарушать тайну личной жизни подозреваемого.

		В случае необоснованности вынесенного постановления прокурор отказывает в его санкционировании. Отказ 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 окончания уведомляется прокурор, давший санкцию на его проведение.	проведении негласного следственного действия происходит при участии уполномоченного должностного лица, вынесшего постановление. В случае необоснованности вынесенного постановления следственный судья или прокурор отказывает в его санкционировании, указав соответствующие причины принятия такого решения. 3. О результатах проведения негласного следственного действия не позднее двух суток со дня его окончания уведомляется прокурор, давший санкцию на его проведение. Уполномоченный прокурор имеет право запретить проведение или прекратить дальнейшее проведение негласных следственных действий.	Ч. 1: Изменения направлены на урегулирования вопроса о проведении негласных следственных действий до соответствующего разрешения следственного судьи в «экстренных» случаях. Закон, который допускает
6	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	1. В случаях, не терпящих отлагательства, связанных с угрозой жизни людей, допускается производство негласных следственных действий, указанных в части второй статьи 232 настоящего Кодекса, с последующим	

	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.	обращением к следственному судье или прокурору в течение двадцати четырех часов и последующим получением санкции в порядке, предусмотренном статьей 234 настоящего Кодекса. 2. Следственный судья или 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.	вмешательство в личную жизнь, должен быть «четким». Положения части 1 не отвечают международным требованиям о четкости закона. Ч. 2: Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля.
7	Статья 236. Сроки проведения негласных следственных действий ... 2. При необходимости продолжения проведения негласных следственных действий орган, инициировавший их проведение, за трое суток до истечения срока выносит мотивированное постановление о необходимости его продления на определенный срок и направляет прокурору для решения вопроса о	... 2. При необходимости продолжения проведения негласных следственных действий орган, инициировавший их проведение, за трое суток до истечения срока выносит мотивированное постановление о необходимости его продления на определенный срок и направляет следственному судье или прокурору для решения вопроса о	Ч. 2: Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля.

	санкционировании. При получении санкции прокурора постановление направляется уполномоченному органу, осуществляющему исполнение. Прокурор может санкционировать продление проведения негласного следственного действия, установив при этом меньший срок, чем это указано в постановлении. При отсутствии необходимости продолжения проведения негласного следственного действия прокурор отказывает в санкционировании и негласное следственное действие прекращается. 3. Общий срок проведения негласного следственного действия может быть продлен прокурором области или приравненным к нему прокурором до шести месяцев. Дальнейшее продление сроков проведения негласного следственного действия осуществляется Генеральным Прокурором	санкционировании. При получении санкции следственного судьи или прокурора постановление направляется уполномоченному органу, осуществляющему негласное следственное действие, для исполнения. Следственный судья или прокурор может санкционировать продление проведения негласного следственного действия, установив при этом меньший срок, чем это указано в постановлении. При отсутствии необходимости продолжения проведения негласного следственного действия прокурор отказывает в санкционировании и негласное следственное действие прекращается. 3. Общий срок проведения негласного следственного действия не может превышать сроков досудебного расследования. ...	Ч. 3: Негласные следственные действия являются разновидностью следственных действий, на которые должны распространяться общие правила расследования, в том числе, о сроках и порядке их продления.

8	Статья 240. Ознакомление с материалами, не приобщенными к протоколам негласных следственных действий Статья 240. Ознакомление с материалами негласных следственных действий	Республики Казахстан или его заместителями. 1. Результаты негласных следственных действий, которые следователь, дознаватель признали не имеющими доказательственного значения в уголовном процессе, не приобщаются к материалам расследования и хранятся в полномочном подразделении правоохранительного или специального государственного органа в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними сторонних лиц, до вынесения окончательного решения по делу, после чего уничтожаются составлением соответствующего акта. Соответствующий прокурор уведомляется за два месяца до дня уничтожения результатов негласных следственных действий, которые орган досудебного расследования признал не имеющими доказательственного значения в уголовном процессе.	1. Результаты негласных следственных действий, которые признали не имеющими доказательственного значения в уголовном процессе, не приобщаются к материалам расследования и хранятся в полномочном подразделении правоохранительного или специального государственного органа в условиях, исключающих возможность ознакомления с ними сторонних лиц, до вынесения окончательного решения по делу. Абзац второй части первой исключить	Необходимо урегулировать вопрос о порядке информирования лиц, конституционные права которых были временно ограничены во время проведения негласных следственных действий. Ориентиром для такого регулирования является международный стандарт «внедрение процедуры сообщения лиц о проведении негласных следственных действий», который детализирован в положениях пункта 10 Замечания общего порядка № 16 по статье 17 МПГП Комитета ООН по правам человека от 1988 года: «Каждое лицо должно иметь также возможность удостовериться, какие государственные органы или частные лица, или органы контролируют или могут контролировать их файлы». Информация и вещи, полученные в ходе негласных следственных действий, которые не используются в уголовном производстве, должны быть безотлагательно уничтожены.

		2. Лицо, в отношении которого проводились негласные следственные действия, вправе ходатайствовать об его ознакомлении с не приобщенными к расследованию сведениями в пределах, исключающих разглашение государственных секретов и иной охраняемой законом тайны. Ходатайство рассматривается следователем, дознавателем, прокурором, а при поступлении ходатайства в период рассмотрения дела судом - судьей.	2. Лицо, в отношении которого проводились негласные следственные действия, а также иные лица, конституционные права которых были временно ограничены во время проведения негласных следственных действий, должны быть в письменном виде уведомлены уполномоченным прокурором об имевшем место ограничении и возможностью ознакомления со всеми материалами проведения негласных следственных действий в пределах, исключающих разглашение государственных секретов и иной охраняемой законом тайны. Конкретное время уведомления и ознакомления с материалами определяется с учетом наличия или отсутствия угроз для достижения цели досудебного расследования, общественной безопасности, жизни или здоровья лиц, причастных к проведению негласных следственных действий. Часть третью исключить	Ориентиром для такого регулирования могут быть положения пункта 10 Заключения общего порядка № 16 по статье 17 МПГПП Комитета ООН по правам человека от 1988 года: «Государства должны принимать эффективные меры к тому, чтобы информация, касающаяся личной жизни какого-либо лица, ... никогда не использовалась в целях, не совместимых с целями Пакта». ч. 2: Предлагается внедрить обязательный порядок уведомления о проведении негласных следственных действий
		3. Следователь, дознаватель, прокурор, суд оценивают ходатайство с учетом возможного значения материалов в уголовном		

		процессе и допущенных ограничений прав человека. Следователь, дознаватель, прокурор, судья вправе отказать в удовлетворении ходатайства об ознакомлении с неприобщенными материалами, если это может представлять существенную угрозу жизни, здоровью или охраняемым законом интересам какого-либо вовлеченного в уголовный процесс лица или если это затрагивает тайну частной жизни третьего лица. ...	... 6. Запрещается использование указанных в настоящей статье материалов для целей, не связанных с уголовным процессом, или ознакомления с ними участников уголовного производства или любых других лиц. 7. В случае, если собственник вещей или документов, полученных в результате проведения негласных следственных действий, может быть заинтересован в их возвращении, прокурор обязан сообщить ему о наличии таких вещей или документов в распоряжении	

9	Статья 244. Негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами	... 2. После получения санкции прокурора постановление направляется органом доследственного или подразделение правоохранительного или специального государственного органа для исполнения, сотрудник которого обязан предоставить требуемую информацию, зафиксированную на любом материальном носителе информации.	прокурора и выяснить, желает ли он их вернуть. Допустимость действий, предусмотренных этой частью, и время их совершения определяются прокурором с учетом необходимости обеспечения прав и интересов лиц. ... 2. После получения санкции следственного судьи постановление направляется органом доследственного или подразделение правоохранительного или специального государственного органа для исполнения, сотрудник которого обязан предоставить требуемую информацию, зафиксированную на любом материальном носителе информации.	Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля.
10	Статья 246. Негласный контроль почтовых и иных отправлений	... 2. Признав необходимым негласный контроль почтовых и иных отправлений, следователь, дознаватель, дознаватель выносят постановление. В постановлении должно быть указано: название учреждения связи, на которое возлагается обязанность по задержанию почтово-телеграфных	... 2. Признав необходимым негласный контроль почтовых и иных отправлений, следователь, дознаватель выносят мотивированное постановление. В постановлении должно быть указано: название учреждения связи, на которое возлагается обязанность по задержанию почтово-телеграфных	Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля.

11	Статья 248. Негласное наблюдение за лицом или местом	почтово-телеграфных отправлений, фамилия, имя, отчество (при его наличии) лиц, почтово-телеграфные почтения которых подлежат негласному контролю, их адрес, вид почтово-телеграфных отправлений, на которые налагается негласный контроль, срок, на который он налагается. Указанное постановление представляется прокурору и, в случае дачи им санкции, направляется следователем, дознавателем в почтовые учреждения или лицам, оказывающим услуги по доставке отправлений, для исполнения. ...	отправлений, фамилия, имя, отчество (при его наличии) лиц, почтово-телеграфные почтения которых подлежат негласному контролю, их адрес, вид почтово-телеграфных отправлений, на которые налагается негласный контроль, срок, на который он налагается. В случае предоставления следственным судьям санкции, указанное постановление направляется следователем, дознавателем в почтовые учреждения или лицам, оказывающим услуги по доставке отправлений, для исполнения. ...	Ч. 1 Техническая правка, связанная с изменениями в ст. 232 Ч. 2 Техническая правка, связанная с расширением судебного контроля
		1. Негласное наблюдение за лицами, указанными в части седьмой статьи 232 настоящего Кодекса, или местом осуществляется, при необходимости, с использованием технических средств видео-, фотонаблюдения без осуществления аудиозаписи речевой и иной звуковой информации. 2. Должностное лицо уполномоченного органа, осуществляющего негласное	1. Негласное наблюдение за лицами, указанными в части шестой статьи 232 настоящего Кодекса, или местом осуществляется, при необходимости, с использованием технических средств видео-, фотонаблюдения без осуществления аудиозаписи речевой и иной звуковой информации. 2. Должностное лицо уполномоченного органа, осуществляющего негласное	

12	Статья 250. Негласный контрольный закуп	наблюдение за лицом или местом, вправе осуществлять негласное наблюдение за иными лицами, входившими в контакт с наблюдаемым лицом или местом в течение сорока восьми часов с момента вхождения в контакт. ...	наблюдение за лицом или местом, не вправе осуществлять отдельное негласное наблюдение за иными лицами, входившими в контакт с наблюдаемым лицом или местом, без получения дополнительной санкции следственного судьи. ...	Техническая правка, связанная с изменениями в часть 3 статьи 232 Кодекса.
		1. Негласный контрольный закуп проводится с целью получения фактических данных о совершаемом или совершенном уголовном правонарушении путем создания ситуации мнимой сделки. При этом у лица, в отношении которого имеются достаточные основания полагать о его причастности к уголовному правонарушению, возмездно приобретаются предметы или реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен законом, а также являющиеся объектами или орудиями преступных посягательств.	1. Негласный контрольный закуп проводится с целью получения фактических данных о совершаемом или совершенном тяжком, или особо тяжком преступлении путем создания ситуации мнимой сделки. При этом у лица, в отношении которого имеются достаточные основания полагать о его причастности к тяжкому или особо тяжкому преступлению , возмездно приобретаются предметы или вещи, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен законом, а также являющиеся объектами или орудиями преступных посягательств.	

ТАБЛИЦА 2
Сравнение оперативно-розыскных мероприятий,
предусмотренных Законом Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»,
с тождественными им негласными следственными действиями,
предусмотренными Уголовно-процессуальным кодексом Республики Казахстан

Негласное следственное действие согласно УПК РК (указаны: название негласного следственного действия и номер статьи УПК РК)	Оперативно-розыскные мероприятия согласно Закону РК «Об ОРД» (указаны: вид и название оперативно-розыскного мероприятия (ОРМ), номера пункта и подпункта статьи 11 Закона РК «Об ОРД»)
Негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места (статья 242)	Специальное ОРМ: - негласное прослушивание и запись разговоров с использованием видео-, аудиотехники или иных специальных технических средств, прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефонам и другим переговорным устройствам, а также получение сведений о произведенных телефонных переговорах (пункт 3 подпункт 3)
Негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи (статья 243)	Специальное ОРМ: - оперативный поиск на сетях связи - снятие информации с технических каналов связи, компьютерных систем и иных технических средств (пункт 3 подпункты 2, 4)
Негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами (статья 244)	Специальное ОРМ: - негласное прослушивание и запись разговоров с использованием видео-, аудиотехники или иных специальных технических средств, прослушивание и запись переговоров, производящихся по телефонам и другим переговорным устройствам, а также получение сведений о произведенных телефонных переговорах (пункт 3 подпункт 3)
Негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации	Специальное ОРМ: - снятие информации с технических каналов связи, компьютерных систем и иных технических средств

(статья 245) Негласный контроль почтовых и иных отправлений (статья 246)	(пункт 3 подпункт 2) Специальное ОРМ: - контроль почтово-телеграфных отправок; (пункт 3 подпункт 1)
Негласные проникновение и (или) обследование места (статья 247)	Общее ОРМ: - оперативное проникновение (пункт 2 подпункт 5)
Негласное наблюдение за лицом или местом (статья 248)	Общее ОРМ: - наблюдение (пункт 2 подпункт 18)
Негласная контролируемая поставка (статья 249)	Общее ОРМ: - контролируемая поставка (пункт 2 подпункт 6)
Негласный контрольный закуп (статья 250)	Общее ОРМ: - оперативный закуп (пункт 2 подпункт 10)
Негласные внедрение и (или) имитация преступной деятельности (статья 251)	Общее ОРМ: - внедрение - применение модели поведения, имитирующей преступную деятельность (пункт 2 подпункты 3, 4)

ТАБЛИЦА №3
Рекомендации по изменению Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности»

№ п/п	Номер и название статьи	Текущая редакция статьи и/или ее структурного элемента (части/пункта/подпункта)	Предлагаемая редакция статьи и/или ее структурного элемента (части/пункта/подпункта)	Обоснование необходимости изменения
1	Статья 11. Оперативно-розыскные мероприятия	4. Оперативно-розыскные мероприятия, перечисленные в подпунктах 1), 2), 5), 7), 8), 9), 11), 12), 13), 14), 15), 16) и 17) пункта 2 настоящей статьи, могут осуществляться в качестве розыскных мер согласно положениям уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан.	4. Оперативно-розыскные мероприятия, перечисленные в подпунктах 1), 2), 5), 7), 8), 9), 11), 12), 13), 14), 15), 16) и 17) пункта 2 настоящей статьи, могут осуществляться в качестве розыскных мер согласно положениям уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан. 5. Оперативно-розыскные мероприятия, перечисленные в подпунктах 3), 4), 5), 6), 10), 18) пункта 2, а также в пункте 3 настоящей статьи, относятся к оперативно-розыскным мероприятиям, носящим характер негласных следственных действий, которые осуществляются в порядке, предусмотренном Главой 30 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.	Правка направлена на необходимость приведения в соответствие с предложенными изменениями в УПК РК.

2	Статья 12. Условия проведения оперативно-розыскных мероприятий	... 4. Специальные оперативно-розыскные мероприятия проводятся исключительно с санкции прокурора: 1) в целях выявления, предупреждения и пресечения преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, в отношении проверяемого лица либо третьего лица, если есть сведения, что проверяемое лицо использует телефон или иное переговорное устройство третьего лица, или есть сведения, что третье лицо получает информацию для проверяемого лица либо от проверяемого лица для передачи другим лицам с использованием телефона и других переговорных устройств и фиксация ее содержания на материальном носителе; 2) для осуществления мер по розыску лиц, скрывающихся от следствия, дознания, суда и уклоняющихся от уголовной ответственности за совершение преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 Уголовно-процессуального	... 4. Специальные оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные подпунктами 5), 18) пункта 2 статьи 11 настоящего Закона, проводятся исключительно с санкции следственного судьи, а общие оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные подпунктами 3), 4), 6), 10) пункта 2 статьи 11 настоящего Закона исключительно с санкции прокурора: 1) в целях выявления, предупреждения и пресечения преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, в отношении проверяемого лица либо третьего лица, если есть сведения, что проверяемое лицо использует телефон или иное переговорное устройство третьего лица, или есть сведения, что третье лицо получает информацию для проверяемого лица либо от проверяемого лица для передачи другим лицам с использованием телефона и других переговорных устройств и фиксация ее содержания на материальном носителе;	Правка направлена на необходимость приведения в соответствие с предложенными изменениями в УПК РК.

	кодекса Республики Казахстан, а также безвестно исчезнувших. Специальные оперативно-розыскные мероприятия в целях выявления, предупреждения и пресечения преступлений, предусмотренных частью четвертой статьи 232 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, а также преступлений, подготовляемых и совершаемых преступной группой, проводятся с санкции прокурора в отношении проверяемых лиц. Санкцию на проведение таких мероприятий по постановлению органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, дают Генеральный Прокурор Республики Казахстан, его первый заместитель либо заместители, Главный военный прокурор, прокуроры областей и приравненные к ним прокуроры. Специальные оперативно-розыскные мероприятия, связанные с использованием сети связи в интересах решения задач всеми	2) для осуществления мер по розыску лиц, скрывающихся от следствия, дознания, суда и уклоняющихся от уголовной ответственности за совершение преступлений, указанных в части четвертой статьи 232 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, а также безвестно исчезнувших. Абзац второй исключить. Санкцию на проведение таких мероприятий по постановлению органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, дают Генеральный Прокурор Республики Казахстан, его первый заместитель либо заместители, Главный военный прокурор, прокуроры областей и приравненные к ним прокуроры в порядке, предусмотренном статьей 234 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. Специальные оперативно-розыскные мероприятия, связанные с использованием сети связи в интересах решения задач всеми органами, перечисленными в статье 6	

	органами, перечисленными в статье 6 настоящего Закона, технически осуществляются органами национальной безопасности Республики Казахстан, для чего им выделяются необходимые силы и средства. Организация и тактика проведения специальных оперативно-розыскных мероприятий, связанных с использованием сети связи, определяются совместным первым руководителей органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. В целях получения разведывательной информации, обеспечения военной безопасности Республики Казахстан и безопасности охраняемых лиц уполномоченный орган в сфере внешней разведки, органы обороны Республики Казахстан и Служба государственной охраны Республики Казахстан вправе осуществлять специальные оперативно-розыскные мероприятия с использованием сетей телекоммуникаций, исключаящие подключение к	настоящего Закона, технически осуществляются органами национальной безопасности Республики Казахстан, для чего им выделяются необходимые силы и средства. Организация и тактика проведения специальных оперативно-розыскных мероприятий, связанных с использованием сети связи, определяются совместным первым руководителей органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. В целях получения разведывательной информации, обеспечения военной безопасности Республики Казахстан и безопасности охраняемых лиц уполномоченный орган в сфере внешней разведки, органы обороны Республики Казахстан и Служба государственной охраны Республики Казахстан вправе осуществлять специальные оперативно-розыскные мероприятия с использованием сетей телекоммуникаций, исключаящие подключение к
	органами, перечисленными в статье 6 настоящего Закона, технически осуществляются органами национальной безопасности Республики Казахстан, для чего им выделяются необходимые силы и средства. Организация и тактика проведения специальных оперативно-розыскных мероприятий, связанных с использованием сети связи, определяются совместным первым руководителей органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. В целях получения разведывательной информации, обеспечения военной безопасности Республики Казахстан и безопасности охраняемых лиц уполномоченный орган в сфере внешней разведки, органы обороны Республики Казахстан и Служба государственной охраны Республики Казахстан вправе осуществлять специальные оперативно-	

		розыскные мероприятия с использованием сетей телекоммуникаций, исключающие подключение к стационарной аппаратуре и линиям связи физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи на территории Республики Казахстан. 5. Исключительно для получения разведывательной и контрразведывательной информации в целях обеспечения безопасности Республики Казахстан, выявления, предупреждения и пресечения разведывательно-подрывных посягательств специальных служб иностранных государств, иностранных организаций и отдельных лиц, а также обеспечения контрразведывательных мер по противодействию экстремизму и терроризму специальные оперативно-розыскные мероприятия могут осуществляться в порядке, согласованном с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. 6. В случае возникновения угрозы жизни, здоровью,	стационарной аппаратуре и линиям связи физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи на территории Республики Казахстан. 5. Исключительно для получения разведывательной и контрразведывательной информации в целях обеспечения безопасности Республики Казахстан, выявления, предупреждения и пресечения разведывательно-подрывных посягательств специальных служб иностранных государств, иностранных организаций и отдельных лиц, а также обеспечения контрразведывательных мер по противодействию экстремизму и терроризму специальные оперативно-розыскные мероприятия могут осуществляться в порядке, согласованном с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. Части 6 – 8 исключить	

			собственности отдельных лиц по их заявлению или с их письменного согласия разрешается прослушивание и запись разговоров, переговоров, производящихся по их телефонам или другим переговорным устройствам, на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обязательным уведомлением прокурора в течение 24 часов с момента вынесения постановления. 7. В случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжких и особо тяжких преступлений, а также преступлений, подготовляемых и совершаемых преступной группой, на основании мотивированного постановления одного из руководителей соответствующего органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, допускается проведение специальных	

		оперативно-розыскных мероприятий с уведомлением прокурора и последующим получением санкции в течение двадцати четырех часов с момента вынесения постановления. При неполучении санкции прокурора в установленный срок специальное оперативно-розыскное мероприятие подлежит немедленному прекращению. Специальные оперативно-розыскные мероприятия в отношении судьи могут быть проведены только с санкции прокурора. 8. При получении санкции на проведение специальных оперативно-розыскных мероприятий прокурору представляются материалы основания для их проведения, в форме и по содержанию исключающие возможность расшифровки сведений о личности конфиденциальных помощников и штатных негласных сотрудников. О результатах специального оперативно-розыскного мероприятия уведомляется прокурор,		

		санкционировавший его проведение. 9. Организация и тактика проведения негласных оперативно-розыскных мероприятий могут составлять служебную, военную или государственную тайну в соответствии с Перечнем сведений, подлежащих засекречиванию, утвержденным Правительством Республики Казахстан на основании Закона Республики Казахстан «О государственных секретах».	9. Организация и тактика проведения негласных оперативно-розыскных мероприятий могут составлять служебную, военную или государственную тайну в соответствии с Перечнем сведений, подлежащих засекречиванию, утвержденным Правительством Республики Казахстан на основании Закона Республики Казахстан «О государственных секретах».	

ОБЗОР ОСНОВНЫХ НОВЕЛЛ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН⁶¹

С 1 января 2015 г. в Республике Казахстан вступает в силу новый Уголовно-процессуальный кодекс (далее – УПК). Настоящий бюллетень посвящен анализу норм и институтов, создание (трансформация) которых предусмотрена этим законодательным актом. Предметом анализа является уровень обеспечения в положениях УПК основных прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса.

Концептуально новый УПК в целом сохраняет структуру прежнего, делится на Общую и Особенную части, которые состоят из тех же институтов, что и раньше, за исключением некоторых существенных изменений. Новый УПК сложнее и обширнее ныне действующего. В нем на три раздела, на одиннадцать глав и примерно на сто статей⁶² больше, чем в предшественнике. Перечень основных, наиболее важных изменений уголовно-процессуального законодательства можно определить следующим образом:

1. Увеличение максимального срока ареста лиц, подозреваемых в совершении особо тяжких преступлений, преступлений в составе преступной группы, а также иных террористических и (или) экстремистских преступлений до 18 месяцев.
2. Упразднение стадии возбуждения уголовного дела, введение Единого реестра досудебных расследований.
3. Конкретизация статуса следственного судьи.
4. Замена процедуры привлечения в качестве обвиняемого на «определение квалификации деяния подозреваемого». Изменение статуса подозреваемого.
5. Некоторое расширение полномочий адвокатов.
6. Создание новой процедуры «депонирования доказательств».
7. Введение «негласных следственных действий».
8. Внедрение института процессуальных соглашений.
9. Ведение конфискации имущества, полученного незаконным путем, до вынесения приговора (подлежит применению с 1 января 2018 г.).

Нет необходимости и редакционной возможности в рамках данного документа подробно описывать суть вышеперечисленных новелл, ибо они достаточно сложны

⁶¹ Настоящий информационный бюллетень подготовлен Казахстанским Международным Бюро по правам человека и соблюдению законности, Центром исследования правовой политики и Международным Центром Журналистики MediaNet в рамках проекта «Повышение вклада гражданского общества в разработку и реализацию следующего Второго Национального Плана действий по правам человека» поддержанного Европейским Союзом. Общий бюджет двухгодичного проекта составляет 300 000 евро. Вклад Евросоюза в проект составил 275 000 евро. Эта публикация была выпущена при содействии Европейского Союза. Содержание данной публикации является предметом ответственности Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, Центра исследования правовой политики и Международного центра журналистики MediaNet и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.

⁶² Следует иметь в виду, что один из разделов - «Переходные и заключительные положения» состоит из двух глав, каждая из которых содержит по одной статье.

по своему содержанию и довольно подробно регламентированы в нормах нового УПК. С методологической точки зрения, полагаем наиболее рациональным сразу перейти к анализу нового уголовно-процессуального порядка на основе целостного подхода, то есть восприятия всех указанных новелл в комплексе с точки зрения принципов гуманного и справедливого уголовного процесса. Далее будут рассмотрены только те институты, применение которых напрямую влияет на упомянутые принципы.

В основе своей новый УПК придерживается основных постулатов в сфере уголовного правосудия, принятых в правовом демократическом государстве. Такие базовые стандарты как презумпция невиновности (ст. 19 УПК), осуществление правосудия только судом (ст. 11 УПК), право на защиту и квалифицированную юридическую помощь (ст. 26 и 27 УПК), право на свидетельский иммунитет (ст. 28 УПК), неприкосновенность личности (ст. 14 УПК), жилища и собственности (ст. 17 и 18 УПК), состязательность и равноправие сторон, независимость судьи (ст. 22 УПК), гласность судопроизводства (ст. 29 УПК) и др. прямо указаны в качестве принципов отечественного уголовного процесса.

Качество обеспечения продекларированных ценностей реально характеризует состояние уголовного правосудия в стране. Очевидно, что будь в этой сфере все идеально, принятие нового УПК скорее всего и не понадобилось бы. Как и любая реформа, трансформация такого кодекса – процесс сложный и неоднозначный. Некоторые из изменений носят достаточно радикальный характер и существенным образом скажутся на ходе и результатах уголовно-процессуальной деятельности. Например, в новый УПК внедрены такие институты, немислимые для советской концепции уголовного правосудия, как производство о процессуальных соглашениях (раздел 13 УПК) или депонирование показаний (ст. 217 УПК). Упразднение стадии возбуждения уголовного дела, наверно упростит правоограничение в уголовном процессе и в некотором смысле размоет его юридические границы. С другой стороны полномочия адвокатов в судопроизводстве расширены (ч. 3 ст. 70, ч. 3 ст. 122 УПК), что диверсифицирует их взаимодействие со следствием и обвинением, поднимет уровень состязательности на досудебных стадиях.

Однако, при всех упомянутых выше и обойденных вниманием менее принципиальных новшествах закона, говорить о его кардинальном и качественном изменении с точки зрения соблюдения прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса, к сожалению, не приходится. В основу данного утверждения легли доводы следующего характера.

В правовом демократическом государстве человек, его жизнь, права и свободы признаются высшей ценностью. Данное положение закреплено в статье 1 Конституции Республики Казахстан. Через призму именно этих ценностей следует оценивать всю систему взаимоотношений государства, общества и гражданина. Основным результатом реформы уголовного процесса определяется тем, насколько правовая система лучше, чем раньше защищает человека от несправедливости и произвола, стала ли процедура судопроизводства более гуманной и эффективной, обеспечены ли права обвиняемых и потерпевших надежнее, чем до реформы.

Основные принципы справедливого уголовного процесса перечислены в ст. 9 и ст. 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах, конкретизированы в других международных документах и прецедентах международных судебных и квазисудебных органов. Полагаем, что степень обеспечения этих стандартов в нормах нового УПК и есть основной параметр его юридической оценки.

1. Право на личную свободу является основным правом личности. Большинство других юридических возможностей человека не могут быть им реализованы без свободы передвижения. Нет нужды говорить, что наиболее сурово это право может

быть ограничено государством именно в рамках уголовного процесса. Современная цивилизация выработала механизм контроля за обоснованностью и правомочностью заключения под стражу до рассмотрения дела по существу.⁶³ Это процедура Habeas Corpus, в основу которой положено право каждого задержанного (арестованного) предстать перед судом для оценки законности ограничения его права на личную свободу. Исходя из признания безусловной ценности личной свободы БДИПЧ ОБСЕ в 2011 году рекомендовало гарантировать каждому задержанному в уголовно-процессуальном, административном порядке, или «лишенному свободы в ином правовом режиме» право не позднее 48 часов с момента реального лишения свободы предстать перед судом для оценки законности и обоснованности задержания.⁶⁴

К сожалению, исходя из смысла ч. 3 ст. 147 УПК очевидно, что данное право каждому не предоставлено. Новый УПК, как и его предшественник во главу угла ставит не вопрос оценки судом законности и обоснованности лишения свободы человека, а необходимость дальнейшего содержания под стражей подозреваемого или отсутствия таковой. Действие института Habeas Corpus продолжает носить ограниченный и не полный характер.

Смушает отступление авторов УПК от заложенных в основу реформы идей гуманизации судопроизводства и снижения тюремного населения. Согласно ч. 4 ст. 151 УПК по некоторым категориям уголовных дел предполагается максимальный срок досудебного лишения свободы до 18 месяцев, на полгода больше того срока, который позволял себе репрессивный по духу советский уголовный процесс конца прошлого столетия. В этой части налицо усиление инквизиционных начал в уголовном судопроизводстве, что, безусловно, не может не беспокоить гражданское общество. Полагаем, что в подобного рода новеллах проявился корпоративный интерес правоохранительных органов, в действительности стоявших за созданием нового УПК.

К числу позитивных изменений закона в этой части можно отнести расширение перечня мер принуждения за счет не связанных с лишением свободы, а также обязанность суда устанавливать сумму залога во всех случаях санкционирования содержания под стражей за исключением дел об особо тяжких преступлениях и др. (ч. 8, ч. 9 ст. 148 УПК). Надеемся, что такого рода новеллы смягчат режим применения мер пресечения.

2. Упразднение стадии возбуждения уголовного дела, оправдывается необходимостью упрощения процедуры судопроизводства и устранением условий для злоупотребления возможностями так называемых доследственных проверок, в ходе которых лица, вовлеченные в орбиту уголовного процесса, имели «неясный» процессуальный статус, а собранные фактические данные вызвали сомнение с точки зрения допустимости в качестве доказательств.

⁶³ «Полное отсутствие судебного контроля за предварительным заключением, какое-то время назад всерьез рассматривавшееся в качестве варианта решения проблемы (можно было выделять в данном аспекте, допустим, «советский подход»), становится просто-таки немыслимым в сегодняшней ситуации, по крайней мере, для развитых государств, прекрасно отдающих себе отчет в том, что длительное содержание человека под стражей в любом случае должно иметь место только при непосредственном участии суда, то есть иначе говоря, при наличии судебного контроля.» Головки Л.В. Аналитическая записка «Институт судебного контроля за предварительным заключением под стражу континентальных формах уголовного процесса». В сб. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С 169.

⁶⁴ См. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Бюро по демократическим институтам и правам человека. Аналитический отчет. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Варшава. 2011. С. 6.

Однако, не смотря на свою дефективную процессуальную природу и действительно громоздкий механизм реализации, стадия возбуждения уголовного дела была пусть не самой лучшей, но все же работающей гарантией от необоснованного применения мер уголовно-процессуального принуждения в отношении граждан и юридических лиц. Напомним, что на этой стадии, которая, кстати, могла длиться месяцами, нельзя было проводить обыски, задерживать, арестовывать людей и их имущество, совершать иные суровые правоограничительные действия. Ликвидация стадии возбуждения уголовного дела без замещения ее другими эффективными процессуальными гарантиями, такими, например, как судебный контроль, может привести к росту фактов нарушения прав человека органами уголовного преследования, поскольку создает условия для ограничения тайны частной жизни, неприкосновенности жилища и собственности без достаточных к тому оснований. Ликвидация этой стадии может повлечь угрозы для благополучия предпринимательства, поскольку упрощает варианты вторжения со стороны правоохранительных органов в деятельность юридических лиц. Полагаем, в потенции отсутствие ограничений, существовавших ранее, на практике может негативно сказаться на инвестиционной привлекательности нашего государства.

3. Безусловно, положительной оценки заслуживает создание нового субъекта уголовного процесса – следственного судьи. Такое изменение УПК указывает на признание законодателем роли судебного контроля в справедливом судопроизводстве и свидетельствует об его намерении развить эту весьма важную процессуальную функцию. Очевидно, что судебный контроль является уголовно-процессуальным воплощением системы сдержек и противовесов, положенных в основу разделения властей в правовом демократическом государстве. Суды, посредством контроля за органами уголовного преследования, защищают гражданские права и свободы от необоснованного ограничения со стороны исполнительной власти.

Вместе с тем, анализ положений ст. 55 УПК и иных норм, посвященных следственному судье, указывает на в целом незначительное расширение полномочий судебной власти на стадии предварительного расследования. Сравнение этих положений с нормами действующего УПК говорит о том, что к компетенции следственного судьи отнесены полномочия либо и так имеющиеся в распоряжении судей районных судов, например, санкционирование ареста, домашнего ареста, ареста имущества и др., либо возможности следственного судьи расширены за счет действий и решений, не имеющих принципиального значения на досудебных стадиях процесса, например, таких как санкционирование эксгумации трупа (*как часто это происходит?* – Д.К.) или объявления в международный розыск.

К сожалению, к компетенции следственного судьи не отнесены наиболее важные с точки зрения обеспечения справедливости процесса и соблюдения прав личности полномочия. Санкционирование следственных в том числе и негласных следственных действий, ограничивающих конституционные права человека, все еще находится во власти прокуратуры. При этом согласно ч. 3 ст. 58 УПК прокурор вправе своим постановлением принимать дела к своему производству и лично производить расследование, пользуясь при этом полномочиями следователя. Несмотря на оговорку в указанной норме о том, что «надзор за законностью досудебного расследования осуществляет уполномоченный на то прокурор», очевидно, прокуратура, как орган уголовного преследования, имеет в процессе ярко выраженный обвинительный интерес и не может быть органом, объективно подходящим к оценке обоснованности и целесообразности правоограничения в

уголовном процессе.⁶⁵ Уверены, только суд, как более независимый субъект процессуальных отношений должен давать санкции на производство указанных следственных действий.

Кроме того, вызывает вопросы порядок приобретения следственным судьей своего процессуального статуса. Согласно ч. 3 ст. 54 УПК следственный судья назначается из судей районного суда председателем этого суда. Таким образом, коллеги следственного судьи в последующем могут принимать решения по существу дел, по которым он ранее выполнял контрольную функцию. Это предполагает некоторую ревизию решений следственного судьи, например, о санкционировании им заключения под стражу или депонирования показаний свидетелей. Полагаем, такой порядок не способствует объективности и беспристрастности правосудия, поскольку при нем судьи, работающие в одном коллективе, связанные между собой различными, в том числе и неформальными отношениями могут оказаться во взаимной зависимости при оценке обстоятельств дела. Вынуждены признать, что реформа в части развития функции судебного контроля носила половинчатый, незавершенный и не последовательный характер.

4. Внедрение процедуры депонирования показаний, предоставление адвокатам возможности обращаться к следственной судье для обеспечения своих полномочий по собиранию доказательств (ч. 3 ст. 70 УПК) заслуживает одобрения и поддержки. Отрадно, что процедуры депонирования показаний свидетеля и потерпевшего будут доступны для адвоката, а он сможет обращаться к следственной судье с ходатайствами об истребовании и приобщении к делу фактических данных, проведении экспертиз и привода нужных лиц (п.п. 6), 7), 8) ч. 2 ст. 55 УПК). Эти изменения закона усилят состязательность процесса и равенство возможностей сторон.

Конечно, указанные процедуры нуждаются в детализации и уточнении, например, при депонировании показаний свидетеля, потерпевшего, закон (ч. 3 ст. 217 УПК) предполагает возможность допроса указанных субъектов в отсутствие самого подозреваемого, что является ограничением гарантированного ст. 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах права подозреваемого, обвиняемого на перекрестный допрос свидетельствующих против него лиц. Порядок инициирования экспертизы адвокатом не исключает его зависимости в этом вопросе от процессуального оппонента. Так, например, копия заключения эксперта, полученного по инициативе адвоката, должна быть направлена следователю, следователь имеет возможность исключить представленные адвокатом объекты для исследования (ч. 8, ч. 9 ст. 282 УПК). При этом аналогичных возможностей адвокату законом не предоставлено. Не ясно является ли запрос адвоката органу судебной экспертизы о производстве соответствующего исследования обязательным для этого органа. При этом постановление следователя о производстве экспертизы эксперты не имеют права не исполнить (ч. 2 ст. 272 УПК). Очевидно, что положения УПК в этой части нуждаются в усовершенствовании и доработке, ибо баланс в полномочиях сторон все еще не уравновешен должным образом. В целом направление на развитие равноправия сторон в уголовно-процессуальном доказывании выбрано правильно.

⁶⁵ На данную двойственность роли прокуратуры и обусловленную этим неэффективность ее надзора за соблюдением прав человека указывал Специальный докладчик ООН. См.: Пункт 55 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytics/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

Закрепленные в законе ранее и вновь подтвержденные полномочия адвокатов опрашивать лиц, которым может быть что-либо известно по делу (ст. 122 УПК), нуждаются в конкретизации в нормах Особенной части УПК. Не проработанная должным образом процессуальная форма этого действия ставит под сомнение доказательственное значение полученных таким образом фактических данных.

В новом УПК не нашли своего отражения старые проблемы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь. Не урегулирован надлежащим образом порядок вступления адвокатов в дела, содержащие государственные секреты. В настоящее время органами расследования применяется противоречащая закону и ст. 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах практика ограничения права на свободный выбор адвоката обвиняемым по мотиву отсутствия у этого адвоката допуска к государственным секретам. Адвокатура настаивает на допуске к таким делам на основании подписки о неразглашении, отбираемой у адвоката, как это принято в России, например.⁶⁶

Обращаем внимание, п. 19 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, прямо утверждает, что суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката, имеющего допуск к практике, представлять интересы своего клиента, если этот адвокат не был дисквалифицирован в соответствии с национальным правом и практикой его применения и настоящими Положениями. Однако, несмотря на то, что практика ограничения права на выбор адвоката противоречит как международным стандартам организации и деятельности адвокатуры, так и решениям Комитета ООН по правам человека по этому вопросу,⁶⁷ в УПК эта проблема должным образом не решена.

К сожалению, в законе не гарантирована настоящая неприкосновенность адвокатов при осуществлении ими своего профессионального долга. Предусмотренный ч. 8 ст. 232 УПК запрет на производство негласных следственных действий в отношении адвокатов, за исключением случаев совершения или подготовки ими тяжких и особо тяжких преступлений заслуживает поддержки, однако одна лишь эта норма является недостаточной защитой от давления на адвокатов со стороны их процессуальных оппонентов. Закон должен содержать целый комплекс гарантий адвокатской деятельности, состоящий в прямом без оговорок запрете на производство обысков в служебных помещениях, жилище и транспорте адвокатов, прослушивания их переговоров и иного технического вторжения в сферу адвокатской тайны. К сожалению, пожелания адвокатуры в этой части также остались без внимания разработчиков УПК.

5. Внедрение в уголовный процесс так называемых «негласных следственных действий»⁶⁸ не может не вызывать опасений за конституционные права и свободы граждан по следующим причинам.

⁶⁶ См.: Тугел А.К. Открытое письмо Президенту Республики Казахстан Назарбаеву Н.А. // Общественно-политическая газета «Время» от 18 июня 2009 г.

⁶⁷ 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), 1981 г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека (КПЧ ООН). Доступно в Интернете по адресу: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

⁶⁸ К их числу отнесены:

- 1) негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места;
- 2) негласные контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи;
- 3) негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами;

Во-первых, создав новые уголовно-процессуальные возможности для правоохранительных органов по вторжению в сферу частной жизни, жилища и собственности, законодатель сохранил почти в первозданном виде аналогичные оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные в ст. 12 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности». По крайней мере, на момент написания настоящего бюллетеня никаких принципиальных изменений или дополнений в указанную норму закона, направленных на серьезное сокращение числа или содержания оперативно-розыскных мероприятий, внесено не было.⁶⁹ Однако, в специальной литературе поднимался вопрос о целесообразности одновременного сосуществования оперативных мероприятий и их «негласных следственных» ипостасей.⁷⁰

Можно признать, что фактически произошло существенное расширение инструментария следственно-оперативных действий, ограничивающих фундаментальные права и свободы человека, но при этом не было создано дополнительных механизмов защиты от необоснованного и неправомерного применения этих действий. Весь контроль за законностью в этой сфере остался на уровне прокурорского ведомства. О сомнениях по поводу объективности и эффективности прокурорского надзора в этой части было сказано выше.

Помимо прочего, внедрение института негласных следственных действий вызывает обеспокоенность по следующему поводу. Если производство специальных оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ст. 12 Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» возможно, как правило, по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях, а также по ограниченному перечню составов, относящихся к организованной преступности или перечисленных в ст. 237 УПК (см. ч. 4 ст. 12 указанного Закона), то негласные следственные действия, по сути ничем не отличающиеся от большинства специальных оперативно-розыскных мероприятий, могут быть применены по делам о преступлениях, санкция за совершение которых предусматривает наказание в виде лишения свободы от одного года и выше (п. 1) ч. 4 ст. 232 УПК). То есть их применение возможно по всем делам о преступлениях средней тяжести и даже части составов, относящихся к преступлениям небольшой тяжести. Из вышеизложенного напрашивается весьма прискорбный вывод о том, что внедрение негласных следственных действий в новый

4) негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации;

5) негласный контроль почтовых и иных отправлений;

6) негласные проникновение и (или) обследование места;

7) негласное наблюдение за лицом или местом;

8) негласная контролируемая поставка;

9) негласный контрольный закуп;

10) негласные внедрение и (или) имитация преступной деятельности (ст. 231 УПК).

⁶⁹ См., например: П. 11 Закона Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 233-V «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования уголовно-процессуального законодательства».

⁷⁰ «Унификация досудебного расследования при всей своей теоретической обоснованностью ставит еще один вопрос фундаментального плана, который в законопроекте не решен: каков смысл сохранения автономии так называемой «оперативно-розыскной деятельности» и почему она не интегрирована в полицейское досудебное расследование?» Головки Л.В. Анализ концептуальных положений проекта закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса. В сб. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2011. Варшава, 2012. С. 34

УПК просто привело к расширению инквизиционных начал и без того неоправданно сурового уголовного процесса.

6. Внедрение производств о процессуальных соглашениях, можно смело признать одним из самых радикальных изменений закона. При этом, теоретическая дискуссия по поводу допустимости применения такого института в постсоветских системах уголовного процесса была достаточно острой.⁷¹ Тем не менее, авторы УПК отринули все сомнения и воплотили эту идею в кодексе. Предполагается два вида соглашений: сделка о признании вины и соглашение о сотрудничестве.⁷² Очевидно, что применением такого рода институтов законодатель попытался реализовать идею процессуальной экономии, надо признать все более и более реализуемую в системах уголовного судопроизводства почти по всему миру.

Оценка этого института в сложившихся реалиях требует определенной деликатности в связи с тем, что с одной стороны в международном праве признается допустимость применения такого рода производств в уголовном процессе при условии соблюдения стандартов справедливого правосудия и надлежащей юридической процедуры.⁷³ С другой стороны, идея требует осторожного осмысления, поскольку внедрение процессуальных соглашений осуществляется на почву весьма инквизиционного судопроизводства, отправляемого недостаточно независимой судебной властью.⁷⁴

Анализ положений Раздела 13 УПК позволяет сделать вывод о том, что в целом производства о процессуальных соглашениях содержат необходимый объем гарантий прав личности. Так, например, подозреваемый, обвиняемый и подсудимый формально защищены от прямого принуждения органами уголовного преследования к заключению указанных соглашений, обеспечено разъяснение их сущности и правовых последствий. Право на защиту и квалифицированную юридическую помощь гарантированы. Предусмотрен многоступенчатый механизм проверки добровольности действий лица, участвующего в данном производстве. Интересы потерпевшего охранены возможностью принимать непосредственное участие в заключении соглашения и определять его судьбу.

Вместе с тем, следует иметь ввиду, что в идеале применение процессуальных соглашений возможно только при наличии реальной возможности как осуждения, так и оправдания. В условиях, когда количество обвинительных приговоров колеблется в

⁷¹ См., например: Петрухин И. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. 2001. № 5.; Лазарева В. А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2000. <http://www.dissercat.com>; Рыбалов К. А. Особый порядок судебного разбирательства в Российской Федерации и проблемы его реализации. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2004. <http://www.dissercat.com>; Сарсенбаев Т. Сделка о признании вины в уголовном процессе РК // Юрист № 10. 2004. С. 45-48, Головки Л.В. Анализ концептуальных положений проекта закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса. В сб. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2011. Варшава, 2012. С. 38-39.

⁷² Более подробно см.: Раздел 13 УПК.

⁷³ См. Практика Европейского Суда по правам человека. Verhoek against the Netherlands (Application no. 54445/00), Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia (Application no. 9043/05)

⁷⁴ Например, в Заключительных замечаниях Комитета ООН по правам человека по Казахстану говорится: «Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о том, что органы Прокуратуры оказывают давление на судебную власть, которое влияет на принимаемые в итоге судами решения в такой степени, что оправдательные приговоры по уголовным делам составляют всего 1%». Комитет по правам человека. Сто вторая сессия. Женева, 11-19 июля 2011 года. // Доступно в Интернете по адресу: <http://www.ujk.kz/sojuzsudey/?sid=360>

районе 99% из ста, имеют место серьезные сомнения в истинном желании подозреваемых и обвиняемых заключать такие соглашения. Многие оказавшиеся в орбите уголовного судопроизводства лица, могут пойти на такой шаг не из-за угроз, давления или иного прямого физического или морального принуждения, а подписать эти соглашения от общего чувства безысходности и неверия в справедливость, которые, к сожалению, вполне обоснованы в современных уголовно-процессуальных реалиях.

Помимо прочего, настораживает предусмотренная п. 4) ч. 1 ст. 44 УПК возможность выделения в отдельное производство уголовного дела в отношении подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, с которыми прокурором заключено процессуальное соглашение. Зачем органу расследования предоставляется такое право? Есть риск того, что манипулирование процедурами выделения и сепаратного рассмотрения такого рода уголовных дел сделает возможным формирование обвинительной преюдиции по групповым делам, когда в отношении члена группы, подписавшего соглашение, дело рассматривается в суде раньше, чем дело остальных фигурантов. Однако, осуждение лица, подписавшего соглашение, означает признание собранных доказательств, имеющими преюдициональное значение, что существенно ухудшает положение других обвиняемых, при этом лишает их права участвовать в вынесении предыдущего решения, давшего фактическую и правовую оценку их действиям. Имеется негативный опыт применения аналогичных процедур в Российской Федерации.⁷⁵ Уверены, формирование практики преюдиционального использования судебных решений по выделенным делам, по которым заключено процессуальное соглашение, недопустимо и применение законодательства в этой части должно быть скорректировано.

7. К большому сожалению, в новом УПК не получил своего дальнейшего развития такой важный с точки зрения гуманизации и демократизации уголовного правосудия институт, как суд с участием присяжных заседателей. Подсудность этого суда не была расширена. Часть наиболее принципиальных рекомендаций Бюро по демократическим институтам и правам человека Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе, сформулированных по результатам мониторинга процессов

⁷⁵ «...вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое аксиоматично доктринально, но должно быть во избежание недоразумений закреплено в законе. В противном случае, как это иногда имеет место в России, возникают разного рода процессуальные схемы «обхода» процессуальных гарантий, когда сначала заключается «сделка», затем в отношении данного обвиняемого выносится обвинительный приговор, а в конечном итоге этот приговор используется в качестве преюдиции по «основному делу» (в отношении отрицающих вину соучастников), которое еще только предстоит рассматривать в суде. Такой подход полностью «убивает» по «основному делу» любые гарантии состязательного процесса, поскольку вменяемые в вину факты становятся якобы доказанными на основании вступившего в законную силу по ранее выделенному делу судебного решения, что формально верно, но по сути извращает саму суть правосудия. Ведь, на самом деле, их никто не доказывал - приговор по выделенному делу вынесен на основании «сделки», то есть в «особом порядке» и в отсутствие судебного следствия, то есть использование в данном случае института преюдиции должно быть исключено, иначе мы лишим всех процессуальных гарантий лиц, которые собираются отстаивать свою невиновность в состязательном процессе». См. Головки Л.В. Анализ концептуальных положений проекта закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса. В сб. Ежегодник Центра исследования правовой политики 2011. Варшава, 2012. С. 39.

по делам этой категории⁷⁶, до сих пор не реализована. Вопрос о переходе к классической англо-американской модели суда присяжных остается открытым.

8. С 1 января 2018 года станет возможным применение конфискации имущества, полученного незаконным путем, до вынесения приговора, в отношении лица, объявленного в международный розыск, освобожденного от ответственности вследствие акта амнистии, за истечением срока давности привлечения к уголовной ответственности, либо смерти (глава 71 УПК). Не смотря на ограниченный перечень лиц, чье имущество может быть таким образом конфисковано, полагаем, что применение этой меры противоречит фундаментальному принципу презумпции невиновности, согласно которому никто не может быть признан виновным в совершении преступления, а значит и наказан за это, пока его вина не будет признана вступившим в законную силу приговором суда.

Общие выводы

Вступление в силу нового УПК позволит использовать несколько дополнительных институтов, существенно упрощающих уголовное судопроизводство, а также развивающих начала состязательности и равноправия сторон. Отрадно, некоторое расширение полномочий адвокатов в части собирания доказательств, а также предоставление им отдельных гарантий защиты от вмешательства в их деятельность со стороны органов уголовного преследования. Безусловно позитивным шагом является небольшое смягчение порядка применения мер пресечения в уголовном процессе.

Вместе с тем, вызывает сожаление ограниченный и недостаточно последовательный характер реформы, выразившийся в слабом развитии и поддержке производств и институтов, призванных обеспечивать справедливость судопроизводства и защиту прав человека. При этом многие изменения законодательства были приняты в пользу правоохранительных органов, в ущерб интересам других участников уголовно-процессуальных отношений.

Судебный контроль не был расширен до необходимых границ, охватывающих санкционирование всех следственных действий, ущемляющих конституционные права личности. Следственный судья не получил должной степени организационной независимости для отправления своей функции.

Увеличение максимальных сроков содержания под стражей, внедрение негласных следственных действий и отмена стадии возбуждения уголовного без создания дополнительных гарантий прав личности в виде полноценного судебного контроля могут привести к росту тюремного населения и усилению инквизиционных начал уголовного судопроизводства.

Применение процессуальных соглашений требует осторожности и должно быть непосредственно связано с усилением независимости судебной власти, гуманизацией уголовного судопроизводства и недопустимостью формирования преюдициальных обвинительных приговоров путем выделения дел о соглашениях в отдельные производства.

Шанс на усиление независимости судебной власти и демократизацию уголовного судопроизводства посредством расширения полномочий суда присяжных и внедрения классической модели этого суда не был использован.

⁷⁶ См. Отчет по результатам мониторинга судопроизводства с участием присяжных заседателей в Республике Казахстан в 2007 г. БДИПЧ ОБСЕ. Алматы, 2008. С. 9-13

Заложенное на ближайшую перспективу применение конфискации имущества лиц, в отношении которых не вынесен приговор, явно противоречит принципу презумпции невиновности.

Новый УПК Республики Казахстан нуждается в дальнейшем совершенствовании по пути усиления гарантий прав человека и международных стандартов справедливого уголовного процесса.

ХАВРОНИК Н.И.
д. ю. н., профессор

УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: ДОСТИЖЕНИЯ И ПРОСЧЕТЫ⁷⁷

Не нуждается в специальном доказывании тот факт, что современная преступность все больше приобретает характеристики международной, транснациональной, глобальной. Преступный мир уже давно преодолел государственные границы, при этом часто пользуясь несовершенством национального законодательства отдельных государств. Поэтому для борьбы с международной преступностью необходимо активно использовать все наилучшие достижения международного уголовного права.

В международных актах, заключенных в рамках ООН и ее специализированных учреждений, положения которых являются обязательными для исполнения всеми государствами-участниками, нашли свое отражение наиболее передовые научные идеи ученых всего мира относительно общих принципов уголовного права и уголовной ответственности за определенные преступления.

Бесспорно, эти акты существенно повлияли на развитие многих институтов нового Уголовного кодекса Республики Казахстан (далее – УК). Кроме того, большое количество положений этого Кодекса являются прогрессивными, основанными на принципах демократизма, верховенства права, гуманизма, равенства и справедливости.

Рассмотрим их.

Прежде всего следует отметить положение **ч. 2 статьи 1** УК, согласно которой «Настоящий Кодекс основывается на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах, и нормах международного права». Нормативные постановления Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан прямо признаны составной частью уголовного законодательства Республики Казахстан, то есть и формами существования уголовного права. Однозначно признаются не подлежащими применению нормы Кодекса, признанные неконституционными, в том числе ущемляющими закрепленные Конституцией

⁷⁷ Данный обзор подготовлен доктором юридических наук, профессором, заслуженным юристом Украины, ХАВРОНИК Н.И. Настоящий информационный бюллетень подготовлен Казахстанским Международным Бюро по правам человека и соблюдению законности, Центром исследования правовой политики и Международным Центром Журналистики MediaNet в рамках проекта «Повышение вклада гражданского общества в разработку и реализацию следующего Второго Национального Плана действий по правам человека» поддержанного Европейским Союзом. Общий бюджет двухгодичного проекта составляет 300 000 евро. Вклад Евросоюза в проект составил 275 000 евро. Эта публикация была выпущена при содействии Европейского Союза. Содержание данной публикации является предметом ответственности Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, Центра исследования правовой политики и Международного центра журналистики MediaNet и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.

Республики Казахстан права и свободы человека и гражданина.

Чрезвычайно важной в контексте действия принципа юридической определенности, который иногда рассматривают как самостоятельный принцип, а иногда – как составную часть принципа верховенства права, представляется **статья 3 УК**, в которой разъясняются некоторые понятия, содержащиеся в Кодексе. Пока их чуть более сорока, но само по себе создание такой специальной статьи дает надежду к тому, что понятийный аппарат уголовного законодательства будет развиваться в дальнейшем путем как усовершенствования содержания отдельных терминов-понятий, так и увеличения их количества.

Значительно качественнее можно защищать права, свободы и законные интересы человека и гражданина, собственность, права и законные интересы организаций, общественный порядок и безопасность, окружающую среду от общественно опасных посягательств, разделив уголовные правонарушения в зависимости от степени их общественной опасности и наказуемости на преступления и уголовные проступки, как это сделано в **ст. 10 УК**. За счет такой градации можно и четко отделить уголовное законодательство от административного (управленческого), и гуманизировать уголовную ответственность, и во многих случаях существенно упростить и ускорить процедуры расследования и рассмотрения дел – в частности об уголовных проступках.

Европейские традиции отразились в положениях **частей 2 и 4 ст. 24 УК**, согласно с которыми произошла декриминализация приготовления к преступлениям небольшой тяжести и средней тяжести, а также покушения на преступления небольшой тяжести.

С другой стороны, конкретизирована и усилена уголовная ответственность за групповое совершение преступлений. В соответствии с **ч. 3 ст. 31 УК** преступление признается совершенным преступной группой, если оно совершено организованной группой, преступной организацией, преступным сообществом, транснациональной организованной группой, транснациональной преступной организацией, транснациональным преступным сообществом, террористической группой, экстремистской группой, бандой или незаконным военизированным формированием. В этой связи следует вспомнить **Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности («Палермская Конвенция»**, 15 ноября 2000 г.), которая определила понятия, в частности: «организованная преступная группа»; «серьезное преступление»; «преступление, которое носит транснациональный характер». Она же обязала Государства-Участников обеспечить, чтобы: при совершении любого преступления, признанного таким этой Конвенцией, предусматривалось применение таких санкций, которые учитывают степень опасности этих преступлений; суды и другие компетентные органы учитывали опасный характер этих преступлений при рассмотрении вопроса о возможности досрочного или условного освобождения определенных лиц.

В **Общей части УК (п. 24 ст. 3)** дано понятие «преступной группы». Это – организованная группа, преступная организация, преступное сообщество, транснациональная организованная группа, транснациональная преступная организация, транснациональное преступное сообщество, террористическая группа, экстремистская группа, банда, незаконное военизированное формирование. Важным для реального усиления ответственности участников таких групп является тот факт, что это понятие является унифицированным: независимо от того, в какой именно форме существовала преступная группа, ее участники должны понести повышенное наказание более чем в 100 случаях, когда соответствующее квалифицирующее обстоятельство предусмотрено в **Особенной части УК**.

Определяя понятие и цели наказания, Парламент Республики Казахстан принял во внимание принципы вины, гуманизма и ресоциализации и установил, что целью наказания является восстановление социальной справедливости, а также исправление осужденного и предупреждение совершения новых уголовных правонарушений как осужденным, так и другими лицами; наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении уголовного правонарушения; наказание не имеет своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства (ст. 39 УК). Эти положения в целом соответствуют требованиям **Международного пакта о гражданских и политических правах** (16 декабря 1966 г.).

К сожалению, Республика Казахстан не нашла в себе силы отказаться, по примеру подавляющего большинства демократических стран, от возможности применения смертной казни, и предусмотрела ее как исключительную меру наказания за террористические преступления, сопряженные с гибелью людей, а также за особо тяжкие преступления, совершенные в военное время. Однако ст. 47 УК, по сравнению с требованиями ст. 6 Пакта, расширен перечень лиц, к которым смертная казнь не применяется. Это – лица, совершившие преступление в возрасте до восемнадцати лет, все женщины (а не только беременные), а также мужчины в возрасте шестидесяти трех и выше лет.

Определяя систему наказаний, казахстанский законодатель вполне учел **Минимальные стандартные правила ООН о мерах, не связанных с тюремным заключением** («Токийские правила», Резолюция 45/110 ГА ООН, 14 декабря 1990 г.), которые требуют от Государств-членов в рамках своих правовых систем разрабатывать меры, не связанные с тюремным заключением, с целью рационализации политики в области уголовного правосудия (ст. 1). Согласно Правилам, судебным органом во время принятия решения могут применяться такие санкции: а) устные санкции, такие, как замечание, осуждение и предупреждение; б) условное освобождение от ответственности; в) поражение в гражданских правах; г) экономические санкции и денежные наказания, такие, как разовые штрафы и поденные штрафы; е) конфискация или постановление о лишении права собственности на имущество; ф) возвращение имущества жертве или постановление о компенсации; г) условное наказание или наказания с отсрочкой; h) условное освобождение из заключения и судебный надзор; и) постановление о выполнении общественно полезных работ; j) направление в исправительное учреждение с обязательным ежедневным присутствием; к) домашний арест; l) любой другой вид обращения, не связанный с тюремным заключением; n) какое-нибудь соединение вышеперечисленных мер (ст. 8).

Соответственно, в ст. 40 УК предусмотрены штраф, привлечение к общественным работам и другие виды наказаний – за уголовный проступок, ограничение свободы, лишение свободы и другие виды наказаний – за преступление. Эта же статья предусматривает конфискацию имущества и другие виды дополнительных наказаний. В ст. 63 говорится об условном осуждении, в ст. 72 и 73 – о возможности освобождения условно-досрочно и замены наказания более мягким, в ст. 74 и 76 – об отсрочке отбывания наказания и т.д.

При этом условно-досрочное освобождение от отбывания наказания (ст. 72 УК) является поощрительной мерой уголовно-правового воздействия. Согласно закону, такое освобождение возможно лишь при условии определенного поведения лица, которое свидетельствует о его исправимости. Критериями такого поведения являются: полное возмещение ущерба, причиненного преступлением, отсутствие злостных нарушений установленного порядка отбывания наказания, а также оказание активного содействия в предотвращении, раскрытии или расследовании

террористических или экстремистских преступлений, изблечении участников террористической или экстремистской группы (в случае, если лицо осуждено за определенное террористическое или экстремистское преступление, не повлекшее гибель людей и не сопряженное с совершением особо тяжкого преступления).

Особо интересной находкой казахстанского законодателя представляется положение о возможности освобождения от уголовной ответственности с установлением поручительства (**ст. 69 УК**), согласно которому лицо, впервые совершившее уголовный проступок либо преступление небольшой или средней тяжести, не связанное с причинением смерти или тяжкого вреда здоровью человека, за совершение которого соответствующей статьей или частью статьи Особенной части настоящего Кодекса предусмотрен штраф в числе иных видов основных наказаний, может быть освобождено судом от уголовной ответственности с установлением поручительства. При этом установление поручительства состоит во внесении залога физическим лицом, выступающим поручителем, в размере, равном двукратному, а юридическим лицом – десятикратному максимальному размеру штрафа, предусмотренному за совершенное уголовное правонарушение. Закон предусматривает срок поручительства в зависимости от категории уголовного правонарушения и правило о том, что, если в период поручительства лицо совершит новое уголовное правонарушение, суд отменяет решение об освобождении от уголовной ответственности и назначает ему наказание по правилам назначения наказания по совокупности приговоров; при этом залог обращается в доход государства.

В некоторых случаях интересно сформулированные стимулирующие поведение правонарушителя нормы предусмотрены в Особенной части УК.

Например, согласно **ч. 3 ст. 430 УК** наступает ответственность за неисполнение более шести месяцев, вступивших в законную силу приговора, решения суда или иного судебного акта либо исполнительного документа, по которым сумма взыскания превышает десять тысяч месячных расчетных показателей, установленных законодательством Республики Казахстан на момент совершения преступления. Примечание же к этой статье предписывает суду не назначать лишение свободы лицу, совершившему такое преступление, и погасившему всю сумму задолженности до вынесения приговора суда. Жаль, что таких норм в УК немного.

При описании конфискации имущества в **ст. 48 УК** приняты во внимание положения многих конвенций и протоколов ООН: Факультативного протокола к Конвенции о правах ребенка относительно торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, Рамочной Конвенции против организованной преступности, Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма, Конвенция против коррупции, Конвенция о борьбе против незаконного обращения наркотических средств и психотропных веществ («Венская конвенция») и др.

Нельзя обойти вниманием прогрессивные положения **ст. 52 УК**, определившие принципы назначения наказания: справедливости, адекватности и гуманизма – с учетом положений международного права (в частности, отраженных в Международном пакте о гражданских и политических правах).

В **ст. 54 УК** обращает на себя внимание перечень новых обстоятельств, отягчающих уголовную ответственность и наказание (пункты 10, 11, 13–16), направленный на усовершенствование дифференциации уголовной ответственности – с учетом совершения уголовного правонарушения с использованием общеопасных предметов и веществ, в условиях общеопасных ситуаций, а также совершения уголовного правонарушения специфическими категориями лиц (лицом, нарушившим тем самым принятую им присягу или профессиональную клятву, лицом, использовавшим доверие к нему, в т.ч. в силу его служебного положения или

договора, особенно сотрудником правоохранительного, судьей). Этот опыт следует перенять многим другим странам.

Серьезным дополнением к статье 53, которое делает положения этой статьи реальными, является положение **ч. 2 ст. 55** УК, согласно которому при наличии смягчающего обстоятельства, не предусмотренного в качестве признака совершенного преступления, и отсутствии отягчающих обстоятельств подлежат существенному уменьшению срок или размер наказания, что является очередным свидетельством стремления законодателя не просто провозгласить принципы справедливости и гуманизма, а и наполнить их реальным содержанием.

Во исполнение положений международных актов, таких как **Минимальные стандартные правила ООН, что касаются отправления правосудия относительно несовершеннолетних** («Пекинские правила», 29 ноября 1985 г.), а также с учетом широкого международного опыта, в новом УК Республики Казахстан предусмотрено осуществление пробационного контроля: при назначении ограничения свободы (ст. 44); условного осуждения (ст. 63); в отношении лица, освобожденного условно-досрочно от отбывания наказания в виде лишения свободы, в течение оставшейся неотбытой части наказания (ст. 72); в качестве принудительной меры воспитательного воздействия к несовершеннолетнему (ст. 84) и др.

При установлении особенностей уголовной ответственности несовершеннолетних (статьи 80–90) казахстанский законодатель учел многие требования **Конвенции ООН о правах ребенка** (20 ноября 1989 г.) **Минимальных стандартных правил ООН, касающихся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних** («Пекинские правила», 29 ноября 1985 г.), в частности то, что:

- система правосудия относительно несовершеннолетних направлена в первую очередь на обеспечение благополучия несовершеннолетнего и того, чтобы любые меры воздействия на несовершеннолетних правонарушителей были всегда сравнимы как с особенностями личности правонарушителя, так и с обстоятельствами правонарушения (правило 5);

- меры воздействия всегда должны быть сравнимы не только с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, но и с положением и нуждами несовершеннолетнего, а также с нуждами общества; несовершеннолетнего правонарушителя не следует лишать личной свободы, если только он не признан виновным в совершении серьезного деяния с применением насилия против другого лица или в систематическом совершении других серьезных правонарушений, а также при отсутствии другой соответствующей меры воздействия (правило 17);

- с целью обеспечения большей гибкости и избежания по возможности заключения в исправительных учреждениях компетентный орган должен иметь при рассмотрении дела широкий выбор мер воздействия, таких как: опека и надзор; пробация; общественные работы; финансовые наказания, компенсация и реституция; участие в групповой психотерапии; передача на воспитание и т.д. Несовершеннолетний не может быть изъят из-под надзора родителей, если это не оправдано обстоятельствами дела (правило 18);

- помещение несовершеннолетнего в исправительное учреждение должно быть крайней мерой, которая применяется на протяжении минимального необходимого срока (правило 19).

Согласно **Руководящим принципам ООН для предупреждения преступности среди несовершеннолетних** (Эр-Риядские руководящие принципы, Резолюция 45/112 ГА ООН, 14 декабря 1990 г.) и **Конвенции ООН о правах ребенка** (20 ноября 1989 г.), Государства-Участники принимают законодательные меры с целью обеспечения защиты ребенка от: всех форм физического или психологического насилия, оскорбления и злоупотребления, отсутствия заботы или небрежного

обращения, грубого обращения и эксплуатации, включая сексуальные злоупотребления со стороны родителей, законных опекунов или других лиц (ст. 19); экономической эксплуатации и от выполнения любой работы, которая может представлять опасность для его здоровья или служить препятствием в получении ним образования, или причинять вред его здоровью, физическому, умственному, духовному, моральному и социальному развитию (ст. 32); незаконного употребления наркотических средств и психотропных веществ, не допустить использования детей в противозаконном производстве их и торговли ими (ст. 33); всех форм сексуальной эксплуатации и сексуального обольщения (ст. 34); похищения, торговли ими, их контрабанды (ст. 35).

Все эти положения в основном удалось воплотить в статьях Особенной части нового УК. Для того, чтобы они имели максимально полный, системный вид, соответствующие положения сгруппированы в **главе 2** Особенной части «Уголовные правонарушения против семьи и несовершеннолетних».

Надлежащим образом новый УК защищает права, свободы и законные интересы человека и гражданина, а также здоровье населения и его безопасность, как этого требуют международные акты.

Важные особенности уголовной ответственности и наказания за преступления террористического характера предусмотрены в десятках разных положений Общей части УК, а конкретные составы соответствующих преступлений – в **статьях 255–261, 273, 405, 434** и др. Они в целом согласованы с положениями **Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма** (9 декабря 1999 г.), **Конвенцией о борьбе с незаконным захватом воздушных судов** (16 декабря 1970 г.), **Конвенцией о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации** (23 сентября 1971 г.), **Протоколом о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию**, который дополняет **Конвенцию о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации** (24 февраля 1988 г.), **Конвенцией о предотвращении и наказании преступлений против лиц, которые пользуются международной защитой, в том числе дипломатических агентов** (14 декабря 1973 г.), **Конвенцией о физической защите ядерного материала** (3 марта 1980 г.), **Конвенцией об охране персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала** (9 декабря 1994 г.), **Рамочной Конвенцией против организованной преступности** (21 июля 1997 г.) и др. Как известно, Республика присоединилась ко всем двенадцати универсальным Конвенциям ООН по борьбе с терроризмом.

Положения **статей 250–254** УК в целом согласованы с положениями **Конвенции ООН против коррупции** (31 октября 2003 г.) о подкупе в частном секторе, а положения **статей 361–368** УК – с иными положениями указанной Конвенции.

Отдельные статьи УК творчески развивают требования антикоррупционной конвенции. Речь идет, например, о **ст. 413** УК, в которой предусмотрена ответственность прокурора и лица, осуществляющего досудебное расследование, за заведомо незаконное освобождение от уголовной ответственности лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления. Те же антикоррупционные цели в основном преследуют и положения **статей 414, 416, 418** нового УК.

Вообще следует сказать, что казахстанский законодатель реально постарался учесть значительный массив положений международных актов при установлении уголовной ответственности и наказания за уголовные правонарушения, посягающие на стабильность международных отношений, в частности связанные с оружием массового уничтожения и другим опасным оружием, наемничеством (**Международная**

конвенция о борьбе с вербовкой, использованием, финансированием и обучением наемникам), посягающие на права человека и нравственность (в частности, **Протокол о предупреждении и прерывании торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, Факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка относительно торговли детьми, детской проституции и детской порнографии**), в сфере обращения наркотических средств, психотропных веществ, их аналогов (**Единая конвенция о наркотических средствах, Конвенция о психотропных веществах, Конвенция ООН о борьбе против незаконного обращения наркотических средств и психотропных веществ («Венская конвенция»)**), посягающие на национально-культурное наследство и окружающую среду (**Конвенция ЮНЕСКО о мерах, направленных на запрет и предотвращение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности, Конвенция ЮНЕСКО об охране всемирного культурного и естественного наследства, Конвенция ООН по морскому праву**), посягающие на безопасность населения и общественный порядок (**Протокол против незаконного изготовления и обращения огнестрельного оружия, его составных частей и компонентов, а также боеприпасов к нему, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности**).

Вызывают интерес новеллы законодательства, направленные на усиление защиты отдельных общественных отношений. Речь идет, в частности, по поводу права собственности в отношении некоторых специфических предметов, которые, действительно, подлежат усиленной защите в связи с их доступностью, определенной беззащитностью, а также массовостью посягательства, созданием общественной опасности или по другим критериям. Речь идет, скажем, о положениях **ст. 196 УК**, согласно которым предусмотрено усиленное наказание за заранее необещанные приобретение или сбыт заведомо добытых преступным путем автомобиля, нефти и нефтепродуктов, памятников истории, культуры, а также предметов, документов, имеющих особую историческую, научную, художественную или культурную ценность, о положениях **ст. 188 УК**, согласно которым более строгое наказание предусмотрено за кражу с незаконным проникновением в жилое, служебное или производственное помещение, хранилище либо транспортное средство, а также за кражу из нефтегазопровода.

Логичным является установление повышенной ответственности в **ст. 293 УК** за хулиганство, совершенное на борту воздушного, речного, морского судна, железнодорожного транспорта, то есть в условиях отсутствия, как правило, у потерпевших возможности обратиться за помощью к правоохранительным органам.

Вместе с тем, новый УК Республики Казахстан не лишен многих противоречивых и других положений, которые могут создать трудности при его практическим применении.

Назовем некоторые из них, которые нам представляются особенно важными.

1. К сожалению, не сведены в систему и не поименованы принципы, на которых основан Уголовный кодекс (уголовное законодательство):

- принцип законности;
- принцип юридической определенности;
- принцип равенства граждан перед законом;
- принцип вины;

- принцип справедливости;
- принцип индивидуализации уголовной ответственности и наказания;
- принцип личного характера уголовной ответственности и наказания;
- принцип гуманизма;
- принцип неотвратимости уголовной ответственности.

Это означает, что в случае возникновения сомнений законодателю и правоприменителям не с чем будет сравнить конкретные нормы УК как с эталоном.

Не сделаны также возможные исключения из этих принципов.

Например, в **ч. 4 ст. 15 УК** неназванным определен принцип равенства перед законом: «Лица, совершившие уголовные правонарушения, равны перед законом независимо от происхождения, социального, должностного и имущественного положения, пола, расы, национальности, языка, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, места жительства или любых иных обстоятельств», – при этом он не имеет исключений. Но ведь на самом деле не являются нарушением равенства положения Кодекса, которые определяют особенности уголовной ответственности и наказания некоторых категорий лиц: женщин, прежде всего в связи с беременностью, родами и грудным вскармливанием ребенка; женщин или мужчин, находящихся в отпуске по уходу за ребенком; несовершеннолетних; лиц в связи с прохождением военной службы; инвалидов, нетрудоспособных лиц и лиц, имеющих болезнь, представляющую опасность для других людей; иностранцев и лиц без гражданства, которые не проживают постоянно в Республике и т.д. (см. ч. 2 ст. 41, ч. 2 ст. 42, ч. 3 ст. 43, ч. 3 ст. 45, ч. 2 ст. 68, ст. 47, ч. 3 ст. 85 и др.).

В результате вышло, что законодатель сформулировал нормы, которые прямо противоречат принципу равенства, как он изложен в **ч. 4 ст. 15 УК**. Скажем, согласно ч. 2 ст. 41 размер штрафа определяется судом с учетом... имущественного положения осужденного. Подобные положения содержатся и в других статьях УК (например, ч. 1 ст. 65, ч. 2 ст. 70).

2. Противоречат друг другу два положения, являющиеся ключевыми в контексте целей наказания, а то есть и задач Уголовного кодекса вообще.

Так, согласно **ч. 2 ст. 39 УК** наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, а также исправления осужденного и предупреждения совершения новых уголовных правонарушений как осужденным, так и другими лицами. Но в **ч. 2 ст. 52** о восстановлении социальной справедливости как основной цели наказания забыто и предусмотрено лишь, что лицу, совершившему уголовное правонарушение, должно быть назначено наказание, необходимое и достаточное для его исправления и предупреждения новых уголовных правонарушений.

3. В **п. 1 ч. 2 ст. 64 УК**, посвященной отмене условного осуждения, предусмотрено, что суд по представлению органа, осуществляющего пробационный контроль, может продлить срок пробационного контроля, но не более чем на один год, в случаях, когда условно осужденный совершил административное правонарушение, посягающее на общественный порядок и нравственность, права несовершеннолетних, на личность и в сфере семейно-бытовых отношений, за которое на него было наложено административное взыскание.

Из этого следует, что казахстанский законодатель так и не осуществил реформу административного законодательства и часть уголовных правонарушений продолжают номинально считаться административными – со всеми вытекающими из этого материально-правовыми и процессуально-правовыми последствиями.

4. В то же время в новом УК предусмотрена уголовная ответственность за деяния, которые по своему характеру являются административными (административно-хозяйственными) правонарушениями, поскольку посягают на порядок администрирования (управления) в различных сферах деятельности государства, а

по своей тяжести не соответствуют критерию общественной опасности, характерному для уголовных правонарушений.

Речь идет, в частности, о таких деяниях, как:

- осуществление предпринимательской или банковской деятельности (банковских операций) без регистрации, а равно без обязательной для такой деятельности лицензии либо с нарушением законодательства о разрешениях и уведомлениях, если эти деяния сопряжены с извлечением дохода или производством, хранением, перевозкой либо сбытом подакцизных товаров в значительных размерах (ст. 214 УК);

- уклонение уполномоченного для ведения бухгалтерского учета лица от документирования сведений, предусмотренных законодательством Республики Казахстан, а равно уничтожение бухгалтерской документации до истечения сроков их хранения, причинившие крупный ущерб (ст. 241 УК);

- представление работниками банка заведомо ложных сведений об операциях по банковским счетам юридических или физических лиц, а равно выдача поручительств, гарантий и иных обязательств, заведомо необеспеченных фактическим финансовым состоянием данного банка, если эти действия могли повлечь причинение крупного ущерба гражданину, организации или государству (ст. 242 УК);

- исследование, разведка, разработка естественных богатств континентального шельфа или исключительной экономической зоны без соответствующего разрешения (ч. 2 ст. 331) и др.

Сомнительно также, что в результате указанных в этих и других статьях деяний в сфере экономической деятельности могут наступить соответствующие последствия. Например, непонятно, каким образом уклонение документирования определенных данных бухгалтерского учета может причинить крупный ущерб, и кому именно.

5. Представляются содержащими слишком широкую дискрецию и потому коррупциогенными недостаточно обоснованные и неконкретные положения **статей 65 и 70 УК**, на основании которых лицо может быть освобождено от уголовной ответственности за различные преступления «с учетом личности виновного», «способствования им раскрытию, расследованию уголовного правонарушения», «заглаживания им вреда», или если «вследствие изменения обстановки совершенное им деяние перестало быть общественно опасным» (но ведь это обязательный признак преступления (**ч. 2 ст. 10 УК**); если он отсутствует, то речь идет о декриминализации деяния или о малозначительности – **ч. 4 ст. 10 УК**), или если «в силу безупречного поведения» «лицо не может быть сочтено общественно опасным».

То же самое касается и отсутствия исчерпывающего перечня «других чрезвычайных обстоятельств» в **ст. 76 УК**.

6. Согласно ст. 19 **Всеобщей декларации прав человека** (резолюция 217 А (III) ГА ООН от 10 декабря 1948 г.) «каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любыми средствами и независимо от государственных границ». О каких-либо ограничениях этого права в Декларации не упоминается.

Статьей 19 **Международного Пакта о Гражданских и Политических Правах** (резолюция 2200 А (XXI) ГА ООН от 16 декабря 1966 г., далее – Пакт) предусмотрены аналогичные права. При этом отмечено, что право на свободное выражение своего мнения может быть сопряжено с некоторыми ограничениями, которые, однако, должны быть установлены законом и являться необходимыми: для уважения прав и репутации других лиц или для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

Положение о том, что ограничения должны быть установлены законом, означает, в частности, что норма не может считаться «законом», пока она не будет

сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей гражданину соотносить с ней свое поведение наперед: он должен иметь возможность — пользуясь при необходимости советами — предвидеть, в разумной применительно к обстоятельствам степени, последствия, которые может повлечь за собой то или иное действие, и выбирать линию поведения, опираясь на это знание. Однако положения статей 130 и 131, а также некоторых других, в которых речь идет об оскорблении и клевете, не имеют точных критериев, т.е. не соответствуют принципу юридической определенности, а значит и принципу верховенства права. Ведь то, что может опорочить честь и достоинство одного лица или подорвать его репутацию, для другого (например, для актера, спортсмена или политика) — может быть рекламой или просто приятным ему сообщением. Какая форма является неприличной, что такое честь и что такое достоинство также не установлено ни законодательством, ни нормами морали или иными социальными нормами.

Комитет ООН по правам человека неоднократно возвращался к вопросу о клевете и диффамации, категорически подчеркивая недопустимость установления уголовной (особенно с наказанием в виде лишения свободы) ответственности за такие деяния как неадекватной. Это касалось нескольких стран, в том числе и Казахстана.

Речь идет, в частности, о «Рассмотрении докладов, представленных государствами-участниками в соответствии со статьей 40 Пакта, и рассмотрении положений в государствах-участниках в отсутствие докладов в соответствии с приложением 70 правил процедуры».⁷⁸

Пример: 102-я сессия (июль 2011 года), государство-участник – Казахстан:

«Пункт 25: Государству-участнику следует обеспечить, чтобы журналисты, правозащитники и отдельные лица имели возможность свободно осуществлять право на свободу выражения своих мнений в соответствии с Пактом. В этой связи государству-участнику следует пересмотреть его законодательство о клевете и оскорблениях, с тем чтобы оно в полной мере соответствовало положениям Пакта. Кроме того, государству-участнику следует воздерживаться от использования его законодательства о клевете исключительно в целях преследования или запугивания отдельных лиц, журналистов и правозащитников. В этой связи любые ограничения на осуществление свободы выражения мнений должны соответствовать строгим требованиям пункта 3 статьи 19 Пакта.

Резюме ответа государства-участника: Законом от 21 января 2011 года статьи «Клевета» и «Оскорбление» перенесены в раздел «Преступления против личности», чтобы обеспечить защиту чести и достоинства всех граждан от противозаконных действий. Положение о наказании в виде шести месяцев лишения свободы за клевету в публичной форме было отменено. Упомянуты другие реформы, осуществляемые в целях укрепления свободы выражения мнений.

Информация НПО: В настоящее время отмечается следующая тенденция – преследовать политических активистов за разжигание социальной ненависти во время публичных выступлений. Приводятся примеры.

Оценка Комитета: [С1] Никаких изменений не произошло. Комитет повторяет свою рекомендацию».

7. Невозможно согласиться с тем, что жизнь человека и некоторые другие ценности являются соразмерными, как это вытекает из **пункта 4 ст. 3 УК**, а также из

⁷⁸ См.: Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Шестьдесят восьмая сессия. Дополнение № 40 (A/68/40). Доклад Комитета по правам человека. Том I. 105-я сессия (9–27 июля 2012 года), 106-я сессия (15 октября – 2 ноября 2012 года), 107-я сессия (11–28 марта 2013 года) // A/68/40 (Vo.11)

многих статей Особенной части. Так, согласно п. 4 ст. 3 УК тяжкими последствиями признаются:

- смерть человека и даже смерть двух или более лиц – и просто ухудшение состояния здоровья населения и окружающей среды;
- смерть человека (двух или более лиц) – и наступление нежелательной беременности;
- смерть человека (двух или более лиц) – и причинение крупного или особо крупного ущерба;
- смерть человека (двух или более лиц) – и срыв исполнения поставленных высшим командованием задач;
- смерть человека (двух или более лиц) – и вывод из строя боевой техники и т.д.

Поэтому соответствующие положения УК как не соответствующие требованиям **Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах** (16 декабря 1966 г.) и других международных актов в контексте отношения к жизни человека как к наивысшей ценности подлежат безусловному пересмотру.

8. Согласно правилам логики, одному термину должно соответствовать одно понятие. Не может быть так, чтобы, например, слово «красивый» для одних людей определяло одни критерии красоты (правильные черты лица, ровные зубы, ясные глаза и т.д.), а для других – другие.

Поэтому значительным ущербом во всех статьях УК должен являться ущерб на сумму, например, в 100 раз превышающую месячный расчетный показатель. Если же он превышает ее в 500 раз или в 1000 раз, то у таких размеров ущерба должны быть другие названия.

Все кажущиеся несоответствия следует регулировать с помощью санкций.

С учетом изложенного следует пересмотреть положения **пунктов 2, 3 и 38 ст. 3 УК**.

9. Значительное количество положений УК не соответствует упоминавшемуся уже выше принципу юридической определенности, который означает, что ограничение основных прав человека и гражданина и воплощение этих ограничений в уголовном законодательстве должны базироваться на критериях, которые дают возможность лицу отграничивать правомерное поведение от уголовно-противоправного, а также от иных видов противоправного поведения, и заранее предусматривать юридические последствия своего поведения. Предписания закона об уголовной ответственности должны определять уголовно наказуемое деяние в четких и ясных выражениях и не подлежат расширительному толкованию. Нарушение принципа юридической определенности влечет за собой и нарушение принципа равенства каждого перед законом.

В новом УК этому принципу не соответствуют, скажем, положения:

- ст. 115 об угрозе «иным тяжким насилием над личностью» либо уничтожением «имущества»;
- ст. 133 о вовлечении в занятие «бродяжничеством» или «попрошайничеством»;
- ст. 149 о «вторжении»;
- ст. 183 о «разжигании», «подрыве» и т.д.;
- ст. 293 об «особо дерзком нарушении», «общественном порядке», «явном неуважении к обществу», «непристойными действиями», «исключительном цинизме» и др.;

- ст. 329 и других – о «массовом заболевании» и т.д. (Массовое заболевание людей может иметь тяжкий или легкий характер. Если оно имеет тяжкий характер и причинило тяжкий вред здоровью хотя бы одного человека, такое деяние следовало бы квалифицировать по ч. 1 ст. 329 как причинение тяжкого вреда здоровью человека, а если смерть хотя бы одного человека – по ч. 2 ст. 329. Слова «либо массовое

заболевание людей» из этой и других подобных статей следует вовсе исключить, тем более, что понятие «массовое» точно не определено в законе).

10. Согласно пунктам 5 и 7 ст. 1 Закона Республики Казахстан «О противодействии экстремизму» экстремистскими материалами (см. название ст. 183 проекта УК) признаются любые предназначенные для обнародования или распространения документы либо информация на иных носителях, призывающие к осуществлению экстремистских действий либо обосновывающие или оправдывающие необходимость их совершения.

При этом экстремизм – это организация и (или) совершение действий, преследующих экстремистские цели.

В свою очередь, экстремистскими признаются цели, которые могут быть достижимы не только путем насилия (насильственное изменение конституционного строя, целостности территории и т.д.) либо создания ресурсов для осуществления насилия (например, создание незаконного военизированного формирования), что вполне обоснованно, – но и путем совершения деяний, описание которых в законе не является конкретным и, таким образом, не соответствует принципам юридической определенности, законности и равенства всех перед законом.

Речь идет о таких понятиях, как:

- «подрыв национальной безопасности и обороноспособности государства»;
- «разжигание социальной, сословной розни (политический экстремизм)», не сопровождающееся призывами к насилию;
- «разжигание расовой, национальной и родовой розни (национальный экстремизм)», не сопровождающееся призывами к насилию;
- «разжигание религиозной вражды или розни», не сопровождающееся призывами к насилию, а также «применение любой религиозной практики, вызывающей угрозу безопасности, жизни, здоровью, нравственности или правам и свободам граждан (религиозный экстремизм)».

Представляется, что, не имея надежных критериев определения понятий «подрыв», «разжигание» и «применение любой религиозной практики...», ни один редактор средства массовой информации не застрахован от того, что в будущем какая-либо публикация и т.п. может быть признана следователем, прокурором или судом экстремистской, и не может безбоязненно освещать в СМИ любые национальные, родовые, расовые, социальные и религиозные проблемы.

11. В Кодексе не определены основные правила квалификации уголовных правонарушений. Для того, чтобы сделать это, можно было бы использовать имеющийся международный опыт (например, таких стран, как Испания, Голландия, а также Молдавия).

Так, следовало бы установить:

- правила уголовно-правовой квалификации при конкуренции общей и специальной норм и конкуренции целого и части;
- правила уголовно-правовой квалификации при конкуренции двух специальных норм;
- специальные правила уголовно-правовой квалификации.

Это существенно облегчило бы применение Уголовного кодекса.

12. Вопреки положениям известных международных конвенций, не определена уголовная либо квази-уголовная ответственность юридических лиц, в частности за коррупционные, террористические, экологические, некоторые другие уголовные правонарушения.

Об этом идет речь, в частности, в **Рамочной Конвенции ООН против организованной преступности, Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности ("Палермская Конвенция")**, Конвенции ООН

против коррупции, Факультативном протоколе к Конвенции о правах ребенка относительно торговли детьми, детской проституции и детской порнографии, и др.

13. Санкции, предусмотренные в статьях Особенной части УК, не являются полностью унифицированными: виды и размеры разных видов наказаний не основаны на каких-либо понятных критериях, которыми мог бы руководствоваться законодатель и судьи.

Разумеется, этот перечень недостатков нового УК не является исчерпывающим. В то же время нельзя не согласиться, что некоторые из названных недостатков могут быть спорными. В любом случае, как известно, основным критерием истины является практика, в данном случае – судебная. Она и покажет, насколько необходимым и насколько срочным является дальнейшее усовершенствование тех или иных статей Кодекса.

14. Максимальное наказание за пытки, предусмотренное статьей 146 Уголовного кодекса, было увеличено до 12-ти лет. Согласно статье 71, часть 6 УК РК, к лицам, совершившим пытки, теперь не применяются сроки давности. Более того, на пытки отныне не распространяются акты амнистии (статья 78, часть 2 УК РК). Однако, на пытки, не повлекшие причинение тяжкого вреда или смерти по неосторожности, продолжают распространяться положения статьи УК РК, предусматривающей освобождение от уголовной ответственности в связи с примирением сторон (статья 68 УК РК).

Диспозиция статьи 146 «Пытки» УК РК по-прежнему не предусматривает ответственности «лиц, действующих в официальном качестве», что не исключает уход от ответственности иных, чем указано в статье 146 УК РК, лиц, действующих от имени или по поручению государства, т.е. «де-юре или де-факто от имени государства-участника [Конвенции ООН против пыток], совместно с ним или по его указанию»⁷⁹. Тем самым, за пытки не могут быть привлечены, скажем, санитары медицинских организаций стационарного типа и другие работники бюджетной сферы.

Также диспозиция статьи 146 «Пытки» УК РК, в отсутствие понятия «сильный», характеризующего «физические и (или) психические страдания» как способ совершения пыток, отличающий, согласно Конвенции ООН против пыток, пытки от других форм жестокого обращения (жестокое, бесчеловечное, унижающее достоинство обращение или наказание), объединяет в себе и те, и другие в одном составе, без разграничений. Это вносит неопределенность в квалификацию уголовных правонарушений, допуская возможность варьировать квалификацию деяния от «Принуждения к даче показаний» (статья 415 УК РК), «Превышения власти» (статья 362 УК РК), «Злоупотребления должностными полномочиями» (статья 361 УК РК) до «Пыток» (статья 146 УК РК), чем не только принижается понятие пыток как «преступления тяжкого характера» (статья 4, пункт 2 Конвенции ООН против пыток), но и влечет постоянные вопросы к Казахстану со стороны международного сообщества, ввиду отнесения пыток к менее тяжким преступлениям.

⁷⁹ Комитет ООН против пыток, Замечание общего порядка № 2: Имплементация статьи 2 государствами-участниками, CAT/C/GC/2, 24 января 2008 год, п. 7.

ЖОВТИС Е.А.

юрист-правовед,

председатель Совета, эксперт-консультант

Казахстанского международного бюро

по правам человека и соблюдению законности

УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН: НОВАЯ ИЛИ СЛЕГКА УЛУЧШЕННАЯ СТАРАЯ УГОЛОВНО- ИСПОЛНИТЕЛЬНАЯ ПОЛИТИКА?⁸⁰

Современная концепция уголовно-исполнительной политики основана на ряде основополагающих принципов, которые должны быть отражены в уголовно-исполнительном законодательстве и определять его правоприменение. В основе этих принципов – соблюдение общепризнанных прав человека и защита от дискриминации.

Так в новой редакции Европейских тюремных (пенитенциарных) правил 2006 г. принципы, определяющие цели и задачи исполнения уголовного наказания в виде лишения свободы, изложены в п. 3: *«Цели исправительного воздействия на осуждённых состоят в том, чтобы сохранить их здоровье и достоинство и, в той степени, в какой это позволяет срок заключения, способствовать формированию у них чувства ответственности и навыков, которые будут содействовать их реинтеграции в общество, помогут им следовать требованиям законности и удовлетворять свои жизненные потребности собственными силами после освобождения».*

В число приоритетных принципов в Правила включён следующий: *«нарушения прав заключённых не могут быть оправданы недостатком ресурсов»* (п. 4). Эта норма появилась в Правилах как ответ на бездействие пенитенциарных систем многих стран, основанных на исправительных учреждениях старого образца, переполненных, с отрядным содержанием и несоответствующими минимальным стандартам нормами питания и медицинского обслуживания.

⁸⁰ Данный обзор подготовлен юристом-правоведом, председателем Совета, экспертом-консультантом Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности Е.А.ЖОВТИСОМ. Настоящий информационный бюллетень выпущен Казахстанским международным бюро по правам человека и соблюдению законности, Центром исследования правовой политики и Международным центром журналистики MediaNet в рамках проекта «Повышение вклада гражданского общества в разработку и реализацию Второго Национального плана действий по правам человека» поддержанного Европейским Союзом. Общий бюджет двухгодичного проекта составляет 300 000 евро. Вклад Евросоюза в проект составил 275 000 евро. Эта публикация была выпущена при содействии Европейского Союза. Содержание данной публикации является предметом ответственности Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, Центра исследования правовой политики и Международного центра журналистики MediaNet и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.

Признается приоритетным принцип открытости тюрем. В качестве основополагающего определено право участия гражданских организаций в тюремной жизни (п. 7).

В новой редакции Правил также подчёркивается и развивается мысль о том, что осуждённые к лишению свободы (или заключённые) не могут подвергаться другим ограничениям прав, кроме тех, которые определены судом (п. 2 Правил).

В совокупности этих и других положений международных правовых документов, касающихся уголовно-исполнительной политики, реализуется концепция «*сохранения*», которая пришла на смену концепции «*воспитания и исправления*».

К сожалению, как в действовавшем ранее уголовно-исполнительном законодательстве, так и во вступившем в силу с 1 января 2015 года новом Уголовно-исполнительном кодексе Республики Казахстан от 05 июля 2014 г. с изменениями и дополнениями от 29.09.2014 г. (УИК РК), концепция «сохранения» вообще не нашла своего отражения, а продолжает реализовываться концепция «воспитания и исправления» (ст.ст. 2-4, 7-9, 88, 124-126, 157).

Реализуемые в УИК РК устаревшие и социально – неполноценные методы коллективного воспитания и исправления, в том числе «общественно-полезным трудом» не могут быть признаны эффективными. Используемое с советских времён понятие «общественно-полезный труд» (ст.ст. 3, 7) может быть применимо лишь к таким видам наказания как ограничение свободы и общественные работы, но не к оплачиваемому труду осуждённых к лишению свободы.

Не соответствующей современным тенденциям в международном праве и правоприменительной практике следует признать оценку поведения осуждённого для решения вопроса об изменении вида учреждения, условий отбывания наказания, условно-досрочном освобождении сообразно его поведению при отбывании наказания (в том числе соблюдение правил внутреннего распорядка учреждений, отношение к труду и участие в воспитательных мероприятиях, членство в добровольной организации осуждённых и т.д.) (ст. 95) вместо оценки возможности его социальной адаптации в обществе.

Кроме того, с точки зрения международных стандартов ещё ряд положений нового уголовно-исполнительного законодательства Республики Казахстан являются спорными или неурегулированными. Это относится и к поддержанию дисциплины, поощрениям и взысканиям, к задачам медико-санитарной службы и особому положению врача, регламентации санитарного состояния помещений содержания под стражей, перевозке (этапированию) заключённых, условиям содержания и мерам воздействия и т.д.

В целом структура нового Уголовно-исполнительного кодекса схожа со структурой старого УИК РК и состоит из Общей (основные положения, учреждения и органы, исполняющие наказания) и Особой (исполнение различных видов наказаний, освобождение от наказания) частей.

Приведём ниже обзор отдельных положений нового Уголовно-исполнительного кодекса РК, ряд которых, объективно говоря, имеет в то же время весьма прогрессивный характер.

И, прежде всего, необходимо отметить разделы нового УИК РК, посвящённые участию общественности, гражданских организаций в контроле за соблюдением прав заключённых, предупреждению пыток и других видов жестокого обращения, повышению уровня открытости исправительных учреждений.

Согласно главам 8 и 9 УИК РК, общественный контроль за исполнением наказаний, прежде всего, за исполнением наказания в виде лишения свободы, осуществляется в институализированных (общественные наблюдательные комиссии (ОНК) и национальный превентивный механизм) и иных (посещения общественных

организаций, журналистов, представителей международных организаций и т.д.) формах (ст.ст. 8, 31).

ОНК образуются для проведения общественного мониторинга обеспечения прав, свобод и законных интересов осуждённых, содержащихся в учреждениях и органах, исполняющих наказание, в части условий их содержания, медико-санитарного обеспечения, организации труда, обучения и досуга (ст. 33). Они создаются по инициативе граждан или общественных объединений в количестве не более одной ОНК на уровне области, города республиканского значения и столицы в составе от трёх до десяти человек сроком на два календарных года (ст. 34).

Члены ОНК имеют право посещать учреждения и органы, исполняющие наказания; получать от их руководства информацию по вопросам, относящимся к деятельности ОНК; проводить беседы с осуждёнными, содержащимися в учреждениях и органах, исполняющих наказания, без свидетелей, лично или при необходимости через переводчика, принимать обращения по вопросам нарушения их прав, свобод и законных интересов; обращаться по вопросам, связанным с обеспечением прав, свобод и законных интересов осуждённых, содержащихся в учреждениях и органах, исполняющих наказания, в их администрацию, вышестоящие органы, органы прокуратуры (ст. 36).

После ратификации Республикой Казахстан в 2008 году Факультативного протокола к Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания в стране начал создаваться Национальный превентивный механизм (НПМ), который нашёл своё отражение и в новом УИК РК.

НПМ действует в виде системы предупреждения пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, функционирующей посредством деятельности участников национального превентивного механизма, которыми являются Уполномоченный по правам человека, а также отбираемые Координационным советом члены общественных наблюдательных комиссий и общественных объединений, осуществляющих деятельность по защите прав, свобод и законных интересов граждан, юристы, социальные работники, врачи (ст. 39).

Уполномоченный по правам человека координирует деятельность участников национального превентивного механизма, принимает в соответствии с законодательством Республики Казахстан меры для обеспечения необходимого потенциала и профессиональных знаний участников национального превентивного механизма (ст. 39).

Координационный совет НПМ, за исключением Уполномоченного по правам человека, избирается комиссией, создаваемой Уполномоченным по правам человека, из числа граждан Республики Казахстан (ст. 40).

Участники НПМ независимы в своей деятельности и имеют право: получать информацию о количестве осуждённых, содержащихся в учреждениях и органах, исполняющих наказание, подлежащих превентивному посещению, количестве таких учреждений и их месте нахождения; иметь доступ к информации, касающейся обращения с осуждёнными, содержащимися в учреждениях и органах, исполняющих наказание, подлежащих превентивному посещению, а также условий их содержания; осуществлять превентивные посещения в установленном порядке в составе сформированных групп; проводить беседы с осуждёнными, содержащимися в учреждениях и органах, исполняющих наказание, подлежащих превентивным посещениям, и (или) их законными представителями без свидетелей, лично или при необходимости через переводчика, а также с любым другим лицом, которое, по мнению участника национального превентивного механизма, может предоставить

соответствующую информацию; беспрепятственно выбирать и посещать учреждения и органы, исполняющие наказание, подлежащие превентивному посещению; принимать сообщения и жалобы о применении пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 42).

НПМ использует механизм посещений мест содержания под стражей путём: периодических превентивных посещений, проводимых на регулярной основе не реже одного раза в четыре года; промежуточных превентивных посещений, проводимых в период между периодическими превентивными посещениями с целью мониторинга реализации рекомендаций по результатам предыдущего периодического превентивного посещения, а также предупреждения преследования осуждённых, с которыми участники национального превентивного механизма проводили беседы, со стороны администраций учреждений и органов, исполняющих наказание, подлежащих превентивному посещению; специальных превентивных посещений, проводимых на основании поступивших сообщений о применении пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (ст. 45).

На основании отчётов участников НПМ по результатам превентивных посещений Уполномоченный по правам человека РК имеет право обращаться к уполномоченным государственным органам или должностным лицам с ходатайством о возбуждении дисциплинарного или административного производства либо начале досудебного расследования в отношении должностного лица, нарушившего права и свободы человека и гражданина (ст. 49).

Ещё одним важным новшеством в новом УИК РК является появление альтернативы сохранившемуся с советского периода порядку отбывания наказания к лишению свободы в виде отрядного или «барачного» содержания осуждённых. Это содержание характеризуется переполненностью жилых помещений, в каждом из которых, в основном, содержатся от 20 до 100 осуждённых, отсутствием надлежащих санитарно-гигиенических условий, воды, условий для хранения персональных вещей и т.д.

Главой 23 УИК РК предусмотрено создание и, видимо, постепенный переход к принятому в международной практике «покамерному» содержанию. Согласно новому УИК предполагается содержание осуждённых в камерах, оборудованных индивидуальными спальными местами, шкафами для одежды, белья и посуды, санузелом и умывальником (ст. 146). При этом норма жилой площади в расчёте на одного осуждённого установлена не менее двух с половиной квадратных метров, в учреждениях, предназначенных для содержания женщин, – трёх квадратных метров, несовершеннолетних – трёх с половиной квадратных метров (ст. 115). В каждой секции, состоящей из нескольких камер, оборудуются душевые кабинки (ст. 147). Тем не менее, этот раздел изложен весьма кратко и пока не свидетельствует о том, что «покамерное» содержание становится основным видом содержания лиц, осуждённых к лишению свободы.

Наконец, свое развитие получил в новом УИК РК институт probation или probationного контроля, который осуществляется в отношении лиц: осужденных к наказанию в виде ограничения свободы; осужденных условно; освобожденных условно-досрочно от отбывания наказания в виде лишения свободы (главы 5, 28).

С другой стороны, в новом Уголовно-исполнительном кодексе РК продолжает оставаться серьёзная институциональная проблема, связанная с тем, что практически все места содержания под стражей, начиная с мест предварительного заключения и заканчивая исправительными учреждениями, находятся в ведении Министерства внутренних дел РК (ст. 16), а не гражданского ведомства – Министерства юстиции РК или самостоятельного ведомства. То есть сохраняется подчинённость мест

содержания под стражей практически военизированному государственному ведомству, к тому же ведущему расследование преступлений. Это институциональное построение противоречит современной практике и ещё больше ставит под сомнение возможность реализации задачи «сохранения» и «социальной реабилитации» осуждённых к лишению свободы.

Такой же вывод следует и из анализа некоторых основных средств исправления осуждённых (ст. 7): режим отбывания наказания; воспитательное воздействие; общественно полезный труд; общественное воздействие.

С нашей точки зрения режим отбывания наказания не может быть средством исправления. Режим отбывания наказания — это обеспечение охраны, изоляции, поддержание определённых правил поведения, связанных с видом наказания. Причём этот правовой институт более характерен для таких видов наказания как лишение свободы, арест и ограничение свободы, и в значительно меньшей степени — для общественных работ. А для таких видов наказания, как исправительные работы и штраф, не говоря уже о дополнительных видах наказания, он малоприменим. Использование режима отбывания наказания как средства исправления осуждённых в новом УИК РК ещё раз подтверждает вывод, что в проекте реализуется концепция «воспитания и исправления», а не современная концепция «сохранения».

«Общественно-полезный труд» или просто «труд» упомянут в целом ряде статей УИК РК (ст.ст. 7, 10-11, 63, 67, 69, 92, 95, 96, 104, глава 19).

В двух случаях, при исполнении наказания в виде ограничения свободы (глава 13) и общественных работ (глава 12), этот труд рассматривается как принудительный (ст. 63) или как «общественно-полезные работы» (ст. 57), исполняемые по приговору суда.

В других статьях УИК РК не указано, что этот *«общественно-полезный труд»* является принудительным и исполняемым по приговору суда, однако в ст. 104 указано, что *«осуждённые к лишению свободы обязаны... трудиться на местах и работах, определяемых администрацией учреждения»*.

Таким образом, этот труд, к которому осуждённые привлекаются и обязаны трудиться в местах и на работах, определяемых администрацией учреждения, становится обязательным.

Необходимо, обратить внимание на то, что общественно-полезным трудом по сути являются только общественные работы и частично принудительный труд, который непосредственно связан с ограничением свободы, когда осуждённые к ограничению свободы, не имеющие постоянного места работы и не занятые на учёбе, подлежат привлечению к принудительному труду в местах, определяемых местными исполнительными органами, но не более двухсот сорока часов в год (ст. 44 Уголовного кодекса РК). Это, по существу, - привлечение осуждённых к ограничению свободы к общественным работам.

Любой другой труд, к которому администрация учреждений уголовно-исполнительной системы привлекает осуждённых к лишению свободы, не является общественно-полезным. Это может быть труд на государственном или частном предприятии, но это не труд, который может называться общественно-полезным. Это труд, который позволяет осуждённому зарабатывать деньги для того, чтобы, может быть, поддержать свою семью, которая осталась без кормильца, или возмещать материальный ущерб и моральный вред, причинённый потерпевшему совершенным преступлением, или, наконец, иметь возможность отовариваться в торговых точках учреждения.

Труд — это не средство исправления, а вот занятость в местах лишения свободы — это средство социализации или ресоциализации и с этой точки зрения приносит большую пользу для развития у осуждённого навыков жизни в обществе. Мотивация к труду в учреждениях уголовно-исполнительной системы связана и с пользой для

самого осуждённого, который зарабатывает хоть какие-то средства, и с тем, что занятость психологически «сокращает» срок.

Обязательный общественно-полезный труд как основное средство исправления осуждённых в стране с рыночной экономикой, где существует безработица, биржи труда и проблемы занятости трудоспособного населения, даже не находящегося в местах лишения свободы, является наследием советского подхода к труду осуждённых.

По существу ограничения трудовых прав осуждённых к лишению свободы связаны только с особым порядком заключения, изменения и прекращения трудового договора или перевода на другую работу, что может осуществляться только с разрешения администрации учреждения уголовно-исполнительной системы (поскольку требует обеспечения соблюдения режима отбывания наказания и запретов на занятие определёнными видами деятельности и определённых должностей), а также запрещением прибегать к забастовкам, отказу от работы и другим формам группового или индивидуального неповиновения как способу разрешения трудового конфликта.

Сохранение старых подходов в новом УИК РК консервирует старое представление о труде осуждённых и не соответствует современным представлениям о целях и порядке отбывания наказания в виде лишения свободы. Более того, указание в ст. 104 на то, что *«осуждённые к лишению свободы обязаны ... трудиться в местах и на работах, определяемых администрацией учреждения»*, делает труд принудительным, поскольку лишает осуждённого возможности отказаться от подписания трудового договора на не устраивающих его условиях.

Это положение явно противоречит п. 1 ст. 24 Конституции РК, где указано: *«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»*.

Понятие *«принудительный труд»* дано в Трудовом кодексе РК от 15 мая 2007 года. Согласно ст. 8 Трудового кодекса РК принудительный труд запрещён, и под принудительным трудом понимается любая работа или служба, требуемая от какого-либо лица под угрозой какого-либо наказания, для выполнения которой это лицо не предложило добровольно своих услуг. При этом принудительным трудом не считаются работы, требуемые 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 её, не будет уступлено или передано в распоряжение физических и (или) юридических лиц.

Запрещение принудительного труда предусмотрено рядом международных правовых актов, ратифицированных Республикой Казахстан, в частности Международным пактом о гражданских и политических правах, Конвенцией Международной организации труда (МОТ) №29 о принудительном или обязательном труде, 1930 г. Согласно нормам международного права не считаются принудительным трудом работа или служба, выполняемая на основании вступившего в законную силу приговора суда; военная служба; работа в условиях чрезвычайных обстоятельств.

В полном соответствии с международными актами в Конституции РК предусматривается возможность принудительного труда в строго определённых случаях. К ним относится труд в условиях чрезвычайного или военного положения, а также работы (труд), выполняемые в соответствии со ст.ст. 42-44 Уголовного кодекса РК, когда по приговору суда в качестве наказания назначены исправительные или общественные работы, а также ограничение свободы.

Таким образом, приговор суда о наказании в виде лишения свободы не является предусмотренным в Конституции РК случаем возможного применения принудительного труда. Наконец, обязательного труда осуждённых к лишению

свободы нет ни в одном из известных уголовно-исполнительных кодексов демократических государств, а заключение трудового договора осуждённым к лишению свободы под угрозой наказания за отказ от его заключения (поскольку согласно ст. 130 такой отказ является злостным нарушением установленного порядка отбывания наказания) делает такой трудовой договор юридически ничтожным с момента его подписания под принуждением.

С нашей точки зрения ни режим отбывания наказания, ни общественно-полезный труд не могут быть средствами исправления осуждённых.

Как уже отмечалось выше, основным критерием степени исправления осуждённого в новом УИК РК является оценка его поведения. То есть реализуется всё та же концепция *«воспитания и исправления»* (ст. 124), основанная на формальных показателях оценки поведения, отрицательных и положительных его степенях (ст. 95).

Причем эти степени зависят от наличия (отсутствия) поощрений (ст. 95, глава 21) и взысканий (ст.ст. 67, 68, 95, 109, 111, 112, 121, 124, глава 21), а также участия в деятельности добровольных (в ранее действовавшем уголовно-исполнительном законодательстве – самодеятельных) организаций (ст.ст. 95, 126, 128).

Оценка степеней поведения по наличию поощрений и взысканий весьма субъективна, поскольку отсутствуют надежные критерии, и существует возможность избирательного подхода.

Согласно ст. 128 *«за хорошее поведение, добросовестное отношение к труду, учебе, активное участие в работе добровольных образований и воспитательных мероприятиях, принятие мер по возмещению ущерба, причиненного преступлением, к осужденным применяются следующие меры поощрения: объявление благодарности; награждение подарком; премирование; предоставление дополнительного краткосрочного свидания; разрешение дополнительного расходования денег в сумме до одного месячного расчетного показателя на покупку продуктов питания и предметов первой необходимости в праздничные дни; досрочное снятие ранее наложенного взыскания»*. Кроме того, *«осужденным, отбывающим наказание в учреждении минимальной безопасности, ... разрешается проведение за пределами учреждения выходных и праздничных дней с девяти до восемнадцати часов»*.

Очевидно, что оценка добросовестности отношения к труду, хорошего поведения и т.д. будет основываться на субъективном восприятии сотрудников режимного, оперативного и воспитательного отделов учреждений уголовно-исполнительной системы. При этом нет никаких гарантий от злоупотреблений, сведения счетов, коррупции и т.д., что, как следует из многочисленных сообщений правозащитников и бывших заключенных, широко распространено в настоящее время в большинстве учреждений уголовно-исполнительной системы Казахстана.

В результате, помимо того, что в ряде случаев, как следует из информации СМИ и правозащитников, можно получить поощрение за определенную плату или услуги сотрудникам учреждений уголовно-исполнительной системы, одновременно существуют и неформальные установки на непредоставление поощрений в период действия взыскания (чтобы не снимать взыскание), через непродолжительные промежутки времени (например, менее трех-шести месяцев) или незадолго до наступления срока обращения с ходатайством об условно-досрочном освобождении, а также некоторым осуждённым, к которым привлечено внимание.

Это делает саму систему поощрений малоэффективной и крайне субъективной.

Аналогично согласно ст. 131: *«За нарушение установленного порядка отбывания наказания к осужденным применяются следующие меры взыскания: замечание; выговор; дисциплинарный штраф в размере до двух месячных расчётных показателей; водворение в дисциплинарный изолятор на срок до*

пятнадцати суток; перевод в одиночные камеры на срок до шести месяцев. К осуждённым, отбывающим наказание в учреждении минимальной безопасности, применяются взыскания в виде отмены права проживания вне общестия и запрещения выхода за пределы территории учреждения в свободное от работы время на срок до тридцати суток».

Необходимо отметить, что перечень возможных нарушений установленного порядка отбывания наказаний весьма обширен.

Так в ч. 2 ст. 130 указан вполне исчерпывающий перечень злостных нарушений порядка, которыми являются: отказ без уважительных причин от работ по благоустройству учреждения и улучшению условий проживания; угроза представителям администрации учреждения, их оскорбление, неповиновение им, в том числе сопряжённое с умышленным причинением себе какого-либо повреждения, с целью нарушения режима отбывания наказания; передача (получение), изготовление, хранение предметов, документов, вещей, изделий, веществ, продуктов питания, не предусмотренных правилами внутреннего распорядка учреждений; уклонение от обязательного и принудительного лечения, назначенного судом; отказ от предоставленной администрацией учреждения в соответствии со статьёй 119 ... оплачиваемой работы; самовольное оставление территорий учреждения минимальной безопасности и рабочего объекта; невозвращение в установленный срок в учреждение осуждённого, которому разрешён краткосрочный выезд за его пределы, за исключением случаев, предусмотренных ч. 8 ст. 113; употребление алкоголя, наркотических средств, психотропных или других одурманивающих веществ; игра в карты, а также иные игры с целью материальной или иной выгоды; совершение действий сексуального характера; мелкое хулиганство; организация или активное участие в группировках осуждённых, направленных на совершение нарушений, указанных в подпунктах 1) – 11) настоящей части.

Однако, помимо этого нарушением установленного порядка отбывания наказания является невыполнение всех требований, установленных УИК РК и правилами внутреннего распорядка учреждений (ч. 1 ст. 130). Этот не соответствующий принципу юридической определённости и предсказуемости практически «безразмерный» по возможностям наложения взысканий перечень нарушений даёт возможность сотрудникам уголовно-исполнительной системы избирательного подхода и откровенного произвола.

Как и в случае с объявлением поощрений, при существующей системе наложения взысканий нет никаких гарантий от злоупотреблений, сведения счетов, коррупции и т.д. Из практики известно, что наложение взысканий, помимо способа борьбы с нарушителями режима и поддержания дисциплины, является широко распространённым способом давления на осуждённых к лишению свободы, которые пытаются жаловаться на администрацию учреждений уголовно-исполнительной системы, или заключённых, которые по тем или иным причинам «попали в немилость» тех или иных сотрудников или вообще пытаются отстоять свое человеческое достоинство.

При отсутствии надёжных критериев оценки взыскания могут налагаться как за действительные нарушения режима, так и за незначительные проступки, вроде случайного опоздания на проверку. Поскольку согласно ч. 1 ст. 130 взыскания могут налагаться (а могут и не налагаться) за нарушения порядка отбывания наказания, то из этого следует, что взыскания могут налагаться за нарушения любых положений подзаконных нормативных актов, вроде Правил внутреннего распорядка в исправительных учреждениях.

Это приводит к тому, что на практике одни заключённые могут подвергаться взысканиям в виде письменно оформленных замечаний и выговоров за недостаточно

быстрый подъем с постели, за сидение на кровати в неустановленное время, за недостаточно аккуратно заправленную постель, за неаккуратно сложенные вещи в шкафчике или тумбочке и т.д., а другие заключённые (особенно принадлежащие к «активу» (добровольным (самодеятельным) организациям) могут не особо следовать тем же обязательным правилам.

При этом любое оформленное взыскание влечёт за собой присвоение статуса нарушителя порядка отбывания наказания, и при отсутствии поощрений этот статус сохраняется в течение 6 месяцев, влияя на условия содержания, изменение условий отбывания наказаний, вида исправительного учреждения или условно-досрочного освобождения.

Наконец, два таких малозначительных нарушения в течение шести месяцев делают осуждённого систематическим нарушителем порядка отбывания наказания (ч. 3 ст. 130), а если эти два нарушения были однородными и осуждённый помещался в дисциплинарный изолятор или одиночную камеру, то – злостным нарушителем (ч. 3 ст. 130).

Это делает систему поощрений и взысканий инструментом манипулирования со стороны администрации учреждений уголовно-исполнительной системы, практически лишая её объективно оцениваемого стимулирующего компонента. Между тем эта система положена в основу оценки поведения через отрицательные и положительные степени, с которыми связаны целый ряд льгот и преимуществ.

На основе оценки поведения осуждённого в местах лишения свободы, особенно с использованием системы поощрений и взысканий, закреплённой в УИК РК, невозможно прийти к однозначному выводу о его исправлении, так как оценка эта даётся в системе координат исправительного учреждения, а не с точки зрения готовности человека к вхождению в социум после освобождения. Иными словами, администрация учреждения воспринимает осуждённых не как граждан, а только лишь как «хороших» или «плохих» осуждённых».

Было бы целесообразно, исходя из международных стандартов, реформировать систему оценки «правопослушного поведения», заменив исправительный подход оценкой социальных показателей, по которым можно прогнозировать возможное поведение и образ жизни осуждённого после освобождения. Критерии оценки правопослушного поведения должны указывать на позитивные или негативные изменения в способности осуждённого к социализации, приспособлению, восстановлению жизненных навыков и ориентации на нормальную жизнь в обществе после освобождения.

Как уже отмечалось, оценка поведения, осуждённого по степеням непосредственно влияет на условия отбывания наказания, вид учреждения, в котором осуждённый к лишению свободы содержится, и возможность условно-досрочного освобождения (ст. 95). В свою очередь условия отбывания наказания прямо влияют на свидания, получение посылок и т.д.

Как и в ранее действовавшем, в новом УИК РК условия отбывания наказания разбиты на четыре категории:

- обычные (отбывают наказание осужденные, вновь прибывшие в данное учреждение, а также осужденные, переведенные из строгих (не ранее, чем через шесть месяцев – в учреждениях минимальной и средней безопасности, девять месяцев – в учреждениях максимальной безопасности и один год – в учреждениях чрезвычайной безопасности) и облегченных условий отбывания наказания);

- облегченные (в которые (по отбытии не менее трёх месяцев срока наказания – в учреждениях минимальной безопасности, шести месяцев – в учреждениях средней безопасности, девяти месяцев - в учреждениях максимальной безопасности, одного года – в учреждениях чрезвычайной безопасности) осужденные, имеющие первую

положительную степень поведения, при добросовестном отношении к труду переводятся из обычных условий отбывания наказания);

- льготные (куда переводятся осужденные, имеющие третью положительную степень поведения, находящиеся не менее трех месяцев в облегченных условиях в учреждениях средней и максимальной безопасности, шести месяцев – в учреждениях максимальной безопасности, и за год до освобождения по отбытию срока – в учреждениях средней безопасности, за девять месяцев – в учреждениях максимальной безопасности, за шесть месяцев – в учреждениях чрезвычайной безопасности);

- строгие (куда переводятся осужденные, отбывающие наказание в обычных, облегченных и льготных условиях, признанные злостными нарушителями установленного порядка отбывания наказания) (ст.ст. 135, 137, 139, 142, 144).

Эта сложная и весьма субъективная оценка поведения осуждённых к лишению свободы, непосредственно влияющая на условия их содержания, как представляется, способствует избирательному дискриминационному подходу, произволу и коррупции.

Кроме того, с учётом заявленной цели принятия нового уголовно-исполнительного законодательства – приближение к международным стандартам и гуманизация пенитенциарной политики, непонятным является ухудшение положения осуждённых к лишению свободы в ряде статей нового УИК РК по сравнению со старым уголовно-исполнительным законодательством.

Так, например, в соответствии с п. 1 ст. 106: *«Осуждённым предоставляются свидания: краткосрочные продолжительностью два часа, длительные на территории учреждения продолжительностью двое суток»*. В соответствии с действовавшим до 1 января 2015 г. уголовно-исполнительным законодательством РК осуждённым предоставлялись краткосрочные свидания продолжительностью от 2-х до 4-х часов, а длительные – до 3 суток.

Исходя из цели поддержания социальных связей, поддержания семейных контактов, участия в воспитании детей подобные сокращения продолжительности свиданий представляются и нелогичными, и необоснованными.

Достаточно иллюстративно сравнение норм в старом и новом уголовно-исполнительном законодательстве, касающихся ряда прав осуждённых к лишению свободы, по видам исправительных учреждений и условиям содержания (см. таблицу 1).

Из анализа этой таблицы следует, что кроме некоторого повышения размеров средств, которые осуждённые к лишению свободы могут расходовать ежемесячно на приобретение продуктов питания и предметов первой необходимости, их положение по сравнению с нормами ранее действовавшего уголовно-исполнительного законодательства ухудшилось практически во всех видах исправительных учреждений, кроме тюрем, в частности, в отношении права на свидания и получение посылок и бандеролей.

Помимо того, что как уже отмечалось выше, длительность краткосрочных свиданий сократилась с 4 до 2 часов, а длительных свиданий - с трех суток до 2 суток, сократилось также и их количество в течение года. Так в колониях-поселениях (теперь – учреждениях минимальной безопасности) раньше не было никакого деления на условия отбывания наказания и, соответственно, никаких ограничений в отношении количества краткосрочных и длительных свиданий. Да в этом не было и никакого смысла, поскольку подавляющее большинство колонистов-поселенцев работало за пределами учреждения и, соответственно, неограниченно общалось с обычными гражданами. Теперь это общение со своими близкими, друзьями и знакомыми осуждённому ограничено, хотя логика таких ограничений не совсем ясна. Несмотря на сохранение в новом уголовно-исполнительном законодательстве права осуждённых,

содержащихся в исправительных учреждениях этого вида, на проживание со своей семьёй за пределами учреждения, из него исключено право проведения выходных и праздничных дней за пределами учреждения при хорошем поведении.

В учреждениях средней, максимальной и полной безопасности (ранее - колониях общего, строгого и особого режимов) также сокращено количество краткосрочных или длительных свиданий, особенно для осуждённых, содержащихся в обычных или строгих условиях отбывания наказания.

С одной стороны, это некие стимулирующие меры (хотя длительность таких свиданий в целом сокращена), а с другой – предоставляет администрации учреждений ещё больше возможностей для избирательного дискриминационного подхода или коррупции.

Вызывает определённые вопросы использование термина «учреждения» разной степени «безопасности» исходя из этимологии слова «безопасность». Непонятно, о безопасности кого идет речь? Если о безопасности общества, то непонятно, почему минимальная безопасность для общества наступает при содержании осуждённых в колониях-поселениях. Означает ли это, что от них исходит самая большая опасность? Если речь идет о самих заключенных, то вообще нельзя говорить о степенях их безопасности, потому что всем им должна быть гарантирована максимально возможная безопасность. Если говорить о безопасности сотрудников учреждений уголовно-исполнительной системы, то точно также им должна быть обеспечена максимально возможная безопасность. Да и общество не может находиться в границах от максимальной до минимальной безопасности. Ему тоже нужно обеспечивать максимально возможную безопасность. Это задача государства.

Вообще термин «учреждение безопасности» не вполне удачен и требует пересмотра. Этот термин, видимо, появился в результате формального перевода английского термина «security» (например, «high security prison»). Но дело в том, что «security» в зависимости от контекста может быть переведен не только как «безопасность», но и как «контроль (охрана, изоляция)». «High security prison» означает учреждение (тюрьма) с наивысшей степенью контроля (охраны, изоляции), а не – высокой или максимальной безопасности. Речь идёт о степенях контроля и изоляции осуждённых к лишению свободы (охраны и режима).

Тогда логичнее называть учреждения максимальной охраны и учреждения минимальной охраны или учреждения минимального контроля и учреждения максимального контроля. Возможно использование термина «изоляция». Например, «учреждение с максимальной степенью изоляции», «учреждение с минимальной степенью изоляции» или «учреждение со средней степенью изоляции».

В целом необходимо отметить, что, несмотря на наличие в новом Уголовно-исполнительном кодексе РК ряда прогрессивных положений, в нём продолжает реализовываться отставшая от современных представлений концепция «воспитания и исправления», основанная на формальных оценках поведения, осуждённых и использовании режима отбывания наказания и общественно-полезного труда как одних из основных средств исправления. Он нуждается в серьёзной доработке для приведения уголовно-исполнительной политики в Республике Казахстан в соответствие с международными стандартами и передовой практикой.

ТИМОЩУК В.

*эксперт ОБСЕ, заместитель председателя Правления
Центра политико-правовых реформ, (Украина, Киев), к.ю.н.*

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ
НА ПРОЕКТ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРОЦЕДУРАХ»⁸¹
(новая редакция)
(текст по состоянию на 5 ноября 2015 года)**

Вступление

Необходимость принятия в современном государстве закона об административной процедуре, который регулирует отношения между административными органами и частными лицами не подлежит сомнению. Поэтому инициатива Республики Казахстан принять новую редакцию Закона «Об административных процедурах» (далее – законопроект) заслуживает полной поддержки.

Открытым вопросом является только качество / содержание предлагаемого законопроекта. И в этом кратком заключении будет предоставлена экспертная оценка позитивных положений законопроекта, его дискуссионных новаций и общий вывод.

Основными критериями для оценивания законопроекта выступают общепринятые стандарты справедливой административной процедуры, закрепление в большинстве зарубежных аналогичных законов, а также на уровне рекомендаций международных организаций.

Также сразу следует отметить, что, имея возможность готовить экспертное заключение на проект Закона Республики Казахстан «Об административных процедурах» (новая редакция) (по состоянию на 25 августа 2010 года), можно констатировать, что разработчики достигли очень существенного прогресса в усовершенствовании текста законопроекта.

1. Позитивные достижения законопроекта

1.1. Законопроект предусматривает регулирование административных отношений не только по заявлениям физических или юридических лиц, по административным жалобам, но и по собственной инициативе уполномоченных лиц (подпункт 1 ст. 1, подпункт 2 пункта 1 ст. 29, ст. 34 законопроекта⁸²). Это очень важное достижение для

⁸¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при поддержке Офиса программ ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Офиса программ ОБСЕ в Астане.

⁸² В тексте Заключения используются ссылки на нормы законопроекта в терминологии структуры законопроекта (см., например, ст. 50), то есть подпункт, пункт, статья (ст.).

постсоветских стран, где такие отношения не выделялись даже в теории административного права.

1.2. Разграничение благоприятных (подпункт 5 ст. 1) и обременяющих (подпункт 9 ст. 1) административных решений имеет особое значение для корректного регулирования многих институтов административной процедуры, и особенно – отмены административных актов.

1.3. Большое внимание в законопроекте уделяется вопросам «дискреционных полномочий (усмотрения)» (подпункт 6 ст. 1, пункт 3 ст. 6, и т.д.).

1.4. Выделение такой категории участников административной процедуры как «заинтересованное лицо» (подпункт 8 ст. 1, подпункт 3 пункта 1 ст. 21, ст. 35 и др.). Это особенно важно для защиты прав и законных интересов частных лиц при принятии решений публичной администрацией.

1.5. Принцип баланса интересов личности, общества и государства (подпункт 5 ст. 4), который отражает одну из главных целей эффективной и справедливой административной процедуры.

1.6. Наличие и достаточно полное описание фундаментальных принципов административной процедуры: принципа равенства (ст. 6 и особенно пункт 3); принципа запрещения злоупотребления формальными требованиями (ст. 7); принципа охраны права на доверие (ст. 8); принципа соразмерности (ст. 9); принципа презумпции достоверности (ст. 10); принципа «большее включает в себя меньшее» (ст. 11); принципа простоты, экономичности и эффективности (ст. 12). Именно эти принципы должны заполнять возможные пробелы в регулировании и определять деятельность административных органов.

1.7. Обязанность уполномоченного лица самостоятельно перенаправить дело, если установлено его принадлежность к компетенции другого органа (пункт 2 ст. 13, ст. 33).

1.8. Установление и регулирование правил относительно беспристрастности должностных лиц в административной процедуре (ст.ст. 25-26).

1.9. Определение начала производства (возбуждения административной процедуры) и действием (началом действия) уполномоченного лица (пункт 3 ст. 29). Хотя в этом случае, наверное, корректнее было бы связывать этот факт с «моментом», а не «со дня» действия, поскольку у частного лица все права, а у административного органа все обязанности должны возникать именно с момента действия по отношению к лицу.

1.10. Обязанность административного органа оказывать помощь участникам административной процедуры (ст. 31).

1.11. Определение права участников административной процедуры на ознакомление с материалами административной процедуры (ст. 37). Хотя механизмы реализации этого права еще могут быть детализованы, например, целесообразно определить где/как осуществляется доступ к материалам (в помещении административного органа и т.д.).

1.12. Определение форм административных решений (ст. 12).

1.13. Обязанность отражения в письменном административном решении срока обжалования административного решения и уполномоченного лица, где может быть обжаловано это решение (подпункт 8 пункта 1 ст. 47, пункт 7 ст. 50).

1.14. Обязанность обоснования административных решений (ст. 48).

Последние два пункта, обозначенные как позитив принадлежат к числу обязательных стандартов справедливой административной процедуры.

1.15. Четкое регулирование порядка доведения административного решения к сведению участников административной процедуры (ст. 50).

1.16. Связанность начала действия административного акта моментом обжалования о нем лицу, которому он адресован, или лицу интересы которого он затрагивает (ст. 52).

1.17. Регулирование оснований и порядка отмены незаконных и законных административных решений (ст.ст. 54-55).

1.18. Определения порядка административного обжалования административных решений (Глава 5 законопроекта), с правилом об обязательном административном (досудебном) обжаловании перед обращением в суд (пункт 1 ст. 58), правилом о приостановлении исполнения обжалуемого административного решения (ст. 61), возможности рассмотрения жалобы на дискреционное решение – и на предмет целесообразности (пункт 2 ст. 62).

1.19. Детальное регулирование порядка исполнения административных решений (глава 6), включая меры принуждения.

1.20. Дополнение к анализируемому законопроекту также Концепции проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам административных процедур» указывает на целостный подход разработчиков ко всему массиву законодательства, которое потребует согласования после принятия новой редакции закона «Об административных процедурах».

2. Дискуссионные положения

Несмотря на вышеперечисленные позитивные положения законопроекта, в указанной редакции есть также положения, которые еще могут быть усовершенствованы или, по крайней мере, требуют внимания. Особенно это касается ключевой терминологии законопроекта.

2.1. Не совсем удачным кажется избрание в качестве базовой категории конструкции «административное решение». С одной стороны, нельзя утверждать о неприемлемости этого термина, поскольку «решение» можно толковать как волеизъявление. К тому же в административно-процедурном законодательстве некоторых стран (например, в Польше, Нидерландах) также используются аналогичные термины. С другой стороны, в абсолютном большинстве стран и в документах международных организаций доминирует использование термина «административный акт». Категория «акт» позволяет более емко отображать регулируемые отношения, поскольку с юридической точки зрения включает и решения, и действия (меры) административных органов.

2.2. Еще более сомнительным кажется использование как базового термина для этого законопроекта конструкции «уполномоченное лицо». Во-первых, акцент в восприятии переносится с государства и административной власти на конкретное должностное лицо (служащего). Во-вторых, «размывается» разница с участниками административной процедуры – частными лицами. Ведь именно по отношению к этим участникам наиболее часто используется термин «лицо». К тому же, от имени юридических лиц действуют именно уполномоченные лица. В-третьих, теряется акцент на том, что регулируются именно административные отношения. Учитывая все это, более целесообразным кажется использование категории «административный орган» (или «орган»). В подпункте 2 ст. 1 законопроекта очень верно отмечается функциональный характер — это категории, то есть возможность «исполнения определенных функций в рамках административных процедур» (еще точнее было бы утверждать об исполнении определенных функций/полномочий публичной администрации). Но передача или делегирование административных полномочий

даже частным физическим или юридическим лицам абсолютно не препятствует их обозначению в административной процедуре как «административных органов».

2.3. В заключении от 2010 года⁸³ приходилось обращать внимание также на использование категории «административные процедуры». Это может быть вопрос научной дискуссии. Но в данном случае речь идет об «общей административной процедуре» или «об общем законе об административной процедуре». Поэтому, кажется, более целесообразно использовать этот термин в единственном числе. Кстати это фактически подтверждается и подпунктом 1 ст. 1 законопроекта. Повторяя некоторые положения экспертного заключения 2010 года можно еще добавить, что более обоснованной кажется позиция тех ученых, которые считают, что правовая процедура – это определенная нормативная модель, которая направлена на единую конечную цель. Например, законодательная процедура имеет своей целью принятие закона. И в этом смысле административная процедура – это законодательная модель, которая устанавливает общий порядок принятия административного акта, т.е. общий порядок деятельности административных органов. Нежелательно отождествлять категории «процедура» и «стадия», или «процедура» и «виды действий». Процедура едина (общая и универсальная), поскольку обрамляет всю деятельность по рассмотрению административного дела, начиная от инициативы по принятию административного акта и заканчивая исполнением административного акта. Таким образом, категория «административная процедура» (относительно публичной администрации) по характеру однопорядочна с категорией «административный процесс» (применительно к административным судам/юстиции).

2.4. Ошибочным считаем наличие в законопроекте всех положений, которые не касаются регулирования отношений между административными органами и частными лицами и не направлены на принятие административного акта. Тест положения пункта 3 ст. 3, и всего Раздела 3 («Административные процедуры в деятельности государственных органов» нужно исключить из этого законопроекта) не относятся к предмету законопроекта. Возможно, эти отношения также требуют законодательного регулирования, но не в этом законе, ведь это не административная процедура, здесь нет административного акта (внешнего воздействия), и преобладают внутриорганизационные и межведомственные отношения. В связи с этим требует коррекции также преамбула законопроекта и другие его положения, касающиеся «государственных органов».

Ряд других замечаний к законопроекту имеет менее принципиальный характер.

2.5. В целом поддерживая важность для посткоммунистических стран важности акцента на приоритете прав и свобод человека, все же есть определенная коллизия между нормами подпункта 3 и подпункта 5 ст. 4. Поскольку «приоритет» и «баланс» вступают в конкуренцию.

2.6. Статья 23 о представительстве в административной процедуре отсылает к нормам Гражданского кодекса. Возможно, в Республике Казахстан именно эти нормы и допускают возможность представительства для физических лиц не только на основании нотариальной доверенности, но и путем фиксации уполномочивания на представительство в самом административном органе. Это существенно упрощает и удешевляет институт представительства в административной процедуре. В этом контексте не понятно наличие пункта 4 ст. 23 законопроекта, ведь это вообще нивелирует право на представительство. А также потребует коррекции последний абзац пункта 1 ст. 30 законопроекта.

⁸³ Обзор административно-процедурного законодательства некоторых зарубежных стран. Центр исследования правовой политики. URL: http://lprc.kz/files/library/82/rus/Обзор_административно-процедурного_законодательства_некоторых_зарубежных_стран.pdf

2.7. Не совсем корректными кажутся некоторые ограничения для эксперта, установленные в пункте 3 ст. 25 законопроекта. Поскольку административная процедура — это не судебный процесс с противоположными интересами, то нет оснований ограничивать участие экспертов, которые находятся в служебной зависимости «от должностного лица уполномоченного лица».

2.8. Не совсем реалистичной кажется норма о принятии «в течении одного дня» решения по заявленному отводу (абзац второй пункта 3 ст. 26).

2.9. Возможно, целесообразно дополнить законопроект в развитие ст. 35 более детальными положениями о порядке и механизмах заслушивания адресата административного решения и заинтересованных лиц. Ведь именно в четких механизмах может быть раскрыто это фундаментальное для административной процедуры право — право быть услышанным. Как уже упоминалось выше это также актуально и по отношению к праву на ознакомление с материалами административной процедуры (ст. 37).

2.10. В статье 48 целесообразно ограничить случаи, когда обоснование административного акта не требуется. Например, в случае принятия благоприятного административного решения (разумеется это означает также, что акт не затрагивает негативно права других лиц). Такое регулирование повысит эффективность деятельности административных органов.

2.11. В подпункте 4 пункта 2 ст. 53 о ничтожности административного решения кажется целесообразным исключить положения об «административной ответственности». Ведь в странах постсоветского пространства не все составы административных правонарушений означают «очевидность» ошибок (недостатков, противоправности). Также в этой статье кажется целесообразным дополнить диспозитивными нормами о возможности обращения в административный орган или суд с целью признания ничтожности акта.

2.12. Глава 5 не предусматривает возможности обжалования в административном порядке процедурных решений (промежуточных административных актов), хотя это может в некоторых случаях иметь существенную ценность для частных лиц. Например, в случае отклонения ходатайства о допуске в качестве заинтересованного лица, о допуске к материалам дела, об отклонении отвода должностного лица и т.д.

2.13. Кажется целесообразным предусмотреть гораздо более длительный, чем 10 календарных дней, срок для введения закона в действие (ст. 89 законопроекта). Ведь этот закон очень существенно изменяет правила работы административных органов и требует времени на обучение.

Общий вывод

В целом законопроект имеет достаточно целостную структуру (за исключением целесообразности Раздела 3) и механизмы регулирования. В законопроекте есть большинство общепризнанных стандартов справедливой административной процедуры. Таким образом, законопроект вполне может быть принят и в текущей редакции. В случае возможности, целесообразно или перед его внесением в парламент, или перед вторым чтением еще раз обратить внимание на указанные замечания. В целом они не меняют концепции законопроекта или его принципиальных норм, а больше касаются вопросов терминологии и улучшения отдельных положений.

Декабрь 2015

СРЕДСТВА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ДЛЯ ЖЕРТВ ПЫТОК⁸⁴

Постановка проблемы

В соответствии с существующим законодательством в Казахстане жертвы пыток и жестокого обращения лишены полноценного права на эффективные средства правовой защиты в гражданском порядке за счет средств государства.

В результате несовершенства законодательства судебная практика не соответствует международным стандартам по вопросам обеспечения жертв пыток правовыми средствами защиты, которые наряду с другими элементами, подразумевают принцип полного возмещения означающий, что средства правовой защиты должны включать реституцию, компенсацию, реабилитацию, удовлетворение и гарантии неповторения.

Данный документ содержит тезисы по анализу законодательства о возмещении вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс, по обзору судебной практики, на соответствие основным требованиям международного права, и рекомендации по изменению законодательства и практики Республики Казахстан.

Анализ законодательства

Возможности возмещения вреда предусматриваются Гражданским кодексом Республики Казахстан⁸⁵ (далее – ГК РК). Статья 917 ГК РК предусматривает, что вред, как имущественный, так и неимущественный, причиненный неправомерными действиями или бездействием имущественным, или неимущественным благам и правам граждан и юридических лиц, подлежит возмещению лицом, причинившим вред, в полном объеме.

При этом законодательными актами обязанность возмещения вреда может быть возложена на лицо, не являющееся причинителем, а также установлен более высокий размер возмещения. Таким образом, ГК РК допускает возможность компенсации причиненного вреда не самим причинителем, а иным лицом, что могло бы служить основанием для назначения компенсаций в случаях, когда виновного в применении насилия сотрудника правоохранительных органов установить не удалось.

⁸⁴ Настоящий материал подготовлен и опубликован Центром исследования правовой политики в рамках проекта «Развитие независимых гражданских средств правовой защиты для жертв пыток в Казахстане» реализованного при поддержке Фонда Института открытого общества (OSF). Мнения и взгляды, содержащиеся в материале, не отражают точку зрения OSF.

⁸⁵ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть), принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 года (с изменениями и дополнениями по состоянию на 08.04.2016 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061

Однако, в законодательстве на данный момент не существует уточняющих актов по данному вопросу, которые могли бы быть специально применены к жертвам пыток. Если под предусмотренными в законодательстве случаями понимаются ст. 38 Уголовно-процессуального кодекса РК⁸⁶ (далее – УПК РК) или ст. 923 ГК РК, то закрытый перечень оснований по этим статьям не позволяет жертвам пыток требовать компенсации без вины причинителя вреда.

Статья 921 ГК РК предусматривает ответственность юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работником. Первая часть статьи говорит о том, что юридическое лицо либо гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей. На первый взгляд данная статья может дать основания для исков рассматриваемой категории, однако, часть вторая данной статьи затем конкретизирует, что применительно к положениям настоящего Кодекса об обязательствах вследствие причинения вреда работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора, а также на основании гражданско-правового договора, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию и под контролем соответствующего юридического лица или гражданина, ответственного за безопасное ведение работ. Таким образом, данная норма становится не применима к спорному правоотношению сторон исходя из ее буквального смысла и содержания.

Не позволяют назначать соответствующие компенсации и статьи 922 и 923 ГК РК. Статья 923 предусматривает возможность назначения компенсации вреда, причиненного гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу, домашнего ареста, подписки о невыезде, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, незаконного помещения в психиатрическое или другое лечебное учреждение, возмещается государством в полном объеме, независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, в порядке, установленном законодательными актами.

Данные основания, безусловно, не имеют отношения к ситуациям, когда требуется компенсация вреда, причиненного незаконными действиями представителей государства, выраженных в пытках и жестоком обращении. При этом, статья 923 ГК РК имеет отсылку к статье 922, когда речь идет о вреде, причиненном в результате иной незаконной деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры. Но, статья 922 также содержит перечень действий, за которые истец может требовать компенсации, и в который не входят случаи применения насилия, которые являются предметом рассмотрения в данной ситуации, так как статья предусматривает возможность компенсации за вред, причиненный в результате издания государственными органами актов.

Учитывая тот факт, что в соответствии нормами ГК РК нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения, то можно констатировать факт, что Гражданский Кодекс Республики Казахстан не содержит положений, позволяющих лицам, пострадавшим от пыток и иных видов жестокого обращения со стороны представителей государства, требовать компенсации морального и/или материального вреда.

Постановления Верховного Суда и Пленума Верховного Суда также не содержат расширительной трактовки оснований для получения компенсации в случае

⁸⁶ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.11.2015 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852

применения насилия неустановленными представителями государства.

Так, в Нормативном Постановлении Верховного Суда «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»⁸⁷ говорится, что вред, причиненный гражданину в результате пыток, жестокого или унижающего человеческое достоинство обращения или наказания, подлежит возмещению в порядке, предусмотренном УПК РК и Постановлением Пленума Верховного Суда Республики Казахстан № 7 от 9 июля 1999 года «О практике применения законодательства по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс».⁸⁸

Это постановление в свою очередь не указывает четкого механизма компенсации вреда жертвам пыток и не учитывает требований Конвенции против пыток и Международного пакта о гражданских и политических правах по вопросу эффективных средств правовой защиты.

В частности, оно указывает, что для предъявления требования о возмещении вреда, необходимо установление незаконности действий органов, ведущих уголовный процесс, соответствующим приговором или постановлением суда либо постановлением, вынесенным органом дознания, предварительного следствия, прокурором. Более того, в таких документах, необходимо указывать о признании за лицом права на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс.

Таким образом, право на компенсацию жертв пыток не является безусловным, как это предусмотрено в международных договорах, а зависит о решении государственных органов о признании такого права.

В данной ситуации мы сталкиваемся с отчетливым пробелом законодательства, когда отсутствует механизм компенсации вреда, причиненного противоправным деянием в виде пыток и жестокого обращения. Судебная практика по этой категории дел подтверждает это утверждение.

Наблюдения из судебной практики

Коалиция НПО Казахстана против пыток ведет целенаправленную деятельность по оказанию юридической помощи жертвам пыток и жестокого обращения, в том числе путем обращения в гражданские суды для возмещения моральной и материальной компенсации за счет средств государства.

Для целей данного документа, практику гражданских судов в отношении жертв пыток можно распределить на две группы дел:

⁸⁷ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 28 декабря 2009 года № 7 «О применении норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства по вопросам соблюдения личной свободы и неприкосновенности достоинства человека, противодействия пыткам, насилию, другим жестоким или унижающим человеческое достоинство видам обращения и наказания» (с изменениями от 21.04.2011 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30548283

⁸⁸ Постановление Пленума Верховного суда Республики Казахстан от 9 июля 1999 года № 7 «О практике применения законодательства по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями органов, ведущих уголовный процесс» (с изменениями и дополнениями от 25.06.2010 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013901

Первая группа – это иски в гражданские суды от жертв пыток, когда у них отсутствуют приговоры уголовных судов в отношении сотрудников правоохранительных органов.

Вторая группа – это иски от жертв пыток, у которых имеются вступившие в законную силу приговоры уголовных судов, где компенсация потерпевшим была оплачена за счет средств подсудимых (сотрудников, причинивших вред).

Основные проблемы в судебной практике

Отказ в удовлетворении исковых требований полностью

Гражданские суды при рассмотрении исков от физических лиц, заявляющих, что они стали жертвами пыток и жесткого обращения, и требующих компенсации за счет средств государства, при неустановлении виновных должностных лиц, руководствуются положениями ст. 923 ГК РК «Ответственность за вред, причинённый незаконными действиями, предварительного следствия, прокуратуры и суды». Данная статья содержит конкретный перечень оснований, предусматривающих ответственность государственных органов независимо от вины должностных лиц в результате которой вред возмещается за счет государственной казны. Этот перечень не включает незаконных действий, выраженных в применении пыток и жестокого обращения.

В данном случае, применение общих оснований для возмещения вреда согласно ст. 917 ГК РК исключается, так как данная статья требует установления вины лица, причинивший вред.

В данном случае суды руководствуются Постановлением Пленума Верховного Суда Республики Казахстан от 9 июля 1999 № 7, согласно которому «незаконность действий органов, ведущих уголовный процесс, устанавливается приговором или постановлением суда либо постановлением, вынесенным органом дознания, предварительного следствия, прокурором».

Соответственно, суды не удовлетворяют иски, отставляя жертв пыток без средств правовой защиты.

Ограничение материальной ответственности лишь лицами, совершившими преступления и исключение ответственности государства

При наличии уголовного преследования или приговора в отношении сотрудников правоохранительных органов в совершении пыток и жесткого обращения, суды рассматривают гражданские иски по возмещению компенсации имущественного и морального вреда в отношении подозреваемых, обвиняемых, подсудимых. Суды по таким делам как правило исключают материальную ответственность государственных органов за моральный вред. При это они руководствуются положением ст. 951 ГК РК о том, что моральный вред возмещается причинителем при наличии вины причинителя, не устанавливая законных оснований для возмещения вреда, независимо от вины причинителя, так как ст. 141 Уголовного кодекса РК⁸⁹)далее – УК РК) не включается в список незаконных действий в буквальном понимании ст. 923 ГК РК.

⁸⁹ Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 24.11.2015 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252

Независимо от того, рассматривается ли уголовное дело по жалобе на пытки и жестокое обращение по ст. 362 УК РК (Превышение власти или должностных полномочий) или по ст. 146 УК РК (Пытки), суды не применяют положений международного права в отношении обязательств государства предоставлять компенсацию жертвам пыток.

Размеры компенсаций

Суды по-разному оценивают моральный вред по искам потерпевших за применение пыток и жестокого обращения. До 2106 г. ссылаясь на положения Нормативного постановления Верховного Суда от 21 июня 2001 г. № 3 «О применении судами законодательства о возмещении морального вреда»⁹⁰, суды не учитывали специфику нравственных переживаний жертв пыток, как этого требуют международные стандарты. Суммы выплат составляли от 100 000 до 2 000 000 тенге и зачастую не соответствовали тяжести преступления «Пытки».

Международные стандарты по средствам правовой защиты жертв пыток

Статья 14 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания⁹¹ (далее – Конвенция) содержит специальные нормы по объему правовой защиты в статье 14. Обязательства государств-участников по предоставлению возмещения в соответствии со статьей 14 имеют два взаимосвязанных аспекта: **материально-правовой и процедурный**.

Материально-правовой:

- Принцип полного возмещения означает, что средства правовой защиты должны включать реституцию, компенсацию, реабилитацию, удовлетворение и гарантии неповторения.
- Восполнение должно быть адекватным, эффективным и всеобъемлющим.
- Ответственность за предоставление возмещения жертвам несет государство.

Процедурный:

- Обязательство принимать законодательство, конкретно предусматривающее для жертвы пыток и жестокого обращения эффективные средства правовой защиты и права на получение адекватного и надлежащего возмещения, включая компенсацию и возможно более полную реабилитацию.
- Создание механизмов для беспристрастного и эффективного распространения жалоб.

⁹⁰ Нормативное постановление Верховного Суда Республики Казахстан от 21 июня 2001 г. № 3 О применении судами законодательства о возмещении морального вреда (с изменениями, внесенными нормативным постановлением Верховного Суда РК от 20.03.03 г. № 3) (утратило силу). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1023819

⁹¹ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Принята резолюцией 39/46 Генеральной Ассамблеи от 10 декабря 1984 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/torture.shtml

Такое расследование должно включать стандартную процедуру независимой судебно-медицинской и судебно-психологической экспертизы, как это предусмотрено в Стамбульском протоколе⁹².

Кроме того, в Замечании общего порядка №3 к статье 14 изложено содержание и объем конкретных процедурных обязательств, направленных на полноценное осуществление права на возмещение, таких как издание законов, принятие мер по предоставлению эффективных средств правовой защиты и устранение факторов, препятствующих реализации права на возмещение.

Комитет ООН против пыток поясняет что Конвенция налагает обязательства на государства-участники, а не на частных лиц. Комитет подчеркивает, что государства несут ответственность за действия или бездействие своих должностных лиц и других лиц, включая сотрудников различных учреждений, частных подрядчиков и других субъектов, выступающих в официальном качестве или действующих от имени государства, совместно с государством или в ином качестве под прикрытием закона. Соответственно, Комитет указывает, что каждое государство-участник должно запрещать и предупреждать пытки и жестокое обращение и предусматривать в этой связи соответствующее возмещение в любых ситуациях, связанных с содержанием лиц под стражей или под надзором.

Применительно к праву на свободу от пыток, Комитет определил статус жертвы пыток и жестокого обращения:

Жертвами являются лица, которые отдельно или совместно пострадали от причиненного им вреда, включая физические или душевные травмы, эмоциональные страдания, экономический ущерб или существенное ущемление их основных прав, в результате действий или бездействия, составляющих нарушение положений Конвенции. Лицо должно признаваться жертвой вне зависимости от того, был ли установлен, задержан, подвержен преследованию или признан виновным тот, кто совершил нарушение, и вне зависимости от наличия семейных или иных связей между лицом, совершившим нарушение, и жертвой. Термин "жертва" также включает затрагиваемых ближайших родственников или иждивенцев жертвы и лиц, которым был причинен вред при вмешательстве с целью оказать содействие жертвам или предотвратить виктимизацию.

В отношении **права жертв пыток на компенсацию в гражданско-правовом порядке**, Комитет установил:

- Гражданское разбирательство и рассмотрение ходатайства жертвы о возмещении вреда не должны зависеть от результатов уголовного процесса.
- Предоставление компенсации не должно необоснованно затягиваться до тех пор, пока не будет установлена уголовная ответственность.
- Гражданскую ответственность следует определять независимо от уголовного процесса, и с этой целью должно быть обеспечено наличие необходимых законов и учреждений.
- Если же в соответствии с внутренним законодательством рассмотрение дела в уголовном судопроизводстве должно предшествовать подаче ходатайства о

⁹² Стамбульский протокол (Руководство по эффективному расследованию и документированию пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания) (представлен Верховному комиссару ООН по правам человека 9 августа 1999 года). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31328217

предоставлении компенсации, то не проведение уголовного процесса или необоснованные задержки с его проведением представляют собой несоблюдение государством-участником его обязательств по Конвенции.

Комитет ООН по правам человека, в отношении лиц, содержащихся под стражей, отметил, что государство-участник несет ответственность за безопасность любого лица, находящегося под стражей, и, когда человек получил травму, находясь в заключении, бремя возложено на государство представить доказательства, опровергающие утверждения автора.⁹³

Также Комитет подчеркнул, что государство-участник несет особую ответственность за смерть человека в закрытых учреждениях, и что он должен принять адекватные меры по защите здоровья и жизни человека.⁹⁴ В этих случаях Комитет устанавливает принцип перекладывания бремени доказывания на государство.⁹⁵

Помимо общих обязательств в рамках КПП и МППП, в отношении Казахстана имеются конкретные рекомендации, озвученные договорными органами ООН.

Заключительные замечания по третьему периодическому докладу Казахстана

Комитет против пыток рассмотрел третий периодический доклад Казахстана (CAT/C/KAZ/3) на своих 1270-м и 1273-м заседаниях, состоявшихся 17 и 18 ноября 2014 года (CAT/C/SR.1270 и CAT/C/SR.1273), и на своих 1286-м и 1287-м заседаниях (CAT/C/SR.1286 и CAT/C/SR.1287), состоявшихся 27 ноября 2014 года, принял следующие заключительные замечания:

Государству-участнику следует: а) внести изменения в свое законодательство в целях включения в него четких положений о праве жертв пыток и жестокого обращения на возмещение, включая справедливую и адекватную компенсацию и реабилитацию, в соответствии со статьей 14 Конвенции.

Ему следует на практике возмещать ущерб всем жертвам пыток и жестокого обращения, в том числе предоставлять им справедливую и адекватную компенсацию и обеспечивать возможно более полную реабилитацию, и выделять необходимые ресурсы для эффективного проведения реабилитационных программ;

б) обеспечить принятие комплексных последующих мер и институциональное закрепление выполнения решений, принятых договорными органами Организации Объединенных Наций по индивидуальным сообщениям в соответствии с договорами, участником которых оно является. Комитет обращает внимание государства-участника на свое Замечание Общего Порядка № 3, в котором подробно описаны содержание и сфера охвата

⁹³ Сообщение No. 907/2000, Сирагев против Узбекистана, 2005, пара. 6.2; и Сообщение No. 889/1999, Жейков против Российской Федерации, 2006, пара. 7.2.

⁹⁴ Сообщение No. 84/1981, Барбато и др. против Уругвая, 1982; Сообщение No. 30/1978, Блейер против Уругвая, 1982.

⁹⁵ Сообщение No. 458/1991, Муконг против Камеруна 1994.

Сообщение № 441/2010: Евлов против Казахстана

9.6. В свете вышеуказанных выводов и на основании рассмотренных им материалов Комитет приходит к заключению о том, что государство-участник в нарушение статьи 12 Конвенции не выполнило свое обязательство проводить быстрое и беспристрастное расследование утверждений заявителя о применении пыток. Комитет считает, что государством-участником также не было соблюдено его обязательство по статье 13, связанное с обеспечением заявителю права на предъявление жалобы компетентным властям и быстрое и беспристрастное рассмотрение ими такой жалобы.

9.7. В отношении предполагаемого нарушения статьи 14 Конвенции Комитет отмечает, что не вызывает сомнения тот факт, что отказ в возбуждении уголовного дела лишил заявителя возможности предъявить гражданский иск с требованием компенсации, поскольку в соответствии с внутренним законодательством право на компенсацию за пытки возникает только после вынесения судом обвинительного приговора виновным должностным лицам по уголовному делу. Комитет напоминает в этой связи, что статья 14 Конвенции признает не только право на справедливую и адекватную компенсацию, но и налагает на государства-участники обязательство обеспечивать, чтобы жертва пыток получала соответствующее возмещение. Возмещение должно охватывать всю совокупность причиненного жертве ущерба и включать, среди прочих мер, реституцию, компенсацию и реабилитацию жертвы, а также меры, способные гарантировать невозможность повторения нарушений, – с обязательным учетом обстоятельств каждого дела. Комитет считает, что, несмотря на преимущества, которые предоставляет уголовное расследование для жертвы с точки зрения доказывания, гражданское разбирательство и требование жертвы о возмещении не должны зависеть от исхода уголовного разбирательства. Он считает, что выплату компенсации не следует откладывать до установления уголовной ответственности. Гражданское разбирательство должно быть доступным независимо от уголовного разбирательства, и для такого гражданского судопроизводства следует предусмотреть необходимое законодательство и институты. Если в соответствии с внутренним законодательством требуется провести уголовное разбирательство до обращения за гражданской компенсацией, то не проведение уголовного разбирательства или его неоправданная задержка представляют собой невыполнение государством-участником своих обязательств по Конвенции. Комитет подчеркивает, что дисциплинарные или административные средства защиты без доступа к эффективному судебному пересмотру не могут считаться адекватной формой возмещения в контексте статьи 14. На основании рассмотренной им информации Комитет приходит к выводу о том, что государство-участник также нарушило свои обязательства по статье 14 Конвенции.

9.8. Что касается предполагаемого нарушения статьи 15 Конвенции, Комитет отмечает, что широкий смысл запрета в статье 15 Конвенции, запрещающей ссылку на любое заявление, которое, как установлено, было сделано под пыткой, в качестве доказательства "в ходе любого судебного разбирательства", вытекает из абсолютного характера запрещения пыток и, следовательно, предполагает обязательство каждого государства-участника проверять, не были ли заявления, допущенные в качестве доказательства при любом разбирательстве, находящемся в его компетенции, получены с помощью пыток. В этой связи Комитет отмечает, что национальные суды не

отреагировали должным образом на неоднократные утверждения заявителя о том, что его принуждали к даче письменных признательных показаний с помощью пыток. Соответственно, Комитет приходит к выводу о том, что государство-участник не проверило, не были ли заявления, принятые в качестве свидетельства, получены с помощью пыток. В этих обстоятельствах Комитет приходит к заключению о наличии нарушения статьи 15 Конвенции.

10. Действуя в соответствии с пунктом 7 статьи 22 Конвенции, Комитет заключает, что представленные ему факты свидетельствуют о нарушении статьи 1, рассматриваемой в сочетании с пунктом 1 статьи 2, а также статей 12, 13, 14 и 15 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания.

Сообщение № 497/2012: Байрамов против Казахстана

В отношении предполагаемого нарушения статьи 14 Конвенции Комитет отмечает, что не вызывает сомнения тот факт, что отказ в возбуждении уголовного дела лишил заявителя возможности предъявить гражданский иск с требованием компенсации, поскольку в соответствии с внутренним законодательством право на компенсацию за пытки возникает только после вынесения судом обвинительного приговора виновным должностным лицам по уголовному делу.

Комитет напоминает в этой связи, что статья 14 Конвенции признает не только право на справедливую и адекватную компенсацию, но и налагает на государство-участники обязательство обеспечивать, чтобы жертва пыток получала соответствующее возмещение. Возмещение должно охватывать всю совокупность причиненного жертве ущерба и включать, среди прочих мер, реституцию, компенсацию и реабилитацию жертвы, а также меры, способные гарантировать невозможность повторения нарушений, – с обязательным учетом обстоятельств

каждого дела. Комитет считает, что, несмотря на преимущества, которые предоставляет уголовное расследование для жертвы с точки зрения доказывания, гражданское разбирательство и требование жертвы о возмещении не должны зависеть от исхода уголовного разбирательства. Он считает, что выплату компенсации не следует откладывать до установления уголовной ответственности.

Гражданское разбирательство должно быть доступным независимо от уголовного разбирательства, и для такого гражданского судопроизводства следует предусмотреть необходимое законодательство и институты. Если в соответствии с внутренним законодательством требуется провести уголовное разбирательство до обращения за гражданской компенсацией, то не проведение уголовного разбирательства или его неоправданная задержка представляют собой невыполнение государством-участником своих обязательств по Конвенции. Комитет подчеркивает, что дисциплинарные или административные средства защиты без доступа к эффективному судебному пересмотру не могут считаться адекватной формой возмещения в контексте статьи 14. С учетом вышесказанного и обстоятельств настоящего дела Комитет приходит к выводу о том, что государство-участник также нарушило свои обязательства по статье 14 Конвенции.

Сообщение № 433/2010: Герасимов против Казахстана

12.8. Что касается предполагаемого нарушения статьи 14 Конвенции, то Комитет отмечает отсутствие возражений против того, что невозбуждение уголовного дела лишило заявителя возможности предъявить гражданский иск с требованием компенсации, поскольку в соответствии с внутренним законодательством право на компенсацию за пытки возникает только после вынесения судом обвинительного приговора виновным должностным лицом по уголовному делу. В этой связи Комитет напоминает, что статья 14 Конвенции признает не только право на справедливую и адекватную компенсацию, но и налагает на государства-участники обязательство обеспечивать, чтобы жертва пыток получала соответствующее возмещение. Это возмещение должно охватывать весь ущерб, причиненный жертве, включая восстановление в правах, компенсацию и реадaptацию жертвы, равно как и соответствующие меры, гарантирующие неповторение нарушений, с учетом во всех случаях обстоятельств каждого дела. Комитет считает, что, несмотря на преимущества, которые предоставляет уголовное расследование для жертвы с точки зрения доказывания, гражданское разбирательство и требование жертвы о возмещении не должны зависеть от исхода уголовного разбирательства. Он считает, что выплату компенсации не следует откладывать до установления уголовной ответственности. Гражданское разбирательство должно быть доступным независимо от уголовного разбирательства, и для такого гражданского судопроизводства следует предусмотреть необходимое законодательство и институты. Если в соответствии с внутренним законодательством требуется провести уголовное разбирательство до обращения за гражданской компенсацией, то непроведение уголовного разбирательства или его неоправданная задержка представляют собой невыполнение государством-участником своих обязательств по Конвенции. Комитет подчеркивает, что дисциплинарные или административные средства защиты без доступа к эффективному судебному пересмотру не могут считаться адекватной формой возмещения в контексте статьи 14. На основании рассмотренной им информации Комитет приходит к выводу о том, что государство-участник также нарушило свои обязательства по статье 14 Конвенции.

В этом деле, Комитет ООН против пыток (далее – Комитет) прямо заявил о нарушении статьей 1 и 2(1) Конвенции. Во время содержания под стражей в полиции заявителю были нанесены увечья, и Комитет подтвердил, что государство не предоставило альтернативные объяснения причин нанесенных увечий, которые Комитет счел бы убедительными и правдоподобными; следовательно, Комитет пришел к выводу, что ответственность за нанесение увечий несли сотрудники полиции. С целью удостовериться в том, что было нарушено обязательство, предусмотренное статьей 2(1) Конвенции, Комитет счел необходимым учесть тот факт, что задержание не было зарегистрировано, и что, будучи в заключении, заявитель не имел возможности встретиться со своим адвокатом или пройти независимое медицинское освидетельствование. Ввиду отсутствия правовых гарантий против жестокого обращения, и учитывая «подробный рассказ заявителя о пытках, которым он подвергся, а также медицинское свидетельство, подтверждающее его показания», Комитет счел, что государство-участник не справилось со своей обязанностью по предотвращению пыток и наказанию виновных, тем самым нарушив

статью 2(1) Конвенции. Кроме того, Комитет пришел к выводу, что заявленные факты представляют собой пытку согласно определению, данному в статье.

Рекомендации

На основании вышеизложенного, предлагается принятие следующих мер по изменению законодательства и практики:

Рекомендации по организационным вопросам

1. Создание рабочей группы совместно с национальными экспертами Коалиции НПО Казахстана против пыток по обсуждению законодательного и практического механизма обеспечения жертв пыток эффективными средствами правовой защиты, в том числе в гражданском порядке за счет средств государства.

2. Принятие мер по обобщению судебной практики с момента введения состава преступления «пытки» по вопросу выплат компенсации жертвам пыток, в том числе в результате решений международных органов.

3. Приведение соответствующего законодательства Республики Казахстан, включая нормативные постановления Верховного Суда РК по вопросам возмещения вреда жертвам пыток и жестокого обращения.

Рекомендации по концептуально-правовым вопросам:

1. **Компенсация в уголовном процессе.** В случае, когда по заявлению лица, ставшего жертвой пыток и/или жестокого обращения, было начато досудебное расследование и лицо было признано потерпевшим, предусмотреть право потерпевших на предъявление гражданского иска против государственных органов **на незаконные действия должностных лиц против конституционных и иных прав и свобод человека.** Важно, чтобы незаконные действия не ограничивались лишь действиями органов, ведущих уголовный процесс, так как пытки в понимании статьи 1 Конвенции ООН против пыток, и ст. 146 УПК РК подразумевают действия должностных органов в широком смысле. Такая формулировка позволит также защитить потерпевших в результате превышения власти или должностных полномочий (ст. 362 УК РК). Важно также сохранить положение, ст. 167 о том, что неустановление подозреваемого лица не препятствует предъявлению гражданского иска в уголовном деле. Это будет реализацией правового обязательства о том, что ответственность государства за пытки и жестокое обращение наступает и без определения виновных лиц.

2. **В отношении незаконных действий, органа, ведущего уголовный процесс.** Внести соответствующие изменения в ст. 39, 40, 41 УПК РК, которые ограничивают каким-либо образом права жертв пыток и жестокого обращения. Например, в пункте 4 ст. 38 УПК РК:

Вред не подлежит возмещению лицу, если доказано, что оно в ходе досудебного расследования и судебного разбирательства путем добровольного самооговора препятствовало установлению истины и тем самым способствовало наступлению последствий, указанных в части первой настоящей статьи.

Также следует сделать примечание о том, что исключение составляют случаи, когда имеются достаточные основания полагать что самооговор был результатом пыток и жестокого обращения.⁹⁶

3. Предусмотреть принцип полного возмещения во стороны государства, включающий все средства правовой защиты: реституция, компенсация, реабилитация, удовлетворения и гарантии неповторения, согласно Конвенции против пыток. Для этого внести изменения в ст. 952 ГК РК, ограничивающий выплату морального вреда в денежной форме. Согласно Замечаниям общего порядка № 3 КПП, компенсация может включать в себя такие средства как принесение государственным органом публичных извинений, включая признание фактов и ответственности.

4. Компенсация в гражданском процессе. В случае неустановления конкретных виновных лиц, в совершении пыток и жестокого обращения (в понимании ст. 1 КПП), предусмотреть право жертв такого обращения получить компенсацию от государства в гражданском порядке, как того требуют положения международных договоров.

Исходя из логики построения и формулировок современного Гражданского кодекса РК, наиболее простым вариантом введения возможности компенсации является внесение изменений в статью, содержащую основания для возмещения ущерба, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами.

Разумным решением данной ситуации было бы внесение изменений в статью 922 ГК РК с тем, чтобы она не содержала ограничительных формулировок в части оснований для назначения компенсации морального или материального вреда. Предлагаемый вариант формулировки статьи может звучать следующим образом:

Вред, причиненный гражданину и/или юридическому лицу в результате незаконных действий либо бездействия государственных органов, органов местного самоуправления либо их должностных лиц, в том числе в результате издания не соответствующего закону акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению, независимо от вины органов и должностных лиц. Вред возмещается за счет государственной казны. Представителем казны выступают финансовые органы либо другие органы и граждане по специальному поручению.

Отсутствие ограничительных формулировок позволит потерпевшим от незаконных действий со стороны представителей государственных органов обращаться за компенсацией морального вреда. При этом для обращения за такого рода компенсацией не будет требоваться первоначальное установление вины конкретных должностных лиц, причинивших повреждения потенциальному истца, так как это статья подразумевает безвиновную ответственность государства.

5. Дать разъяснение судам по особенностям возмещения вреда жертвам пыток и жестокого обращения. Внести изменения и дополнения в нормативное

⁹⁶ Дело №2-6344/2013 по иску Кайдарова А.Б. к ГУ «Департамент внутренних дел Костанайской области». В этом деле «явка с повинной», которая была получена по заявлению истца в результате пыток была признана как «добровольный самооговор», несмотря на то, что истца в последующем оправдали в совершении убийства. В результате на этом основании истцу было отказано в удовлетворении иска за незаконное привлечение к уголовной ответственности.

постановление Верховного Суда «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» от 21.04.2011 № 7 и привести его в соответствии с рекомендациями международных органов.

В частности, дать разъяснение о принципе полного возмещения жертвам пыток, включающее понятие адекватной компенсации. В понимании Комитета против пыток, это означает что она «должна быть достаточной для компенсирования любого поддающегося экономической оценке ущерба, возникшего в результате применения пыток или жестокого обращения, вне зависимости от того, носит ли она материальный характер или нет. Это может включать: возмещение расходов на медицинское обслуживание и предоставление средств для покрытия расходов на будущие медицинские или реабилитационные услуги, необходимые жертве для обеспечения максимально полной реабилитации; компенсацию материального или нематериального ущерба в результате причиненного физического и душевного вреда; компенсацию потерь в виде заработка и возможного заработка, обусловленных инвалидностью, возникшей в результате применения пыток или жестокого обращения; и компенсацию за утраченные возможности, такие как трудоустройство и образование.»⁹⁷

⁹⁷ Замечание общего порядка №3 КПП к статье 14.

СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАКТИКИ ПО ВОПРОСАМ КОМПЕНСАЦИИ ВРЕДА ЗА НАСИЛИЕ СО СТОРОНЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ ГОСУДАРСТВА⁹⁸

Актуальность вопроса о необходимости компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства при невозможности установления конкретных виновных в применении насилия

В рамках международного права существует обязательство, в соответствии с которым за нарушением права должна следовать адекватная репарация⁹⁹.

В соответствии с международным правом, «репарация должна устранить последствия нарушения и привести к тому состоянию, которое существовало бы в случае несовершения нарушения¹⁰⁰». Право на репарацию является давно устоявшимся принципом международного права. Комиссия по международному праву подтвердила важность данного принципа на своей 53 сессии, когда ей были приняты рекомендации по ответственности государств за международные преступления¹⁰¹. Право на репарацию также четко зафиксировано в международных договорах о защите прав человека¹⁰² и подтверждено практикой рассмотрения дел международными и региональными судами и договорными органами.

В 2005 Генеральная Ассамблея ООН приняла Основные принципы и руководящие положения, касающиеся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв

⁹⁸ Настоящий Сравнительный анализ подготовлен Центром исследования правовой политики (Legal Policy Research Centre) при технической поддержке Open Society Foundation. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, могут не совпадать с официальной позицией Open Society Foundation и отражают авторскую точку зрения.

⁹⁹ Permanent Court of Arbitration, Chorzow Factory Case (Ger. V. Pol.), (1928) P.C.I.J., Sr. A, No.17 at 29

¹⁰⁰ International Court of Justice: Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. U.S.), Merits 1986 ICJ Report, 14, 114 (June 27); Corfu Channel Case; (UK v. Albania); Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 184; Interpretation des traites de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, avis consultatif, C.I.J., Recueil, 1950, p. 228.

¹⁰¹ Report of the International Law Commission - 53rd session (23 April - 1 June and 2nd July - 10 August 2001), UN Doc. (A/56/10). Ibid., para 23.

¹⁰² For example, the Universal Declaration of Human Rights (Art. 8); the International Covenant on Civil and Political Rights (art.2 (3), art 9(5) and 14(6)); the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (art 6); the Convention of the Rights of the Child (art. 39); the Convention against Torture and other Cruel Inhuman and Degrading Treatment (art. 14) and the Rome Statute for an International Criminal Court (art. 75). It has also figured in regional instruments, e.g. the European Convention on Human Rights (art 5(5), 13 and 41); the Inter-American Convention on Human Rights (arts 25, 68 and 63(1)); the African Charter on Human and Peoples' Rights (art. 21(2)). See also, the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Adopted by General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985; Declaration on the Protection of all Persons from Enforced Disappearance (art 19), General Assembly resolution 47/133 of 18 December 1992; Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-legal, Arbitrary and Summary Executions (Principle 20), recommended by Economic and Social Council resolution 1989/65 of 24 May 1989; and Declaration on the Elimination of Violence against Women.

грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права¹⁰³. Данные принципы внесли основной вклад в кодификацию норм, относящихся к праву на репарацию.

Международные договоры в области защиты прав человека закрепляют за жертвами нарушений право на использование эффективных средств для защиты своих прав. Основные принципы определяют жертву как лицо, которое понесло ущерб индивидуально или коллективно, включая физический или психический вред, душевное страдание, материальные потери или существенное ущемление их основополагающих прав, в результате действий или бездействия, которые являются грубыми нарушениями международных норм в области прав человека или серьезными нарушениями международного гуманитарного права. В применимых случаях и в соответствии с национальным законодательством под «жертвой» может пониматься также прямой член семьи или иждивенец непосредственно пострадавшего лица, а также лица, которым при вмешательстве с целью оказания помощи находящимся в бедственном положении жертвам или предотвращении дальнейших нарушений был нанесен ущерб. До недавнего времени в рамках уголовного правосудия определение статуса жертвы было исключительно в ведении национальных средств правовой защиты, однако, Римский статут Международного Уголовного Суда ввел для жертв преступлений возможность требовать репарации непосредственно в Суде и наделил Международный уголовный суд полномочиями принимать решения непосредственно в отношении виновного лица¹⁰⁴. Основным заблуждением в этой связи является отождествление репарации и компенсации, что очень далеко от истины. Репарация включает в себя, кроме самой компенсации, реституцию, реабилитацию, сатисфакцию и гарантии не повторения¹⁰⁵.

Реституция преследует своей целью возвращение жертвы в те условия, в которых бы она находилась в случае отсутствия нарушения. Это может включать в себя освобождение, восстановление в правах или социальном статусе, возвращение в место пребывания, восстановление на работе, возврат собственности и пр. Однако, в случаях с особо тяжкими нарушениями бывает так, что жертву невозможно восстановить в том статусе, в котором она/он был до его совершения. В таком случае, необходимо говорить о других формах репарации.

Компенсация включает в себя выплату ущерба, причиненного нарушением, включая ущерб здоровью и психологический ущерб, боль страдания, пережитый стресс утраченные возможности (включая, например, образование), неполученный доход, ущерб репутации, а также расходы на юридическое представительство, помощь экспертов, медицинское обслуживание и психологическую помощь.

Реабилитация включает в себя медицинскую и психологическую помощь, а также правовую защиту и социальную поддержку при необходимости.

Сатисфакция и гарантии неповторения включают в себя индивидуальные и коллективные (общего характера) меры, такие как публичное извинение или признание фактов и/или ответственности, наказание виновных, поиск пропавших или установление местонахождения их тел, идентификацию останков, иные действия, направленные на недопущение подобных нарушения в дальнейшем (такие как образование, например).

Виды репарации, которые необходимы и применимы будут зависеть от обстоятельств каждого конкретного дела.

¹⁰³ http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/principles_right_to_remedy.shtml

¹⁰⁴ Nairobi Declaration on Women's and Girls' Right to a Remedy and Reparation, 21 March 2007,

¹⁰⁵ REDRESS. Torture Survivors Perceptions of Reparation: A Preliminary Survey, 2001.

Отдельно стоит остановиться на позиции Европейского Суда по правам человека в части определения ответственности государства за насилие, примененное его представителем. Во многих своих решениях Суд отмечал, что власти обязаны обеспечивать физическую неприкосновенность лиц, находящихся под стражей. Если лицо, взятое под стражу в хорошем состоянии здоровья, при освобождении имеет какие-либо физические повреждения, на государстве лежит обязанность представить разумное объяснение происхождения данных повреждений¹⁰⁶. В противном случае пытка или жестокое обращение могут быть презюмированы в отношении заявителя, и возникает вопрос о нарушении статьи 3 Конвенции. При этом необходимо отметить, что Европейский суд допускает возникновение ситуации, когда властями государства проведено эффективное расследование, но при этом лицо, виновное в применении насилия, не установлено. Именно в этом случае ключевую роль при оценке факта наличия либо отсутствия нарушения Конвенции в отношении заявителя будет играть вопрос получения компенсации жертвой нарушения при невозможности установления виновного лица, так как это может быть единственным вариантом восстановления нарушенного права.

Право жертв нарушений прав человека на компенсацию, как было указано ранее, закреплено не только на региональном уровне, но и в международном законодательстве. Оно также отражено в документах по правам человека и в международном гуманитарном праве. После окончания Второй мировой войны обязательство обеспечивать компенсацию жертвам нарушений прав человека было включено в целый ряд соглашений и деклараций, многие из которых в настоящее время ратифицированы подавляющим большинством государств-членов ООН, в том числе Республикой Казахстан. Необходимо отметить, что как дополнение к более конкретным формам медицинской помощи или же психотерапевтической, либо социальной поддержки предъявление иска о компенсации оказывает сильное терапевтическое воздействие. Иск о компенсации - важная часть реабилитационного процесса и для отдельно взятой жертвы, и для всего общества в целом. Начиная с 1990 года, права жертв были закреплены законодательно и процессуально целым рядом официальных и полуофициальных наднациональных судебных органов, а также - что немаловажно - в Статуте Международного уголовного суда, где устанавливается прямая связь между обеспечением компенсации и международным правосудием.

Имеющая же более непосредственное отношение к международным обязательствам Республики Казахстан, статья 14 Конвенции ООН против пыток гарантирует жертве пыток возмещение и право на справедливую и адекватную компенсацию, включая средства для возможно более полной реабилитации. Возмещение подразумевает признание обществом того факта, что данному человеку причинили зло. Члены Комитета ООН против пыток неоднократно подчеркивали, что Статья 14 подразумевает не только обеспечение возмещения материальных убытков, но и физическую, психическую и социальную реабилитацию.

Конвенция ООН против пыток не определяет, что такое возмещение, компенсация или реабилитация, но попытка решить эту задачу была предпринята в двух других документах ООН - Декларации основных принципов правосудия для жертв

¹⁰⁶ «Рибич против Австрии» (Ribitsch v. Austria), решение от 4 декабря 1995, Series A no. 336, § 34; также см., *mutatis mutandis*; «Салман против Турции» (Salman v. Turkey) [GC], № 21986/93, §. 100, ECHR 2000-VII

преступлений и злоупотреблений властью¹⁰⁷, а также в Основных принципах и рекомендациях относительно права на возмещение и компенсацию для жертв нарушений международного законодательства по правам человека и гуманитарного права¹⁰⁸.

Основные принципы по сути можно считать одним из основополагающих универсальных документов в области регулирования права на компенсацию, так как он заполнил существенный пробел в международной системе защиты прав человека по данному вопросу. В отличие от прочих документов по правам человека за отправной пункт здесь берутся нужды и пожелания самих жертв, иными словами, право на компенсацию рассматривается с точки зрения жертвы. В преамбуле Принципов подчеркивается, что, уважая право жертв на возмещение и компенсацию, международное сообщество выражает неизменную солидарность с жертвами пыток - как пережившими пытку, так и последующими поколениями, - и вновь подтверждает международные правовые принципы ответственности, справедливости и соблюдения законности. Такая установка открывает возможность более тесного сотрудничества между юристами, медиками, правозащитниками и группами поддержки жертв пыток.

Более конкретные рекомендации о необходимости выплаты компенсаций пострадавшим от пыток содержатся в Замечании общего порядка Комитета против пыток № 3 от 2012 года, обязательность исполнения которого возложена на все страны, ратифицировавшие Конвенцию против пыток ООН и в том числе на Казахстан. Помимо обращения к остальным четырем видам возмещения вреда за перенесенные пытки Комитет ООН против пыток отмечает, что "право на оперативную, справедливую и адекватную компенсацию за пытки или жестокое обращение в соответствии со статьей 14 Конвенции содержит множество аспектов, при этом компенсация, присуждаемая жертве, должна быть достаточной для компенсации любого поддающегося экономической оценке ущерба, возникшего в результате применения пыток или жестокого обращения, вне зависимости от того, носит ли она материальный характер или нет. Это может включать: возмещение расходов на медицинское обслуживание и предоставление средств для покрытия расходов на будущие медицинские или реабилитационные услуги, необходимые жертве для обеспечения максимально полной реабилитации; компенсацию материального или нематериального ущерба в результате причиненного физического и душевного вреда; компенсацию потерь в виде заработка и возможного заработка, обусловленных инвалидностью, возникшей в результате применения пыток или жестокого обращения; и компенсацию за утраченные возможности, такие как трудоустройство и образование. Кроме того, адекватная компенсация, присуждаемая государствами-участниками жертве пыток или жестокого обращения, должна предусматривать оказание жертве правовой помощи или помощи специалистов и покрытие других расходов, связанных с подачей ходатайства о предоставлении возмещения".

При этом отдельно раскрывается необходимость законодательного регулирования возможности получения компенсации во всех случаях, когда лицо стало жертвой незаконного насилия со стороны представителей государства. Комитет отмечает, что для осуществления статьи 14 государства - участники принимают

¹⁰⁷ Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью была принята резолюцией 40/34 Генеральной Ассамблеи ООН от 29 ноября 1985 года.

¹⁰⁸ Основные принципы и рекомендаций относительно права на возмещение и компенсацию для жертв нарушений международного законодательства по правам человека и гуманитарного права были приняты резолюцией 60/147 Генеральной Ассамблеи ООН 16 декабря 2005 года.

законодательство, конкретно предусматривающее для жертвы пыток и жестокого обращения эффективные средства правовой защиты и права на получение адекватного и надлежащего возмещения, включая компенсацию и возможно более полную реабилитацию. Такое законодательство должно предоставлять отдельным лицам возможность реализации этого права и обеспечивать их доступ к судебной защите. Хотя программы коллективного возмещения ущерба и административного возмещения ущерба могут быть приемлемыми в качестве одной из форм возмещения, такие программы не должны приводить к утрате силы индивидуального права на использование средств правовой защиты и получение возмещения.

Данная позиция еще больше детализируется в решениях Комитета против пыток, в частности по делу “Герасимов против Республики Казахстан”, в котором, помимо прочего указано, что у жертвы пыток должна быть возможность прибегнуть к гражданско-правовой процедуре, независимо от результата какого-либо уголовного процесса, так как само государство несет ответственность за компенсацию и возмещение вреда¹⁰⁹. В обосновании данной позиции в деле Герасимова Комитет против пыток ссылается на позиции Комитета по правам человека ООН и на решения Европейского суда по правам человека, в частности о том, что обязанность по предоставлению жертвам недопустимого обращения эффективных средств правовой защиты включает компенсацию как часть общего права на доступ к суду¹¹⁰. КПЧ ООН подобным же образом интерпретировал часть 3 статьи 2 МПГПП, как возложение на государств-участников обязательства по использованию их ресурсов не только для проведения расследований и наказания нарушителей, но и для компенсации жертвам нарушений прав человека¹¹¹.

Стоит подчеркнуть, что в случаях пыток необходимы особые и соответствующие средства правовой защиты. КПЧ ООН определил, что характер средства правовой защиты – будь то судебное, административное или другое средство – должен соответствовать нарушенным правам и эффективности этого средства правовой защиты для предоставления надлежащего удовлетворения за нарушение. Подобным образом Межамериканский суд определил, что для того, чтобы средства правовой защиты были эффективными, они должны быть подходящими для урегулирования законного права, которое было нарушено.

Однако, из-за существующих в Казахстане препятствий невозможно подать гражданский иск. Право на компенсацию вреда, причиненного действиями представителей правоохранительных органов, признается только после того, как суд вынесет обвинительный приговор по уголовному делу. Кроме того, жертвы пыток не включены в перечень лиц, имеющих право на компенсацию вреда, причиненного в предварительном заключении в результате незаконных действий органа, ведущего уголовный процесс из статьи 40 Уголовно-процессуального кодекса 233. Более того, в соответствии с Уголовно-процессуальным кодексом, возмещение вреда возможно только за «незаконные действия государственных органов, ведущих уголовный процесс», а в список таких «незаконных действий» не включены пытки, как они определяются в статье 347-1 Уголовного кодекса. На основании этого можно утверждать, что, если отсутствие уголовного процесса лишает жертву пыток возможности предъявить иск о компенсации, имеет место нарушение статьи 14 КПП.

¹⁰⁹ CAT/C/SR.10 No. 25; CAT/C/SR.12 No. 16; CAT/C/SR.91, No. 67; CAT/C/SR.95, No. 33; CAT/C/SR. 109, No. 27, A/47/44, No. 337

¹¹⁰ Аксой против Турции, решение Европейского Суда по правам человека

¹¹¹ Комитет по правам человека, CCPR Замечание общего порядка № 7, п. 1 (1982). См. на сайте:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/7e9dbcf014061fa7c12563ed004804fa?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/7e9dbcf014061fa7c12563ed004804fa?Opendocument).

Также Специальный докладчик ООН по вопросу пыток сообщал о том, что в законодательстве отсутствует положение, которое бы предусматривало финансовую компенсацию или реабилитацию для жертв пыток, результатом чего является ситуация, когда отсутствуют примеры успешных исков.

На основании этого становится очевидным, что существует острая необходимость приведения национального законодательства Республики Казахстан в соответствие с международными стандартами в области справедливой компенсации за пытки и иные виды бесчеловечного или унижающего достоинство обращения со стороны представителей государства.

Анализ законодательства и правоприменительной практики стран ЕС в области компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства при невозможности установления конкретных виновных в применении насилия

Принцип ответственности государства позволяет человеку взыскать с государства компенсацию в случае, если ему был причинен вред в результате невыполнения государством своих обязанностей.

Представленный сравнительно-правовой анализ охватывает пять европейских стран. В нём показаны подходы к дифференциации ответственности государства. Особое внимание уделено ситуациям, когда неясно, был ли причинен вред должностным лицом и если да, то каким именно. Для сравнительного анализа было выбрано законодательство нескольких стран Совета Европы: Германии, Греции, Испании, Франции и Литвы. Такая выборка была сделана с целью включения разных подходов к рассмотрению исков о компенсации, существующих на территории Совета Европы. Законодательный опыт Литвы (и далее в отдельном разделе Российской Федерации) был включен для демонстрации подходов, которые были разработаны на основе советского гражданского законодательства.

Подходы к рассмотрению дел о компенсации за применение незаконного насилия представителями государства можно разделить на два типа в зависимости от того, каким образом рассматривается возможность реализации функций, возложенных на государство, индивидуальными лицами, его представляющими.

В рамках организационного подхода определяющим в рамках рассмотрения вопроса о материальной ответственности является организационная форма и формальный набор функций учреждения, представитель которого допустил применение насилия. Для приемлемости иска о компенсации необходимо, чтобы лицо, которым был причинен вред, был формально представителем государства, будучи официальным представителем государственного органа. Здесь в первую очередь учитывается позиция причинителя вреда, а не произведенные им действия. В рамках данного подхода законодатель отождествляет лицо, причинившее вред, с тем органом, от лица которого он выступает.

В рамках функционального подхода определяющим является вопрос о том, осуществляло ли лицо, причинившее вред, функции, которые должно было осуществлять государство безотносительно того, каким образом причинитель вреда связан с каким-либо государственным органом. При оценке обстоятельств дела значение будет иметь содержание действий лица, причинившего вред, а не его официальная должность.

Опыт Германии

В Германии иск о привлечении к ответственности органа власти подается на основании статьи 34 Основного закона Германии и статьи 839 Германского гражданского уложения. В статье 34 говорится только о деятельности государства, тогда как нормы Гражданского уложения применяются к действиям частных лиц. Таким образом, статья 34 и статья 839 дополняют друг друга, являясь основанием для подачи исков о привлечении к косвенной ответственности должностных лиц, осуществляющих властные полномочия¹¹².

Первое требование, необходимое для подачи такого рода иска, заключается в том, чтобы должностное лицо нарушило обязательство государства. В этих обстоятельствах не имеет значения правовой статус данного должностного лица, но оно должно выполнять функции, которые считаются официальными обязанностями государства. В административном праве Германии предпочтение отдается функциональному подходу, тогда как в Греции, например, применяется организационный подход¹¹³. Таким образом, основанием ответственности является нарушение обязанностей, существующих в отношениях между вышестоящей инстанцией (государством) и должностным лицом¹¹⁴.

Кроме того, нужно, чтобы эта обязанность являлась правовой нормой, направленной на защиту интересов третьих лиц. Некоторые обязанности относятся к каждому гражданину (абсолютные государственные обязанности), а некоторые – к определенной группе лиц (относительные государственные обязанности). Так, абсолютной государственной обязанностью является обязанность воздерживаться от противоправных действий (статья 823 Германского гражданского уложения). Согласно же статье 42 Закона Германии «Об административных процедурах», «третье лицо», вправе обратиться в суд с жалобой на причинившую ущерб операцию государственного органа, а это предполагает относительную государственную обязанность. Указанное требование, согласно которому норма должна защищать интересы третьих лиц, не соблюдается в случаях, когда юридическое обязательство имеет абстрактный и общий характер¹¹⁵.

Далее, действуют основные принципы немецкого деликтного права, которые требуют, чтобы незаконные действия или бездействие должностного лица причинили истцу вред. Причинно-следственная связь отсутствует, когда вред не был бы причинен, если бы должностное лицо исполняло свои обязанности добросовестно¹¹⁶.

Согласно юридическому определению вреда (ущерба), он представляет собой ухудшение юридического интереса, которое произошло из-за причинившего вред события. Таким образом, фактический ущерб определяется путем сопоставления нынешнего положения с тем, что было бы, если бы этого причинившего вред события не произошло. Ответчик обязан компенсировать материальный ущерб и моральный вред¹¹⁷.

Наконец, обвиняемый должен быть признан виновным в допущенном нарушении, а это предполагает ответственность за умышленные и неосторожные действия.

¹¹² Wöckel, Holger. Grundzuege des deutschen Haftungsrechts. 2006. URL: <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/papers/woeckel/Staatshaftungsrecht>

¹¹³ См. с. 10.

¹¹⁴ Youngs, Raymond. English French and German Comparative Law. New York: Routledge, 2014. С. 466.

¹¹⁵ Wöckel, Holger. См. выше, сноска 1. С. 15.

¹¹⁶ Beirer, Priska. Die Amts-und Staatshaftung für Unterlassungen. Hamburg: disserta Verlag, 2015. С. 7.

¹¹⁷ Wöckel, Holger. См. выше, сноска 1. С. 18.

В целом суды при рассмотрении любого гражданско-правового иска оценивают степень вероятности. Доказательства, представленные истцом, должны быть чуть более убедительными, чем доказательства, представленные другой стороной. В контексте ответственности государства по немецкому праву истец должен доказать, что государственный орган нарушил обязанность умышленно или по неосторожности.

Устанавливать имя должностного лица или его личность необязательно. Согласно этому принципу обобществления [Entindividualisierung], потерпевшая сторона должна доказать, что обязанность была нарушена решением или действиями самого органа. В основе принципа обобществления лежит тот факт, что обычно у истца нет возможности получить представление о внутренних процедурах государственного органа¹¹⁸.

В результате возникла концепция организационной ответственности, в соответствии с которой незаконные действия (бездействие) должностного лица считаются действиями (бездействием) административного органа¹¹⁹.

Обобществление помогает истцу установить ответчика. Можно сказать, что оно облегчает бремя доказывания. Однако потерпевший всё-таки должен доказать, что вред был причинен государственным органом. Когда неясно, причастно государство к причинению вреда или нет, истец не получит компенсацию, если не сможет доказать эту причастность.

Обычно в немецком деликтном праве, бремя доказывания несет только истец¹²⁰, но даже в этом случае он не только получает облегчение за счет принципа обобществления должностных лиц, но и должен сослаться на доказательства, свидетельствующие о нарушении обязанностей.

В некоторых случаях может применяться норма о презумпции доказанности. Международные судебные органы определяют ее как наличие не объясненных или не опровергнутых доказательств, которых достаточно для подкрепления выдвинутого предположения¹²¹. Суды применяют презумпцию доказанности, когда не возникает сомнений в том, что нарушение обязанностей является следствием незаконных действий или бездействия должностного лица¹²². Поэтому требуется обычное развитие событий, указывающее на причинившее вред событие¹²³.

Однако презумпция доказанности не снимает с истца бремени доказывания. Для того чтобы опровергнуть эти доказательства, ответчик должен быть в состоянии доказать серьезную вероятность иного развития событий. Вследствие этого потерпевший всё-таки должен представить доказательства требования презумпции, но ему не нужно доказывать существование прямой связи между предполагаемым развитием событий и фактически наступившими последствиями¹²⁴.

¹¹⁸ Achtmann, Julia. Der Schutz des Probanden bei der klinischen Arzneimittelmittelprüfung. Berlin, Heidelberg: Springer, 2013. С. 277.

¹¹⁹ Ahrens, Michael. Staatshaftungsrecht. Heidelberg et al.: C.F. Mueller, 2014. С. 27.

¹²⁰ Schellhammer, Kurt. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen. Heidelberg et al.: C.F. Mueller, 2014. С. 619; Stein, Christoph et al. Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts. Koblenz: Springer, 2011. С. 126.

¹²¹ Sabune, Sheila. Burden-shifting in WTO Dispute Settlement: The Prima Facie Doctrine // BRIDGES. Vol. 12, No. 2, 1 марта 2008 г. URL: <http://www.icts.org/bridges-news/bridges/news/burden-shifting-in-wto-dispute-settlement-the-prima-facie-doctrine>

¹²² Stein, Christoph et al. Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts. См. выше, сноска 9. С. 128.

¹²³ Дело III ZR 200/11 (2013), BGH. С. 17.

¹²⁴ Plantle/Kreissl. Die Praxis des Zivilanscheins. Stuttgart: Kohlhammer, 2007. С. 331.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Artikel 34 Grundgesetz

Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.

Статья 34 Основного закона Германии

Если какое-либо лицо при исполнении вверенной ему публичной должности нарушит свои служебные обязанности в отношении третьего лица, то в принципе ответственность несет государство или государственный орган, работником которого оно является. При наличии умысла или грубой неосторожности сохраняется право подачи регрессного иска. В случае подачи иска о возмещении ущерба или регрессного иска не должно исключаться его рассмотрение в судах общей юрисдикции.

§ 839 Bürgerliches Gesetzbuch

Haftung bei Amtspflichtverletzung

(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Статья 839 Германского гражданского уложения

Ответственность в случае нарушения служебных обязанностей

(1) Если должностное лицо умышленно или по неосторожности нарушит свои служебные обязанности в отношении третьего лица, то оно обязано возместить третьему лицу причиненный вред. Если должностное лицо причинило вред лишь по неосторожности, то оно может быть признано виновным только в том случае, если потерпевший не может получить возмещение иным способом.

(2) Если должностное лицо нарушит свои служебные обязанности при вынесении решения по юридическому вопросу, то оно несет ответственность за причиненный при этом вред только в случае, если нарушение обязанностей является уголовно наказуемым. В случае отказа или задержки, нарушающей обязанности при осуществлении властных полномочий, это правило не действует.

(3) Обязанность возместить причиненный вред не наступает, если потерпевший умышленно или по неосторожности не воспользовался правовыми средствами для избежания вреда.

В Испании правовым основанием ответственности государства является Закон № 30/1992 «О правовом режиме государственных административных органов и общей административной процедуре»¹²⁵. По сравнению с другими нормами об ответственности государства этот закон является довольно-таки подробным, поскольку вопросу об ответственности испанских органов власти посвящено в общей сложности восемь статей (статьи 139–146)¹²⁶.

Физические лица имеют право на то, чтобы государство компенсировало им вред или ущерб, нанесенный их правам, если этот ущерб был причинен стандартными (правомерная деятельность) или нестандартными (противоправная деятельность или поступки, совершенные по неосторожности) действиями государственных органов¹²⁷. Считается, что действие предпринято государством, если оно совершено должностным лицом в процессе реализации его суверенных полномочий административного должностного лица. Испанское право очень близко к немецкому законодательству и судебной практике и к функциональному подходу, который используется в Германии, в том, что касается этого требования о причастности государства¹²⁸.

Если говорить о причинно-следственной связи, статья 106 и статья 139 Закона «О правовом режиме государственных административных органов и общей административной процедуре» требуют, чтобы ущерб был причинен действиями должностного лица. Если ущерб причинен вследствие форс-мажорных обстоятельств, неосторожности потерпевшего или участия третьей стороны, считается, что это требование не соблюдено, и компенсация не присуждается¹²⁹.

Обычно бремя доказывания по всем исковым требованиям несет потерпевший. Проблема установления личности должностного лица не стоит, потому что формулировка статьи 139 предъявляет только одно требование – осуществление властных полномочий. Поэтому неважно, был ущерб причинен одним лицом или административным органом¹³⁰. Иск в любом случае подается к государству, так что точное имя и личность причинителя вреда значения не имеют. Действительно, нужно, чтобы истец мог представить доказательства того, что вред был ему причинен действиями органа государственной власти. В этом отношении система, действующая в Испании, напоминает немецкую систему ответственности государства.

В правовой системе Испании признаётся и презумпция доказанности. Согласно этому подходу, можно предположить, что спорный факт [*hecho presunto*]

¹²⁵ Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común от 26 ноября 2011 года.

¹²⁶ Mir, Oriol. Spanien // Dörr, Oliver (ed.) "Staatshaftung in Europa". Berlin/Boston: De Gruyter, 2014. С. 705; Louka, Elli. International Environmental Law. Cambridge University Press, 2006. С. 448.

¹²⁷ См. ниже статью 139 Закона № 30/1992; Giménez, Andrés. Administrative Law I. Cases and materials. 2013. С. 147. URL: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/35331/2/ADMINISTRATIVE_LAW_IN_SPAIN_correction_EN.pdf

¹²⁸ Mir, Oriol. Spanien. См. выше, сноска 17. С. 708.

¹²⁹ См. выше. С. 709.

¹³⁰ «Физические лица имеют право на получение от государства компенсации вреда или ущерба, причиненного их правам или имуществу, за исключением случаев, когда такой вред или ущерб был причинен вследствие форс-мажорных обстоятельств, при условии, что ущерб был причинен стандартными или нестандартными действиями государственных органов» (пункт 1 статьи 139 Закона № 30/1992).

действительно имел место, если установлено существование другого связанного с ним бесспорного факта [hecho cierto]¹³¹. Ответственность государства в Испании основана на принципе полной реституции. Потерпевший ставится в положение, в котором он оказался бы, если бы событие, в результате которого ему был причинен ущерб, не произошло. В частности, истец получает компенсацию за причиненные ему боль и страдания¹³².

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común

Закон № 30/1992 «О правовом режиме государственных административных органов и общей административной процедуре»

Artículo 139. Principios de la responsabilidad

Статья 139. Принципы ответственности

(1) Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

(1) Физические лица имеют право на получение от государства компенсации вреда или ущерба, причиненного их правам или имуществу, за исключением случаев, когда имели место форс-мажорные обстоятельства, при условии, что ущерб был причинен стандартными или нестандартными действиями государственных органов.

(2) En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

(2) В любом случае предполагаемый ущерб должен быть налицо, иметь экономический эквивалент и быть индивидуализирован по отношению к лицу или группе лиц.

(3) Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezcan en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

(3) Государство в порядке применения правовых актов компенсирует физическим лицам ущерб, который нельзя возместить в натуральной форме и который они не обязаны переносить, если это установлено самими этими правовыми актами, на тех условиях, которые эти акты предусматривают.

Artículo 141. Indemnización

Статья 141. Компенсация ущерба

(1) Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen

(1) Компенсируется только ущерб, который человек не обязан переносить в силу закона. Вред, причиненный событиями или в обстоятельствах, которые нельзя было предвидеть или предотвратить исходя из научных познаний на

¹³¹ Almoguera, Jesus et al. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rule. Spain, 2012. URL: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

¹³² Mir, Oriol. См. выше, сноска 17. С. 714.

podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

(4)

(5) La indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado.

момент его причинения, компенсации не подлежит. Это не затрагивает денежных выплат или иной помощи, которую могут быть в таких случаях предусмотрены законом.

(4)

(5) Вред может по договоренности с потерпевшим возмещаться в натуральной форме или в виде периодических выплат в зависимости от того, какая из этих форм более целесообразна и больше соответствует общественным интересам.

Опыт Франции

Французское законодательство об ответственности государства было разработано Государственным советом – высшим административным судом во Франции¹³³. Отправной точкой при этом стало основополагающее решение Суда по спорам о подсудности [Tribunal des Conflicts]¹³⁴ по делу Бланко [Blanco]¹³⁵ 1873 года. В действительности главным в этом деле стал вопрос о том, следует ли определять ответственность государства по общим нормам Гражданского кодекса [Code Civil] Франции.

В решении по делу Бланко было сделано три ключевых вывода. Во-первых, государство обязано выплачивать компенсацию. Во-вторых, равновесие между интересами государства и интересами частных лиц достигается по особым правилам, а не по нормам Гражданского кодекса. Наконец, эти дела подсудны административным судам, в особенности Государственному совету. Поэтому Государственный совет определил юридические обязательства, связанные с ответственностью государства в рамках такого судебного разбирательства, а французское законодательство об ответственности государства называют заслугой Государственного совета¹³⁶.

Прежде всего суд определяет, был ли совершен служебный проступок [*faute de service*]. Служебный проступок понимается толкователями как нарушение государственных обязательств и антитеза личного проступка [*faute personnelle*], который имеет место, когда ущерб причинен лицом, не состоящим на государственной службе¹³⁷. Понятие служебного проступка сопоставимо с понятием нестандартных действий [*funcionamiento anormal*] в испанском праве. Основополагающей идеей административного права Франции является то, что в целом на государственных органах лежит общая обязанность осуществлять свои задачи компетентно. Таким образом, нарушение нормальной работы административного органа ведет к проступку¹³⁸.

¹³³ Heukels, Tom и McDonnell, Alison. The Action for Damages in Community Law. Kluwer Law International, 1997. С. 394.

¹³⁴ Суд по спорам о подсудности выносит решения по вопросам о подсудности дел судам общей юрисдикции и административным судам.

¹³⁵ Т.С., 8 февраля 1873 года, Blanco, GAJA, № 1.

¹³⁶ Marsch, Nikolaus. Frankreich // Dörr, Oliver (ed.) См. выше, сноска 17. С. 196–197.

¹³⁷ Viney, Genève. Introduction to French Law // Bermann, George и Picard, Etienne (ed.) Alpen aan den Rijn: Kluwer Law international, 2008. С. 82.

¹³⁸ Fairgrieve, Duncan. State Liability in Tort. New York: Oxford University Press, 2003. С. 102–103.

Если говорить о вопросах доказывания, то по французскому административному праву истец несет бремя доказывания по всем составляющим иска. Это означает, что, как правило, именно истец должен установить, каким именно лицом был причинен вред. Однако суды разработали правовые презумпции с целью облегчить истцу подачу иска¹³⁹.

Чаще всего презумпция применяется, когда происходит обобществление при привлечении к ответственности за травмы, причиненные при проведении общественных строительных работ [*travaux publics*]. Презумпция виновности действует, когда вред был причинен пользователям искусственными стационарными сооружениями в общих интересах. Так, для того чтобы получить компенсацию ущерба, истец должен доказать только то, что ущерб был причинен при проведении общественных строительных работ, и тогда начнет действовать презумпция, согласно которой этот ущерб произошел по вине соответствующего государственного органа¹⁴⁰.

Кроме того, в судебной практике презюмируется виновность [*faute*] государственных органов. Это вызвано тем, что государству проще доказать разумную осмотрительность или должное тщание, чем истцу – виновность государства¹⁴¹.

Этот благоприятный для истца подход применяется с некоторыми оговорками. Презумпция может быть опровергнута, если органу власти удастся доказать, что он принял разумные меры по защите общества от ущерба, а также в случаях, когда в причинении ущерба есть вина самого потерпевшего¹⁴².

Французское право предусматривает два уровня ответственности – простой проступок [*faute simple*] и тяжкий проступок [*faute lourde*]. Простой проступок предполагает очень незначительную степень вины¹⁴³, тогда как в основе тяжкого проступка лежат крайне неосмотрительные действия, и обычно говорят, что это просто особо серьезный проступок¹⁴⁴. В большинстве случаев для наступления ответственности за причинение вреда достаточно простого проступка. Однако в некоторых случаях ответственность не наступает, пока не будет доказан серьезный проступок. Особенно это относится к ситуациям, когда государственная услуга, о которой идет речь, считается очень сложной и/или щекотливой. В качестве примера можно привести нарушение нормальной работы системы административной юстиции или исправительного учреждения¹⁴⁵.

Кроме того, во французском праве к иску о привлечении государства к ответственности применяются и гражданско-правовые требования. Административные суды отдали дань гражданско-правовому подходу, заявив, что нужно доказать определенность и непосредственность причиненного истцу ущерба. Требование непосредственности в основном воплощает в себе понятие причинно-

¹³⁹ См. выше. С. 120.

¹⁴⁰ Fairgrieve, Duncan. State Liability in Tort. См. выше, сноска 30. С. 121.

¹⁴¹ Momege, Chantal и Besso, Nicolas. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rule. France, 2012. С. 11–12. URL: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/france_en.pdf

¹⁴² Fairgrieve, Duncan. State Liability in Tort. См. выше, сноска 30. С. 121.

¹⁴³ Viney, Genève. Introduction to French Law. См. выше, сноска 29. С. 248.

¹⁴⁴ Fairgrieve, Duncan. State Liability in Tort. См. выше, сноска 30. С. 113.

¹⁴⁵ Bell, John. Governmental Liability: Some Comparative Reflections. Revista Para El Analisis Del Derecho, 2006. С. 11. URL: http://www.indret.com/pdf/322_en.pdf; Viney, Genève. Introduction to French Law. См. выше, сноска 29. С. 81–82.

следственной связи между обжалуемыми действиями (бездействием) и наступившим в результате ущербом¹⁴⁶.

Общепризнанно, что французские административные суды занимают либеральную позицию в отношении ущерба. Конечно, есть несколько четко установленных ограничений по типам ущерба, который административные суды готовы компенсировать, включая чисто экономический ущерб и моральный вред¹⁴⁷.

Опыт Литвы

Юридическим основанием ответственности государства в Литве являются несколько положений Гражданского кодекса [civilinis kodeksas] Литовской Республики и Закона Литовской Республики «О государственной службе» [Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymas]. Основанием ответственности государства в Литве являются любые незаконные действия или бездействие государственных органов при осуществлении ими властных полномочий¹⁴⁸. Согласно принципу ответственности государства компенсация за действия, предпринятые вне рамок осуществления государственной власти, не присуждается, однако должностные лица несут ответственность по деликтному праву¹⁴⁹. Необходимо, чтобы действия должностных лиц были незаконными. Государство выплачивает компенсацию даже за те действия, которые были совершены умышленно, при этом у него есть возможность подать к соответствующему должностному лицу регрессный иск¹⁵⁰.

Государство обязано выплачивать компенсацию за действия административных органов власти, к которым согласно закону, относятся все государственные юридические лица, в том числе государственные и муниципальные органы власти, государственные гражданские служащие, должностные лица и все остальные работники этих органов, а также частные лица, осуществляющие государственные функции. Таким образом, государство несет ответственность за действия органа, осуществляющего элементы государственной власти, причем устанавливать, каким именно лицом был причинен вред, необязательно¹⁵¹.

Согласно Гражданскому процессуальному кодексу Литовской Республики [Lietuvos Respublikos civilinio proceso kodeksas], истец несет бремя доказывания всех обстоятельств, дающих право на получение компенсации. На практике, однако, при представлении доказательств часто возникает путаница. В некоторых случаях толкование законов Высшим административным судом Литвы не соответствовало их формулировкам: этот суд приходил к выводу, что истец должен предоставить сведения о том, каким именно должностным лицом был причинен вред, а также о том, действительно ли это должностное лицо виновно в причинении вреда¹⁵².

Согласно же статье 6.271 Гражданского кодекса Литовской Республики государство обязано компенсировать «любой ущерб, причиненный незаконными действиями должностного лица, *независимо* от ответственности *конкретного должностного лица* или других государственных служащих». Случаи некорректного истолкования судами этого закона в части, касающейся требования установить

¹⁴⁶ Fairgrieve, Duncan. State Liability in Tort. См. выше, сноска 30. С. 190–191.

¹⁴⁷ См. выше. С. 191.

¹⁴⁸ Ассоциация Государственных советов и высших административных судов Европейского союза. Increasing the efficiency of the Supreme Administrative Courts' powers - Lithuania. Brussels, 2012. URL: <http://aca-europe.eu/seminars/Brussels2012/Lithuania.pdf>

¹⁴⁹ Heemann, Frank. Lithauen // Dörr, Oliver (ed.) См. выше, сноска 17. С. 388.

¹⁵⁰ См. выше. С. 388–389.

¹⁵¹ Heemann, Frank. Lithaue. См. выше, сноска 17. С. 393.

¹⁵² Heemann, Frank. См. выше, сноска 17. С. 401.

личность конкретного должностного лица, становятся, однако, более редкими по мере развития устоявшейся судебной практики в направлении освобождения истца от лежащего на нем бремени¹⁵³.

Литовское деликтное право относит финансовый ущерб и моральный вред к категории ущерба, который подлежит компенсации. Компенсация морального вреда возможна только в определенных законом обстоятельствах, например, в случае совершения тяжких преступлений, причинения телесных повреждений или смерти лица. Для того чтобы получить компенсацию, истец должен представить прямые или косвенные и объективные или субъективные доказательства такого морального вреда¹⁵⁴.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Lietuvos Respublikos civilinio kodekso

6.271 straipsnis. Atsakomybė už žalą, atsiradusią dėl valdžios institucijų neteisėtų veiksmų

1. Žalą, atsiradusią dėl valstybės valdžios institucijų neteisėtų aktų, privalo atlyginti valstybė iš valstybės biudžeto nepaisydamos konkrečiau valstybės tarnautojo ar kito valstybės valdžios institucijos darbuotojo kaltės. Žalą, atsiradusią dėl savivaldybės valdžios institucijų neteisėtų aktų, privalo atlyginti savivaldybė iš savivaldybės biudžeto nepaisydama savo darbuotojų kaltės.

2. Šiame straipsnyje terminas „valdžios institucija“ reiškia bet kokią viešosios teisės subjektą (valstybės ar savivaldybės instituciją, pareigūną, valstybės tarnautoją ar kitokį šių institucijų darbuotoją ir t. t.), taip pat privatų asmenį, atliekantį valdžios funkcijas.

3. Šiame straipsnyje vartojamas terminas „aktas“ reiškia bet kokią valdžios institucijos ar jos darbuotojų veiksmą (veikimą, neveikimą), kuris tiesiogiai daro įtakos asmenų teisėms, laisvėms ir interesams (valstybės ar savivaldybės institucijų priimami teisės ar individualūs aktai, administraciniai aktai, fiziniai aktai ir t. t.,

Гражданский кодекс Литовской Республики

Статья 6.271. Обязанность по возмещению вреда, причиненного незаконными действиями органов государственной власти

1. Вред, причиненный незаконными действиями органов государственной власти, компенсируется государством за счет средств государственного бюджета независимо от вины конкретного государственного должностного лица или иного работника органа государственной власти. Вред, причиненный незаконными действиями муниципальных органов власти, компенсируется муниципальным образованием за счет средств муниципального бюджета независимо от вины его работника.

2. Для целей настоящей статьи под «органом государственной власти» понимается любой субъект публичного права (государственный или муниципальный орган, должностное лицо, государственный служащий или любой другой работник этих органов и т.д.), а также частные лица, которые выполняют функции, связанные с осуществлением государственной власти.

3. Для целей настоящей статьи под «действием» подразумевается любое действие (активное или пассивное) органа государственной власти или его работников, непосредственно затрагивающее права, свободы и интересы граждан (законодательные и правоприменительные акты, принятые государственными и

¹⁵³ См. выше.

¹⁵⁴ См. выше. С. 396–397.

išskyrus teismo nuosprendžius, sprendimus ir nutartis).

Valstybės ar savivaldybės civilinė atsakomybė pagal šį straipsnį atsiranda, jeigu valdžios institucijų darbuotojai neveikė taip, kaip pagal įstatymus šios institucijos ar jų darbuotojai privalėjo veikti.

6.272 straipsnis. Atsakomybė už žalą, atsiradusią dėl ikiteisminio tyrimo pareigūnų, prokuroro, teisėjo ir teismo neteisėtų veiksmų

1. Žalą, atsiradusią dėl neteisėto nuteisimo, neteisėto suėmimo kardomosios priemonės taikymo tvarka, neteisėto sulaikymo, neteisėto procesinės prievartos priemonių pritaikymo, neteisėto administracinės nuobaudos – arešto – paskyrimo, atlygina valstybė visiškai, nepaisant ikiteisminio tyrimo pareigūnų, prokuratūros pareigūnų ir teismo kaltės.

2. Žalą, atsiradusią dėl neteisėtų teisėjo ar teismo veiksmų nagrinėjant civilinę bylą, atlygina valstybė visiškai, jeigu žala atsirado dėl teisėjo ar kito teismo pareigūno kaltės.

3. Be turtinės žalos, atlyginama ir neturtinė žala.

4. Jeigu žala atsirado dėl ikiteisminio tyrimo pareigūnų, prokuratūros ar teismo pareigūnų ar teisėjų tyčinių veiksmų, tai valstybė, atlyginusi žalą, įgyja atgręžtinio reikalavimo teisę iš atitinkamų pareigūnų įstatymų nustatyta tvarka išieškoti įstatymų nustatyto dydžio sumas.

6.273 straipsnis. Atsakovai pagal valstybės ar savivaldybės prievolę atlyginti žalą

муниципальными органами, административные акты, физические действия и т.д., за исключением судебных актов – приговоров по уголовным делам, решений по гражданским и административным делам и распоряжений).

Гражданская ответственность государства или муниципального образования по настоящей статье наступает, если действия работников органа государственной власти не соответствуют тому, как закон предписывает себя вести этим органам и их работникам.

Статья 6.272. Ответственность за вред, причиненный незаконными действиями должностных лиц, проводящих предварительное следствие, прокуроров, судей и суда

1. Вред, причиненный незаконным вынесением обвинительного приговора, незаконным применением ареста в качестве меры пресечения, а также незаконным заключением под стражу, применением незаконных мер в рамках исполнительного производства или незаконным наложением административного наказания в виде ареста, подлежит возмещению государством в полном объеме независимо от вины должностных лиц, проводящих предварительное следствие, прокуратуры или суда.

2. Государство обязано полностью компенсировать вред, причиненный незаконными действиями судьи или суда, рассматривающего гражданское дело, если вред причинен по вине самого судьи или другого работника суда.

3. Помимо возмещения материального ущерба потерпевший имеет право на компенсацию морального вреда.

4. Если вред причинен умышленным виновным поведением должностных лиц, проводящих предварительное следствие, прокуратуры, работников судов или судей, то государство, компенсировав ущерб, приобретает право в установленном законом порядке подать к соответствующим должностным лицам регрессный иск на предусмотренную законом сумму.

Статья 6.273. Ответчики по обязательству государства или муниципального образования компенсировать ущерб

1. Bylose dėl žalos atlyginimo, kai žalą privalo atlyginti valstybė, valstybei atstovauja Vyriausybė arba jos įgaliota institucija.

Bylose dėl žalos atlyginimo, kai žalą privalo atlyginti savivaldybė, savivaldybei atstovauja savivaldybės institucija, dėl kurios neteisėtų veiksmų atsirado žala.

Lietuvos Respublikos valstybės tarnybos įstatymas

33 straipsnis. Valstybės ir savivaldybių institucijų ir įstaigų regreso (atgręžtinio reikalavimo) teisė į žalą padariusį valstybės tarnautoją

1. Žala, atsiradusi dėl valstybės ir savivaldybės institucijos ir įstaigos neteisėtų veiksmų, atlyginama Civilinio kodekso nustatyta tvarka.

2. Valstybės tarnautojo padarytą žalą atlyginusi valstybės ar savivaldybės institucija ar įstaiga turi regreso teisę reikalauti iš žalą padariusio valstybės tarnautojo tokio dydžio žalos atlyginimo, kiek ji sumokėjo, bet ne daugiau kaip 9 vidutinių valstybės tarnautojo darbo užmokesčių. Jeigu valstybės tarnautojas žalą padarė tyčia, valstybės ar savivaldybės institucija ar įstaiga į padariusį žalą valstybės tarnautoją turi tokio dydžio regreso teisę, kiek ji sumokėjo žalos atlyginimo. Žalos atlyginimas išieškomas iš valstybės tarnautojo darbo užmokesčio ir negali viršyti 20 procentų valstybės tarnautojui priklausančio per mėnesį mokėti darbo užmokesčio.

3. Kolegialios valstybės ar savivaldybės institucijos vadovas ir nariai privalo solidariai atlyginti valstybės ir savivaldybės institucijai ir įstaigai žalą, padarytą dėl kolegialios institucijos sprendimų, priimtų pažeidžiant Lietuvos Respublikos įstatymus ir kitus teisės aktus. Nuo pareigos atlyginti žalą atleidžiami tie asmenys, kurie balsavo prieš tokį sprendimą arba nedalyvavo posėdyje jį priimant ir per 7 dienas po to, kai sužinojo ar turėjo sužinoti apie tokį sprendimą, įteikė institucijos vadovui rašytinį pareiškimą. Kolegialios valstybės ar savivaldybės institucijos vadovo ir nario atsistatydinimas ar atšaukimas iš pareigų neatleidžia jų nuo padarytos dėl jų kaltės žalos

1. В гражданских делах о компенсации ущерба, когда компенсировать ущерб обязано государство, его интересы должно представлять правительство или орган, уполномоченный правительством.

В гражданских делах о компенсации ущерба, когда компенсировать ущерб обязано муниципальное образование, его интересы должен представлять муниципальный орган власти, по вине которого был причинен ущерб.

Закон Литовской Республики «О государственной службе»

Статья 33. Право государственных или муниципальных органов и ведомств подать регрессный иск к причинившему ущерб государственному или муниципальному служащему

1. Ущерб, причиненный незаконными действиями государственного или муниципального органа, или ведомства, подлежит возмещению в порядке, установленном Гражданским кодексом.

2. Государственный или муниципальный орган, или ведомство, компенсировав ущерб, который был причинен государственным или муниципальным служащим, вправе подать регрессный иск к причинившему ущерб государственному или муниципальному служащему о взыскании с него компенсации в выплаченном размере, но не более 9-кратного размера среднего заработка этого служащего. Компенсация ущерба вычитается из вознаграждения государственного или муниципального служащего, но не может превышать 20 процентов месячной заработной платы этого служащего.

3. Начальник и члены коллегиального государственного или муниципального органа власти солидарно компенсируют государственному или муниципальному органу, или ведомству ущерб, который был причинен решениями этого коллегиального органа власти, принятыми в нарушение законов и иных правовых актов Литовской Республики. Лица, голосовавшие против такого решения или отсутствовавшие на заседании, на котором это решение было принято, освобождаются от обязанности компенсировать ущерб, если они в течение 7 дней после того, как они узнали или должны были узнать об этом решении,

atlyginimo. Ginčus dėl žalos atlyginimo sprendžia teismas.	подали письменное заявление на имя начальника данного органа власти. Отставка или освобождение от должности главы или члена коллегиального государственного или муниципального органа власти не освобождает их от обязанности компенсировать причиненный по их вине ущерб. Споры, касающиеся компенсации ущерба, разрешаются в судебном порядке.

Опыт Греции

Нормы об ответственности государства в Греции содержатся в статьях 104–106 Вводного закона к Гражданскому кодексу Греции. Иски о компенсации ущерба, причиненного незаконными действиями или бездействием должностных лиц, регламентируются статьей 105¹⁵⁵. Кроме того, пункт 1 статьи 20 Конституции Греции устанавливает право каждого лица на юридическую защиту со стороны суда и возможность осуществлять свои личные права и интересы в предусмотренном законом порядке. Конституция гарантирует правомерность действий административных органов власти, а также предусматривает обязанность государства по возмещению вреда¹⁵⁶.

Согласно статьям 105 и 106 Вводного закона к Гражданскому кодексу Греции, для наступления ответственности государства необходимо действие или бездействие государственной власти, совершенное государственным органом при исполнении суверенных обязанностей. Нужно, чтобы это действие или бездействие было незаконным и причинило вред.

В том, что касается требования «исполнения суверенных обязанностей», греческие суды отдают предпочтение формальному, или организационному подходу вместо неформального и скорее функционального подхода. Первый из этих подходов связан с организационной формой, а не с функциональным назначением органа власти, что в Европе встречается довольно редко¹⁵⁷.

Нужно, чтобы ущерб был причинен государственным органом. В теории существует различие между субъектом, наделенным властными полномочиями (органом), и физическим лицом, осуществляющим эти полномочия от имени государства. В практике греческих судов это различие отсутствует. Таким образом, «орган» – это любое лицо, имеющее властные полномочия¹⁵⁸.

В отличие от Германии и Франции, где ответственность государства основана на нарушении обязанностей (служебный проступок [faute de service], нарушение служебных обязанностей [Amtspflichtverletzung]), положения греческого законодательства требуют объективной противоправности, которая предполагает, что был нарушен закон. Кроме того, в Греции отсутствует требование виновности в какой бы то ни было форме¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Viney, Genève. Introduction to French Law. См. выше, сноска 30. С. 248.

¹⁵⁶ Efstratiou, Pavlos-Michael. Griechenland // Dörr, Oliver (ed.) См. выше, сноска 17. С. 231.

¹⁵⁷ См. выше. С. 233–234.

¹⁵⁸ Efstratiou, Pavlos-Michael. Griechenland. См. выше, сноска 17. С. 235; Spyropoulos, Philippos и Fortsakis, Théodore. Constitutional Law in Greece. Alpen aan den Rijn: Kluwer Law international, 2009. С. 188.

¹⁵⁹ Efstratiou, Pavlos-Michael. Griechenland. См. выше, сноска 17. С. 237.

Статья 105 предусматривает исключение из принципа ответственности государства в случае, когда нарушенный закон защищает общественные интересы¹⁶⁰. Эта норма, как, например, понятие причинно-следственной связи, ограничивает пределы ответственности государства в Греции.

В системе ответственности государства в Греции наличие ущерба является единственным условием присуждения компенсации, которое должен доказать истец. Остальные требования, в том числе нарушение закона должностным лицом, суд рассматривает по собственной инициативе¹⁶¹. Это частичное освобождение истца от бремени доказывания, безусловно, редко встречается в европейской практике привлечения государства к ответственности и приводит к повышению загрузки греческих административных судов.

ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

άρθρο 105 ΕισΝΑΚ

Για παράνομες πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων του δημοσίου κατά την άσκηση της δημοσίας εξουσίας που τους έχει ανατεθεί, το δημόσιο ενέχεται σε αποζημίωση, εκτός αν η πράξη ή η παραλείψη έγινε κατά παράβαση διάταξης που υπάρχει για χάρη του γενικού συμφέροντος.

άρθρο 106 ΕισΝΑΚ

Οι διατάξεις των δύο προηγούμενων άρθρων εφαρμόζονται, και για την ευθύνη των δήμων, των κοινοτήτων ή των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου δικαίου από πράξεις ή παραλείψεις των οργάνων που βρίσκονται στην υπηρεσία τους

Άρθρο 20 Σύνταγμα

1. Καθένας έχει δικαίωμα στην παροχή έννομης προστασίας από τα δικαστήρια και μπορεί να αναπτύξει σ' αυτά τις απόψεις του για τα δικαιώματα ή συμφέροντά του, όπως νόμος ορίζει.

Статья 105 Вводного закона к Гражданскому кодексу Греции

Государство обязано возмещать любой вред, причиненный незаконными действиями или бездействием его органов при осуществлении властных полномочий, за исключением случаев, когда незаконные действия или бездействие направлены на защиту общественных интересов. Виновники несут солидарную ответственность, но это не затрагивает особых норм об ответственности министерств и ведомств.

Статья 106 Вводного закона к Гражданскому кодексу Греции

Положения предыдущих статей применяются к ответственности муниципальных образований, общин и иных юридических лиц публичного права за действия или бездействие органов, расположенных на подотчетной им территории.

Статья 20 Конституции Греции

1. Каждый имеет право на юридическую защиту со стороны суда и может выражать перед ним свои взгляды в отношении своих прав и интересов, как это определено законом.

В целом в Европе меры, касающиеся ответственности государства, были приведены к общему знаменателю. В частности, если говорить о бремени

¹⁶⁰ См. выше. С. 241.

¹⁶¹ См. выше. С. 257–258.

доказывания в делах, когда неизвестно, каким именно должностным лицом был причинен вред, во всех рассмотренных выше странах нужно, чтобы истец доказал, как минимум нарушение должностным лицом своих обязанностей. Лишь в Греции для привлечения государства к ответственности требуется, чтобы большую часть требуемых доказательств собрали административные суды. Однако истец должен доказать, что ему был причинен вред.

Кроме того, ни в одной из этих пяти стран истцу не нужно представлять доказательства, позволяющие установить личность или имя должностного лица. В этом отношении анализируемые государства позволяют облегчить бремя доказывания, чтобы помочь потерпевшему, применяя концепцию обобществления.

Несмотря на эти механизмы облегчения лежащего на потерпевшем бремени доказывания в случае, когда неизвестно, каким именно должностным лицом был причинен вред, ситуация по-прежнему остается проблематичной для истца, когда он должен доказать, что нарушили свои обязанности именно должностное лицо или государственный орган. Очевидно, что это может вызвать проблемы в случае, когда человек не знает, кто именно причинил ему вред. Самая многочисленная категория дел, в которых это серьезно снизит шансы жертв пыток на получение компенсации, – это дела, где пытки не связаны с содержанием под стражей. В этих случаях презумпция доказанности не решает проблему, потому что потерпевший, скорее всего, не сможет доказать, что действие, которым был причинен вред, могло совершить только должностное лицо. Таким образом, могут возникнуть сложности при попытке убедить суд в том, что представленные истцом доказательства чуть более убедительны, чем это нужно для того, чтобы выиграть дело.

Лишь в Греции суды обязаны доказывать, что на самом деле вред был причинен должностным лицом. Вследствие этого обеспечение выплаты компенсации по делам о пытках в ситуации, когда неизвестно, кем именно был причинен вред, зависит от желания и возможностей суда доказать, что вред был причинен при участии государства.

Тем не менее, во всех странах-членах Совета Европы применяется единообразный подход к бремени доказывания факта пытки благодаря выработанной по этому вопросу практике Европейского Суда по правам человека. Позиция относительно бремени доказывания факта применения пыток сводится к тому, что на заявителе (в случае иска в национальный суд – на истце) лежит обязанность доказать, что его подвергли жестокому обращению и это должно быть доказано так, чтобы «не вызывать разумных сомнений». Однако такое доказательство может следовать из одновременного существования достаточно веских, ясных и согласованных выводов или сходных не опровергнутых презумпций¹⁶². При этом когда лицо, не имеющее телесных повреждений в период, предшествующий его аресту или задержанию либо иному контакту с представителями государства, получило травмы после того, как побывало под их контролем, бремя доказывания переносится власти – то есть на представителей данного органа. В этих случаях государственный орган, вовлеченный в событие, обязан предоставить правдоподобное объяснение причин возникновения травм и, если он не может этого сделать, то это является основанием для признания факта того, что жертва была подвергнута незаконному насилию представителями данного органа.

¹⁶² Ireland v. UK, решение от 18 января 1978 г., параграф 161.

Анализ законодательства и правоприменительной практики России в области компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства при невозможности установления конкретных виновных в применении насилия

Статья 52 Конституции РФ устанавливает, что права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом. Государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного вреда. В соответствии со ст. 53 Конституции РФ каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц. Согласно части 2 статьи 21 Конституции РФ никто не должен подвергаться пыткам, другому жестокому или унижающему достоинство обращению или наказанию. В соответствии с частью 1 статьи 17 Конституции РФ в государстве признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией Российской Федерации. Согласно части 1 статьи 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.

Содержание указанного выше права на компенсацию конкретизируется в Гражданском кодексе Российской Федерации, устанавливающим, что убытки, причиненные гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов подлежат возмещению Российской Федерации, соответствующим субъектом Российской Федерации или муниципальным образованием. Учитывая, что причинение вреда в данном случае носит внедоговорной характер, дальнейшее развитие данный вопрос получил в статьях 1069-1071 главы 59 ГК РФ. В теории гражданского права нормы, содержащиеся в указанных статьях, принято называть правилами о специальном деликте - вреде, причиненном актом власти.

Основаниями для выделения данного случая причинения вреда в особый деликт служат как особенности применения к нему общих условий деликтной ответственности, так и наличие ряда специальных условий, дополнительно установленных законом. Среди общих условий деликтной ответственности за вред, причиненный актом власти, наибольшей спецификой обладает противоправность. В российском гражданском праве, как и в законодательстве большинства стран континентальной Европы, описанном выше, применяется система генерального деликта, в соответствии с которой, всякое причинение вреда предполагается противоправным и влечет обязанность причинителя возместить этот вред, если только он не докажет свое право на его причинение. В рассматриваемой же области действует, однако, прямо противоположное правило, а именно, что всякий акт власти предполагается законным, в том числе и тот, которым кому-либо причинен вред, пока не будет доказано обратное.

Объясняется это тем, что вред в данном случае причиняется действиями, регулирование которых осуществляется не гражданским, а иными отраслями права - административного, уголовного, уголовно-процессуального и прочее. Сами акты власти, которыми гражданину или юридическому лицу причинен вред, должны быть противоправными прежде всего с позиций той отрасли права, нормами которой осуществляется их регулирование. И наконец, специфика противоправности в рассматриваемой области, особенно в сфере деятельности правоохранительных органов и суда, состоит еще и в том, что действие соответствующего органа или должностного лица на момент их совершения могут формально отвечать всем

требованиям закона, но в конечном счете оказаться незаконными.

Например, следователь, расследующий уголовное дело, мог иметь все основания для вынесения определения о заключении лица под стражу. Но в последующем, если лицо окажется невиновным, эти действия должны быть признаны незаконными. Известную специфику имеет и такое общее условие ответственности, как причинная связь. В рассматриваемой сфере вред чаще, чем где бы то ни было, является нераздельным результатом действий (бездействия) нескольких органов или их должностных лиц, что объясняется существующей системой построения государственной власти и управления.

Незаконные действия одних должностных лиц, попустительство этим действиям со стороны других, отсутствие должного контроля со стороны третьих - все это создает ситуацию, когда очень трудно установить, чье же конкретно поведение привело к причинению вреда. Наконец, субъективное условие ответственности специфично тем, что в тех случаях, когда вред причиняется указанными в законе неправомерными действиями правоохранительных органов или суда, он подлежит возмещению независимо от вины конкретных должностных лиц. В основе такого подхода лежат как объективные, так и субъективные причины. С одной стороны, деятельность правоохранительных органов объективно носит вредоносный характер в том смысле, что таит в себе скрытую опасность причинения вреда невиновным лицам, например, в связи с возможностью применения мер принуждения на ранних стадиях дознания и следствия. С другой стороны, учитывается, что в роли деликвента в данном случае выступают правоохранительные и судебные органы, что во многом осложняет проблему доказывания их вины, особенно в тех случаях, когда незаконные действия одновременно или последовательно совершаются должностными лицами нескольких из них.

Наряду с действиями, т. е. активным поведением государственных и муниципальных органов, а также их должностных лиц, вред в рассматриваемой сфере может быть причинен и путем бездействия. Это имеет место тогда, когда соответствующее должностное лицо или орган управления должны были действовать в силу возложенных на них обязанностей, например, совершить то или иное действие по законному и обоснованному запросу гражданина или принять необходимые меры по пресечению правонарушения, но не сделали этого, что и привело к причинению вреда. Какого-либо перечня незаконных действий (бездействия) государственных (муниципальных) органов и их должностных лиц, которые могут порождать рассматриваемое деликтное обязательство, закон не содержит.

Статья 1069 ГК РФ предусматривает ответственность за вред, причиненный государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами. В соответствии с ней, вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления либо должностных лиц этих органов, в том числе в результате издания не соответствующего закону или иному правовому акту акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается за счет соответственно казны Российской Федерации, казны субъекта Российской Федерации или казны муниципального образования. Статья 1070 Гражданского кодекса РФ содержит основания для компенсации вреда, причиненного гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного привлечения к административной ответственности в виде административного ареста, а также вред, причиненный юридическому лицу в результате незаконного привлечения к административной ответственности в виде

административного приостановления деятельности. Вред же, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконной деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, не повлекшей последствий, предусмотренных в статье 1070 ГК РФ, возмещается по основаниям и в порядке, которые предусмотрены статьей 1069 Кодекса.

Следует обратить особое внимание на то, что вред, причиненный потерпевшему может компенсироваться за счет казны РФ не только если вина должностного лица была установлена в рамках уголовного процесса. Во многих случаях истец по иску одновременно является и потерпевшим по уголовному делу, в рамках которого не удалось установить лиц, виновных в применении к нему насилия. Согласно ст. 42 УПК потерпевшим может быть признано лицо, которому преступлением был причинен физический, имущественный и моральный вред. Та же статья устанавливает, что по уголовным делам о преступлениях, последствием которых явилась смерть лица, права потерпевшего переходят к одному из его близких родственников.

Принимая во внимание эти положения, а также то, что применение пыток рассматривается правом не как преступление против личности, а как преступление против государственной службы или правосудия, никто, кроме непосредственной жертвы недозволенного обращения, в качестве потерпевшего рассматриваться не будет. За исключением случаев, когда применение недозволенного обращения привело к смерти жертвы. Согласно уже упомянутой статье 1069 Гражданского Кодекса потерпевшему должны быть возмещены вред здоровью (в частности, возмещается утраченный заработок, дополнительные расходы на лечение) и моральный вред. В случае смерти жертвы в результате незаконных действий виновного, возмещению подлежат расходы на погребение. Если после смерти жертвы остались находившиеся на его иждивении лица, им компенсируется утраченный по случаю потери кормильца доход.

Нормативными актами и разъяснениями Верховного Суда РФ судам даются достаточно четкие критерии оценки вреда здоровью, подлежащего компенсации. В статье 151 ГК РФ законодатель устанавливает принцип определения судом размера компенсации морального вреда и указывает ряд критериев, которые должны учитываться судом при определении размера компенсации: степени вины нарушителя, степени страданий, индивидуальные особенности потерпевшего и другие «заслуживающие внимание обстоятельства». В статье 1101 ГК РФ перечень критериев дополняется учетом характера физических и нравственных страданий потерпевшего и степень вины причинителя вреда должна учитываться только тогда, когда вина является основанием ответственности за причинение вреда, а также предписывается суду «исходить из требований разумности и справедливости».

Имеется также Постановление пленума Верховного Суда РФ от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» (с изменениями от 25 октября 1996 г., 15 января 1998 г.). В постановлении достаточно подробно разъясняется, что следует понимать под моральным вредом: «Под моральным вредом понимаются нравственные или физические страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.), или нарушающими его личные неимущественные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина».

Моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях

в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий и др.»

В Постановлении также указывается, что размер компенсации зависит от характера и объема причиненных истцу нравственных или физических страданий, степени вины ответчика в каждом конкретном случае, иных заслуживающих внимания обстоятельств, и не может быть поставлен в зависимость от размера удовлетворенного иска о возмещении материального вреда, убытков и других материальных требований. При определении размера компенсации вреда должны учитываться требования разумности и справедливости. Степень нравственных или физических страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств причинения морального вреда, индивидуальных особенностей потерпевшего и других конкретных обстоятельств, свидетельствующих о тяжести перенесенных им страданий.

В настоящее время в России не существует какой-либо формализованной и законодательство утвержденной или хотя бы официально рекомендованной методики оценки размера компенсации морального вреда. Предпринимались попытки регламентировать порядок компенсации морального вреда уголовно-процессуальной нормой разработчиками проекта Общей части УПК РФ государственно-правового управления Президента Российской Федерации. Разработчики предлагали увязать размер выплат с МРОТ с использованием поправочных коэффициентов, которые изменялись бы в зависимости от тяжести совершенного преступления. Однако данная норма законодателем не была принята. Величина компенсации, согласно российскому законодательству, должна определяться судом с учетом следующих критериев: степень вины нарушителя; степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред; характер физических и нравственных страданий, который должен оцениваться с учетом фактических обстоятельств, при которых был причинен моральный вред, и индивидуальных особенностей потерпевшего; требование разумности и справедливости; и иные заслуживающие внимания обстоятельства.

С одной стороны, в законодательстве содержится достаточно критериев для определения размера справедливой компенсации за причиненный моральный вред. Однако, общая и расплывчатая их формулировка и отсутствие понятных критериев делает судебную практику по делам о выплате компенсаций довольно непредсказуемой. Аналогичная ситуация с размера компенсаций морального вреда наблюдается в большинстве стран бывшего СССР, так как отсутствует историческая база выработки и оценки критериев оценки морального вреда, проистекающая из заниженного внимания к правам потерпевших в рамках уголовного процесса в годы существования СССР. В данной ситуации стандартизация в области определения размеров компенсаций за моральный ущерб должна существенно облегчить работу судей и в дополнение к этому повысить уровень доверия к судебным решениям как со стороны пострадавших, так и со стороны виновных в причинении морального вреда; и это актуально как для России, так и для Казахстана.

В настоящий момент в российской практике существует несколько методик оценки величины компенсации за моральный ущерб, которые используются уже длительное время при представлении интересов истцов или потерпевших. При этом попытки разработки универсальной методики ведутся до сих пор, однако, пока ни к какому

результату не привели. Так, среди прочих есть подход, который предполагает в качестве базиса установление так называемой “вилки” размера возмещения вреда в зависимости от состава правонарушения. Это позволило бы учитывать конкретные обстоятельства дела, но при этом из области оценки почти выпадают характеристики жертвы. В рамках другого подхода предлагается проводить оценку размера компенсации морального вреда в рамках уголовного процесса на основании рассчитанных в криминологии показателей общественной опасности деяния и коэффициента относительной тяжести отдельных видов наказания, предусмотренных за уголовно-наказуемые деяния. Данный показатель определяется нахождением средней величины между низшим и высшим пределами санкций конкретной статьи Уголовного кодекса РФ.

Если индекс наказуемости взять за основополагающий критерий определения компенсации, то можно легко определить начальный эквивалент, то есть увеличить минимальный размер оплаты труда (здесь и далее – МРОТ) во столько раз, во сколько это возможно, исходя из показателя индекса наказуемости. Затем размер компенсации уточняется в зависимости от конкретных имеющих определяющее значение для рассмотрения дела обстоятельств, в частности степени тяжести вреда здоровью. Однако, данный подход имеет существенный изъян для исков, являющихся предметом настоящего исследования, так как при невозможности определить причинителей вреда невозможно будет и определить конкретный состав преступления, который необходимо учитывать при расчете индекса.

Существует еще несколько подходов к определению размера компенсации морального вреда, в которых за основу берутся либо размеры санкций, либо размер материального вреда, либо степень повреждения здоровья. Однако, у каждого из них есть ряд недостатков, которые не позволяют применять их ко всем видам судебных споров. В том числе не все методы расчета подходят для ситуаций, когда нет возможности установить личность причинителя вреда, в, следовательно, и оценить его вину. Среди недавних разработок можно выделить подход, который опирается на понятие нравственного страдания¹⁶³. В рамках данного подхода предлагается выделять пять степеней нравственных страданий:

1 степень - легкие страдания, выражающиеся в обычных ситуативных нравственных эмоциях; кратковременные и не оставляющие глубокого следа.

2 степень – страдания средней тяжести, длительные по продолжительности, оказывающие влияние на психическое и физическое благополучие личности в ситуациях, вызывающих воспоминание о вредоносном воздействии, не приводящие к болезненным психическим изменениям.

3 степень – тяжкие страдания, имеющие симптоматику пограничных психических расстройств, требующие специального психолого-психиатрического лечения.

4 степень – особо тяжкие страдания, приводящие к трансформации личности человека (психическая болезнь с возможными моментами ремиссии или частичным осознанием произошедшего).

5 степень – страдания заблокированы ситуацией полного распада личности.

При всей универсальности и обоснованности такого подхода, тем не менее, возникает вопрос, как учитывать длительность страданий при определении размера компенсации.

¹⁶³ Будякова Т.П. Индивидуальность потерпевшего и моральный вред. – СПб.: Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005

Одной из наиболее проработанных и часто используемых в России методик является методика А.М. Эрделевского¹⁶⁴. Суть данной методики состоит в том, что в каждом конкретном случае величина компенсации будет меняться в зависимости от обстоятельств дела. Такая гибкость достигается за счет умножения базовой (максимальной) суммы компенсации на поправочные коэффициенты в зависимости от вида правонарушения, а также на другие коэффициенты, которые включают в себя:



Максимальная сумма компенсации, подлежащая уплате за возмещение тяжкого вреда здоровью, составляет при расчете по методике Эрделевского 720 минимальных размеров оплаты труда. Данный базовый уровень берется потому, что 6 МРОТ в месяц за 10 лет равняются 720 ($6 \cdot 12 \cdot 10 = 720$).

Поправочные коэффициенты для расчета размера компенсации морального вреда по методике А. М. Эрделевского

Вид правонарушения	Размер компенсации презюмируемого морального вреда	
	Относит. единиц	МРОТ
Причинение тяжкого вреда здоровью	0,80	576
То же, совершенное с особой жестокостью, издевательствами или мучениями	1,00	720
Причинение средней тяжести вреда здоровью	0,30	216
То же, совершенное с особой жестокостью, издевательствами или мучениями	0,50	360
Причинение легкого вреда здоровью	0,03	24
Нанесение побоев	0,025	18

¹⁶⁴ Эрделевский А.М. Моральный вред и компенсация за страдания. Научно-практическое пособие. М.: - Издательство Век, 1996; Эрделевский А.М. Компенсация морального вреда и комментарий законодательства и судебной практики. – 3-е изд., испр. и доп. – М. Волтерс Клувер, 2004

Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью	0,20	144
Принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации	0,40	288
То же, совершенное в отношении зависимого или беспомощного лица	0,5	360
Заражение венерической болезнью	0,05	36
Заражение ВИЧ-инфекцией	0,50	360
Неоказание помощи больному, повлекшее причинение средней тяжести вреда здоровью больного	0,03	24
То же, повлёкшее причинение тяжелого вреда здоровью больного	0,30	216
Похищение человека	0,80	576
То же, с причинением физических страданий	1,00	720
То же, повлекшее тяжкий или средней тяжести вред здоровью	1,50	1080
Незаконное лишение свободы (за один день)	0,30	216
То же, с причинением физических страданий	0,50	360
То же, повлекшее тяжкий или средней тяжести вред здоровью	0,80	576
Незаконное помещение в психиатрический стационар (за один день)	0,30	216
То же, причинившее тяжкий или средней тяжести вред здоровью	0,70	504
Распространение ложных порочащих сведений	0,03	24
То же, в средстве массовой информации	0,05	36
То же, соединенное с обвинением в совершении тяжкого преступления	0,30	216
Оскорбление	0,015	12
То же, в средстве массовой информации	0,03	24
Половое сношение или иные насильственные действия сексуального характера с применением насилия, угроз или использованием беспомощного состояния потерпевшего	0,60	432
То же, сопряженное с угрозой убийства или причинением тяжкого вреда здоровью	1,00	720
То же, повлекшее тяжкий вред здоровью или заражение ВИЧ-инфекцией	1,50	1080
Понуждение к действиям сексуального характера путем шантажа или угроз	0,10	72
Дискриминация гражданина	0,20	144
Нарушение неприкосновенности частной жизни	0,03	24
Нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых или иных сообщений	0,03	24
Нарушение неприкосновенности жилища	0,025	18
То же, с применением насилия или угроз	0,20	144
Неправомерный отказ в предоставлении информации	0,025	18
Воспрепятствование осуществлению избирательных прав	0,03	24
Незаконный отказ в приеме на работу	0,03	24
Незаконное увольнение	0,1	72
Иное нарушение трудовых прав	0,05	36

Нарушение неимущественных прав авторов и изобретателей	0,20	144
Нарушение права на свободу совести и вероисповеданий	0,025	18
Разглашение тайны усыновления или искусственного оплодотворения	0,20	144
Подмена ребенка	0,50	360
Нарушение имущественных прав потребителей	0,05	36
То же, причинившее значительный ущерб	0,20	144
Причинение смерти близкому родственнику	0,30	216
То же, совершенное с особой жестокостью	0,80	576
Надругательство над телом или местом захоронения близкого родственника	0,025	18
То же, соединенное с обвинением в совершении тяжкого преступления	1,00	720
Осуждение невиновного	0,40	288
То же, повлекшее тяжкие последствия	1,00	720
Незаконное задержание	0,20	144
Незаконное заключение под стражу или содержание под стражей (за один день)	0,40	288
Иное незаконное ограничение свободы (за один день)	0,01	7,2
Принуждение к даче показаний	0,30	216
То же, совершенное с применением насилия, издевательства или пытки	0,80	576
Иное ущемление прав и свобод гражданина неправомерными действиями и решениями органов власти и управления	0,05	36
То же, повлекшее существенный вред	0,20	144

Для учёта степени вины причинителя и индивидуальных особенностей потерпевшего А.М. Эрделевский предлагает ввести коэффициенты: для вины причинителя – от 0 до 1, для особенностей потерпевшего – от 0 до 2. Так же коэффициент от 0 до 2 вводится для учёта особенностей ситуации. Для учёта степени вины самого потерпевшего вводится коэффициент от 0 до 1, данный коэффициент используется в виде $(1-k)$ поскольку должен снижать размер компенсации. Затем базовый уровень компенсации, взятый из таблицы, умножается на соответствующие коэффициенты, и получается размер компенсации морального вреда:

$$D = d \cdot f(v) \cdot i \cdot c \cdot (1 - fs) \cdot p,$$

где

D - размер компенсации действительного морального вреда;

d - размер компенсации презюмируемого морального вреда;

f_v - степень вины причинителя. вреда, при этом $0 \leq f_v \leq 1$;

i - коэффициент индивидуальных особенностей потерпевшего, при этом $0 < i < 2$;

c - коэффициент учета заслуживающих внимания обстоятельств, при этом $0 < c \leq 2$;

fs - степень вины потерпевшего, при этом $0 \leq fs \leq 1$.

p - коэффициент учета имущественного положения причинителя вреда, при этом $0,5 \leq p \leq 1$.

Последний коэффициент считается спорным самим А.М. Эрделевским и исключён из ряда его работ.

Описанная методика используется в практике составления исков. В частности, Комитет против пыток неоднократно прибегал к ее использованию в рамках предоставления аргументов для той или иной суммы расчета морального вреда. Однако, говорить о повсеместном её применении в России, пожалуй, нельзя. На Украине же данная методика прошла апробацию и рекомендована к применению при проведении судебной экспертизы.

Помимо методики Эрделевского можно выделить также ещё одну методику оценки величины компенсации морального ущерба, разработанную украинским судьей В.П. Палиюком. В его методике устанавливаются верхняя и нижняя граница компенсаций. Размер компенсации должен рассчитываться сугубо индивидуально, исходя из исследования причиненного вреда и личностных особенностей потерпевшего. Также методика допускает компенсацию не только в денежной, но и в другой материальной форме. Акцент делается на выделении «повышающих критериев» (причинение нескольких видов вреда, гибель нескольких лиц) и «общих критериев снижения» (учет вины потерпевшего, учет имущественного положения лица, причинившего вред), схожих с представленными в методике А.М. Эрделевского. При расчёте предлагается использовать формулу:

$$D = D' \times S \times F \times (1 - F')$$

где D' — базовая сумма материального эквивалента морального вреда, которая рассчитывается сугубо индивидуально, исходя из исследования причиненного вреда и личностных особенностей потерпевшего с применением психологической экспертизы, в ходе которой исследуется степень воздействия (по 100-бальной шкале) следующих факторов:

1. Интенсивность психотравмирующего воздействия и вызванное им отклонение в психофизиологическом состоянии потерпевшего:
 - 1.1. Интенсивность и продолжительность психических страданий;
 - 1.2. Нарушение психических процессов, функций, особенностей, качеств;
 - 1.3. Нарушение физиологических параметров, ухудшение состояния здоровья;
 - 1.4. Степень обратимости-необратимости негативных отклонений, сроки восстановления и его прогноз.
2. Величина вреда, причиненного социальному престижу и деловой репутации пострадавшего: субъективное восприятие, степень обратимости-необратимости, величина необходимых для этого усилий, сроки.
3. Нарушение жизненных планов и перспектив.
4. Нарушение профессиональных планов и перспектив.
5. Величина материального вреда — интенсивность переживаний:
 - 5.1. По поводу непосредственных материальных затрат в результате противоправного действия;
 - 5.2. Связанных с защитой своих прав в суде или досудебном порядке;
 - 5.3. По поводу утраченной выгоды.
6. Негативное воздействие обстоятельств, которые возникли вследствие противоправного действия на близких родственников и знакомых.
7. Дальнейшее психотравмирующее поведение ответчика — желание идти на контакт, возместить причиненный вред, придерживаться этических норм поведения.

Каждый фактор имеет свой материальный коэффициент (в денежных единицах, величина которого предусматривает как полная оплата мер, направленных на восстановление первичного состояния потерпевшего), на который умножается полученное количество баллов.

S — «суммарный стрессовый эквивалент», рассчитывается, основываясь на мнении психолога, если суммарное стресс-воздействие привело к значительным необратимым изменениям способа жизни, планов, психофизиологического состояния потерпевшего;

F — «коэффициент виновности ответчика», при этом:

F = 0,25 - при наличии простой неосторожности;

F = 0,5 - при наличии грубой неосторожности;

F = 0,75 - при наличии косвенного умысла;

F = 1,0 - при наличии прямого умысла.

F' — «коэффициент виновности потерпевшего», при этом $0 \leq F' < 1$, поскольку наличие умысла ($F'=1$) влечет за собой отказ от возмещения морального ущерба.

Подходы к определению величины морального ущерба в разных странах отличны как на законодательном, так и на организационном уровнях тоже имеют свою специфику.

Со стороны регулирования используются такие меры, как ограничение верхнего (США, Япония и др.) и нижнего (Англия, Франция и др.) пределов компенсации морального вреда, установление тарифов за причинённый моральный ущерб (Англия, Австрия, Франция, Италия). В некоторых странах суммы компенсаций за конкретный причинённый вред установлены законодательно.

Например, в Германии, которая уже упоминалась в данном исследовании, компенсация морального вреда регулируется гражданским кодексом. Право на требование компенсации имеет только пострадавший. В законодательстве Германии не закреплены критерии определения размера компенсации морального вреда, но практикой рассмотрения таких дел выработано предписание, ориентирующее судей на ранее вынесенные судебные решения по сопоставимым правонарушениям. Максимальная компенсация за моральный вред да настоящего момента составила 600 тыс. евро.

Во Франции, к примеру, установлены фиксированные значения компенсаций морального ущерба в случае полной утраты трудоспособности – в 2014 году они составляли 600 евро в месяц. В остальных случаях для расчета суммы компенсации используется формула: компенсация = степень инвалидности (в %) x нормативный размер компенсации. Нормативные размеры компенсации устанавливаются на законодательном уровне в зависимости от возраста и степени инвалидности и вносятся в специальные таблицы. Пример такой таблицы по состоянию на 2014 год¹⁶⁵:

Значения нормативных размеров компенсаций за моральный ущерб во Франции в евро.

Инвалидность\возраст	0–10 лет	11–20 лет	21–30 лет	31–40 лет	41 – 50 лет
1 – 5%	1200	1100	1000	950	900
6 – 10%	1400	1290	1180	1120	1050
11 – 15%	1600	1480	1360	1290	1200
16 – 20%	1800	1670	1540	1460	1350

¹⁶⁵ Карнер Эрнст, Институт европейского гражданского права, Австрийская академия наук. Презентация «Quantification of Moral Damages in Personal Injury Cases»

Таким образом, в абсолютном выражении компенсация морального ущерба в европейских странах часто бывает довольно значительной и нередко превышает размер компенсации, которая была бы за аналогичный вред назначена Европейским Судом по правам человека. Величина компенсации за моральный вред выше всего в Бельгии, Германии и Испании и составляет примерно 460 -510 тысяч евро в максимально выражении. Самые маленькие компенсации можно увидеть в Финляндии и Чехии, где они обычно не превышают двадцати тысяч евро.

Что касается вопроса доказывания наличия морального вреда, то к нему применяются, помимо бремени доказывания причин происхождения травм у лица, находившегося под контролем государственного органа, общие правила о доказывании. Обычно в предмет доказывания по делам о компенсации морального вреда входят несколько юридических фактов. Суду необходимо понять, имели ли место действия либо бездействие ответчика, причинившие истцу нравственные или физические страдания, в чем они выражались и когда были совершены. Также в предмет доказывания входят выяснение того, какие личные неимущественные права истца нарушены этими действиями или бездействием. Далее подлежит выяснению то, в чем выразились нравственные или физические страдания истца, а также степень вины причинителя вреда. Последнее обстоятельство, как правило, не будет иметь отношения к делам о компенсации за причиненные пытки, так как при неустановлении пытавшего лица степень его вины определяться не будет -в этом случае установление факта вины причинителя вреда исключается из предмета доказывания. И последний вопрос, по которому суд должен сформировать свою позицию, это размер компенсации. Естественно нет никакой возможности указать идеальный предмет доказывания, подходящий для всех случаев компенсации морального вреда, и по каждому конкретному делу, возможно, его изменение или дополнение.

Необходимо также отметить, что из предмета доказывания по делам о компенсации морального вреда необходимо исключать преюдициальные факты. Так, при рассмотрении гражданского дела о компенсации морального вреда, причиненного причиненного применением насилия сотрудниками государственного органа, преюдициальное значение будет иметь либо приговор в отношении лица, виновного в применении пыток, либо решение международного органа о том, что данное лицо было подвергнуто обращению, нарушающему требования Конвенции ООН против пыток.

Что касается самого бремени доказывания, то с учетом приведённых выше требований о распределении бремени доказывания также действует общее правило, в соответствии с которым каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений. Истец должен доказать причинение вреда при определенных обстоятельствах и конкретным лицом, степень физических и нравственных страданий, претерпеваемых им, и в чем они выражаются, причинно-следственную связь между причинением вреда и наступившими физическими или нравственными страданиями, размер компенсации вреда. Для того чтобы определить бремя доказывания, лежащее на ответчике, необходимо рассмотреть важную особенность доказывания по делам о компенсации морального вреда, которая может быть охарактеризована как презумпция вины причинителя вреда. По общему правилу лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Следовательно, на ответчике лежит обязанность доказывания отсутствия его вины.

Со стороны истца в подтверждение факта причинения нравственных или физических страданий по делам, связанным с применением пыток, могут предоставляться следующие доказательства:

- копия приговора суда (при наличии);
- материалы предварительной проверки и/или уголовного дела, возбужденного по факту применения пыток;
- показания свидетелей;
- заключения экспертов (как правило, о наличии посттравматического стрессового расстройства и/или травм, возникших в результате применения насилия);
- протоколы задержания или ареста (при наличии);
- копия приговора суда по уголовному делу (возможно в отношении истца, если истец в рамках рассмотрения уголовного дела в отношении него жаловался на применение пыток с целью получения признательных показаний);
- справки о составе семьи умершего (если лицо погибло в результате применения пыток), о лицах, находившихся у него на иждивении;
- публикации в средствах массовой информации;
- записи телефонных разговоров;
- видеозаписи;
- иные доказательства.

Для установления личных неимущественных прав истца, нарушенных действиями (бездействием) ответчика, и нематериальных благ, на которые они посягают, необходимо использовать объяснения сторон, медицинскую карту, заключения экспертов и прочие документ, исчерпывающий список которых составить не представляется возможным.

Размеры компенсаций морального вреда в России

В России в настоящее время случаи рассмотрения исков о возмещении вреда, причиненного пытками, жестоким и унижающим обращением или схожими действиями пока еще редки, но в последние годы суды уже выработали практику рассмотрения таких дел, о чем говорят примеры решений судов различных регионов (см. Приложения). При рассмотрении исков такого рода судами общей юрисдикции обращается внимание на то, предоставляются ли ответчиком (ответчиками) доказательства того, что телесные повреждения или вред иного рода могли бы получены истцом при иных обстоятельствах. Как правило, если показания потерпевшего от насильственных действий позволяют установить картину произошедшего и подтверждаются не противоречащими показаниями свидетелей, суд усматривает основания для назначения компенсации за причиненный вред в условиях того, что конкретных причинителей вреда среди должностных лиц установить не удастся. Главным вопросом в этой связи остается определение надлежащего ответчика, особенно если в действия по причинению вреда были вовлечены представители нескольких ведомств. Как правило, аргументами ответчиков в рамках рассмотрения такой категории исков является то, что конкретные виновные лица не установлены и на основании этого ответчики просят отказать в удовлетворении иска. Однако, основанием предъявления таких исков является нарушения личных неимущественных прав и возмещение морального вреда в связи с причинением, как правило, телесных повреждений в результате неправомерных действий органа исполнительной власти. При этом установление отдельным судебным решением незаконности действий органа власти, его должностных лиц для рассмотрения требований о компенсации морального вреда не требуется, так как в делах такого рода заявляются требования, подлежащие рассмотрению и разрешению в порядке искового производства по общим правилам о возмещении вреда.

Институт компенсации морального вреда существовал ещё в дореволюционной России. В случае оскорбления можно было взыскать с обидчика определённую сумму в порядке гражданского судопроизводства, но только в случае, если она косвенно отражалась на имущественных интересах потерпевшего.

Понятие "моральный вред" в том смысле, в котором понимает его законодатель в настоящее время, было вновь легализовано в российском гражданском праве лишь с принятием 12 июня 1990 г. Закона СССР "О печати и других средствах массовой информации", хотя и без соответствующего определения, которое появилось позже, с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 31 мая 1991 г. В Основах моральный вред, наконец, обрёл чёткое определение, фактически действующее до сих пор. На момент принятия данных актов Казахстан ещё входил в состав СССР и можно сделать вывод, что строительство института компенсации морального вреда в Казахстане велось на той же базе, что и российского аналога.

В настоящее время основой законодательным актом для России, на который опираются суды в делах о компенсации морального вреда, является, безусловно, Гражданский Кодекс РФ. Согласно статье 151 ГК РФ, моральный вред представляет собой физические или нравственные страдания. В случае причинения гражданину морального вреда действиями, нарушающими его личные нематериальные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда. В соответствии с ГК РФ, ст. 151, при определении размеров компенсации морального вреда суд должен принимать во внимание степень вины нарушителя, учитывать степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред и иные заслуживающие внимания обстоятельства. Данная статья ГК РФ весьма лаконична, и её содержание в ряде случаев оказывается недостаточным для принятия справедливого решения о назначении компенсации морального вреда в суде. Однако существует также Постановление Пленума Верховного суда РФ от 20 декабря 1994 г. N 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» в нескольких редакциях, в котором указанный вопрос рассмотрен более глубоко и практически устраняет недоговорки законодателя. Согласно указанному постановлению, «под моральным вредом понимаются нравственные или физические страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.), или нарушающими его личные нематериальные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие нематериальные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина».

Моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство или деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий и др.» Таким образом, моральный вред, причиненный применением незаконного насилия со стороны представителей

государства, полностью входит в характеристику морального вреда, представленную в постановлении.

Необходимо признать, что на сегодняшний момент иски о компенсации только морального вреда в России довольно редки. Как правило, компенсация за моральный ущерб является составной частью общего иска. Исключения составляют иски по делам о защите чести, достоинства и деловой репутации, иски в следствие причинения физического вреда. Полные статистические данные по компенсации морального вреда в российской правоприменительной практике отсутствуют. Верховный суд РФ собирает данные о присужденных суммах компенсаций, включая моральный вред, и понять, какую долю в этой общей сумме составляют, собственно, компенсации за моральный вред, представляется затруднительным. Но, используя данные Судебного департамента Верховного Суда РФ о присужденных суммах компенсаций, включая моральный ущерб, можно определить верхнюю границу ущерба. Согласно статистике Верховного Суда Российской Федерации, в 2014 г. по делам всех категорий были присуждены компенсации, включая моральный ущерб, в сумме 670 млрд. руб. В 2014 г. эта сумма присужденных компенсаций морального вреда составила 191,6 млрд. руб.

Довольно большой вклад в судебную практику по делам о взыскании морального вреда за применения насилия вносят неправительственные организации, который с 2003 года активно занимаются ее формированием как по вопросу компенсации за вред, причиненный непосредственно насилием, так и за вред, причиненный неэффективным расследованием факта применения насилия. Изначально суммы компенсаций были чрезвычайно низкими как по сравнению с аналогичными выплатами в странах Совета Европы, так и по сравнению с компенсациями, назначаемыми решениями Европейского Суда по правам человека. Однако, с течением времени, суммы увеличиваются и если в 2005 – 2007 годах можно было говорить о средней сумме компенсации в 100 000 – 150 000 рублей (примерно 1 000 – 1500 долларов США), то в 2013 – 2015 годах суммы компенсаций нередко достигают нескольких миллионов. Средний размер компенсации за пытки в 2014 году составил примерно (по доступным для исследования данным) 1 миллион рублей (примерно 16 000 долларов США). Есть решения российских судов о компенсациях за пытки в размере до 4 миллионов рублей (примерно 64 000 долларов США).

Анализ законодательства Республики Казахстан в области компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства при невозможности установления конкретных виновных в применении насилия

Центр исследования правовой политики провел анализ законодательства Республики Казахстан относительно наличия или отсутствия правовых оснований для получения компенсации жертвам незаконного насилия со стороны представителей государства в тех случаях, когда личности виновных в применении насилия не установлены в результате проверочных и/или следственных действий. Необходимо отметить, что в рамках данного исследования не рассматривались обстоятельства компенсации вреда, причиненного правомерными действиями, даже если они повлекли материальный или моральный ущерб.

В данной связи необходимо отметить, что для того, чтобы соответствовать основным международным договорам в области защиты прав человека, предусматривающим защиту права на личную неприкосновенность и свободу от пыток и иных видов жестокого обращения, национальное законодательство должно содержать правовые нормы, которые позволяют лицу, ставшему жертвой пыток,

получить компенсацию морального вреда, причиненного преступлением, даже если установить личности виновных в применении насилия не удалось. Необходимо отметить, что отсутствие результатов какого-либо проведенного расследования само по себе не свидетельствует о его неэффективности: обязательство провести расследование “это не обязательство получить результат, а обязательство принять меры”¹⁶⁶. Не каждое расследование может быть удачным или привести к результату, признающему изложение фактов заявителем истинным, однако, оно должно в принципе должно быть способно к установлению обстоятельств дела и, в случае, если жалобы оказались обоснованными, к идентификации и наказанию виновных¹⁶⁷. Тем не менее, на практике могут возникнуть ситуации, когда установить личности конкретных виновных в применении незаконного насилия не представляется возможным. Это может быть, как по причине несвоевременного начала расследования и низкого качества работы следственных органов, так и вследствие объективных причин, когда следствию удастся очертить круг возможных причинителей вреда, но установить вовлеченность и вину каждого из них затруднительно.

В таких случаях лицо, пострадавшее от применения незаконного насилия, должно иметь возможность получить компенсацию морального и/или материального вреда не от непосредственных его причинителей, а из бюджета того органа, к которому они относятся, или из бюджета более высокого уровня (республиканского бюджета).

Возможности возмещения вреда предусматриваются Гражданским кодексом Республики Казахстан. Статья 917 ГК РК предусматривает, что вред, как имущественный, так и неимущественный), причиненный неправомерными действиями или бездействием имущественным, или неимущественным благам и правам граждан и юридических лиц, подлежит возмещению лицом, причинившим вред, в полном объеме. При этом законодательными актами обязанность возмещения вреда может быть возложена на лицо, не являющееся причинителем, а также установлен более высокий размер возмещения. Таким образом, Гражданский кодекс допускает возможность компенсации причиненного вреда не самим причинителем, а иным лицом, что могло бы служить основанием для назначения компенсаций в случаях, когда виновного в применении насилия сотрудника правоохранительных органов установить не удалось. Однако, в законодательстве на данный момент не существует уточняющих законодательных актов по данному вопросу, как это предусмотрено в статье.

Сама же формулировка статьи создает понимание того, что ситуация, когда ущерб возмещается не непосредственно причинителем вреда, может существовать, однако на содержит достаточных правовых основания для того, чтобы суды могли ее использовать непосредственно при назначении такого рода компенсаций.

Статья 921 ГК РК предусматривает ответственность юридического лица или гражданина за вред, причиненный его работником. Первая часть статьи говорит о том, что юридическое лицо либо гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей. На первый взгляд данная статья может дать основания для исков рассматриваемой категории, однако, часть вторая данной статьи затем конкретизирует, что применительно к положениям настоящего Кодекса об обязательствах вследствие причинения вреда работниками признаются граждане, выполняющие работу на основании трудового договора, а также на основании гражданско-правового договора, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию и под контролем соответствующего

¹⁶⁶ Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, №. 46477/99, § 71, ECHR 2002-II

¹⁶⁷ Принцип *mutatis mutandis*, Mahmut Kaya v. Turkey, №. 22535/93, § 124, ECHR 2000-III

юридического лица или гражданина, ответственного за безопасное ведение работ. Таким образом, данная норма становится не применима к спорному правоотношению сторон исходя из ее буквального смысла и содержания.

Не позволяют назначать соответствующие компенсации и статьи 922 и 923 Гражданского Кодекса. Статья 923 предусматривает возможность назначения компенсации вреда, причиненного гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу, домашнего ареста, подписки о невыезде, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ, незаконного помещения в психиатрическое или другое лечебное учреждение, возмещается государством в полном объеме, независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, в порядке, установленном законодательными актами. Данные основания, безусловно, не имеют отношения к ситуациям, когда требуется компенсация вреда, причиненного незаконным насилием со стороны представителей государства.

При этом, статья 923 ГК РК имеет отсылку к статье 922, когда речь идет о вреде, причиненном в результате иной незаконной деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры. Но, статья 922 также содержит перечень действий, за которые истец может требовать компенсации, и в который не входят случаи применения насилия, которые являются предметом рассмотрения в данной ситуации, так как статья предусматривает возможность компенсации за вред, причиненный в результате издания государственными органами актов. Учитывая тот факт, что в соответствии нормами Гражданского кодекса РК нормы гражданского законодательства должны толковаться в соответствии с буквальным значением их словесного выражения, то можно констатировать факт, что Гражданский Кодекс Республики Казахстан не содержит дефиниций, позволяющих лицам, пострадавшим от пыток и иных видов жестокого обращения со стороны представителей государства, требовать компенсации морального и/или материального вреда.

Постановления Верховного Суда и Пленума Верховного Суда также не содержат расширительной трактовки оснований для получения компенсации в случае применения насилия неустановленными представителями государства. В данной ситуации мы сталкиваемся с отчетливым пробелом законодательства, когда отсутствует механизм компенсации вреда, причиненного явно противоправным деянием.

Решения и рекомендации международных органов по защите прав человека в отношении Республики Казахстан. наличие оснований для назначения компенсаций без возможности их реализации

К настоящему моменту Комитет ООН против пыток вынес в отношении Республики Казахстан несколько решений, в которых признается, что к заявителям были применены пытки или иные виды жестокого обращения, а компетентные органы не выполнили обязательство провести эффективное расследование по их жалобам. Число этих постановлений само по себе указывает на то, что нарушение принципов неприменения пыток и эффективного расследования жалоб на них не является единичным.

Кроме того, указанные постановления касаются дел, происходивших в различных регионах. Таким образом, проблему применения пыток и неэффективность расследования в рассмотренных делах нельзя объяснить плохой организацией работы следственных органов в каком-то отдельном населенном пункте или регионе. Распространенность случаев неэффективного расследования пыток свидетельствует

о том, что это нарушение носит системный характер. Комитет ООН против пыток подтверждают этот вывод, отмечая ситуации неоднократного прекращения и возобновления проверок и расследований по жалобе на пытки, что указывает на наличие системных проблем в национальной системе уголовного преследования.

Системный характер неэффективности расследования пыток также подтверждается тем, что в современной практике следственных органов воспроизводятся нарушения, аналогичные тем, что были выявлены в вышеперечисленных постановлениях Комитета ООН против пыток.

При этом во всех решениях, которыми были установлены факты нарушения одной или нескольких статей Конвенции ООН против пыток, властям Республики Казахстан было рекомендовано, помимо прочего, выплатить жертвам насилия справедливую компенсацию¹⁶⁸. Однако, насколько известно, лишь по одному делу (Герасимов против Республики Казахстан), ставшему предметом рассмотрения Комитета ООН против пыток, жертве насилия была выплачена компенсация, размер которой, тем не менее абсолютно не соответствовал требованиям о ее адекватном и справедливом размере.

Преюдициальное значение решений органов ООН по отношению к Республике Казахстан

Действующие во всех видах судопроизводства на территории стран бывшего СССР общие правила распределения бремени доказывания предусматривают освобождение от доказывания входящих в предмет доказывания обстоятельств, к числу которых процессуальное законодательство относит обстоятельства, установленные вступившим в законную силу решением, имеющим силу судебного. В данном основании для освобождения от доказывания проявляется преюдициальность как свойство законной силы решений, имеющих силу судебных, в силу законодательства либо международного договора, общеобязательность и исполнимость которых обусловлены ее прерогативами, сутью судебной системы и международными обязательствами государства.

Признание преюдициального значения решения, имеющего силу судебного, будучи направленным на обеспечение стабильности и общеобязательности актов правоприменения, исключение возможного конфликта судебных актов и решений международных органов, предполагает, что факты, установленные при рассмотрении одного дела, впредь до их опровержения принимаются другим судом по другому делу в этом же или ином виде судопроизводства, если они имеют значение для разрешения данного дела. Тем самым преюдициальность служит средством поддержания непротиворечивости судебных актов и обеспечивает действие принципа правовой определенности на национальном уровне.

Наделение решений, имеющих свойство судебных и вступивших в законную силу, свойством преюдициальности - сфера дискреции законодателя, который мог бы прибегнуть и к другим способам обеспечения непротиворечивости обязательных судебных актов в правовой системе, но не вправе не установить те или иные институты, необходимые для достижения данной цели. При этом не отрицается, а, напротив, предполагается необходимость пересмотра решений, вступивших в законную силу, с тем чтобы в правовой системе не могли иметь место судебные акты, содержащие взаимоисключающие выводы. В российском законодательстве, к примеру, решение Европейского суда по правам человека приравнивается к вновь

¹⁶⁸ Например, решение по делу Герасимов против Республики Казахстан, CAT/C/48/D/433/2010

открывшимся обстоятельствам, которые влекут за собой пересмотр решений национальных судов. По общему смыслу, в данном случае решения Европейского Суда по правам человека имеют преюдициальное значение на национальном уровне. Таким образом, регулирование института пересмотра вступивших в законную силу судебных актов соотносится с международно-правовыми нормами, также признающими как обязательность исполнения судебных решений (*res judicata*), так и необходимость исправления судебных ошибок в случаях, если имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах или если в ходе предыдущего разбирательства были допущены существенные нарушения, повлиявшие на исход дела. Данное основание, к примеру, содержится в пункте 2 статьи 4 Протокола N 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Здесь необходимо отметить, что, хотя Республика Казахстан не является участницей данной Конвенции, следует принимать во внимание, что при вынесении решений по индивидуальным жалобам органы ООН ссылаются в том числе на Европейскую конвенцию и прецеденты Европейского суда по правам человека и тем самым частично имплементируют данный пласт решений в национальную правоприменительную практику стран-участниц соответствующих конвенций ООН.

Однако, признание, равно как и отрицание преюдициального значения окончательных судебных решений не могут быть абсолютными и имеют определенные, установленные процессуальным законом пределы. Исключительная по своему существу возможность преодоления окончательности вступивших в законную силу судебных актов предполагает установление таких особых процедур и условий их пересмотра, которые отвечали бы прежде всего требованиям правовой определенности, обеспечиваемой признанием законной силы судебных решений, их неопровержимости, что применительно к решениям, принятым в ординарных судебных процедурах, может быть поколеблено, если какое-либо новое или вновь открывшееся обстоятельство или обнаруженные фундаментальные нарушения неоспоримо свидетельствуют о судебной ошибке, без устранения которой компетентным судом невозможно возмещение причиненного ущерба. Это подход, выработанный на основе требований Европейского Суда по правам человека, который полагает, что отступление от требований правовой определенности может быть оправдано только обстоятельствами существенного и непреодолимого свойства и что пересмотр окончательного судебного решения возможен лишь для исправления фундаментального нарушения или ненадлежащего отправления правосудия¹⁶⁹.

О самом явлении преюдиции говорится во многих решениях Европейского Суда по правам человека как, например, в деле “London, Otchakovsky-Laurens and July v. France”, однако не во всех национальных правовых системах четко прописана сила решений ЕСПЧ в качестве источника преюдиции. Такая ситуация складывается, например, в Российской Федерации. В соответствии с положениями Уголовно-процессуального кодекса РФ основаниями для возобновления производства по уголовному делу являются новые обстоятельства и таковым, среди прочих, закон называет установленное Европейским судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации уголовного дела, связанное с применением федерального закона, не соответствующего положениям Конвенции о защите прав человека и основных свобод либо иными нарушениями положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Примерно аналогичные положения закреплены в Административно-

¹⁶⁹ Pravednaya v. Russia, 18.11.2004; Vedernikova v. Russia 12.07.2007

процессуальном и Гражданско-процессуальном кодексах, согласно которым основанием пересмотра судебного решения по новым обстоятельствам может выступать, помимо прочего, установление Европейским судом по правам человека нарушения положений Конвенции о защите прав человека при рассмотрении судом конкретного дела, в связи с принятием решения по которому истец обращается в суд. Таким образом, получается, что фактически акты Европейского суда по правам человека наделены свойством преюдициальности.

Типичным и показательным решением в рамках рассматриваемого вопроса является следующее уголовное дело, решение по которому выносилось и национальными судами РФ, и Европейским судом.

Согласно материалам дела по приговору Узловского городского суда Тульской области от 19 июля 2005 г. Д. был осужден по п. п. "а", «, б», ч. 4 ст. 162, ч. 4 ст. 166, ч. 3 ст. 222 УК к 9 годам 4 месяцам лишения свободы за вооруженное разбойное нападение на кассу Петелинской психиатрической больницы Тульской области в составе группы лиц по предварительному сговору, совершенное 10 апреля 2003 г.

Практически сразу после совершения преступления Д. был задержан, в отношении его избрана мера пресечения в виде заключения под стражу.

В период нахождения под стражей Д. обратился с жалобой в прокуратуру Ленинского района Тульской области, заявляя о жестоком с ним обращении со стороны сотрудников правоохранительных органов после задержания.

Тринадцатого апреля 2003 г. следователь прокуратуры Ленинского района Тульской области вынес постановление об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении сотрудников милиции в связи с отсутствием состава преступления. Постановлениями прокурора Ленинского района Тульской области и заместителя прокурора Тульской области также было отказано в возбуждении уголовного дела по тем же основаниям.

Д. обратился в Ленинский районный суд Тульской области с жалобой о признании незаконными указанных постановлений, однако жалоба Д. оставлена без удовлетворения. Тульский областной суд постановление районного суда оставил без изменения.

Девятого апреля 2004 г. уголовное дело по обвинению Д. по п. п. "а", "б" ч. 4 ст. 162, ч. 3 ст. 222, ч. 4 ст. 166 УК было направлено в Узловский городской суд для рассмотрения, по существу. 13 мая 2004 г. уголовное дело возвращено прокурору. 17 мая 2004 г. после пересоставления обвинительного заключения вновь направлено в суд. Мера пресечения не изменялась.

Постановлением Узловского городского суда Тульской области от 4 ноября 2004 г. Д. в ходатайстве об изменении меры пресечения было отказано. Срок содержания под стражей продлен на 3 месяца до 17 февраля 2005 г. Суд также указал в мотивировочной части постановления, что шестимесячный срок содержания под стражей, предусмотренный ст. 255 УПК, исчисляется с момента повторного поступления уголовного дела в суд, т.е. с 17 мая 2004 г.

В представлении Председателя Верховного Суда РФ поставлен вопрос о возобновлении производства по делу ввиду новых обстоятельств в связи с тем, что Постановлением Европейского суда по правам человека от 10 февраля 2011 г. установлены нарушения ст. 3, п. 1 ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Президиум Верховного Суда РФ, рассмотрев материалы дела по представлению Председателя Верховного Суда Российской Федерации, нашел его подлежащим удовлетворению¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2011 г. по делу N 382П11 о возобновлении производства по делу ввиду новых обстоятельств.

Установленное Европейским судом по правам человека нарушение положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод при рассмотрении судом Российской Федерации

Д., полагая, что нарушены его права, обратился с жалобой в Европейский суд по правам человека, заявив о жестоком обращении со стороны сотрудников милиции, а также на то, что его содержание под стражей было частично незаконным.

Европейским судом по правам человека установлено, что травмы Д. не могли возникнуть иначе, чем в результате жестокого обращения с ним во время нахождения под стражей в отделении милиции. Характер телесных повреждений заявителя свидетельствует о серьезности жестокого обращения, которому он был подвергнут, что свидетельствует о бесчеловечности обращения по смыслу ст. 3 Конвенции.

Власти обязаны были провести эффективное расследование в отношении обстоятельств предполагаемого жестокого обращения. В свете вышеизложенного Европейский суд по правам человека посчитал, что не проведено эффективного уголовного расследования в отношении утверждений заявителя о жестоком обращении, что также свидетельствует о нарушении ст. 3 Конвенции.

Помимо этого, по истечении срока содержания заявителя под стражей 10 апреля 2004 г. новое постановление о продлении срока содержания под стражей не было вынесено до 4 ноября 2004 г., следовательно, имело место нарушение п. 1 ст. 5 Конвенции в отношении содержания Д. под стражей с 10 апреля по 4 ноября 2004 г.

Поскольку Европейский суд по правам человека признал по настоящему делу нарушение ст. 3, ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, связанное с жестоким обращением с заявителем, неэффективностью последовавшего расследования и с незаконностью содержания под стражей в период с 10 апреля 2004 г. по 4 ноября 2004 г., отмене подлежат судебные решения, касающиеся этих вопросов, постановления следователя и прокуроров следует признать незаконными по аналогии с положениями ст. 125 УПК.

На основании изложенного и руководствуясь ч. 5 ст. 415 УПК, Президиум Верховного Суда РФ постановил:

1) Постановление Ленинского районного суда Тульской области от 25 февраля 2005 г. об оставлении без удовлетворения жалобы Д. на постановление следователя от 13 апреля 2003 г., Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Тульского областного суда от 13 апреля 2005 г., постановление судьи Узловского городского суда Тульской области от 13 мая 2004 г. в части меры пресечения, постановление судьи Узловского городского суда Тульской области от 31 мая 2004 г. в части меры пресечения отменить;

2) Постановление следователя прокуратуры Ленинского района Тульской области от 13 апреля 2003 г. об отказе в возбуждении уголовного дела по жалобе Д. на действия сотрудников милиции, постановление заместителя прокурора Ленинского района Тульской области от 19 июня 2003 г. об отказе в возбуждении уголовного дела по жалобе Д., постановление заместителя прокурора Тульской области от 25 декабря 2003 г. об отказе в удовлетворении жалобы адвоката С. в интересах Д. о незаконных действиях сотрудников милиции при его задержании признать незаконными и обязать должностных лиц устранить допущенные нарушения.

уголовного дела в соответствии с подп. "б" п. 2 ч. 4 ст. 413 УПК является основанием для возобновления производства по уголовному делу в порядке, установленном гл. 49 УПК. Данные положения закона распространяются и на материалы, рассмотренные судами в порядке ст. 125 УПК при обжаловании постановлений дознавателя, следователя, руководителя следственного органа об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела, равно как и иные решения и действия (бездействия) дознавателя, следователя, руководителя следственного органа и прокурора, которые способны причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию.

Таким образом, Постановление Европейского суда по правам человека было признано преюдициальным в отношении судебных постановлений национальных судов Российской Федерации. Следует признать, что данная практика не является единичной. Как показывает изучение российской судебной практики, в абсолютном большинстве случаев нарушения, выявленные Европейским судом по правам человека, находят подтверждение при производстве по делу по новым обстоятельствам.

Что же касается не пересмотра уже вынесенных судебных решений, а использование прецедентов при рассмотрении судами дел впервые, то установленный международным органом факт здесь по сути должен обладать даже большей силой, так как не содержит и не может содержать никакого противоречия судебной практике по данному конкретному вопросу в силу того, что она еще не сложилась в рамках конкретного дела.

В соответствии с п. 3 ст. 4 Конституции Республики Казахстан и ч. 8 ст. 3 Гражданского Кодекса Республики Казахстан, международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона. Если международным договором, ратифицированным Республикой Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора. Международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, к гражданским отношениям применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона.

В Нормативном постановлении Верховного Суда Республики Казахстан от 10 июля 2008 года № 1 «О применении норм международных договоров Республики Казахстан» говорится, что Республика Казахстан обязуется обеспечивать всем находящимся на ее территории и под ее юрисдикцией лицам защиту прав и свобод в соответствии с Конституцией и принятыми международными обязательствами. При этом если нератифицированным международным договором, заключенным Республикой Казахстан после принятия действующей Конституции, установлены иные, чем в гражданском законодательстве, правила, то суды обязаны руководствоваться положениями пункта 3 статьи 4 Конституции, а также указанными постановлениями Конституционного совета Республики Казахстан. Постановление Конституционного Совета Республики Казахстан от 18 мая 2006 года № 2 «Об официальном толковании подпункта 7 статьи 54 Конституции Республики Казахстан» устанавливает, что акты Республики Казахстан о ратификации международных договоров и акты Республики Казахстан о присоединении к международным договорам являются равнозначными по своей юридической силе и правовым последствиям.

Таким образом, правовые последствия подписания международного договора точно такие же, как и последствия его ратификации. К Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания Республика Казахстан присоединилась на основании Законам РК от 29.06.1998 года № 247-1 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания». На этом основании Конвенция обладает ровно такой же юридической силой на национальном уровне, как и иные международные ратифицированные договора. Тем самым, Конвенция имеет неоспоримый приоритет над национальным законодательством Республики Казахстан.

Далее, на основании Заявления Республики Казахстан, одобренного Указом Президента РК от 19.12.2007 года № 493, Республика Казахстан признала компетенцию Комитета против пыток, предусмотренной статьями 21 и 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10 декабря 1984 года, в котором объявила, что “в соответствии с пунктом 1 статьи 21 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, совершенной в Нью-Йорке 10 декабря 1984 года, Республика Казахстан настоящим заявляет, что она признает компетенцию Комитета против пыток согласно положениям, изложенным в статье 21, получать и рассматривать сообщения, касающиеся заявлений одного государства-участника о том, что Республика Казахстан не выполняет своих обязательств по настоящей Конвенции. В соответствии с пунктом 1 статьи 22 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, совершенной в Нью-Йорке 10 декабря 1984 года, Республика Казахстан настоящим заявляет, что она признает компетенцию Комитета против пыток согласно положениям, изложенным в статье 22, получать и рассматривать сообщения лиц, находящихся под его юрисдикцией, которые утверждают, что они являются жертвами нарушения Республикой Казахстан положений Конвенции, или сообщения такого рода, поступающие от их имени”.

Однако, как и в случае с Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, прямое действие имеет не только сама Конвенция ООН против пыток, которая содержит весьма краткие формулировки возможных нарушений, но и практика Комитета ООН против пыток, поскольку толкование международного договора должно осуществляться в соответствии с Венской конвенцией о праве международных договоров от 23 мая 1969 года. Согласно пункту “b” части 3 статьи 31 Венской конвенции при толковании международного договора наряду с его контекстом должна учитываться последующая практика применения договора, которая устанавливает соглашение участников относительно его толкования. На основании постановления Верховного Совета Республики Казахстан от 31 марта 1993 года «О присоединении Республики Казахстан к Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года» Республика Казахстан стала полноправным участником данной Конвенции, взяв на себя весь объем предусмотренных ею обязательств. И в целом, практика межгосударственных органов, контролирующих исполнение государствами международно-правовых обязательств в сфере защиты прав и свобод человека, которые предусматриваются в международном договоре, устанавливает соглашение участников такого договора в отношении его применения. На основании данного принципа, участия государства в том или иной международном договоре и в целях эффективной защиты прав и свобод человека национальным судам необходимо при рассмотрении уголовных, гражданских дел, а также дел об административных правонарушениях учитывать правовые позиции, сформулированные Комитетом ООН против пыток. Таким образом, факт установления нарушения одной или нескольких статей Конвенции ООН против пыток представителями власти Республики Казахстан должен быть достаточным основанием для назначения потерпевшему справедливой компенсации.

Рекомендации по изменению законодательства Республики Казахстан в части создания возможности для компенсации вреда за насилие со стороны представителей государства при невозможности установления конкретных виновных в применении насилия

Учитывая наличие пробела в законодательстве Республики Казахстан, не позволяющего выносить решения по выплате компенсации морального и /или материального вреда лицу, пострадавшему от пыток или иных видов жестокого обращения со стороны представителей государства при невозможности установить личности нарушителей, данная область общественных отношений остается за пределами правового регулирования, несмотря на то, что является довольно серьезным вопросом защиты прав и свобод человека и гражданина. В свете действующего на данный момент законодательства самым оптимальным вариантом представляется внесение изменений в статью общего характера об основаниях назначения компенсации как исполнения обязательства, возникающего вследствие причинения вреда.

Структура Гражданского Кодекса Республики Казахстан во многом совпадает со структурой Гражданского Кодекса Российской Федерации вследствие того, что оба документа разрабатывались на базе Основ законодательства СССР и последние редакции Гражданских кодексов РСФСР и КССР не имели принципиальных отличий не только в основаниях для возмещения вреда, но и по другим вопросам регулирования общественных отношений в области гражданского права. Так, в кодексах (которые вступили в силу в 1963 в КССР и в 1964 в РСФСР) указывалось, что вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный организации, подлежит возмещению лицом, причинившим вред, в полном объеме, за исключением случаев, предусмотренных законодательством Союза ССР. Кроме того, предусматривалась ситуация, в которой организация обязана была возместить вред, причиненный по вине ее работников при исполнении ими своих трудовых (служебных) обязанностей. Ответственность за вред, причиненный незаконными действиями государственных и общественных организаций, а также должностных лиц предусматривалась на общих основаниях.

Исходя из логики построения и формулировок современного Гражданского кодекса РК, наиболее простым вариантом введения возможности компенсации для случаев, когда к лицу представителями государственного органа применяется насилие, но конкретных виновных в его применении установить не удастся, является внесение изменений в статью, содержащую основания для возмещения ущерба, причиненного государственными органами, органами местного самоуправления, а также их должностными лицами. Разумным решением данной ситуации было внесение изменений в статью 922 ГК РК с тем, чтобы она не содержала ограничительных формулировок в части оснований для назначения компенсации морального или материального вреда. Предлагаемый вариант формулировки статьи может звучать следующим образом:

Вред, причиненный гражданину и/или юридическому лицу в результате незаконных действий либо бездействия государственных органов, органов местного самоуправления либо их должностных лиц, в том числе в результате издания не соответствующего закону акта государственного органа или органа местного самоуправления, подлежит возмещению. Вред возмещается за счет казны Республики Казахстан либо бюджета соответствующего территориального образования.

Отсутствие ограничительных формулировок позволит потерпевшим от незаконного насилия со стороны представителей государственных органов обращаться за компенсацией морального вреда. При этом для обращения за такого рода компенсацией не будет требоваться первоначальное установление вины конкретных должностных лиц, причинивших повреждения потенциальному истцу. В данной категории исков основанием для их предъявления будет являться нарушение личных неимущественных прав истца и возмещение морального вреда в связи с причинением телесных повреждений в результате неправомερных действий органа исполнительной власти. При этом не будет требоваться установления незаконности действий органа власти или его должностного лица отдельным судебным решением, так как в таких делах будут заявлены требования, подлежащие рассмотрению и разрешению в порядке искового производства по общим правилам о возмещении вреда в соответствии с положениями статьи 917 ГК РК.

Допускается также точка зрения, в соответствии с которой имело бы смысл изменить формулировки статьи 922 и 923 с тем, чтобы заменить список ситуаций, в которых возможно требование компенсации, более общей формулировкой, включающей в себя, как и перечисленные в настоящее время в статье обстоятельства, так и иные действия представителей правоохранительных органов, включая пытки и иные виды жестокого обращения. Однако, в данной ситуации из сферы действия статьи будут исключены действия представителей государства, не являющихся сотрудниками правоохранительных органов (например, работников психиатрических учреждений, детских учреждений закрытого типа и пр.). В случае включения и указанных категорий субъектов преступления в данную статью законодатель столкнется с необходимостью не только ее изменения, но и перемещения в рамках Гражданского кодекса с тем, чтобы сохранить логическую последовательность статей в зависимости от видов деяний, дающих основание для компенсации и субъектов, их совершающих. Безусловно, такой подход к реформе части Гражданского кодекса также возможен, однако, требует более детальной проработки со стороны законодателя, а также изменения Нормативного постановления Верховного Суда Республики Казахстан № 7 от 28.12.2009.

БЛАНКЕНАГЕЛ А.

*Профессор кафедры публичного права, русского права
и сравнительного правоведения юридического факультета
Университета им. Гумбольдта (Берлин, ФРГ),
постоянный доцент Центрального Европейского Университета
(Будапешт, Венгрия)*

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ
ПО ЗАКОНОПРОЕКТУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«ОБ ОБЩЕСТВЕННОМ КОНТРОЛЕ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН»¹⁷¹**

1. ОБЩИЕ АСПЕКТЫ

а. Суть общественного контроля

В западных государствах и обществах аналогов **формального института общественного контроля** в концепции законодателя Республики Казахстан (РК) не существует. Однако, по существу и на западе общество контролирует так же государственные органы, организации, а также экономические организации и их деятелей; но как правило это не делается на основе особого закона.

Контроль со стороны общественности/гражданского общества – т. е. организованных ассоциаций/ неправительственных организаций, спонтанно возникающих организаций без формальной структуры и индивидуумов – совершается на основе их основных прав и является осуществлением их основных прав, т. е. свободы ассоциации, свободы мнения, свободы получения информации, свободы средств массовой информации и возможно, в зависимости от конкретной ситуации, еще других основных прав.

К этому как субсидиарная гарантия «прицеплена» еще гарантия судебной защиты основных и субъективных прав независимым судом.¹⁷² Кроме отдельных аспектов вызванных конкретными проблемами¹⁷³, по крайней мере, в ФРГ нет никаких стремлений регулировать контроль государства и экономических акторов/коммерческих предприятий гражданским обществом на основе особого закона.

¹⁷¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения посольства Великобритании в Астане.

¹⁷² При этом процессуальные кодексы – в первую очередь гражданский процессуальный кодекс и административный процессуальный кодекс – гарантируют судебную защиту, которая охватывает более или менее весь диапазон возможных конфликтов.

¹⁷³ Идет например дискуссия по поводу вопроса особой защиты (или не-защиты) разоблачителей рассекреченных проблем типа Э. Сноудона.

Отсутствие аналогичных законопроекту «Об общественном контроле» законов в западных странах еще не значит, что сам по себе такой закон является лишним; но ситуация в западных странах показывает суть института контроля общественностью: суть такого контроля лежит в реализации физическими лицами и ассоциациями своих основных прав и такой контроль немислим без свободных средств массовой информации и независимого суда!

б. Разница между общественным контролем государственных и частных объектов общественного контроля

Принимая во внимание описанную суть института общественного контроля, законодателью РК важно понимать очень ограниченную роль государства/законодателя в регулировании этого института. Институт общественного контроля – это **общественный институт, существующий вне государства**, и функция государственного регулирования этого института могут заключаться, если это вообще целесообразно, в регулировании «чувствительных мест», мест трений между субъектами и объектами общественного контроля, без создания бюрократической процедуры. О каких местах трения или критических точках идет речь?

Это зависит от объектов общественного контроля. Законопроект предусматривает, что объектами контроля могут быть органы государственного управления или местного самоуправления, другое государственное учреждение или государственное предприятие, т. е. различные государственные организации с одной стороны (ст. 11 часть 1 п. 1 – 3) и частные предприятия, концерны, получатели бюджетных средств и т.п., то есть активные частные участники экономической жизни с другой стороны (ст. 11 часть 1 п. 4 – 9).

- Если речь идет о различных государственных объектах общественного контроля, то границами контроля являются необходимость обеспечения их функционирования и возможные потребности в секретности. Цель общественного контроля – обеспечение гласности, законности и эффективности действий государства и его подразделений, т. е. характерных черт правового и демократического государства.

- Если речь идет о частных объектах общественного контроля, то эти частные объекты имеют целый ряд собственных основных прав, как например, право собственности, право интеллектуальной собственности в своих научно-технических достижениях, право свободного предпринимательства, права неприкосновенности деловых помещений и. т. п. Задача законодателя в таком случае заключается в разумном отграничении и взвешивании конфликтующих правовых позиций субъектов и объектов общественного контроля, позиций, которые в обоих случаях основываются на основных правах.

Иными словами, в то время, как при общественном контроле государственных объектов контроль цели контроля не противоречат интересам и целям контролируемых объектов (соблюдать и осуществлять правопорядок), этот же контроль в отношении частных объектов «влезает» в правовую сферу другого носителя основных прав: имеет место конфликт между двумя носителями основных прав.

Для законодательного регулирования общественного контроля государственных объектов это означает довольно ограниченный диапазон регулирования; необходимому регулированию подлежат следующие вопросы:

- доступ субъектов общественного контроля в соответствующее учреждение;

- информационные обязанности сотрудников контролируемого учреждения в отношении контролирующих субъектов;
- виды секретной информации и оправдание ее рассекречивания ввиду основополагающего принципа гласности демократического и правового государства;
- возможно:¹⁷⁴ ответственность сотрудников контролируемого учреждения за невыполнение или за неподходящее выполнение их обязанностей по отношению к контролирующим субъектам;
- возможно:¹⁷⁵ механизмы разрешения конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля по поводу их взаимных прав и обязанностей при осуществлении общественного контроля.

Намного сложнее и объемнее является регулирование общественного контроля в отношении частных объектов общественного контроля: необходимому регулированию здесь подлежат следующие вопросы:

- причины проведения общественного контроля¹⁷⁶, т. е. вторжения субъектами общественного контроля в правовую сферу другого частного субъекта;
- предпосылки права доступа в помещения контролируемого объекта и доступность всех частей помещений; в зависимости от назначения и конкретного использования данных помещений предпосылки доступа могут варьироваться;
- субъективные предпосылки доступа конкретных контролирующих лиц, т. е. исключение конфликта интересов;
- предпосылки права на получение необходимой для осуществления контроля информации;
- обязанности контролируемого объекта при отказе в доступе контролирующим субъектам – как такового или частичного отказа, или отказа конкретным лицам;
- предпосылки защиты деловой тайны контролируемого объекта и, при особо тяжком подозрении нарушения законодательства или общественных интересов РК, особые процедуры, разрешающие ознакомление с материалами даже если они не представляют собой деловую тайну;
- механизмы решения конфликтов между субъектами и частными объектами общественного контроля по поводу их взаимных прав и обязанностей при осуществлении общественного контроля;
- возможно:¹⁷⁷ ответственность представителей частного объекта общественного контроля за противоправное поведение или нарушение общественного интереса.

¹⁷⁴ Это, можно регулировать в законодательстве о государственной службе.

¹⁷⁵ Это, можно регулировать в соответствующих законах, т.е. например в законе о жалобах граждан или в законе об административном судопроизводстве (в широком понимании); однако регулирование в законе «Об общественном контроле» может облегчать субъектам общественного контроля защиту своих прав.

¹⁷⁶ Как правило, общественный, как и любой контроль – это сбор информации; здесь нужно различать между двумя вариантами. Из общедоступных источников любой, в том числе субъект общественного контроля может собирать любую информацию без особого оправдания действий. Если сбор информации происходит в защищенной правом сфере соответствующего хозяйственного субъекта, то должен существовать особый повод для оправдания такого вторжения, напр. факты, которые возбуждают обоснованное подозрение нарушения законодательства.

¹⁷⁷ Здесь регулирование, что касается нарушений законодательства, существует в Уголовном кодексе или в Кодексе об административных правонарушениях. Но закон мог бы регулировать пока еще не существующие возможности общественного воздействия, так например обязательства информировать общественность о принятых шагах упразднения нарушения

Законопроект РК пока не учитывает описанные различия между объектами, поскольку концептуальному уровню не вполне прослеживается четкое понимание сути общественного контроля – осуществление физическими лицами и объединениями, которые составляют гражданское общество, их основных прав – и защищенность частных хозяйственных деятелей, индивидуальных и коллективных, их основными правами и гражданскими правами по отношению не только к государству, но также к другим частным лицам.

Подводя итоги: Разница общественного контроля государственных и частных структур в законопроекте недостаточно учитывается; это упущение ведет к нецелесообразному и пробельному регулированию.

в. Общественный контроль или государственно-общественный контроль

В законопроекте выражен общий подход к регулированию общественного контроля. Общественный контроль инициируется и проводится частными субъектами общественного контроля. Этот факт, однако, не облегчает идентификации характера общественного контроля. Существуют два варианта. С одной стороны, государство может **делегировать соответствующие государственные полномочия** частным субъектам. В этом случае общественный контроль является государственной деятельностью, осуществляемой специально для этого уполномоченными частными субъектами. С другой стороны, государство может считать **общественный контроль активностью (гражданского) общества, от которого оно получает пользу**. В этом случае никакого делегирования государственных полномочий нет.

От выбора конкретного варианта зависит содержание и объем регулирования. В первом варианте задача законодателя заключается в четком регулировании всех предпосылок любых действий при осуществлении общественного контроля, как будто бы государственный, а не частный орган уполномочивался. Это включает регулирование различных видов контроля (мониторинг, слушания, расследования и. т. п.). Во втором варианте законодатель регулирует лишь правовые рамки общественного контроля; конкретные виды контроля регулировать не требуется, так как (общественные) субъекты контроля в принципе свободны в выборе средств контроля и вправе сами выбирать конкретные шаги по мере целесообразности, не ограничивая себя при этом определенными видами контроля (как это делает законопроект).

Если мы анализируем законопроект с точки зрения выбранного законодателем варианта – **делегирования государственных полномочий на частные субъекты или установления правовых рамок общественной деятельности** –, то здесь отмечается смешанный подход. Законопроект, как будто регулирует деятельность государственных органов: исчерпывающий перечень вариантов общественного (?) контроля, четкие предпосылки каждого варианта контроля, недействительность контрольного варианта при грубом нарушении его предпосылок (напр. ст. 45, недействительность проверки) и еще многие другие элементы регулирования.¹⁷⁸ С другой стороны, исходя из названия законопроекта делегирование государственных

или обязательства по принятию компенсационных мер, например, в случае невозвратимого разрушения природы, к творению природного аналога в другом месте.

¹⁷⁸ См. дальше напр. ст. 38, акт о проверке; ст. 17 часть 1: единая система общественного контроля; ст. 14: бюрократизированные типы результатов проверки; другие примеры можно найти в ст. 13 часть 4; ст. 15 часть 2 п. 1; ст. 15 часть 3 п. 3, 5; ст. 16 часть 1 п. 1. В пользу делегирования можно также сослаться на ст. 20 часть 2; ст. 17 части 2 и 4; ст. 18 часть 6 п. 4 и часть 7.

полномочий на субъектов общественного контроля как раз и отсутствует. Это выражается и в целом ряде положений законопроекта (ст. 20 части 1, 2). Кроме того, законопроект во многих местах подчеркивает отделение субъектов общественного контроля от органов государственной власти и местного самоуправления.¹⁷⁹

Подводя итоги: законопроекту не хватает ясной концепции и цели; он противоречит самому себе, делая субъекты общественного контроля одновременно общественными акторами и государственными агентами.

г. Нарушение правопорядка или нарушение общественного интереса

Другое противоречие законопроекта отмечается в вопросе целей осуществления общественного контроля: соответствие деятельности объекта общественного контроля законам и правопорядку или соответствие этой деятельности общественному интересу.

Законопроект здесь показывает почти произвольную неоднородность в регулировании цели общественного контроля. Иногда законопроект называет законы/правопорядок и общественный интерес как масштаб общественного контроля¹⁸⁰, иногда только законы/правопорядок¹⁸¹ и иногда и только общественный интерес¹⁸². При этом на выбор масштаба контроля природа объекта общественного контроля – т. е. является ли объект общественного контроля государственным (в широком смысле) или частным – очевидно не оказывает никакого влияния.¹⁸³ Другими словами, и здесь законопроект отличается значительной неопределенностью и, не вполне учитывает сути общественного интереса в демократическом и правовом государстве.

В демократическом государстве законы, принятые парламентом, т. е. большинством выбранных и этим и демократически легитимированных депутатов, с соблюдением подходящей процедуры всегда являются выражением и конкретизацией общественного интереса. Другими словами, если государственный или частный объект общественного контроля соблюдает в своих действиях законы и правопорядок, то никакого нарушения общественного интереса не может иметь место и никакой «вышестоящий» общественный интерес не может преодолеть такое соответствие с правом под предлогом, что объект общественного контроля действует в рамках закона, но субъект все равно нарушает некий общественный интерес:

¹⁷⁹ См. например ст. 23 часть 2; ст. 37 часть 6, 8 и ст. 39, где и субъекты общественного контроля и государственные органы параллельно выполняют функцию обеспечения общественной безопасности. Против делегирования государственных полномочий дальше можно ссылаться на ст. 6 п. 14; ст. 20 часть 1; ст. 17 часть 3; ст. 9 часть 3 п. 2/имплицитно. - Туманную позицию законопроекта в общем можно так характеризовать, что при специальных процедурах общественной проверки законопроект имеет некий уклон к делегированию государственных полномочий на субъектов общественного контроля.

¹⁸⁰ См. например ст. 1 часть 1; ст. 2 часть 1 (права и свободы граждан и законные интересы); ст. 3, часть 2 п. 9; ст. 3 часть 3 п. 1 и 2 (соблюдение права/соблюдение и учет общественных интересов);

¹⁸¹ См. например ст. 15 часть 1 п. 7 и 9.

¹⁸² См. например в той же статье п. 4, 5, 6, 7 и 8; ст. 26 часть 1 п. 2; ст. 39 п. 2. : В таких случаях закон часто говорит о защите общественного интереса и прав и законных интересов граждан.

¹⁸³ См. например ст. 15 часть 3; в отличие от этого правовая природа объектов общественного контроля имеет значение в ст. 26 часть 5: только государственные органы.

общественный интерес не стоит над законами, точнее он воплощается в законах.¹⁸⁴ Это значит, что в тех случаях, когда объект общественного контроля осуществляет свою деятельность не нарушая законов, ни о каком нарушении общественного интереса речи быть не может: категория общественного интереса в таких случаях является излишней!

Это не означает, что категория общественного интереса при общественном контроле не имеет никаких функций. Общественный интерес имеет значение там, где законы еще не приняты, где идет общественная и государственная дискуссия, как лучше решать некую новую проблему, по поводу которой только формируется общественное мнение и общественный консенсус. В таком случае представители гражданского общества – в терминологии законопроекта: субъекты общественного контроля – могут критиковать данный проект или данные планы правительства или законодателя утверждая, что они не соответствуют общественному интересу. Однако, это будет одна позиция в общественном поиске правильного решения конкретной проблемы: обязательная юридическая сила в определении общественного интереса может быть предана только решениям тех государственных органов, которые для этого демократически легитимированы, т. е. парламентом (и президентом в рамках его по отношению с парламентом более ограниченных полномочий).

Подводя итоги: Законопроект содержит противоречивую трактовку категорий «соответствие правопорядку» и «соответствие общественному интересу».

д. Общественный интерес – что это такое по законопроекту

Законопроект ссылается в ряде положений на общественный интерес; в ст. 8 он дает определение общественного интереса. В части первой статья дает частичное определение общественного интереса и приравнивает его к **законным** интересам неопределенного круга лиц, связанным с обеспечением их безопасности и благополучия, соблюдением (кем?) их конституционных, законных и вытекающих из международных договоров прав и свобод. Такое определение подтверждает нашу только что выраженную позицию, что общественный интерес конкретизируется законодателем в соответствующих актах.

Следующие два абзаца подрывают относительную ясность первого абзаца: общественный интерес формирования и укрепления гражданского общества и демократического правового государства (часть 2 ст. 8) больше не связан с укрепляющими их законами. Содержащийся в части 3 ст. 8 законопроекта объемный перечень правоотношений в других сферах социального благ опять связывает или отождествляет право и общественный интерес, но в иной форме «правоотношений», что по своей природе нецелесообразно.

Дополнительно к этому часть 3 ст. 8 законопроекта дает еще «гражданскому обществу непосредственно или через их представителей» право «рассматривать другие иные сферы в качестве общественно значимых». Функция этого регулирования является совсем туманной, если учесть, что общественный контроль – это, как уже было сказано в начале, коллективное или индивидуальное осуществление основных прав, и их носители конечно могут, для осуществления своих основных прав путем активного воздействия на общественные процессы, самостоятельно и без государственного опекунства выбрать любую сферу общества.

¹⁸⁴ Другая позиция означала бы возврат в советское прошлое, где исторический материализм и цель достижения коммунизма теоретически (и практически) позволила несоблюдение законов в целях построения исторически неизбежного коммунистического общества.

Подводя итоги: определение законопроекта «общественный интерес» не соответствует правовой природе соотношения правопорядка и общественного интереса в демократическом и правовом государстве.

2. СООТНОШЕНИЕ ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ И ОБЩЕСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ

Общественный контроль по концепции законопроекта контролирует соблюдение законов и других нормативных актов объектами общественного контроля в независимости от юридической природы образования. Если субъекты общественного контроля проверяют соблюдение законов, то характер проверки сопоставим с контролем нижестоящих государственных органов или других подконтрольных им государственных образований вышестоящими государственными органами.

Масштабом проверки являются законность их действий или, в случае частных предприятий и образований, соблюдение ими регулирующих их деятельность законов. Итак, субъекты общественного контроля и государственные органы занимаются одним и тем же; такая параллельность требует законодательной конкретизации их взаимодействия и возможного сотрудничества, разграничения сфер компетенций с целью избежания возможных конфликтов и коллизий, обязательств субъектов общественного контроля уведомлять государственные органы о результатах контроля, обязательств государственных органов реагировать на текущие или окончательные результаты общественного контроля. В тех случаях, когда субъектам общественного контроля делегируются государственные полномочия¹⁸⁵, возникает проблема двойной подведомственности, которая нуждается в разрешении.

Все эти вопросы законопроект «Об общественном контроле» не учел. Ст. 9 законопроекта регулирует государственные гарантии в области общественного контроля; но в большей части статья является декларативным регулированием. В тех же местах, где статья имеет содержательное регулирование (часть 2 п. 3 – 5), регулирование не касается проблемы соотношения государственного и общественного контроля. Таким же образом частично не решена проблема коллизии закона «Об общественном контроле» с другим отраслевыми законами. В некоторых местах законопроект отдает предпочтение применению другого отраслевого закона, например Закона «О защите окружающей среды»;¹⁸⁶ но, как правило, законопроект ограничивается отсылками на «иные законы»,¹⁸⁷ оставляя таким образом все важные вопросы без ответа.

Подводя итоги: Законопроект требует позитивного разрешения проблемы соотношения государственного и общественного контроля. При этом отдельного внимания заслуживает вопрос, каким образом государственные органы могут использовать результаты общественного контроля.

¹⁸⁵ Мы писали об этом в п. в. Раздела 1.

¹⁸⁶ См. например ст. 5.

¹⁸⁷ См. например ст. 3 часть 1; ст. 15 часть 1 п. 9; ст. 15 часть 3 п. 3, 5; ст. 20 часть 4; ст. 24 часть 5.

3. АСПЕКТЫ ВНУТРЕННЕЙ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТИ И ПРОТИВОРЕЧИВОСТИ ЗАКОНОПРОЕКТА «ОБ ОБЩЕСТВЕННОМ КОНТРОЛЕ»

а. Объекты и субъекты общественного контроля

Законопроект содержит ряд неясностей и противоречий. Одна из таких неясностей касается объектов общественного контроля.

Объектами общественного контроля являются в соответствии со ст. 11 законопроекта с одной стороны государственные структуры: органы государственной власти и органы местного самоуправления, субъекты квази-государственного сектора, государственные учреждения и предприятия. С другой стороны, объектами общественного контроля являются различные частные структуры: учреждения здравоохранения, работодатели, физические и юридические лица, которые получают бюджетные средства, занимающие доминирующее или монопольное положение субъекты рынка и еще ряд других лиц. Ст. 11 законопроекта в частях 3 – 6 ограничивает общественный контроль объектов общественного контроля п. 4 – 8 перечня части 1, на соблюдение касающегося их отраслевого законодательства. Уже этот перечень содержит неясные – и может быть излишние – категории: субъекты «квази-государственного сектора» в законопроекте больше не появляются, и перечень частных субъектов содержит ряд переплетений (п. 5, работодатели, охватывает всех частных субъектов; п. 6 – 9 «получатели бюджетных средств», п. 6 может включать других субъектов перечня¹⁸⁸)

Круг субъектов общественного контроля законопроект регулирует в ст. 10. К ним относятся физические лица, объединения граждан, деятельность которых не противоречит действующему законодательству Республики Казахстана – в исчерпывающей (?) конкретизации текста под этим следует понимать политические партии, профессиональные союзы и объединения потребителей, неправительственные организации, общественные наблюдательные комиссии и общественные советы при государственных органах. В начале мы указывали на то, что общественный контроль является осуществлением гражданами их основных прав, будь то индивидуально, или коллективно. Поэтому, что касается п. 2, 3, 4 части 1 ст. 10, было бы уместно ограничиться использованием термина «объединения», так что субъектами общественного контроля являются граждане¹⁸⁹ и их объединения.

Таким образом законодатель и правоприменитель могли бы избежать (ненужной) проблемы идентификации объединения как одного из объединений, перечисленных в перечне ст. 10. Создание подобных проблем излишне, потому что все объединения по конституционным причинам имеют право уделять в рамках своей деятельности внимание недостаткам общества, раскрывать и критиковать их, другими словами, осуществлять общественный контроль. Кроме этого, острота и эффективность деятельности профсоюзов и объединений потребителей как субъектов общественного контроля вне их традиционной сферы деятельности является крайне

¹⁸⁸ Это переплетение не находит необходимого оправдания в ограничении масштаба общественного контроля часть 3 – 5 ст. 11: частное предприятие, которое оказывает услуги, получает бюджетные средства и является работодателем, все равно подпадает более или менее под полный общественный контроль, так что регулирование вызывает излишние сложности со стороны правоприменителя.

¹⁸⁹ Как показывает часть 2 ст. 10, иностранцы могут быть субъектами общественного контроля, если иное не предусмотрено законодательством Республики Казахстана. Поэтому как раз не любое физическое лицо может быть субъектом общественного контроля. Следовательно более уместно вместо «физические лица» использовать термин «граждане».

сомнительной. Это еще в большей мере касается политических партий, которые являются акторами на стыке с политической системой, и у которых, по институциональным причинам, интерес к раскрытию недостатков в государстве или обществе ограничен, даже если они находятся в оппозиции.

Подводя итоги: регулирование объектов и субъектов общественного контроля является слишком объемным и расплывчатым. Причины этого заключаются в тенденции к перерегулированию и в огосударствлении субъектов общественного контроля.

6. Другие неопределенности

Во многих положениях, регулирующих конкретные аспекты общественного контроля закон только ссылается на государственные органы, органы местного самоуправления или другие государственные образования.¹⁹⁰ В других местах, наоборот, закон ссылается на частные объекты общественного контроля, не упоминая других возможных объектов общественного контроля.¹⁹¹ В обоих случаях смысл такого ограничения или упущения остается неясным: Означает ли неупоминание упущенных объектов общественного контроля, что данное положение не применимо, или имеет ли здесь место невнимательность законодателя? С конституционной точки зрения такое упущение является небрежностью: Основные права дают субъектам общественного контроля право «работать» с любыми объектами контроля (при этом конечно соблюдая их права).

Другой пример поверхностного подхода к регулированию общественного контроля – неоднородное использование терминов, описывающих цель общественного контроля. В одних местах целью общественного контроля является выявление нарушения общественного интереса;¹⁹² в других местах целью является установление нарушения законов или правопорядка.¹⁹³ Выше уже было показано, что подобной дихотомии масштаба общественного контроля не существует. Несмотря на это такое более или менее произвольное употребление этих двух масштабов является недопустимым с точки зрения принципа определенности закона.

Также во многих местах законопроект содержит объемные положения без всякого содержания, т. е. положения, которые повторяют регулирования содержащиеся в других законах или в конституции и поэтому являются лишними.¹⁹⁴

Подводя итоги: Из-за многих неопределенностей и неясностей законопроект нуждается в существенной доработке.

¹⁹⁰ См. например ст. 9 часть 2 п. 3 – 5; наверно и ст. 12 п. 2; ст. 26 часть 1 п. 3; ст. 26 часть 5.

¹⁹¹ См. например ст. 20 часть 3; ст. 32; ст. 37 части 6 и 8; не совсем ясно ст. 15 часть 1 п. 5; в некоем противоречии находятся ст. 37 части 6 и 8 с одной стороны и часть 11 с другой стороны.

¹⁹² См. указанные в сноске 10 примеры.

¹⁹³ См. указанные в сноске 11 примеры.

¹⁹⁴ См. ст. 4 часть 1; ст. 6 п. 11, 12; ст. 9 часть 2 п. 1 и 2; ст. 15 часть 1 п. 1 - 4; ст. 15 часть 1 п. 8 и 9; ст. 15 часть 2 п. 3; ст. 15 часть 3 п. 1. – Ст. 16 законопроекта является лишней в той мере, в которой обязанности объектов общественного контроля соответствуют правам субъектов общественного контроля.

4. Некоторые другие аспекты законопроекта «Об общественном контроле»

Кроме тех проблем, которые были указаны, закон содержит ряд других проблемных моментов. Некоторые из них нам хотелось бы здесь коротко затронуть.

а. Регулирование решения конфликтов

Очень неубедительным является регулирование конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля. Уже перепись вводит адресата законопроекта в заблуждение. Речь идет о порядке обжалования действий и бездействия субъектов общественного контроля «и их должностных лиц». Узко понимая понятие «должностные лица» в таком смысле, что только у государственных образований работники являются должностными лицами, о должностных лицах общественных объединений конечно не может быть и речи; но даже при широком понимании понятие как будто бы предполагает особое обязательство «должностного лица» и поэтому является преградой для эффективного общественного контроля.

Не стоит забывать, что в соответствии со ст. 10 п. 1 – 3 законопроекта субъекты общественного контроля являются общественными объединениями, и что приближенные к государственным структурам субъекты ст. 10 п. 4 – 6 законопроекта все равно не являются государственными структурами.

Но «огосударствление» субъектов общественного контроля продолжается. Объекты общественного контроля имеют право обжаловать незаконные действия (бездействия) «в вышестоящий в порядке подчиненности орган...и (или) непосредственно в суд»: Все это создает впечатление, как будто бы здесь истец/жалующий обжалует действие государственного органа, что противоречит общей позиции законопроекта, что субъекты общественного контроля не владеют делегированными государственными полномочиями.¹⁹⁵

Ту же самую критику вызывает ст. 54 законопроекта, регулирующая порядок обжалования действий (бездействий) объектов общественного контроля в той мере, в которой объекты являются частными образованиями.

Для регулирования конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля авторы законопроекта должны дать себе ответ на один вопрос. Считают ли они нужным регулировать **особые процедуры** решения этих конфликтов или считают ли они, что существующие процедуры гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального законодательства достаточны для разрешения возникающих конфликтов.

В первом случае законодателю нужно регулировать по крайней мере отличающиеся от процессуального законодательства элементы внесудебного и судебного решения этих конфликтов и при этом, конечно, принять во внимание особенности общественного контроля, а именно тот факт, что субъекты общественного контроля выполняют находящиеся в общественном интересе функций. Это совпадение, как нам кажется, могло бы поощрить регулирование в пользу субъектов общественного контроля в области субъективных предпосылок обжалования (какие права или законные интересы субъектов нужны для допустимости?) или бремени доказывания. В втором случае совсем достаточно отсылки на соответствующие кодексы (аналогично ст. 55, регулирующей

¹⁹⁵ Позиция законопроекта в этом вопросе, как уже было изложено, не ясна. См. более подробный анализ положений законопроекта в сносках 8 и 9.

материальную, административную и уголовно-правовую ответственность за нарушение законодательства об общественном контроле).

Подводя итоги: Конфликты между субъектами и объектами общественного контроля концептуально могут быть решены или в нормальной, или в особой процедуре. Регулированию конфликтов между субъектами и объектами общественного контроля не хватает этого основного концептуального решения.

б. Пробел обеспечения защищенности субъектов общественного контроля

Законопроект имеет один пробел, который не позволяет авторам стать передовиками обеспечения функционирования гражданского общества. Мы уже указывали на проблематику разоблачителей государственных и общественных недостатков¹⁹⁶. Раз такие разоблачения вскрывают недостатки во властных сферах – в правительстве, в государственных структурах и в высоких сферах экономики – и раз информация об этих недостатках, как правило, сильно «огорчает» соответствующих объектов общественного контроля и часто была получена сомнительным образом, проблема защиты таких «агентов общественного интереса» типа Е. Сноудена и использования полученной информации, а также проблема границ их деятельности на повестке дня законодателей всех демократических обществ.

Казахский законодатель в этом вопросе мог бы участвовать в очень важных стремлениях найти для этой проблемы подходящее решение, которое с одной стороны использует такие раскрытия бдительной общественности или их представителей (которые конечно осуществляют общественные интересы), но которое с другой стороны и защищает права объектов общественного контроля там, где они действовали и действуют правомерно или, в отсутствие законов, в общественных интересах. Законопроект по этому поводу молчит¹⁹⁷ или ссылается на законодательство Республики Казахстана. Это печальный пробел или серьезная(?) слабость законопроекта.

Подводя итоги: Проблема трактовки разоблачителей типа Сноудена не решена.

Февраль 2015

¹⁹⁶ В разговорной и более образной и экспрессивной речи «безобразия» или «беспредела».

¹⁹⁷ С одной стороны существует ст. 15 часть 5, по которому «незаконное вмешательство в деятельность контролируемых (проверяемых) субъектов запрещается», которую можно широко толковать как границу против разоблачителей; с другой стороны закон пробует, но очень сдержанно, их защищать, см. ст. 9 часть 6.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ О ЗАКОНОПРОЕКТЕ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «ОБ ОБЩЕСТВЕННЫХ СОВЕТАХ»¹⁹⁸

1. ОБЩИЕ АСПЕКТЫ

Законопроект объединяет в себе два направления регулирования: с одной стороны, он учреждает новый институт – общественные советы; большая часть законопроекта регулирует всевозможные аспекты их состава и членов, принципы и процедуры их деятельности. С другой стороны, законопроект предусматривает для общественных советов определенную общую цель и общие задачи, урегулированные в ст. 3 предлагаемого закона.

Общественные советы создаются с целью выражения мнения гражданского общества по общественно значимым вопросам; их задачами является представление интересов и учет мнения гражданского общества при принятии государственных решений (ст. 3 пункт 1), развитие взаимодействия государственных органов с гражданским обществом (ст. 2 пункт 2) и организация общественного контроля (ст. 3 пункт 3).

Однако из задач, закрепленных в ст. 3, только вопросы общественного контроля детально отрегулированы в ст. 19 – 23 законопроекта; подробное конкретное регулирование других задач отсутствует. Другими словами, законопроект создает новый, довольно весомый социальный институт, при этом упуская достаточную конкретизацию функций и задач. Ввиду того, что предшественником этого законопроекта был законопроект «Об общественном контроле», складывается впечатление, что новый законопроект «Об общественных советах» пытается компенсировать попытку регулирования общественного контроля посредством создания новой организационной структуры, на которую возлагаются функции общественного контроля более или менее соответствующие регулированию прежнего законопроекта. В результате этого, новая структура повторяет ошибки предыдущего законопроекта.

¹⁹⁸ Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках проекта «Консолидация усилий гражданского общества с целью поощрения защиты правозащитников» поддержанного Европейским Союзом. Содержание данной публикации является предметом ответственности Центра исследования правовой политики и ОО "ЭХО" и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза. Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Европейского Союза и Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Европейского Союза и Посольства Великобритании в Астане.

Подводя итоги: Опуская вопрос убедительности концепции общественных советов как таковой, законопроект нуждается в дополнительной конкретизации возложенных на общественные советы функций.

2. ОБЩЕСТВЕННЫЕ СОВЕТЫ – ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИЛИ ОБЩЕСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ?

Если взглянуть на цели и задачи общественных советов, предусмотренные в ст. 3 законопроекта, то складывается мнение, что законопроект имеет цель посредством создания новой организационной структуры гражданского общества обеспечить достаточный учет общественных мнений и желаний, государством в лице государственных органов и органов местного самоуправления, а также прозрачность государственного управления для общества и возможность контроля государства обществом. Несмотря на близость общественных советов к государству, я в следующем исхожу из того, что целью законопроекта является **создание общественных структур**; законопроект оставляет вопрос об общественной или государственной природе общественных советов открытым.¹⁹⁹ Названные цели общественных советов соответствуют конституционным принципам демократии и правового государства. Но как можно обеспечивать такую прозрачность и как должен выглядеть такой контроль?

Контроль предполагает интерес в контроле и его эффективности с социологической точки зрения у государственных структур и их должностных лиц подобный интерес либо отсутствует, либо существует только в малой мере. Суть общественного контроля лежит в его реализации независимыми от государства деятелями - физическими лицами и их ассоциациями и, конечно, свободными средствами массовой информации. Контроль со стороны общественности/гражданского общества – т. е. организованных ассоциаций/неправительственных организаций, спонтанно возникающих организаций без формальной структуры и индивидуумов – совершается на основе их основных прав и является осуществлением их основных прав, т. е. свободы ассоциации, свободы мнения, свободы получения информации, свободы средств массовой информации, права на участие в управлении делами государства и возможно, в зависимости от конкретной ситуации, еще других основных прав. К этому как субсидиарная гарантия «прицеплена» гарантия судебной защиты основных и субъективных прав независимыми судами.²⁰⁰

Таким образом, для реализации цели прозрачности государственного управления и обеспечения эффективности общественного контроля здравый смысл (и западный опыт вместе с соответствующими конституционными принципами) категорически требуют четкого отделения общественных структур, на которые возложено осуществление вышеупомянутых целей ст. 3 законопроекта, от государства:

- Ни в коем случае в структурах, на которые возложены функции обеспечения учета общественных мнений, осуществление прозрачности государственного

¹⁹⁹ Негосударственный характер общественных советов подтверждается фактом, что создание еще одной государственной структуры посвященной контролю государственного управления – кроме механизмов контроля внутри государственного управления, прокурорского надзора и частично судебного контроля – является бессмысленным: Если речь идет о государственной структуре контроля, то предпочтительно улучшить возможности существующих структур.

²⁰⁰ При этом процессуальные кодексы – в первую очередь гражданский процессуальный кодекс и административный процессуальный кодекс – гарантируют судебную защиту, которая охватывает более или менее весь диапазон возможных конфликтов.

управления и контроля его деятельности не должны находиться представители государства.

- Не должны существовать рычаги воздействия государства на соответствующие структуры гражданского общества в личном или финансовом плане, в плане конкретной их деятельности или в других чувствительных аспектах.
- Процедуры контроля не должны быть бюрократизированы: общественный контроль осуществляется в рамках общих законов и не нуждается в «уполномочивании» законом и не терпит такого.
- Если – я подчеркиваю: если²⁰¹ – образуются единые органы гражданского общества для представления его интересов перед государством, то процедура выбора членов этих единых органов должна обеспечить справедливую репрезентацию всех важных групп гражданского общества в этих единых органах.
- Название этих структур должно символизировать их общественный характер.

Если мы анализируем законопроект «Об Общественных советах» сквозь призму этих стандартов, то мы видим, что законопроект их не вполне им соответствует.

а. Представители государства в общественных советах

Законопроект не соблюдает принцип не-представительства государственных органов в структурах, предназначенных для прозрачности и контроля государственного управления. Третью членов общественных советов являются представителями государственных органов (п. 7 ст. 1 законопроекта). Согласно п. 1 ст. 1 законопроекта эти государственные члены общественных советов не должны быть представителями правительства или «специальных государственных органов». Это значит, что именно те многочисленные государственные органы, прозрачность которых для гражданского общества должна быть осуществлена, и по отношению, к которым должен быть проведен общественный контроль, будут принимать участие в осуществлении неприятной для них деятельности и возможно в принятии болезненных решений.

Невозможно исключить, что при образовании общественных советов на основании п. 1 и 3 ст. 8 и 3 и п. 8 ст. 9 законопроекта представители государственных органов ввиду их властных полномочий и возможного уважения гражданских членов общественных советов к ним будут иметь решающее влияние на состав общественных советов и соответственно на принятые общественным советом решения.

Кроме того, законопроект не содержит положений в отношении несовместимости членства для представителей государственных органов: п. 2 ст. 10, пункт 1 и 2 регулирует лишь несовместимость для представителей гражданского общества, в случае, когда у них есть особые связи с государственным органом, в этих

²⁰¹ На самом деле, мне кажется, что такие единые органы ослабляют эффективность участия гражданского общества в принятии государственных решений и контроля деятельности государственных органов: Гражданское общество является богатейшим хранилищем общих и специализированных знаний полезных для государства. Эти знания распределены по всему обществу и государство при принятии всевозможных решений должно каждый раз активизировать подходящие знания или их носителей внутри общества. Если какой-то единый орган имеет функцию внедрения подходящих знаний в процесс принятия конкретных решений, то конечно существующее в обществе богатство не активизируется и не учитывается. Немецкий опыт всеобщего и доступного для всех слушания, например при принятии градостроительных планов, представляет собой, как мне кажется, более пригодный процедурный подход.

общественных советах. Очевидно, что представитель того государственного органа, деятельность которого проверяется в одной из процедур ст. 16 – 23 законопроекта, по причине причастности не может участвовать в этой проверке как член общественного совета; однако, законопроект не регулирует эту необходимую возможность исключения ни в общей части ни в части регулирующей конкретные процедуры проверки.

Подводя итог: Членами общественных советов не должны быть представители государственных органов. Это напрямую вытекает из их общественного характера и принципа несовместимости.

б. Рычаги воздействия на структуры и представителей гражданского общества

Законопроект «Об Общественных советах» содержит целый ряд возможностей для государственных органов и структур, точнее их представителей, воздействовать на представителей гражданского общества в общественных советах. При этом я исхожу из того, что, не смотря на численный перевес представителей гражданского общества и на факт, что председатель общественного совета избирается из числа (известных – что бы это ни значило) общественных деятелей (п. 2 ст. 12), эмпирически представители государственных органов могут и будут доминировать в деятельности общественных советов из-за больших знаний и опыта, а также ввиду их профессиональных связей с государственными органами (включая высшие эшелоны власти).

В личном плане законопроект открывает возможность исключения кандидатов в ст. 11: Несмотря, но то, что с точки зрения образования, профессионального опыта и общественной деятельности законопроект не формулирует четких предпосылок для кандидатуры, кандидат может быть не допущен к конкурсу, если представленные им документы не соответствуют требованиям законопроекта.

Законопроект также регулирует принцип ротации представителей гражданского общества²⁰² в общественных советах (ст. 4 пункт 6 и ст. 14 п. 2): периодичность и конкретная процедура этой ротации нигде в законопроекте не прописываются, и этот пробел, таким образом, дает государственным представителям широкие возможности влияния на состав и на поведение представителей гражданского общества в общественном совете.

Другие возможности содержит ст. 15, регулирующая прекращение полномочий члена общественного совета: ст. 15, пункт 3 открывает возможность прекращения полномочий «по иным основаниям, препятствующим участию в работе Общественного совета»: неопределенность этих «иных» оснований открывает возможность произвольного исключения или оказания давления на членов посредством угрозы прекращением полномочий.

В финансовом плане деятельность общественного совета полностью зависит от государства: согласно п. 10 ст. 13 материально-техническое обеспечение деятельности Общественного совета осуществляется из бюджетных средств.

²⁰² Законопроект только регулирует принцип ротации как таковой, который теоретически может распространяться на представителей государственных органов в общественных советах. Но, если принять во внимание ограниченное число возможных представителей государственных органов, то становится вероятным, что принцип ротации нацелен на представителей гражданского общества.

Подводя итоги: Большие возможности государственных органов, оказывать влияние на общественные советы, подрывают эффективность их контрольной и другой работы.

в. Бюрократизация деятельности Общественных советов

Законопроект трактует деятельность общественных советов, как будто они являются государственными органами. Законопроект регулирует несколько видов выполнения общественными советами их функций, урегулированных в ст. 3 законопроекта, которые все являются вариантами общественного контроля, общие аспекты которого закреплены в статьях 17 - 19 и 23 законопроекта

- общественный мониторинг (ст. 20)
- общественное слушание (ст. 21)
- общественная экспертиза (ст. 22)

Во тех статьях, которые регулируют общие вопросы и в тех, которые регулируют вопросы конкретных видов общественного контроля – мы найдем очень конкретные и детальные положения, касающиеся предмета проверки, средств проверок и прав и обязательств Общественных советов и их членов, сопоставления результатов проверки и принятия окончательного заключения, которое потом направляется в соответствующие государственные органы. Эта детальность, однако, растворяется общей ссылкой на иные способы, не запрещенные законодательством Республики Казахстана (см. напр. п. 6 ст. 19). С этой бюрократической детальностью законопроект пренебрегает общественным характером общественных советов, который гарантирует общественным советам свободный выбор методов взаимодействия и контроля и видов публикации результатов их работы. В этой части законопроект соответствует законопроекту «Об общественном контроле» и повторяет его ошибки.

Подводя итоги: Законопроект бюрократизирует работу общественных советов и таким образом превращает их в квази-государственные органы.

г. Легитимация представителей гражданского общества в общественных советах

Если общественные советы являются представителями гражданского общества, тогда члены этих общественных советов, репрезентирующие гражданское общество, должны получить этот мандат демократичным и легитимным образом, иначе они не могут адекватно представлять интересы гражданского общества ни в отношениях с государственными членами общественных советов, ни в отношениях с государственными органами. Законопроект регулирует этот вопрос крайне неудачно.

С одной стороны, неясно, каким образом и от кого представители гражданского общества в общественных советах получают свой мандат. Частично законопроект говорит об «общественных институтах» (ст. 1), в другом месте речь идет об «общественных объединениях и граждан» (ст. 8) или о «некоммерческих организациях и иных организациях и граждан» (ст. 10). Само собой разумеется, что возможность самовыдвижения кандидатуры (ст. 10) является с точки зрения легитимации очень сомнительной, но может быть, что соображения практичности требуют регулирования подобной возможности.²⁰³ В случае прекращения

²⁰³ Законопроект исходит из того, что для членства в общественных советах будет изобилие кандидатов (ст. 9), что, с моей точки зрения (даже не трогая проблему готовности граждан к

полномочий члена общественного совета легитимация нового избранного члена остается совсем туманной, п. 3 ст. 15. Законопроект не содержит никакой информации, каким путем проходит выбор нового кандидата.

В других местах, не касающихся выбора представителей гражданского общества, но затрагивающих деятельность общественных советов, законопроект говорит об «институтах гражданского общества» (п. 3 ст. 17), об «известных общественных деятелях» (п. 2 ст. 12), об «общественных объединениях» (п. 1 ст. 22). Одним словом, законопроект не идентифицирует то гражданское общество, которое общественный совет (или по крайней мере члены общественного совета) должен представлять; это подрывает легитимность представления общественных интересов в общественных советах и ведет к неэффективности выполнения возложенных на них функции.

Подводя итоги: Законопроект не решает проблему легитимации общественных членов общественных советов и таким образом осложняет идентификацию гражданского общества с его представителями в общественных советах.

3. НЕКОТОРЫЕ ШЕРОХОВАТОСТИ ЗАКОНОПРОЕКТА

а. Масштаб общественного контроля: Правопорядок, общественный интерес, права и законные интересы граждан

Законопроект не содержит четких положений в отношении масштаба общественного контроля. Иногда законопроект называет законы/правопорядок²⁰⁴ как масштаб общественного контроля или при описании целей деятельности общественных советов, иногда законопроект упоминает общественный интерес²⁰⁵, а иногда - защиту прав и законных интересов граждан²⁰⁶, не разъясняя при этом соотношение между правопорядком и правами и законными интересами граждан.

Рассмотрим более подробно соотношение правопорядка и общественного интереса. В демократическом государстве законы, принятые Парламентом, всегда являются выражением и конкретизацией общественного интереса в форме закона. Другими словами, если государственный орган соблюдает в своих действиях законы и правопорядок, то никакого нарушения общественного интереса и никакого (незаконного) ущемления прав и законных интересов граждан не может быть по определению: общественный интерес не стоит над законами, но воплощается в законах.²⁰⁷ Это значит, что в тех случаях, когда объект общественного контроля осуществляет свою деятельность не нарушая законы, ни о каком нарушении общественного интереса речи быть не может: категория общественного интереса в таких случаях является лишней!

Общественный интерес имеет значение там, где законы еще не приняты, где идет общественная и государственная дискуссия, как лучше решать некую новую проблему, по поводу которой только формируется общественное мнение и общественный консенсус. В таком случае представители гражданского общества могут критиковать данный проект или конкретные планы правительства или законодателя, утверждая, что они не соответствуют общественному интересу.

общественной работе) ввиду слабых возможностей общественных советов, является сомнительным.

²⁰⁴ Ст. 17, абз. 1; ст. 20, абз. 5 пункт 1 и 2; ст. 21, абз. 8 пункт 1.

²⁰⁵ Ст. 16, абз. 3 пункт 2; ст. 17, абз. 1; ст. 18, абз. 2; ст. 18, абз. 3.

²⁰⁶ Ст. 21, абз. 8 пункт 2; ст. 22, абз. 2; ст. 23, абз. 3 пункт 2.

²⁰⁷ Другая позиция означала бы возврат в советское прошлое, где исторический материализм и цель достижения коммунизма теоретически (и практически) позволила несоблюдение законов в целях осуществления исторически неизбежного коммунистического общества.

Однако, это будет одна позиция в общественном поиске правильного решения данной проблемы. С обязательной силой для всех, общественный интерес может быть установлен только теми государственными органами, которые для этого демократически легитимированы, т. е. Парламентом (и Президентом в рамках его по отношению к Парламенту более ограниченных полномочий).

Подводя итоги: В законопроекте существует путаница в отношении контрольного масштаба для деятельности общественных советов.

б. Соотношение общественных советов с формальными и неформальными организациями гражданского общества

Закон нигде не регулирует проблему соотношения общественных советов с объединениями гражданского общества, функции которых в зависимости от их целей могут совпадать с функциями общественных советов, и деятельность которых защищается свободой объединения (ст. 23 Конституции РК). То же самое касается права участия индивидуума в управлении делами государства (ст. 33 и ст. 20 Конституции РК). Кроме этого, многие из функций общественных советов – например прозрачность государственного управления, раскрытие нарушений правопорядка и коррупции – должны выполняться средствами массовой информации, защищенные (опосредованно ст. 20 Конституции РК). Очевидно, что создание общественных советов создает угрозу подрыва этих основных прав и деятельности их носителей. Возникает впечатление, что скрытая функция этого законопроекта именно заключается в канализации и контроле этих общественных, трудно управляемых процессов посредством их сосредоточивания в особых, на практике подконтрольных государству органах – общественных советах.²⁰⁸ Такой подрыв основных прав недопустим с точки зрения Конституции и политической эффективности: в закон надо внести норму, которая разъясняет и подчеркивает субсидиарный и дополнительный характер общественных советов по отношению к аналогичным структурам гражданского общества.

Подводя итоги: Законопроект усложняет общественную деятельность гражданского общества.

в. Общественные советы, интернет и средства массовой информации

В некоторых положениях законопроект регулирует, что определенная информация о работе или о результатах работы общественных советов публикуется на интернет-ресурсе соответствующего государственного органа.²⁰⁹ Возникает вопрос, почему общественный совет, который по законопроекту является самостоятельным и автономным, не имеет своего собственного сайта в интернете. Провозглашение результатов работы общественного совета на сайте государственного органа создает впечатление подконтрольности и зависимости общественного совета от государственного органа. Таким же образом напрашивается вопрос, почему только в одном случае законопроект регулирует передачу результатов работы в средства массовой информации.²¹⁰ Само собой разумеется, что

²⁰⁸ Такое впечатление возникает при чтении, например следующих положений, которые, как правило, канализируют действия на основе ст. 33 и 23 к общественным советам: п. 8 ст. 1, п. 6-7 ст. 5; п. 6, 8-9 ст. 6; п. 3 ст. 7; п. 3 ст. 17; п. 4 ст. 19; п. 3 ст. 20.

²⁰⁹ Пункт 8 Ст. 9; п. 4 ст. 7.

²¹⁰ Пп. 3 п. 9 Ст. 21.

общественные советы как органы общественного контроля должны тесно сотрудничать со средствами массовой информации.

Подводя итоги: Законопроект недостаточным образом обеспечивает публикацию результатов работы общественных советов и их общую связь с гражданским обществом.

г. Другие замечания

Автономность и самостоятельность: Законопроект регулирует автономность и самостоятельность как существенные принципы работы общественных советов. Для защиты этих принципов (например, в форме собственного бюджета) законопроект к сожалению, не содержит никаких гарантий.

Общественный совет и собрание местного сообщества (ст. 6): Ст. 6 законопроекта объединяет собрание местного сообщества с общественным советом таким образом, что собрание местного сообщества выполняет функции общественного совета. В таком случае, ст. 6 вступает в противоречие со многими другими положениями законопроекта, например, касающимися процедуры образования, внутренней структуры и. т. п.

Депутаты парламента РК: п. 4 ст. 12 регулирует право депутатов Парламента РК участвовать в деятельности общественных советов и входить в состав президиума. Как единственное упоминание депутатов Парламента РК положение удивляет его неожиданностью и загадочной функциональностью. Кроме этого, контроль исполнительной власти является коренной функцией любого Парламента, которую Парламент осуществляет самостоятельно. Если Парламенту интересны результаты работы общественных советов для собственной контрольной функции, то он имеет возможность и право приглашать любого гражданина и любую организацию на слушание. Кроме того, членство депутатов Парламента в общественных советах, принадлежность которых к исполнительной власти является неясной, вызывает вопросы с точки зрения принципа разделения властей.

Пункт 1 Ст. 13: Статья регулирует, что председатель, секретарь, и президиум общественного совета избираются открытым голосованием. Как правило, и по хорошим причинам, любые выборы личностей на организационные посты и должности являются тайными.

Ссылки на законодательство в сфере доступа к информации (п. 1 ст. 19 и п. 4 ст. 20): Оптимальный доступ к информации является основным условием успеха работы общественных советов. С одной стороны, ссылка на другой закон из-за неопределенности осложняет работу общественных советов. С другой стороны, дело в том, что как особые органы общественного контроля они имеют функциональное право на *лучший* доступ к информации (аналогично средствам массовой информации). Право на доступ к информации на основе общего законодательства является недостаточным.

Сентябрь 2015

КУРПНИЕЦЕ Д.
*Преподаватель Центра подготовки судей и
Школы Государственного Управления Латвии,
Оценщик по вопросам предупреждения коррупции
в отношении судебной власти, Парламента
и Прокуратуры в Сербии (2014 – 2015)
Группы по борьбе с коррупцией (ГРЕКО) Совета Европы,
Член Совета Transparency International – Латвия*

**АНАЛИЗ ПРОЕКТА ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ»²¹¹
(версия проекта от 27.06.2013 г.)**

Законопроект Республики Казахстан "О противодействии коррупции" (ОПК) всеобъемлющий и подробный нормативный акт по предотвращению и борьбе с коррупцией, с помощью которого в соответствии с правилами Конвенции ООН против коррупции²¹², обеспечивается правовая основа для искоренения коррупции в стране. В связи с предлагаемой точностью регулирования, предполагаю, что законопроект может стать примерным образцом для многих других стран в регионе.

В целом документ охватывает все главные или приоритетные вопросы предотвращения коррупции в государственном секторе. Принятие законопроекта позволит значительно повысить прозрачность и подотчётность действий должностных лиц и в будущем введёт чёткую централизованную систему управления и надзора государственных служащих.

Прозрачность деятельности государственной службы во всех странах мира повлекла за собой положительные перемены менталитета должностных лиц: они более ясно осмысливают, что являются слугами общества, а не господами. Поэтому введением даже такой системы публичного декларирования интересов, которая далеко не идеальна, создаются благоприятные условия для общественного контроля и огромное препятствие для коррупции.

Очень детально разработанный законопроект, внедряющий в стране новые процедуры и системы, конечно влечёт за собой и новые проблемы, о которых я детально комментирую далее в тексте анализа. Существуют и некоторые другие аспекты, которые по моему опыту было бы важно переоценить перед принятием законопроекта.

I. Чёткое правовое регулирование оставляет в тени другие методы профилактики коррупции

Наиболее сильной стороной документа является высокое качество правового регулирования и чёткое осмысление очень разных аспектов правонарушений,

²¹¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения посольства Великобритании в Астане.

²¹² Принята резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи от 31 октября 2003 года. Далее – Конвенция ООН.

которые могут довести до уголовной ответственности за коррупционные правонарушения. Содержащиеся в статье 46 коррупционные факторы в проектах нормативных правовых актов это почти идеальный перечень критериев, того что должен учитывать каждый государственный служащий, который готовит правовые акты.

В то же время следует отметить, что система эффективной антикоррупционной среды, которая способствует обеспечению транспарентности, подотчётности и целостности публичной власти, устранению монополии на власть и свободы действий должностных лиц, состоит не только из нормативно-правовой базы, но также из институциональной среды (осуществление мер внутреннего контроля) и культуры организации. Такая среда зависит и от личностных факторов поведения сотрудников, и традиций общества (общественное мнение /поведение).

Законопроект в большей мере ориентирован на процедуры более чёткого правового регулирования, но достаточно целесообразно не затрагивает другие направления выше упомянутой профилактической деятельности с целью обеспечения подотчётности, прозрачности и честности деятельности государственных служащих.

Все крупные преобразования должны сопровождаться обменом информацией и подготовкой образовательных программ в первую очередь для государственных должностных лиц.

II. Широкий размах подхода к борьбе с коррупцией приводит к потере фокуса и необходимости пересмотреть классификацию правонарушений

Оценивая нормативно - правовое разнообразие законопроекта, можно определить по меньшей мере шесть более или менее разных направлений, каждое из которых заслужило бы право на отдельный акт:

A. Предотвращение конфликтов интересов (правонарушения, создающие условия для коррупции) и поддержания целостности (этики) государственных служащих. Декларация активов и подотчётность государственных служащих;

B. Предотвращение коррупции, оценка рисков и планирование политики, антикоррупционные стандарты и процедуры надлежащего управления в конкретных областях

C. Преследование за совершение правонарушения.

D. Возмещение вреда и устранение последствий коррупционных правонарушений. Меры по возвращению активов.

E. Международное сотрудничество. Техническая помощь и обмен информацией.

F. Установление компетенции государственных органов, осуществляющих противодействие коррупции.

Разнообразие направлений регуляции влечет за собой большое количество выдвинутых целей и задач, проблемы с классификацией использования терминов и нарушений.

Коррупция не то же самое, что конфликт интересов. Конфликт интересов в основе каждого случая коррупции, но не все конфликты интересов приводят к коррупции.

III. Ограничены рамки определения коррупции

Самая распространённая проблема большинства стран восточной Европы и Центральной Азии – увлечение детальным обсуждением субъектов активной и пассивной коррупции государственных органов или органов местного

самоуправления, не обращая внимания на взяточничество и подкуп в частном секторе.

Коррупция относится не только к злоупотреблению служебным положением государственными служащими лицами, но и ко всякого рода злоупотреблению вверенными полномочиями во всех секторах деятельности. Полагаем, никто не оспорит тот факт, что риску взяточничества могут подвергаться и такие деятели частного сектора как, например, судья арбитражного суда, спортивные судьи, независимые эксперты, мнение кого суд принимает во внимание, часто практикующий врач или учитель.²¹³

Субъект сужен, исключая лиц осуществляющих подкуп лиц частного сектора, которые могут подвергнуться коммерческому подкупу.

Уголовная ответственность является центральной осью правовых средств, направленных против коррупции, но эта регулировка полностью не переносится в законопроект.

Проблема Уголовного законодательства Республики Казахстан (характерная для всех стран пост-советского пространства), заключается в том, что в нем не предусматривается уголовная ответственность за все виды взяточничества и подкупа, что в целом отражается и на данном законопроекте. Следуя Конвенции ООН уголовная ответственность за взяточничество и подкуп должна применяться, в том числе, если субъектом является любой служащий государственных органов или органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан.

IV. Ограниченные возможности руководителей государственных органов и прямых начальников

Опыт многих государств доказал, что наиболее эффективные методы борьбы с коррупцией связаны не столько с пугающими санкциями, сколько с надзором осуществляемым руководством учреждения.

Надзор конфликтов интересов и противозаконных действий, подчинённым проводимый непосредственным начальником возможен, если он имеет достаточно информации и прав действовать. В законопроекте установлена ответственность всех государственных органов и должностных лиц за противодействие коррупции в пределах своей компетенции.

Обязанности руководителей государственных органов строго определены:

1) принять меры по защите государственного служащего, сообщившего о достоверных случаях коррупционных правонарушений;

2) определить участки деятельности указанного органа, особенно подверженные коррупции;

3) предотвращение или урегулирование конфликта интересов может состоять в изменении должностного или служебного положения государственного служащего, являющегося стороной конфликта интересов, вплоть до его отстранения от исполнения должностных (служебных) обязанностей в установленном порядке, и (или) в отказе его от выгоды, явившейся причиной возникновения конфликта

²¹³ Например см.: Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V (с изменениями и дополнениями от 07.11.2014 г.) – ст. 253 «Коммерческий подкуп» или ст. 422 «Статья 422. Подкуп или принуждение к даче ложных показаний или уклонению от дачи показаний, ложному заключению либо к неправильному переводу» или например ст. 7 ОПК «Субъекты коррупционных правонарушений».

интересов;

4) надзор государственных служащих по недопущению любой возможности возникновения конфликта интересов (отвод или самоотвод государственного служащего).

При этом нигде не предусматриваются полномочия по применению мер финансового контроля и конфликтов интересов должностных лиц. Руководителю нужен определённый уровень свободы действий, чтобы эффективно выполнять свои обязанности.

Специализированные программы обучения для руководителей учреждения являются неотъемлемой частью работы над этим вопросом.

V. Целесообразно ввести децентрализованный контроль и обучение/образование всех уровней власти, не полагаясь на мнение, что предотвратить любые проблемы с коррупцией возможно центральным подходом

Законопроект создаёт централизованный подход к решению конфликта интересов (публичных) должностных лиц, дополняя требования процессуального законодательства. Такого рода подход почти всегда создаёт путаницу, какой закон применять: специальное постановление определённого органа или общее право.

Например, Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан; Глава 11. ОБСТОЯТЕЛЬСТВА, ИСКЛЮЧАЮЩИЕ ВОЗМОЖНОСТЬ УЧАСТИЯ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ. ОТВОДЫ – предусматривает регулирование конфликтов интересов и процедуры отвода точнее, чем в ОПК (например, определение близкого члена семьи).

Кодексы этики, нормы по отводу и самоотводу государственных служащих лиц в уголовном процессе и другие правила должны действовать самостоятельно.

В целях борьбы с коррупцией государство должно поощрять неподкупность, честность и ответственность своих публичных должностных лиц, применяя кодексы или стандарты поведения для правильного, добросовестного и надлежащего выполнения публичных функций каждой отрасли имея в виду, например Международный кодекс поведения государственных должностных лиц, содержащийся в приложении к резолюции 51/59 Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1996 года. Такое правило необходимо указать в законопроекте.

VI. Другие нерешенные вопросы

Имеются некоторые **недостатки в оговорках в отношении подарков**: регулирование не охватывает полученные подарки в качестве частного лица, но имеются санкции по этому поводу.

Дипломатические и протокольные подарки не считаются государственной собственностью.

Слишком строгие ограничения могут привести к низкой мотивации принять закон (Статья 18. ОПК). Такими чрезмерными ограничениями считаю общий запрет, независимо от наличия конфликта интересов: „Должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции (.) запрещается заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности” и ограничение права частной собственности (конституционное право): „обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество, использование которого влечёт получение доходов”.

В целях избежании коллизий нормативных актов, **процедуры надлежащего управления в конкретных областях** и антикоррупционные стандарты определённой сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения прозрачности, подотчётности и целостности, устранения конфиденциальности, монополии на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

Обязательная научная **антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов** – мероприятие, которое создает огромные дополнительные затраты для государства. Высоко оценивая предложения научных и экспертных организаций, объединений, средств массовой информации, юридических и физических лиц, все-таки фокус на научную антикоррупционную экспертизу настораживает. Создаётся ложное впечатление, что любой разработчик законопроекта не может и не должен самостоятельно определить риск коррупции в процедурах, подлежащих регуляции.

Ниже в таблице представлены отдельные предложения, направленные на улучшение регулирования отдельных вопросов законопроекта.

РЕКОМЕНДАЦИИ/КОММЕНТАРИЙ ПО КОНКРЕТНЫМ СТАТЬЯМ ПРОЕКТА ЗАКОНА

№ п/п	Статья	Рекомендации или комментарий по конкретным статьям закона
1.	Закон Республики Казахстан О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ	Если закон относится к предотвращению коррупции только в государственной сфере, тогда нужно это указать в названии закона.
2.	Закон Республики Казахстан О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ	Так как законопроект в большой мере относится к профилактическим мероприятиям, в том числе к предотвращению конфликта интересов, для ясности определения сферы действия закона было бы необходимо указать в названии закона и другую сферу действия закона – предотвращение коррупции.
Глава 1. Общие положения		
3.	Статья 1. Цели и задачи настоящего Закона	Рекомендуется пересмотреть и расширить цель законопроекта, имея ввиду условия Статьи 5, Конвенции ООН: „Цель законопроекта проводить эффективную и скоординированную политику противодействия коррупции, способствующую участию общества и отражающую принципы правопорядка, надлежащего управления публичными делами и публичным имуществом, честности и неподкупности, прозрачности и ответственности.”
4.	1. Целью настоящего Закона является защита прав и законных интересов физических и юридических лиц,	Общее правило и очень косвенно относится к сфере действия законопроекта, рекомендуется сократить в целях лаконичности выдвинутых целей.
5.	обеспечение национальной безопасности Республики Казахстан от угроз, вытекающих из проявлений коррупции в государственной и иных сферах, обеспечение эффективной деятельности государственных органов,	Закон относится только к государственной сфере в отношении должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, а также в отношении мер по противодействию коррупции. Нужно обратить внимание на мероприятия, которые должны внедряться и в частном

		секторе. По конвенции ООН и по Уголовному кодексу Казахстана взяточничество (коммерческий подкуп) наказуемое действие и в государственной, и в частной сфере. Например, Конвенция ОЭСР по борьбе с коррупцией в международных делах, больше относится к частному сектору.
6.	должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности, путем предупреждения и пресечения правонарушений, связанных с коррупцией, <u>устранения их последствий и привлечения виновных к ответственности.</u>	Цель пресечение правонарушений санкционного, не предупреждающего характера. „Пресечения правонарушений” и „привлечения виновных” к ответственности” то же самое что пресечение правонарушений. Субъект слишком узкий – не включает всех по Конвенции ООН только в отношении лиц, занимающих ответственные государственные должности.
7.	должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности.	Перечисление субъектов: „должностные и другие лица, выполняющие государственные функции, лица, приравненные к ним, а также лица, занимающие ответственные государственные должности” в законе, используется 29 раз. Целесообразнее к понятиям, использованным в законе дать одно общее определение, например. „Должностное лицо”, „публичное должностное лицо”.
8.	2. Задачами настоящего Закона являются: консолидация правовых средств, направленных против коррупции;	Уголовная ответственность является центральной осью правовых средств, направленных против коррупции, но эта регулюровка не переносится в законопроект. Кодексы этики, нормы по отводу и самоотводу государственных служащих лиц в уголовном процессе и другие правила тоже действуют самостоятельно. Считаю этот пункт невыполнимым и не важным. Противоречит пункту 2 статьи 2.
10.	установление принципов, <u>приоритетных</u> направлений и	Выдвижение приоритетов обычно дело политики –

	системы мер противодействия коррупции;	концепций, планов действий. Рекомендательно не указывать приоритетные направления в законе.
11.	обеспечение четкой правовой регламентации деятельности системы государственных органов, законности и гласности такой деятельности, государственного и общественного контроля за ней;	Общее правило и очень косвенно относится к сфере действия законопроекта, рекомендуется укротить в целях лаконичности выдвинутых целей.
12.	совершенствование структуры государственного аппарата, кадровой работы и процедуры принятия решений, обеспечивающих защиту прав и законных интересов физических и юридических лиц;	Совершенствование структуры государственного аппарата, обычно задача законов определяющих структуру государственной власти и очень косвенно относится к сфере действия законопроекта.
13.	содействие реализации конституционного права человека и гражданина на доступ к информации о деятельности субъектов коррупционных правонарушений, в том числе о фактах коррупции, а также на их свободное распространение, включая средства массовой информации;	Реализации конституционного права человека и гражданина на доступ к информации обычно задача законов определяющих доступ к информации и очень косвенно относится к сфере действия законопроекта.
14.	- создание условий для неподверженности коррупции должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, а также лиц, приравненных к ним; - укрепление доверия населения к государству и его органам.	Самые значимые задачи, которые наиболее точно отражают смысл противодействия коррупции.
15.	Статья 3. Законодательство Республики Казахстан в сфере противодействия коррупции	
16.	3. Деятельность политических партий и других общественно-политических объединений, коммерческих и иных организаций, не являющихся государственными органами, органами местного самоуправления или их учреждениями в сфере противодействия коррупции определяется их уставами и иными учредительными документами.	Каждое государство должно рассматривать возможность принятия надлежащих законодательных и административных мер с тем, чтобы усилить прозрачность в финансировании кандидатур на избираемые публичные должности и, где это применимо, финансирование политических партий. Эти правила должны выдвигаться законом, но законопроект такого вида регулировку не предусматривает.

17.	3. Деятельность политических партий и других общественно-политических объединений, коммерческих и иных организаций, не являющихся государственными органами, <u>органами местного самоуправления</u> или их учреждениями в сфере противодействия коррупции определяется их уставами и иными учредительными документами.	К органам местного самоуправления должны выдвигаться такие же требования как к органам государственной власти. В первую очередь потому что местное самоуправление является частью публичной исполнительной власти на местном уровне так, как оно финансируется налогоплательщиками. Во-вторых, опыт многих стран показывает, что противодействие коррупции на муниципальном уровне более трудно разрешимая проблема, чем в государственной власти. Даже многие страны развитой демократии указывают, что решение хозяйственных вопросов, муниципальные закупки и управление финансовыми ресурсами самоуправления в условиях давления местных предпринимателей может повлечь за собой трудно управляемые риски коррупции.
18.	3. Деятельность политических партий и других общественно-политических объединений, коммерческих и иных организаций, не являющихся государственными органами, органами местного самоуправления или их учреждениями в сфере противодействия коррупции определяется <u>их уставами</u> и иными учредительными документами.	Коррупцию в частном секторе невозможно предотвратить только самоконтролем, в некоторых случаях нужны внешние требования, выдвинутые государством. Например, деятельность политических партий, в частности ограничения на финансирование частными или зарубежными лицами. Например, Конвенция ОЭСР, ввиду противодействия коррупции в международных сделках постановляет, что государство должно выдвинуть требования к предпринимателям ввести меры внутреннего контроля, чтобы сотрудники не давали взятки госслужащим в интересах предприятия. Рекомендуются в законопроекте установить такие правила, которые позволяют государству по необходимости выдвигать ограничения и к частному сектору.
19.	4. Уголовная, административная и дисциплинарная ответственность за коррупционные правонарушения устанавливаются законами Республики Казахстан.	

20.	Вариант 2: Уголовная и административная ответственность за коррупционные правонарушения и правонарушения и правонарушений за коррупцию устанавливаются законами Республики Казахстан.	Нет надобности исключать дисциплинарную ответственность, которая применяется в случаях малозначительных нарушений, например, в случае нарушения обязанности представления декларации, ограничений по поводу внеслужебной деятельности, занятия, или получения запрещённых подарков.
21.	Статья 4. Приоритетные сферы противодействия коррупции в Республике Казахстан	Выдвижение приоритетов обычно дело планирования политики – концепции, планы действий. Рекомендуется не указывать приоритетные сферы. С точки зрения планирования политики согласно опыту многих государств правоохранительные органы, налоговые и таможенные службы, и судебная власть являются первоочередными органами в установлении эффективного управления свободного от коррупции. К тому же - приоритетные сферы ничего не дают по отношению к общей сфере деятельности закона, потому эта статья является декларативной и рекомендательно должна быть составной частью документов планирования политики.
22.	1. Приоритетными сферами противодействия коррупции в Республике Казахстан являются: 1) государственная служба, служба в органах местного самоуправления; 2) судебная и правоохранительная деятельность; 3) контрольная и надзорная деятельность государственных органов; 4) регистрация и лицензирование видов деятельности, регистрация юридических лиц, экспертиза и сертификация товаров и услуг; 5) предоставление государственных услуг; 6) бюджетный процесс; 7) банковская деятельность, кредитование; 8) приватизация государственного имущества;	Классификация приоритетных сфер по отличающимся характеристикам - с одной стороны указываются органы власти (1), 2), 7)), с другой стороны в том же перечислении указываются процедуры (3), 4), 8)). Слишком подробно – нужно обобщение – приведённые примеры функций смешаны с чертами, характеризующими проявления коррупции. Не ясно, включается ли в число приоритетных сфер противодействия коррупции применение всех процедур административных наказаний и составление санкций вне правоохранительных органов, а также сбор налогов и других сборов.

	9) государственные закупки; 10) эмиссия государственных ценных бумаг; 11) земельные отношения; 12) деятельность коммерческих организаций и иных организаций; 13) реализация избирательных прав, деятельность политических партий; законотворчество.	Большинство государств решает проблему определения сферы деятельности превенции коррупции замещая подробно указание функций списком государственных служащих лиц и органов исполнительной и судебной власти, парламента и самоуправления, а также независимых государственных органов и публичных предприятий. К тому же обозначая всех субъектов одним термином и учреждения другим единым термином.
23.	2. Отнесение направления к числу приоритетных для реализации мер противодействия коррупции является основанием для разработки антикоррупционных стандартов и иных мер противодействия коррупции в соответствующей сфере.	Такая система создаёт много проблем по ограждению сфер действия этой нормы. Это оправдывается в том случае, когда список довольно ясный и обязывает сотрудника подавать декларацию. В ином случае возникает много проблем применения закона. Рекомендуется с одной стороны выдвигать обязательство руководству публичных органов внедрить такого рода мероприятия, которые ограничили бы возможности государственных должностных лиц этого учреждения подвергаться риску коррупции, а с другой стороны предстали бы свободу действий начальнику учреждения по установлению сфер противодействия коррупции. Такой подход обоснован тем, что правонарушения коррупционного характера могут совершаться в самых непредвиденных сферах деятельности, потому ограничения сфер может создать ненужные препятствия противодействию коррупции.
24.	Статья 5. Основные понятия, используемые в настоящем Законе	Основные понятия рекомендуются указать перед всеми статьями.
25.	В настоящем Законе используются следующие основные понятия:	
26.	1) <u>коррупция</u> – незаконное использование должностными и другими лицами, выполняющими государственные функции, лицами, приравненными к ним, а также лицами, занимающими ответственные	Первый вариант более обширный, хотя не охватывает частный сектор и ограничивает рамки определения коррупции. Самая распространённая проблема большинства стран восточной Европы и

	<u>государственные должности</u>, своих должностных (служебных) полномочий посредством принятия лично или через посредников имущественных и иных благ и преимуществ для себя или других лиц или организаций, а равно подкуп данных лиц путем противоправного предоставления им физическими и юридическими лицами указанных благ и преимуществ;	центральной Азии – впадание в детальное обсуждение субъектов активной и пассивной коррупции государственных органов или органов местного самоуправления, не обращая внимания на взяточничество и подкуп в частном секторе. Коррупция относится не только к злоупотреблению служебным положением государственными служащими лицами, но и ко всякого рода злоупотреблению вверенными полномочиями во всех секторах деятельности. Я надеюсь, что никто не оспорит факт, что риску взяточничества могут подвергаться и, например, судья арбитражного суда, спортивные судьи, независимые эксперты, мнение которых суд принимает во внимание, часто практикующий врач или учитель. (Уголовный кодекс, Статья 253. Коммерческий подкуп; Статья 422. Подкуп или принуждение к даче ложных показаний или уклонению от дачи показаний, ОПК, Статья 7. Субъекты коррупционных правонарушений)
27.	ВАРИАНТ: коррупция – получение или дача взятки, любое незаконное использование лицом своего статуса, сопряженное с получением выгоды (имущественная, льгота или преимущество, в том числе неимущественного характера) для себя или других лиц или организаций вопреки интересам государства и общества либо незаконное предоставление такой выгоды.	Сложно определить, что подразумевается под определением "незаконное использование лицом своего статуса". Обычно коррупция злоупотребление служебным положением или злоупотребление вверенными полномочиями. Незаконное использование лицом своего статуса в принципе может и расширить понятие коррупции, охватывая, например, все виды превышения полномочий - неуместное использование силы в правоохранительных органах и тому подобные ситуации. Для ясности сферы действия рекомендуется ограничиться только коррупцией.
28.	3) противодействие коррупции - деятельность субъектов противодействия коррупции в пределах их полномочий. -по предупреждению коррупции, в том числе по	В широком смысле этого слова субъектом противодействия коррупции является каждый руководитель учреждения или член общества, который сообщает о запросе взятки. Потому рекомендуется не

	выявлению и устранению причин коррупции (профилактика коррупции); по пресечению коррупционных правонарушений и ликвидации их последствий;	сужать деятельность по выявлению и устранению причин коррупции, только к специальным субъектам.
29.		то же самое, что указано в следующем 5) пункте этой статьи: надо исключить.
30.	4) предупреждение коррупции - деятельность субъектов противодействия коррупции по изучению, выявлению, ограничению и устранению причин и условий, порождающих коррупционные правонарушения или способствующих их распространению, путем разработки и внедрения системы превентивных мер, а также удерживанию от совершения коррупционных правонарушений;	В широком смысле этого слова субъектом противодействия коррупции является каждый руководитель учреждения или член общества, который сообщает о запросе взятки. Потому рекомендательно не сужать деятельность по выявлению, ограничению и устранению причин и условий, порождающих коррупционные правонарушения или способствующих их распространению, только к специальным субъектам.
31.	6) коррупционное правонарушение - противоправное виновное деяние (действие или бездействие), обладающее признаками коррупции, за которое законом установлена уголовная, административная или дисциплинарная ответственность;	Только в том случае, когда предельно ясно какие противоправные действия являются коррупцией. Например, много дискуссий по поводу превышения должностных полномочий в случае превышения силы, например, при соприкосновении при задержании.
32.	7) субъекты противодействия коррупции - государственные органы и органы местного самоуправления, организации независимо от форм собственности, общественные объединения и лица, уполномоченные в пределах своей компетенции на формирование и реализацию мер противодействия коррупции, а также отдельные физические лица;	Непонятно – в принципе правильно, если бы не узкая дефиниция субъектов коррупции. Потому рекомендуется не сужать деятельность по противодействию коррупции только к специальным субъектам.
33.	8) субъекты коррупционных правонарушений – указанные в настоящем Законе физические и юридические лица, чей статус может быть использован для получения выгоды (имущества, льгот и/или преимуществ, в том числе неимущественного характера) для себя или других лиц или организаций, вопреки интересам государства и общества либо незаконно предоставляющие такие выгоды;	Очень хорошая, всеобъемлющая дефиниция, в принципе охватывает все области коррупции, если бы не противоречила сужению субъекта в иных статьях – по поводу частного сектора – например, спортивные судьи, судья арбитражного суда, независимый эксперт, например, для дачи показаний в суде, коммерческие предприятия.

34.	9) лицо, уполномоченное на выполнение государственных функций, – государственный служащий в соответствии с законодательством Республики Казахстан о государственной службе, депутат маслихата;	Рекомендуется свести все к одному определению, например, (публичные) "должностные лица" как это употребляется, например, в статье 12.
35.	10) лицо, приравненное к лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций, – лицо, избранное в органы местного самоуправления; гражданин, зарегистрированный в установленном законом порядке в качестве кандидата в Президенты Республики Казахстан, депутаты Парламента Республики Казахстан или маслихатов, а также в члены выборного органа местного самоуправления; служащий, постоянно или временно работающий в органе местного самоуправления, оплата труда которого производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан; лицо, исполняющее управленческие функции в государственной организации или организации, в уставном капитале которой доля государства составляет более пятидесяти процентов, в том числе в национальном управляющем холдинге, национальном холдинге, национальной компании, национальном институте развития, акционером которых является государство, их дочерней организации, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которой принадлежит им, а также юридическом лице, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которого принадлежит указанной дочерней организации;	Рекомендуется включить все под одно определение, например, (публичные) "должностные лица" как это употребляется, например, в статье 12.
36.	11) должностное лицо – лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющее функции представителя власти либо выполняющее	Рекомендуется включить все под одно определение, например, (публичные) "должностные лица" как это употребляется, например, в статье 12.

	организационно-распорядительные административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан; 12) лицо, занимающее государственную должность – лицо, занимающее должность, которая установлена Конституцией Республики Казахстан, конституционными и иными законами Республики Казахстан для непосредственного исполнения функций государства и полномочий государственных органов, а равно лицо, занимающее согласно законодательству Республики Казахстан о государственной службе политическую должность государственного служащего, в том числе депутат Парламента, судья;	или функции в местном		Рекомендуется включить все под одно определение, например, (публичные) "должностные лица" как это употребляется, например, в статье 12.
37.				
38.	13) лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческой или иной организации, – лицо, постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления либо организацией, доля государства в которой составляет более пятидесяти процентов;	полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления либо организацией, доля государства в которой составляет более пятидесяти процентов;		Рекомендуется включить все под одно определение, например, (публичные) "должностные лица" как это употребляется, например, в статье 12.
39.	14) контрольные и надзорные функции государственных органов - осуществляемые государственными органами в пределах их полномочий функции по наблюдению и проверке на предмет соответствия деятельности проверяемых субъектов требованиям, установленным законодательством	Большинство государств не разъясняет разницу между "контрольные и надзорные функции", и сталкиваются с проблемой, что оговорка не понятна в применении. Рекомендуется разъяснить.		Большинство государств не разъясняет разницу между "контрольные и надзорные функции", и сталкиваются с проблемой, что оговорка не понятна в применении. Рекомендуется разъяснить.

	Республики Казахстан; 15) коррупционный риск – условия, при которых у должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности, имеется возможность для незаконного использования своего статуса, сопряженного с получением выгоды (имущества, льгот и/или преимуществ, в том числе неимущественного характера) для себя или других лиц, или организаций, вопреки интересам государства и общества.	Ограничены рамки определения коррупционного риска только к должностным лицам высшего уровня власти (должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности), исключая всех служащих и работающих органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и лиц частного сектора, которые могут подвергнуться коммерческому подкупу.
40.	16) конфликт интересов – ситуация, при которой личная заинтересованность (прямая или косвенная) должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности, негативно влияет или может повлиять на надлежащее исполнение им должностных (служебных) обязанностей и при которой возникает или может возникнуть противоречие между личной заинтересованностью лица и правами и законными интересами граждан, организаций, общества или государства, способное привести к причинению вреда правам и законным интересам граждан, организаций, общества или государства;	1. Конфликт интересов по смыслу отличается в зависимости от того, к деятельности какой группы применяется. Поэтому поводу в случае конфликта интересов круг субъектов может быть более узкий, специфический, чем в отношении коррупции. 2. Конфликт интересов в принципе это противоречия между служебными или должностными полномочиями в широком смысле этого понятия и всякого рода личными интересами лица принимающего решения самого. Поэтому ограничиваться только "правами и законными интересами граждан, организаций, общества или государства" не имеет смысла - всё равно это будет коллизия между полномочиями и личной заинтересованностью.
41.	ВАРИАНТ: конфликт интересов - противоречия между частными интересами лица и его служебными полномочиями, наличие которых может повлиять на объективность или беспристрастность принятия решений, а также на совершение либо несовершение действий при исполнении предоставленных ему служебных полномочий;	Рекомендуется поменять порядок терминов: конфликт интересов - противоречия между служебными полномочиями лица и его частными интересами, наличие которых может повлиять на объективность или беспристрастность принятия решений, а также на совершение либо несовершение действий при исполнении предоставленных ему служебных полномочий;
42.		

43.	18) показатели коррупционной пораженности - абсолютные и относительные показатели, характеризующие объем, интенсивность, структуру, динамику и территориальное распределение коррупционных правонарушений и лиц, их совершивших;	Имея ввиду что коррупция это латентная преступность, где в случае взаимного согласия и выгоды участвующих лиц не возможно выявление жертв, установление события или состава преступления, о которых стало бы известно правоохранительным органам и суду, не возможно выявить достоверных показателей.
44.	21) антикоррупционные стандарты - единые для обособленной сферы правового регулирования, приоритетной для реализации мер противодействия коррупции, гарантии, ограничения или запреты, обеспечивающие предупреждение или уменьшение воздействия коррупции на функционирование данной сферы;	Выдвижение приоритетов обычно относится к планированию политики – к концепциям, планам действий. Рекомендуется не указывать приоритетные направления в законе, но обобщить все направления государственной власти, которые подвергают риску коррупции по определённым признакам. Например, по таким признакам как: право сотрудников учреждений государства или самоуправления с полномочиями: 1) издавать правовые и административные акты, 2) осуществление функции надзора и контроля по исполнению требований нормативных актов, 3) дознания или наказания, 4) право распоряжение имуществом и финансовыми средствами государства или самоуправления. Также риску коррупции подвергаются сотрудники учреждений, которые имеют право 1) разрабатывать и принимать нормативные акты, и 2) которые имеют доступ к государственной тайне, конфиденциальной информации и информации ограниченного пользования. 3) осуществлять разведку; контрразведку; оперативную деятельность; обработку, анализ или защиту информации, полученной путём разведывательных, контрразведывательных или оперативных действий. Анализ проводить должен каждый, кто разрабатывает нормативно правовые акты.
45.	22) научная антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов -	

	Деятельность лиц, обладающих специальными знаниями, по выявлению и описанию коррупционных факторов в проектах нормативных правовых актов, а также по разработке рекомендаций, направленных на устранение или ограничение действия таких факторов; 23) антикоррупционный мониторинг - научная деятельность уполномоченных субъектов и участников по сбору, обработке, обобщению, анализу и оценке информации, касающейся эффективности антикоррупционной политики, состоящая из правоприменительной практики в сфере противодействия коррупции, а также восприятия и оценки уровня коррупции институтами гражданского общества;	Антикоррупционный мониторинг может проводить любой человек, организация или СМИ - смысл такого ограничения не понятен.
46.		
47.	Статья 6. Основные принципы противодействия коррупции	
48.	Противодействие коррупции осуществляется на основе:	
49.	2-1) свободного доступа к информации о деятельности субъектов коррупционных правонарушений;	Нужно расширить понятие о доступе к информации по поводу гласности деятельности должностных лиц и государственных и муниципальных учреждений в целом, не только по поводу отдельной информации.
50.	5) признания допустимости ограничений прав и свобод должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности, в соответствии с пунктом 1 статьи 39 Конституции Республики Казахстан;	Предлагаем дополнить правило, подчёркивая цель признания допустимости ограничений прав и свобод - начиная абзац с таким разъяснением: „с целью обеспечения подотчётности, прозрачности и честности деятельности государственных служащих ..”
	9) недопустимости делегирования полномочий на государственное регулирование предпринимательской деятельности физическим и юридическим лицам, осуществляющим такую деятельность, а также контроль за нею;	Непонятно, как данная статья относится к превенции коррупции так, как настоящее ограничение общего характера и относится к регламентации государственного управления. Возможно казус основан на местном опыте.

51.	10) недопустимости возложения на одного и того же субъекта противодействия коррупции ответственности за разработку, реализацию и контроль над реализацией мер противодействия коррупции;	Разделение ответственности - один из наиболее важных принципов взаимного контроля.
52.	11) признания повышенной общественной опасности коррупционных правонарушений, совершаемых должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности;	Такого рода признание, прежде всего, подчёркивается установлением более суровых санкций и подотчётности деятельности должностных лиц.
53.	Статья 7. Субъекты коррупционных правонарушений 1. За коррупционные правонарушения на основании настоящего Закона несут ответственность должностные и другие лица, выполняющие государственные функции, лица, приравненные к ним, а также лица, занимающие ответственные государственные должности.	
54.		Субъект сужен, исключая остальных служащих органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, служащих, работающих в органах местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и лиц частного сектора, которые могут подвергнуться коммерческому подкупу. По конвенции ООН, "публичное должностное лицо" означает: i) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе Государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; ii) любое другое лицо, выполняющее каковую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и

		как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника; iii) любое другое лицо, определяемое в качестве "публичного должностного лица" во внутреннем законодательстве Государства-участника. Тем не менее для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой II настоящей Конвенции, "публичное должностное лицо" может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника;
55.	2. К субъектам коррупционных правонарушений относятся также физические и юридические лица, осуществляющие подкуп должностных и иных лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, или лиц, приравненных к ним, а равно предоставляющие им противоправно имущественные блага и преимущества.	Субъект сужен , исключая лиц осуществляющих подкуп лиц частного сектора, которые могут подвергнуться коммерческому подкупу.
56.	Статья 8. Система мер по предупреждению коррупции.	
57.	2. К мерам по предупреждению коррупции относятся следующие меры	Перечень мероприятий не исчерпывает все возможные меры по пресечению коррупции, потому необходима оговорка, что могут внедряться и другие меры. Рекомендуется внести полный список мер в подзаконный акт, который возможно разработать более детально.
58.	в отношении должностных и других лиц, выполняющих государственные функции. лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности: учет принципов противодействия коррупции в	Субъект сужен , исключая остальных служащих органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, служащих, работающих в органах местного самоуправления, оплата труда которых

	организации деятельности государственных органов и государственных служащих; обеспечение транспарентности (прозрачности), открытости и доступности информации о деятельности субъектов коррупционных правонарушений; установление специальных требований к лицам, являющимся кандидатами на выполнение государственных функций;	производятся из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и лиц частного сектора, которые могут подвергнутся коммерческому подкупу.
59.	Статья 9. Система контроля в сфере антикоррупционной политики 1. В целях повышения эффективности реализации антикоррупционной политики в государстве создается единая <u>система контроля</u>, включающая государственный и общественный контроль.	Контроль, включая проверки, проведение исследований, преследование виновных лиц и наказание, является исключительной функцией государства. Общественный контроль может осуществляться только по мере внедрения профилактических мероприятий. Целесообразнее ввести децентрализованный контроль и обучение всех уровней власти.
60.	3. Общественный контроль осуществляется субъектами, не являющимися органами государственной власти и местного самоуправления, в пределах полномочий, предусмотренных законом. Объектами общественного контроля являются: соответствие деятельности органов государственной власти, местного управления и самоуправления, а также их учреждений настоящему Закону, иным нормативно-правовым актам Республики Казахстан, целям и принципам государственной антикоррупционной политики; соблюдение международных обязательств государства в сфере антикоррупционной политики; эффективность системы государственного регулирования в сфере антикоррупционной политики; эффективность использования бюджетных средств, выделяемых на финансирование антикоррупционной политики;	Общественный контроль может осуществляться только по мере внедрения профилактических мероприятий. Это не контроль, а мониторинг, превентивная акция.

	исполнение нормативных правовых актов в сфере реализации антикоррупционной политики.	
61.	Статья 10. Информационное обеспечение противодействия коррупции 2. Не является конфиденциальной и не может предоставлять коммерческую или банковскую тайну информация о: 2) трудоустройстве, выполнении работ, оказании услуг по гражданско-правовым соглашениям супруга (супруге) и близких родственников лиц, указанных в пункте 1 статьи 7, если иное не предусмотрено законами Республики Казахстан; 3) состоянии, структуре и динамике коррупционных правонарушений.	
62.		Во многих странах Европейского Союза, в соответствии с требованиями о защите персональных данных, информация в отношении личной собственности или коммерческой деятельности супругов и родственников должностных лиц, которые сами не занимают должность в государственном управлении, рассматривается как информация с ограниченным доступом.
Глава 2. Субъекты противодействия коррупции		
63.	Статья 12. Государственные органы, осуществляющие противодействие коррупции 2. Выявление, пресечение, предупреждение коррупционных правонарушений и привлечение лиц, виновных в их совершении, к ответственности в пределах своей компетенции осуществляется органами прокуратуры, национальной безопасности, внутренних дел, военной, налоговой, таможенной и пограничной службы, Счетным комитетом по контролю за исполнением республиканского бюджета. уполномоченным органом по финансовому мониторингу, уполномоченным органом по делам государственной службы, а также уполномоченным органом по противодействию коррупции в Республике Казахстан. Указанные органы обязаны принимать меры по	Взаимно перекрывающиеся с уголовным законом или с законами определяющим компетенцию правоохранительных органов правовое регулирование.
64.		

	обеспечению доступа к ним населения для представления сообщений, в том числе анонимно, о коррупционных правонарушениях. 4. Президент Республики Казахстан вправе образовывать Национальный уполномоченный орган по борьбе с коррупцией, определить его статус и полномочия.	Конвенция ООН предусматривает, что создание специального органа борьбы с коррупцией обязательно, но обязательно наличие органа или лиц, специализирующихся на борьбе с коррупцией. Опыт многих стран показывает, что борьба с коррупцией более эффективна если установлен специальный орган. Конвенция ООН, Статья 36. предусматривает, что каждое государство обеспечивает наличие органа или органов, или лиц, специализирующихся на борьбе с коррупцией с помощью правоохранительных мер. Такому органу или органам, или лицам обеспечивается необходимая самостоятельность с тем, чтобы они могли выполнять свои функции эффективно и без какого-либо ненадлежащего влияния. Такие лица или сотрудники такого органа или органов должны обладать надлежащей квалификацией и ресурсами для выполнения своих задач.
65.	Статья 13. Уполномоченный орган по противодействию коррупции в Республике Казахстан 1. В компетенцию уполномоченного органа по противодействию коррупции в Республике Казахстан входят:	Обеспечение наличия органа, осуществляющего предупреждение коррупции соответствует обязательному требованию Конвенции ООН, статья 6. Государство должно обеспечить органу необходимую самостоятельность с тем чтобы такой орган мог выполнять свои функции эффективно и в условиях свободы от любого ненадлежащего влияния. Следует обеспечить необходимые материальные ресурсы и специализированный персонал, а также такую подготовку персонала, которая может потребоваться для выполнения возложенных на него функций. Статья законопроекта не соответствует требованию самостоятельности конвенции.
66.		

67.	принятие мер по предупреждению и пресечению коррупции, <u>осуществление оперативно-розыскных мероприятий и уголовного преследования коррупционных правонарушений</u>;	Этот пункт переписывается с 4 пунктом статьи 12. Если в компетенцию органа входят уголовно процессуальные действия по раскрытию преступности, то это уже борьба с коррупцией. Рекомендуется расширить компетенцию этого органа <u>на привлечение к ответственности за нарушения правил данного законопроекта</u> субъектов закона. Такого рода меры карательного характера, но без надзора норм закона почти невозможно внедрить.
68.	координация деятельности государственных органов, неправительственных и международных организаций и иных субъектов противодействия коррупции; анализ эффективности мер по противодействию коррупции, принимаемых в Республике Казахстан, подготовка предложений Президенту, Парламенту и Правительству Республики Казахстан по совершенствованию антикоррупционной политики; внесение предложений Президенту Республики Казахстан о разработке и разработке по его поручению Государственных программ по противодействию коррупции, контроль за ходом и результатом исполнения этих программ;	В компетенцию органа должно входить <u>проведение политики</u>, отражающей принципы правопорядка, надлежащего управления публичными делами и публичным имуществом, честности и неподкупности, прозрачности и ответственности, и, в надлежащих случаях, осуществление надзора и координации проведения такой политики; (Конвенция ООН, статья 6, пункт а)). Статья законопроекта в целом соответствует требованию конвенции.
69.	принятие мер по предупреждению коррупции в сфере деятельности коммерческих организаций, в том числе, путем внедрения стандартов бухгалтерского учета и аудита, и установления эффективных гражданско-правовых, административных или уголовных санкций за несоблюдение таких мер; осуществление деятельности по предупреждению коррупции, антикоррупционное воспитание населения, активное сотрудничество с гражданским обществом в целях массовой пропаганды антикоррупционной культуры;	Рекомендуется расширить понятие коммерческих организаций, заменив определением "частный сектор", потому что многие субъекты подкупа могут действовать индивидуально, например спортивные судьи.
70.	обеспечение подготовки, усовершенствования и	В компетенцию органа должно входить <u>расширение и</u>

	переподготовки кадров; выработка предложений по приведению нормативных правовых актов Республики Казахстан в соответствие с международными положениями в данной области; развитие отношений с аналогичными зарубежными службами.	распространение знаний по вопросам предупреждения <u>коррупции</u> . (Конвенция ООН, статья 6, пункт b)). Статья законопроекта соответствует требованию конвенции.
71.	Статья 15. Гарантии лицам, оказывающим содействие в противодействии коррупции 6. Правила настоящей статьи не распространяются на лиц, сообщивших заведомо ложную информацию, которые подлежат уголовной ответственности в соответствии с законом.	Имея ввиду, что прямые доказательства о коррупционных правонарушениях могут быть доступны только тем, кто проводит оперативное следствие или прямым свидетелям, государству нужна хотя бы косвенная информация насчёт возможных правонарушений, чтобы не тратить силы работая в неправильном направлении. Так как все заявления являются информацией ограниченного доступа, то сообщение даже неоправданных фактов (иногда просто недоказуемых) не создаёт никакой вред чести и достоинству должностного лица. Коррупция очень латентное преступление, потому всякого рода ограничения и угрозы насчёт санкций, если доставленная информация окажется недоказуемой, создает сопротивление сообщать вообще. Боязнь того что, кто-то посчитает, что информация заведомо ложная, очень демотивирующий фактор, который государству нужно избегать. Учитывая, что засекреченное сообщение любой информации не вызывает никакого вреда, рекомендуется пересмотреть уголовные правила, которые распространяются на лиц, сообщивших информацию.
72.		
Глава 3. Меры по предупреждению коррупции в отношении должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности		

73.	Статья 16. Учет принципов противодействия коррупции в организации деятельности государственных органов и государственных служащих	
74.	1. Организация деятельности государственных органов и государственных служащих обеспечивается положениями законодательства Республики Казахстан, которые предусматривают: строгое разграничение полномочий органов государственной власти и государственных служащих, основанное на принципах прозрачности и объективности; государственный контроль за деятельностью органов государственной власти и государственных служащих; совершенствование структуры государственной службы и процедуры разрешения проблем, затрагивающих интересы физических и юридических лиц;	Данные правила относятся к законам об организации государственной структуры и только косвенно к противодействию коррупции. Рекомендуется установить такого вида правила только в одном законе.
75.	Материальную основу и социальные гарантии осуществления деятельности в зависимости от компетенции и ответственности, соответствующих должности;	Данные правила относятся к законам о системе оплаты труда в государственной службе и требуют наиболее детальное определение компетенции, заработной платы должностных лиц и определенных рамки заработной платы. Рекомендуется установить такого вида правила только в одном законе или подзаконном акте.
76.	разработка и пропаганда антикоррупционных кодексов поведения для надлежащего выполнения государственных функций; поощрение безупречной службы в государственных органах и органах местного управления и самоуправления;	Статьей 8 Конвенции ООН предусмотрено что в целях борьбы с коррупцией каждое государство поощряет, среди прочего, неподкупность, честность и ответственность своих публичных должностных лиц, применяя кодексы или стандарты поведения для правильного, добросовестного и надлежащего выполнения публичных функций имея в виду, например Международный кодекс поведения государственных

		должностных лиц, содержащийся в приложении к резолюции 51/59 Генеральной Ассамблеи от 12 декабря 1996 года.
77.	2. Исполнение государственных должностей обеспечивается:	
78.	соблюдением деонтологических правил в органах публичной власти посредством применения дисциплинарных и других мер в отношении лиц, нарушающих установленные нормы;	Правила профессиональной этики часто ориентированы на ценности и потому дискреционного характера. Например, мнения насчёт беспристрастности или справедливости могут сильно различаться. Потому дисциплинарная ответственность за такие нарушения может представляться только в крайней ситуации в случаях очень грубых нарушений. Рекомендуется указать оговорку: «применения дисциплинарных мер в случаях очень грубых нарушений»
79.	знанием и строгим соблюдением <u>нормативных правовых актов</u> , регламентирующих деятельность государственных служащих; утверждением мер, поощряющих информирование государственных служащими о ставших им известными фактах коррупции.	Рекомендуется указать, что относится не только к знанию и строгому соблюдению нормативных правовых актов, но и к правилам поведения.
80.	Статья 18. Деятельность, несовместимая с выполнением государственных функций	
81.	1. Должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности (за исключением депутатов местных исполнительных органов, осуществляющих свою деятельность не на постоянной или освобожденной основе), запрещается заниматься другой оплачиваемой деятельностью, <u>кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности</u>	Насчёт педагогической, научной и иной творческой деятельности возникает очень много дискуссий, если эти термины не разъяснены, какие именно действия под ними подразумеваются. Наибольшие проблемы возникают в связи с педагогической деятельностью потому, что профессиональную квалификацию педагога получают только те, которые проходят специальную педагогическую подготовку в Вузах и получают квалификацию учителя. Учитывая, что государственные служащие в большинстве случаев не совмещают свою должность с преподаванием в школе, а на разных курсах

		или мероприятиях, которые не являются частью образовательной системы, рекомендуется более точно указать, что именно имеется в виду. Например, "педагогическая деятельность и преподавание", или "педагогическая деятельность, не включая преподавание". Преподавание занимает много рабочего времени, потому необходимо указать, что исполнение таких обязанностей не должно оставлять отрицательных последствий на исполнение прямых обязанностей и быть дозволено только с согласованием с вышестоящим руководителем. Разъяснение необходимо и для понятия творческой деятельности, потому что во многих случаях, чтобы обойти ограничения, должностные лица отзываются на творческую деятельность.
82.	2. ...	
	В случае приобретения акций лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, обязаны передать их в доверительное управление в течение месяца со дня приобретения в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, и представить в кадровую службу по месту работы копию нотариально удостоверенного договора на доверительное управление имуществом в течение десяти рабочих дней после нотариального удостоверения договора.	Такого рода очень строгие ограничения, которые создают препятствия реализовать права на собственность и установленны Конституцией, могут создать и противоположный ожидаемому результат. Не отрицая что большинство госслужащих поступят по правилам закона, все-таки могут быть и такие лица, которые просто не захотят передавать свое имущество в распоряжении других лиц. Традиционно государства запрещают госслужащим совмещать должности, в том числе заниматься управлением коммерческих предприятий, но дозволено иметь собственность, в отношении которой запрещено принятие решений в качестве госслужащего. Таким образом устанавливается открытая система где с одной стороны доступна информация о собственности госслужащих, с другой стороны запрет должностному лицу при исполнении обязанностей осуществлять функции надзора, контроля или наказания, заключать договора или вести другую
83.	5. Лица, указанные в пункте 1 настоящей статьи, за исключением лиц, указанных в пункте 2 настоящей статьи, в течение месяца после вступления в должность обязаны передать в доверительное управление на время выполнения этих функций в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан, принадлежащее им имущество,	

	использование которого влечет получение доходов, за исключением денег, облигаций, паев открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов, законно принадлежащих этим лицам, а также имущества, переданного в имущественный наем. Договор на доверительное управление имуществом подлежит нотариальному удостоверению.	деятельность, в отношении вопросов которые касаются личной или имущественной заинтересованности этого должностного лица или его родственников.
84.	Статья 20. Ограничения на принятие решений	
85.	1. Должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, запрещается подготавливать и принимать решения, касающиеся:	
86.	1) самих себя и своих близких родственников; супруга (супруги);	Обычно государства более подробно определяют, какие конкретно родственники подразумеваются под термином "близкие родственники", чтобы не было недоразумений.
87.	3) физических или юридических лиц, от которых лицо или его родственники, супруг (супруга) получают доход любого рода, кроме дохода от капитала в компаниях, если доля капитала не превышает одного процента капитала соответствующей компании; предпринятий (компаний), где лицо или его близкие родственники, супруг (супруга) являются членами руководства или ревизионных органов либо владеют более чем одним процентом капитала.	Не точно определены рамки получения дохода. В других странах определяются более точные рамки времени получения дохода, например, во время предыдущих двух лет или 24/12 месяцев.
88.	Статья 22. Ограничения на принятие подарков	
89.	1. При исполнении служебных обязанностей должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, запрещается принимать подарки за исключением случаев, предусмотренных в пунктах 2, 3 настоящей статьи.	Ограничения на принятие подарков вне служебной деятельности. Почти невозможно провести грань между подарками и взятками, особенно если дарения служат существенной ценности. А подарки или дарения могут приниматься не только при исполнении служебных обязанностей, но и вне служебной деятельности. Потому необходимо ввести общего порядка ограничения на

		принятие подарков и вне служебной деятельности от таких лиц, которые являются заинтересованной стороной в решениях должностного лица или учреждения, которое должностное лицо представляет.
90.	2. При выполнении служебных обязанностей должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, разрешается принимать символические знаки внимания и символические сувениры в соответствии с общепринятыми нормами вежливости и гостеприимства или при проведении протокольных и иных официальных мероприятий, стоимостью до 10 месячных расчетных показателей. 3. При выполнении служебных обязанностей должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, разрешается принимать дипломатические подарки и подарки с официальным вручением: 1) во время официального или рабочего визита за границу; 2) по случаю национальных праздников Республики Казахстан и памятных дат; 3) по случаю юбилея общегосударственного или местного правительственного органа или предприятия (компании), где работает должностное лицо; или 4) по случаю других событий, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.	Термин "символические знаки внимания и символические сувениры" довольно неопределенное обозначение, которое необходимо уточнить максимальной стоимостью такого подарка. Разные страны указывают разные пороги - в восточной Европе более высокие, западные страны указывают очень низкие - до 10 евро.
91.	1) во время официального или рабочего визита за границу; 2) по случаю национальных праздников Республики Казахстан и памятных дат; 3) по случаю юбилея общегосударственного или местного правительственного органа или предприятия (компании), где работает должностное лицо; или 4) по случаю других событий, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.	Подарки, полученные как дипломатические подарки и во время официального или рабочего визита за границу; являются собственностью органа публичной власти.
92.	Статья 24. Ограничения на рекламу Должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к	Ограничения на рекламу одни из самых наименее используемые государствами специальные ограничения для государственных служащих лиц. Хотя бывают

	ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, разрешается принимать запрещається осуществлять какие-либо действия, связанные с рекламой, и разрешать использование своего имени в рекламе, кроме как в случаях, когда это входит в служебные обязанности должностного лица. Примечание. В настоящем Законе реклама – любого рода публичная огласка личной оценки в отношении конкретного предприятия (компаний) или произведенных им (ею) товаров или предоставляемых им (ею) услуг, если должностное лицо получает за это вознаграждение.	ситуации, когда госслужащие злоупотребляют служебным положением и продвигают коммерческие продукты, НПО или политические партии. Такого вида ограничения являются частью казуистического подхода, когда вводятся много конкретных ограничений (например, подход Латвии), а не вводятся общие понятия и правила деонтологии и этического поведения, из которых следует общий вывод ограничений для чиновников, запрещающая в любом случае использовать служебное положение в корыстных целях, или либо в своих или любого другого человека политический или экономических интересах. Выбор вида воздействия на неэтичное поведения конечно в усмотрении каждого государства, но вышеупомянутая оценка подхода указывает на необходимость заострить внимание на то, в какой мере законопроект даёт достаточно чёткие единые правила для должностных лиц в любом случае при принятии решений о конкретных действиях рассмотреть общие интересы службы и оценить ущерб, если их поведение будет неэтично.
93.	Статья 25. Меры финансового контроля 1. В целях осуществления мер финансового контроля лица, определенные настоящей статьей, представляют: 1) декларацию об активах и обязательствах физического лица; 2) декларацию о доходах и имуществе физического лица. 94. 2. Декларацию об активах и обязательствах физического лица представляют следующие лица: 1) кандидаты в Президенты Республики Казахстан, в депутаты Парламента Республики Казахстан и	Нужно запомнить, что главная цель противодействия коррупции — это предотвратить влияние или подозрения о влиянии личных и финансовых интересов чиновника на беспристрастное принятие решений. Поэтому большинство стран с многолетними традициями декларирования, требуют от госслужащих декларировать интересы в широком смысле этого понятия, включая финансовые интересы (активы, обязательства, доходы, имущество) и остальные личные интересы (например, должности в неправительственных организациях, включая политические, крупные финансовые интересы членов семьи, неплатёжеспособность, социальные или

	масштабов, а также в члены выборных органов местного самоуправления, и их супруги - до регистрации в качестве кандидата. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на первое число месяца начала срока выдвижения; 2) лица, вступившие в исполнение обязанностей государственного служащего на основании положительного заключения конкурсной комиссии в соответствии с законодательством Республики Казахстан о государственной службе, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты вступления в должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату вступления в должность; 8) лица, указанные в подпунктах 1)-7) настоящего пункта, которые прекратили выполнение государственных функций, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты прекращения исполнения обязанностей. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату прекращения исполнения обязанностей.	личные связи, которые могут повлиять на выполнение обязанностей, участие в судебных разбирательствах и др.). Имея в виду личный характер некоторой информации, не вся информация должна стать публично доступной. Статья 8, Конвенции ООН гласит, что государство должно стремиться устанавливать меры и системы, обязывающие публичных должностных лиц представлять соответствующим органам декларации, среди прочего, о внеслужебной деятельности, занятиях, инвестициях, активах и о существенных дарах или выгодах, в связи с которыми может возникнуть коллизия интересов в отношении их функций в качестве публичных должностных лиц. Не понятно, почему нужны две отдельные декларации (предполагаю, что одна первичная, другая ежегодная или актуализированная по мере изменений, но это в законопроекте не указано).
95.		Вид и форма декларирования полностью относятся к усмотрению государства. Но имея в виду, что декларирование всегда принимается как обременение, рекомендуется вводить такие процедуры, которые приводят к наименьшему административному бремени. Поэтому рекомендуется для пяти групп (смотрите сравнение в следующей строке) субъектов

		декларирования, которые должны подавать и Декларацию об активах и Декларацию о доходах и имуществе, объединить в одной общей декларации. Также рекомендуется внедрить электронную форму декларирования.
Сравнение субъектов обеих деклараций: очевиден повтор информации		
96.	2. Декларацию об активах и обязательствах физического лица представляют следующие лица: 3) должностные лица, депутаты Парламента и маслихатов, судьи, государственные служащие, за исключением лиц, представивших декларацию об активах и обязательствах физического лица в соответствии с подпунктом 2) настоящего пункта - в течение десяти календарных дней с даты назначения (избрания) на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения (избрания) на должность;	3. Декларацию о доходах и имуществе физического лица представляют следующие лица: 1) должностные лица, депутаты Парламента и маслихатов, судьи, государственные служащие, и их супруги;
97.	4) первые руководители, заместители первого руководителя государственных организаций или организаций, в уставном капитале которой доля государства составляет более пятидесяти процентов, в том числе национальных управляющих холдингов, национальных холдингов, национальных компаний, национальных институтов развития, акционером которых является государство, их дочерних организаций, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которой принадлежит им, а также юридических лиц, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежит указанной дочерней организации, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты	2) первые руководители, заместители первого руководителя государственных организаций или организаций, в уставном капитале которой доля государства составляет более пятидесяти процентов, в том числе национальных управляющих холдингов, национальных холдингов, национальных компаний, национальных институтов развития, акционером которых является государство, их дочерних организаций, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которой принадлежит им, а также юридических лиц, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежит указанной дочерней организации, и их супруги

назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность; 5) избранные в органы местного самоуправления, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты избрания на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату избрания на должность; 6) служащие органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность; 7) служащие Национального Банка Республики Казахстан и его ведомств, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность;	назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность; 5) избранные в органы местного самоуправления, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты избрания на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату избрания на должность; 6) служащие органов местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность; 7) служащие Национального Банка Республики Казахстан и его ведомств, и их супруги - в течение десяти календарных дней с даты назначения на должность. При этом, сведения в декларации об активах и обязательствах физического лица указываются по состоянию на дату назначения на должность;	3) избранные в органы местного самоуправления, и их супруги; 4) служащие, работающие в органах местного самоуправления, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан, и их супруги; 5) служащие Национального Банка Республики Казахстан и его ведомств, и их супруги.
98.	1. Декларация об активах и обязательствах физического лица и декларация о доходах и имуществе физического лица составляется в соответствии с положениями налогового законодательства и представляется по форме, в сроки и порядке, определенные налоговым законодательством Республики Казахстан.	Имея в виду, что субъектами декларирования являются депутаты Парламента и судьи, которые принадлежат к законодательной и судебной власти и подчиняются только закону, считаю, что декларация должна составляться не в соответствии с подзаконными актами или внутренними правилами одного учреждения исполнительной власти, а в соответствии с законом. В соответствии с правовой системой Республики Казахстан

		законодатель может подробно делегировать правительству разработать более точную форму декларации, но основные позиции должны быть установлены законом.
99.	7. Непредставление декларации об активах и обязательствах физического лица и (или) декларации о доходах и имуществе физического лица или представление неполных, недостоверных сведений в таких декларациях лицами, указанными в пунктах 2, 3 настоящей статьи (за исключением лиц, указанных в подпункте 8) пункта 2 настоящей статьи), если в содеянном не содержится признаков уголовного наказания, является основанием для отказа в наделении лица соответствующими полномочиями либо влечет дисциплинарную ответственность в предусмотренном законом порядке. Положения настоящего пункта не применяются в случае представления неполных, недостоверных сведений по имуществу, налоговое обязательство по которому исполнено в соответствии с налоговым законодательством Республики Казахстан. 8. Деяния, указанные в пункте 7 настоящей статьи, совершенные умышленно, а также совершенные неоднократно, влекут административную ответственность, налагаемую в установленном законом порядке.	Соответствует Конвенции ООН, где предусмотрено, что каждое государство должно рассматривать возможность принятия дисциплинарных или других мер в отношении публичных должностных лиц, которые нарушают кодексы или стандарты, установленные в соответствии с настоящей статьей.
100.	6. Информация о представлении декларации об активах и обязательствах физического лица или декларации о доходах и имуществе физического лица лицами, указанными в пунктах 2, 3 настоящей статьи размещается на сайте уполномоченного органа в порядке, установленном налоговым законодательством Республики Казахстан.	Имея в виду, что ни одна международная конвенция не требует, чтобы декларации были бы публично доступны, правила законопроекта о возможности опубликовать сведения по усмотрению учреждения не противоречат международным стандартам, все таки опыт многих стран трансформации на демократическое правление показывает, что доступность информации об интересах

	9. В порядке, установленном законодательством, могут быть опубликованы сведения о размерах и об источниках дохода должностных лиц, занимающих ответственные государственные должности, а также сведения о доходах кандидатов на выборные государственные должности при их выдвижении.	государственных служащих очень важна и для подотчётности лиц, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета, и для поднятия уровня доверия общества. Информация о финансовом состоянии, принадлежащей недвижимости, ежегодных доходах и их источниках, а также имена близких взрослых родственников самых высших должностных лиц государства (должностные лица, депутаты Парламента и маслихатов, судьи, государственные служащие), должна быть доступна всем членам общества. Иначе общество ни поверит, что у государства есть истинные намерения предупредить коррупцию.
101.	11. Поступающие в органы налоговой службы сведения, предусмотренные настоящей статьей, составляют служебную и налоговую <u>тайну</u>. Их разглашение органами налоговой службы, если в содеянном не содержится признаков уголовного наказания, влечет установленную законом административную ответственность или увольнение виновного лица. Данные сведения представляются по запросам органов, указанных в пункте 2 статьи 12 настоящего Закона, и суду в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан. 12. Сведения, составляющие служебную и налоговую тайну, представляются уполномоченному органу по финансовому мониторингу в целях и порядке, предусмотренных законодательством Республики Казахстан о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных незаконным путем, и финансированию терроризма. 13. Запрещается опубликовывать адрес места проживания и индивидуальный идентификационный	Вся поступающая декларируемая информация не может быть тайной. Например, почти во всех странах обеспечивается свободный доступ к информации о владельцах всех объектов недвижимости в стране. Насчёт доходов государственных служащих лиц из государственного бюджета - вся информация о затратах из казны общедоступная информация. Государство должно быть открыто насчёт всех госзакупок, затрат на оплату труда или других контрактов.

	номер лица, его родственников и других лиц, названных в декларациях.	
102.	Статья 26. Предотвращение и урегулирование конфликта интересов на государственной службе	Закон не предусматривает правила по предотвращению и урегулированию конфликта интересов в других сферах деятельности государственных служащих, оплата труда которых производится из средств государственного бюджета Республики Казахстан. Самое важное - должностные лица, работающие в самоуправлении и судебной власти. Особые меры, которые радикально отличаются по составу и процедуре должны относиться и к законодательной власти.
103.	4. Предотвращение или урегулирование конфликта интересов может состоять в <u>изменении должностного или служебного положения государственного служащего</u> , являющегося стороной конфликта интересов, вплоть до его отстранения от исполнения <u>должностных (служебных) обязанностей</u> в установленном порядке, и (или) в отказе его от выгоды, явившейся причиной возникновения конфликта интересов	Имея в виду, что должностное лицо не совершало никакого рода нарушения, если только своевременно заявило о возникшей ситуации конфликта интересов, в таком случае изменение должностного или служебного положения государственного служащего или отстранение от исполнения должностных (служебных) обязанностей в целом это чрезмерные меры, неадекватная реакция на ситуацию, которую невозможно решить путём отвода или самоотвода государственного служащего от выполнения обязанностей только в ведении одного конкретного дела.
104.	5. Предотвращение и урегулирование конфликта интересов, стороной которого является государственный служащий, осуществляются путем отвода или самоотвода государственного служащего в случаях и порядке, предусмотренных законодательством Республики Казахстан.	Отвод или самоотвод государственного служащего должен быть наиболее часто используемой процедурой для предотвращения конфликта интересов .
105.	6. Урегулирование конфликтов интересов осуществляется функционирующей при уполномоченном органе по управлению государственной службой Республики Казахстан Комиссией по урегулированию конфликт интересов,	Ради ясности нужно уточнить, что пункт 6 статьи 26 относится к урегулированию конфликтов интересов в ситуациях, когда возникают споры в исполнительной власти.

	порядок образования и правила работы которой определяется Правительством Республики Казахстан. 7. В случае если государственный служащий владеет ценными бумагами, акциями (долями участия, паями в уставных (складочных) капиталах организаций), он обязан в целях предотвращения конфликта интересов передать принадлежащие ему ценные бумаги, акции (доли участия, пай в уставных (складочных) капиталах организаций) в доверительное управление в соответствии с законодательством Республики Казахстан.	По усмотрению государства могут вводиться самые разные меры, но, если меры чрезвычайно ограничивающие, тогда они могут вызывать отрицательный эффект (сокращение активов, ложь). Например, имущественные права на собственность сами по себе не создают конфликт интересов. Коллизия интересов возникает только тогда, когда должностное лицо при исполнении своих обязанностей может как-то повлиять на объекты, которые он имеет. Поэтому ограничивать нужно не собственность, но свободу использования полномочий.
Глава 4. Иные меры предупреждения коррупции		
107.		Все упомянутые меры по предупреждению коррупции целесообразны, но не структурированы. Лучше всего создать структуру, основываясь на рамках модели COSO (www.coso.org).
	Статья 29. Анализ риска коррупции 1. Участки деятельности государственного органа или органа местного самоуправления, отнесенные к особенно подверженным коррупции на основании критериев, установленных пунктом 2 настоящей статьи, равно как и системы надзора за этими участками <u>могут быть подвергнуты анализу риска коррупции, порядок осуществления которого устанавливается</u> Правительством Республики Казахстан.	Анализ риска коррупции обязательно должно проводить руководство каждого государственного органа самостоятельно без внешнего указания и при наличии признаков возможности возникновения риска коррупции или конфликта интересов принять меры по предотвращению возможных негативных последствий. Если создатели законопроекта имели ввиду специальный внешний аудит рисков коррупции в других государственных органах, который производит уполномоченный орган по предотвращении коррупции (следующие пункты правил это не подтверждают), например, по подобию Центральной службы по предупреждению коррупции Франции или Антикоррупционного агентства Сербии, специальные
108.		

	2. Решение о необходимости проведения анализа риска коррупции по участкам деятельности государственного органа или органа местного самоуправления принимает уполномоченный государственный орган по противодействию коррупции в Республике Казахстан на основе оценки соответствия деятельности государственного органа или органа местного самоуправления одному или нескольким из следующих критериев: 1) в нарушение порядка, установленного законом, предпринимались попытки оказать влияние на должностных лиц государственного органа или органа местного самоуправления на принятие ими решений; 2) были выявлены связанные с коррупцией преступления в других государственных органах или органах местного самоуправления, функции которых сходны с функциями рассматриваемой организации; 3) принятие решений связано с имущественными или иными выгодами для лица, услуги которому оказываются рассматриваемой организацией; 4) были выявлены нарушения установленного порядка (например, при распределении бюджетных средств, размещении заказов и принятии других решений); 5) государственный орган или орган местного самоуправления является администратором бюджетных средств; 6) в деятельности рассматриваемого государственного органа или органа местного самоуправления Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета или другим контрольным,	подразделения правоохранительных органов рекомендуются это точно указать. Все указанные позиции необходимы и адекватны, но очень детальные и по своему роду действия очень вероятно, возможно, потребуются их дополнить или уточнить, потому больше подходят для внутренней методики или процедуры деятельности конкретного органа, нежели законопроект.

	или надзорным органом были обнаружены нарушения; 7) имеются другие сведения, свидетельствующие о признаках коррупции в деятельности рассматриваемого государственного органа или органа местного самоуправления (данные оперативной розыскной деятельности, жалобы и сообщения граждан, публикации средств массовой информации или другие источники);	
110.	3. После принятия решения о необходимости проведения анализа риска коррупции по участкам деятельности государственного органа или органа местного самоуправления в порядке, предусмотренном пунктом 2 настоящей статьи, руководитель государственного органа либо органа местного самоуправления должен определить участки деятельности указанного органа, особенно подверженные коррупции. Участок деятельности государственного органа или органа местного самоуправления должен считаться особенно подверженным коррупции, если он соответствует одному или нескольким из следующих критериев: 1) на этом участке деятельности было совершено коррупционное преступление, 2) его основными функциями являются управление и контроль; 3) отсутствуют детальное регламентирование задач и функций, равно как и порядок выполнения служебных обязанностей и принятия решений должностными лицами; 4) ответственная деятельность связана с предоставлением или ограничением разрешений, лицензий, привилегий и других дополнительных прав, и	Ограничены возможности государственных органов и прямых начальников. Опыт многих государств доказал, что наиболее эффективные методы борьбы с коррупцией связаны не столько с пугающими санкциями чем с надзором начальства. Надзор конфликтов интересов и противозаконных действий, подчинённых проводимый непосредственным начальником возможен, если он имеет достаточно информации и прав действовать. В законопроекте установлена ответственность всех государственных органов и должностных лиц за противодействие коррупции в пределах своей компетенции. Но не предусматриваются полномочия руководителей по применению мер контроля финансовой и личной заинтересованности подчинённых. Руководителю нужен определённый уровень свободы действий, чтобы эффективно выполнять свои обязанности по надзору за подчинёнными и пресечению правонарушений.

	преимуществ; 5) большая часть решений не требует утверждения другого государственного органа либо органа местного самоуправления; 6) имеется доступ к информации, отнесенной к государственной или профессиональной тайне; 7) при предшествующих анализах риска коррупции были выявлены случаи противоправного поведения. 5. По итогам анализа риска коррупции руководитель государственного органа либо органа местного самоуправления представляет отчет уполномоченному государственному органу по противодействию коррупции с предложениями о дополнительных мерах по предупреждению коррупции. 6. Субъекты противодействия коррупции должны способствовать формированию у населения этического стандарта нетерпимого отношения к любым формам и проявлениям коррупции на всех уровнях.	
111.		Нетерпимость к коррупции следует поощрять не только субъектам противодействия коррупции, но всем государственным органам.
112.	Статья 32. Антикоррупционное просвещение и информирование общественности	
113.	3. Государственные органы и органы местного самоуправления обязаны информировать население посредством средств массовой информации, а также другими способами о своих действиях по противодействию коррупции.	Рекомендуется расширить регулирование включая в себя разработку учебных программ для школ и вузов.
Глава 5. Антикоррупционные стандарты приоритетных сфер противодействия коррупции		
114.	Статья 33. Антикоррупционные стандарты в сферах государственной службы, службы в органах местного самоуправления	
115.	В целях предупреждения коррупции среди лиц, указанных в пункте 1 статьи 7 настоящего Закона, при принятии законов и иных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих сферы государственной	

	службы, службы в органах местного самоуправления, требуется учет:	
116.	1) гарантий на: поощрение должностных и других лиц, выполняющие государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также, лиц, занимающих ответственные государственные должности, за безупречное исполнение своих полномочий, честность и неподкупность, в том числе при решении вопросов представления к государственным наградам, почетным званиям, воинским и специальным званиям, классным чинам и иным знакам отличия; предоставление преимуществ при назначении на более высокие государственные должности, продвижении по государственной службе, имеющим поощрения за безупречное исполнение своих полномочий, честность и неподкупность;	Поощрение должностных и других лиц за нормальную службу странное предложение, которому трудно найти оправдание в тех случаях, когда большинство чиновников не берут взятки.
117.		Такого рода предоставление преимуществ при назначении не соответствует международным стандартам. По Конвенции ООН, Статья 7, государство должно создавать, поддерживать и укреплять такие системы приёма на работу, набора, прохождения службы, продвижения по службе и выхода в отставку гражданских служащих и, в надлежащих случаях, других не избираемых публичных должностных лиц, какие: а) основываются на принципах эффективности и прозрачности и на таких объективных критериях, как безупречность работы, справедливость и способности; б) включают надлежащие процедуры отбора и подготовки кадров для занятия публичных должностей, которые считаются особенно уязвимыми с точки зрения коррупции, и ротации, в надлежащих случаях, таких кадров на таких должностях; с) способствуют выплате надлежащего вознаграждения и установлению справедливых окладов с учётом уровня

	предотвращение конфликта интересов путем установления правил его урегулирования;	экономического развития Государства-участника. Не понятно почему требования к самоуправлению отличаются от государственной службы и намного мягче, хотя опыт многих стран показывает, что противодействие коррупции на муниципальном уровне более трудно разрешимая проблема, чем в государственной власти. Нужно установить такие же правила предотвращения и урегулирования конфликта интересов в самоуправлении как на государственной, службе предусмотренные статьёй 26.
118.		
119.	Статья 34. Антикоррупционные стандарты в сфере реализации избирательных прав и деятельности партий	
120.	В целях предупреждения коррупции в сфере реализации гражданами своего права на референдум, избирательных прав и деятельности партий при проведении выборов на должности в органах государственной власти или местного самоуправления, предусмотренные Конституцией и законами Республики Казахстан, при принятии законов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: гарантий на равное участие в составе избирательных комиссий представителей кандидатов на соответствующие должности с момента выдвижения таких кандидатов; 2) запретов на: предоставление кандидатами на соответствующие должности или от их имени в качестве подарков избирателям во время проведения избирательной кампании либо лицам, имеющим право на участие в референдуме, в период его проведения, имущества, прав на него, услуг или льгот имущественного	Антикоррупционные стандарты определённой сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчётности и целостности, устранение конфликтности, монополии на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	характера; использование кандидатами на должности органов государственной власти или местного самоуправления финансовой и иной поддержки юридических и физических лиц за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательством; использование в случаях и порядке, прямо предусмотренных законодательством, во время избирательной кампании кандидатами на соответствующие должности своего публичного статуса и связанных с ним возможностей для достижения целей избирательной кампании; отнесение к конфиденциальной информации данных об имуществе, обязательствах имущества кандидата, доходах и расходах кандидатов на замещение соответствующих должностей в органах государственной власти и местного самоуправления, их супругов и близких родственников; участие в составе комиссий референдума, а также в составе избирательных комиссий по выборам на соответствующие должности лиц, имеющих или когда-либо имевших судимость за коррупционные преступления, а также преступления, связанные с коррупционными, либо подвергавшихся административным или дисциплинарным взысканиям за совершение коррупционных правонарушений; регистрацию в качестве кандидатов на соответствующие должности лиц, имеющих или когда-либо имевших судимость за коррупционные преступления.	
121.	Статья 35. Антикоррупционные стандарты в сфере законотворчества	
122.	В целях предупреждения коррупциогенности	Антикоррупционные стандарты определённой сферы

	законодательства и предупреждения коррупции в процессе разработки и принятия законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, а также правовых актов индивидуального действия требуется учет: 1) гарантий на: - участие общественности и средств массовой информации в подготовке и обсуждении проектов нормативных правовых актов; - минимальные размеры финансирования из бюджетов соответствующих уровней затрат на разработку проектов законов и иных нормативных правовых актов, в том числе на выплату вознаграждений авторам проектов законов и иных нормативных правовых актов, в должностные обязанности которых не входит разработка соответствующих проектов; 2) ограничений на: - принятие подзаконных нормативных правовых актов, прямо не предусмотренных законом; - анонимное участие в разработке проектов нормативных правовых актов; - разработку и принятие без предварительного открытого обсуждения нормативных правовых актов, устанавливающих льготы и иные привилегии для должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности; - использование в нормативных правовых актах норм и формулировок рекомендательного характера, а также допускающих неоднозначное их толкование правоприменителем; использование в нормативных правовых актах норм,	должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчётности и целостности, устранение конфиденциальности, монополия на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	содержащих альтернативные санкции за правонарушения;	относительно определенных за совершение	и
123.	3) запретов на: разработку правовых актов без проведения научной, в том числе антикоррупционной экспертизы, в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан; принятие нормативных правовых актов без учета результатов научной, в том числе антикоррупционной экспертизы, в случаях, предусмотренных законами Республики Казахстан за исключением проектов нормативных правовых актов Президента Республики Казахстан, проектов нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан; принятие правовых актов без определения порядка их исполнения.		Обязательная научная антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов – мероприятие, которое создает огромные дополнительные затраты для государства и, возможно, разработано в интересах частных институтов, которые предлагают свои услуги в сфере юридического анализа и разработки нормативно-правовых актов. Законотворчество в очень большой мере политический процесс, где законодатели с юристами и другими сотрудниками государственной службы создают логичную правовую систему в интересах общества и государства, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, традициями, политической ситуацией, социальными, экономическими последствиями. Такого рода ограничения и даже запреты на разработку правовых актов без проведения научной экспертизы ущемляют права законодательного органа, парламента и политической власти в целом, по усмотрению которого конечно эксперты для проведения юридического анализа могут привлекаться, если для того имеются финансовые средства.
124.	Статья 36. Антикоррупционные стандарты в сфере судебной и правоохранительной деятельности В целях предупреждения коррупции в сферах уголовного, гражданского судопроизводства, производства об административных правонарушениях, иной правоохранительной деятельности, в том числе связанной с предупреждением и пресечением правонарушений, привлечением к ответственности лиц, виновных в совершении правонарушений, а также	Статья 36. Антикоррупционные стандарты в сфере судебной и правоохранительной деятельности В целях предупреждения коррупции в сферах уголовного, гражданского судопроизводства, производства об административных правонарушениях, иной правоохранительной деятельности, в том числе связанной с предупреждением и пресечением правонарушений, привлечением к ответственности лиц, виновных в совершении правонарушений, а также	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальных правовых регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчётности и целостности, устранение конфиденциальности, монополий на власть и свободы действий, которая не ограничивается

	с возмещением вреда, причиненного правонарушителями, при принятии законов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: 1) гарантий на: независимость судебных органов от органов законодательной, исполнительной власти и местного самоуправления; финансирование судебной и правоохранительной систем, в том числе оплаты труда судей и работников правоохранительных органов, не ниже уровня финансирования, в том числе оплаты труда, сопоставимых категорий лиц, должности в государственных органах и органах местного самоуправления; опубликование в официальных печатных средствах массовой информации сведений о кандидатах в судьи в объеме и порядке, предусмотренном законом; 2) ограничений на: закрытое и (или) единоличное рассмотрение уполномоченным должностным лицом дел о правонарушениях; внесудебный порядок назначения мер ответственности за правонарушения; продолжительность этапов рассмотрения дел о правонарушениях; неприкосновенность судей, совершивших коррупционные правонарушения; 3) запретов на: незаконное вмешательство в судебную и правоохранительную деятельность; рассмотрение дел о правонарушениях судьями или должностными лицами и правоохранительных органов, прямо или косвенно заинтересованными в исходе таких дел;	регламентацией действий. По конвенции ООН, статья 11, некоторые требования внедрены в отношении независимости судебных органов, но не указано, что должны внедряться меры по укреплению честности и неподкупности судей и работников судебных органов и недопущению любых возможностей для коррупции среди них. Такие меры могут включать правила, касающиеся действий судей и работников судебных органов.

	рассмотрение дел о коррупционных правонарушениях должностным лицом правоохранительного органа, в котором служит или полномочия которого непосредственно исполняет лицо, обвиняемое в совершении коррупционного преступления либо лицо, в отношении которого рассматривается дело об административном правонарушении.	
125.	Статья 37. Антикоррупционные стандарты в сфере бюджетного процесса В целях предупреждения коррупции в процессе формирования, принятия и реализации бюджетов всех уровней при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: 1) ограничений на: внеконкурсное предоставление бюджетных кредитов, ссуд, субсидий и субвенций, в том числе внеконкурсное и закрытое предоставление государством кредитов иностранным государствам, их юридическим лицам и международным организациям; единоличное рассмотрение должностным лицом вопросов, связанных с предоставлением бюджетных кредитов, ссуд, субсидий и субвенций; внеконкурсный и закрытый порядок осуществления государственных и муниципальных заимствований; предоставления государственных и муниципальных гарантий по обеспечению исполнения обязательств перед третьими лицами; распределения дотаций на выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности; максимальные размеры резервных фондов государства, государственных органов и органов местного самоуправления;	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфиденциальности, монополей на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий. Принципы и надлежащие меры по содействию прозрачности и отчетности в управлении публичными финансами предусмотрены Конвенцией ООН, статья 9, но они не внедрены этим законодательным актом. Меры по содействию прозрачности и отчетности в управлении публичными финансами должны охватывать: a) процедуры утверждения национального бюджета; b) своевременное представление отчетов о поступлениях и расходах; c) систему стандартов бухгалтерского учета и аудита и связанного с этого надзора; d) эффективные и действенные системы управления рисками и внутреннего контроля; e) в надлежащих случаях, корректировку при несоблюдении требований, установленных в настоящем пункте.

	принятие законов и иных нормативных правовых актов об утверждении бюджетов или внесении в них изменений без проведения научной антикоррупционной экспертизы проектов таких законов и иных нормативных правовых актов; 2) запретов на: использование дотаций бюджета государства его субъектом в целях повышения или поддержания уровня оплаты труда и иных подобных расходов на содержание лиц, замещающих государственные должности, должности государственной службы и службы местного самоуправления, превышающего уровень соответствующих расходов на содержание лиц, замещающих государственные должности и иные должности, непосредственно финансируемые за счет средств республиканского бюджета.	Каждое Государство принимает такие гражданско-правовые и административные меры законодательства, с тем чтобы обеспечить сохранность бухгалтерских книг, записей, финансовых ведомостей или другой документации, касающейся публичных расходов и доходов, и воспрепятствовать фальсификации такой документации.
126.	Статья 38. Антикоррупционные стандарты в сфере банковской деятельности и кредитования В целях предупреждения коррупции при проведении финансовых, в том числе кредитных, операций банками и иными кредитными организациями при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется: 1) ограничений на: максимальный размер банковских операций с наличными денежными средствами, осуществляемых без установления источника происхождения таких средств; максимальный размер использования полученной Национальным Банком Республики Казахстан прибыли для удовлетворения собственных нужд, в том числе для формирования фонда заработной платы;	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфиденциальности, монополий на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	2) запреты на: выполнение поручений, связанных с открытием лицам, замещающим государственные должности, предусмотренные Конституцией и иными законами государства, счетов в зарубежных банках без получения исполнителем поручения документов, удостоверяющих представление в налоговые органы декларации о доходах таких лиц; установление неравных условий предоставления кредитов, ссуд и субсидий для лиц, являющихся клиентами банков, в зависимости от их публичного статуса.	
127.	Статья 39. Антикоррупционные стандарты в сфере эмиссии государственных ценных бумаг В целях предупреждения коррупции в деятельности эмитентов государственных ценных бумаг при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: 1) гарантий на установление и поддержание равенства участников рынка ценных бумаг; 2) ограничений на: закрытое и единоличное принятие решений о проведении эмиссии ценных бумаг и утверждении ее проспектов; максимальные объемы приобретения государственных ценных бумаг должностными лицами государственных и муниципальных органов, их учреждений, которые оказывали или могли оказывать прямое влияние на принятие решений, связанных с эмиссией таких ценных бумаг или ее результатами, а также супругами и близкими родственниками таких лиц или их доверенными лицами;	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфиденциальности, монополей на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	3) запреты на разглашение, распространение и использование конфиденциальной информации об эмиссии ценных бумаг кроме случаев, прямо предусмотренных национальным законодательством	
128.	Статья 40. Антикоррупционные стандарты в сфере приватизации государственного имущества В целях предупреждения коррупции в сфере возмездного отчуждения имущества, находящегося в собственности государства, в собственности физических и юридических лиц при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учесть: 1) ограничений на: продажу или установление особого порядка и условий приватизации государственного имущества без проведения антикоррупционной экспертизы проектов планов и программ приватизации такого имущества; продажу государственного имущества лицам, замещающим государственные должности, должности государственной и муниципальной службы, их супругам и близким родственникам, в том числе до истечения определенных законодательством сроков с момента прекращения полномочий таких лиц; приобретение государственного имущества лицами, имеющими судимость за коррупционные преступления; либо преступления, связанные с коррупционными; создание любых преимуществ для лиц, выполняющих или выполнявших до истечения, предусмотренного национальным законом срока с момента прекращения их полномочий, либо осуществляющих управленческие функции на приватизируемых государственных предприятиях;	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности; устранение конфиденциальности, монополий на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	участие в управлении принадлежащей государству долей приватизированного имущества лиц, совмещающих такую деятельность с выполнением полномочий должностного и другого лица, выполняющего государственные функции, лица, приравненного к ним, а также лица, занимающего ответственную государственную должность, совершившего коррупционное правонарушение; единое и закрытое принятие решений, связанных с отказом государственных органов и органов местного самоуправления от участия в управлении преобразованных в открытые акционерные общества государственных и муниципальных унитарных; 2) запретов на: введение и использование внеконкурсных и закрытых процедур продажи государственного имущества; использование процедур единого, закрытого (в том числе путем тайного голосования) рассмотрения и принятия решений, связанных с определением объектов и сроков приватизации государственного имущества, продавцов такого имущества, а также с передачей государственного имущества в собственность юридических или физических лиц; свободное определение минимального и максимального размера доли государственного имущества, оставляемого в результате приватизации в собственности государства; внеконкурсный и закрытый порядок оценки стоимости приватизируемого государственного имущества; участие в принятии решений, связанных с приватизацией государственного имущества, лиц, замещающих государственные должности, должности государственной службы и службы в органах местного	

	самоуправления, прямо или косвенно заинтересованных в результатах приватизации; внеконкурсный отбор продавцов государственного имущества.	
129.	Статья 41. Антикоррупционные стандарты в сфере осуществления государственных закупок В целях предупреждения коррупции при организации закупок продукции для государственных нужд при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учесть: 1) гарантий на использование экономических (рыночных) критериев определения победителей торгов (конкурсов) на размещение заказов на закупку продукции для государственных нужд; 2) ограничений на: - внеконкурсное и закрытое проведение торгов на размещение заказов и закупку продукции для государственных нужд; - на закупки из одного источника; - введение квалификационных требований, предъявляемых к поставщикам продукции для государственных нужд, без проведения научной антикоррупционной экспертизы таких требований; - участие в торгах лиц, имеющих судимость за коррупционные преступления либо административные правонарушения при участии в предыдущих торгах; 3) запреты на: - установление и использование любых условий и процедур, ограничивающих свободную конкуренцию поставщиков продукции для государственных нужд, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом;	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфликтности, монополий на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий. Статьей 9 Конвенции ООН предусмотрено что государство принимает необходимые меры для создания надлежащих систем закупок, которые основываются на прозрачности, конкуренции и объективных критериях принятия решений и являются эффективными, среди прочего, с точки зрения предупреждения коррупции. Такие системы, которые могут предусматривать надлежащие пороговые показатели при их применении, затрачивают, среди прочего, следующее: а) публичное распространение информации, касающейся закупочных процедур и контрактов на закупки, включая информацию о приглашениях к участию в торгах и надлежащую или уместную информацию о заключении контрактов, с тем чтобы предоставить потенциальным участникам торгов достаточное время для подготовки и представления их тендерных заявок; б) установление, заблаговременно, условий участия, включая критерии отбора и принятия решений о

	немотивированное отклонение заявок на участие в соответствующих торгах или принятие решения об отмене либо закрытии торгов; создание любых препятствий, за исключением случаев, предусмотренных национальным законодательством об охране государственной, коммерческой или иной тайны, к освещению средствами массовой информации хода и результатов торгов на размещение заказов на закупку продукции для государственных нужд, а также для доступа средств массовой информации, заинтересованных организаций и граждан к протоколам процедур закупок продукции для государственных нужд; выставление любых, не предусмотренных законом, требований по установлению подлинности документов, подтверждающих квалификацию поставщика; участие на стороне учредителей таких торгов и поставщиков продукции для государственных и муниципальных нужд супругов и близких родственников лиц, замещающих государственные должности, должности государственной службы и службы в органах местного самоуправления, которые могут оказывать прямое влияние на процесс формирования, размещения и контроль над проведением государственных закупок.	заключении контрактов, а также правила проведения торгов, и их опубликование; с) применение заранее установленных и объективных критериев в отношении принятия решений о публичных закупках в целях содействия последующей проверке правильности применения правил или процедур; д) эффективную систему внутреннего контроля, включая эффективную систему обжалования, для обеспечения юридических средств оспаривания и средств правовой защиты в случае несоблюдения правил или процедур, установленных согласно настоящему пункту; е) меры регулирования, в надлежащих случаях, вопросов, касающихся персонала, который несет ответственность за закупки, например, требование о декларировании заинтересованности в конкретных публичных закупках, процедуры проверки и требования к профессиональной подготовке.
130.	Статья 42. Антикоррупционные стандарты в сферах лицензирования отдельных видов деятельности, регистрации юридических лиц, экспертизы и сертификации продукции и услуг В целях предупреждения коррупции в сферах лицензирования отдельных видов предпринимательской и иной деятельности, государственной регистрации юридических лиц и	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфиденциальности, монополей на власть и

	индивидуальных предпринимателей, проведения любых видов экспертизы и сертификации товаров и услуг при принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: 1) гарантий на открытое рассмотрение вопросов, связанных с выдачей лицензий или регистрацией субъектов предпринимательской или иной законной деятельности; 2) ограничений на: применение внеконкурсных процедур при лицензировании видов деятельности, на осуществление которой может быть выдано ограниченное количество лицензий; участие в принятии решений о лицензировании и регистрации предпринимательской или иной законной деятельности, проведении экспертизы, сертификации товаров и услуг, а равно в соответствующих процедурах должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающим ответственные государственные должности, прямо или косвенно заинтересованных в принятии соответствующих решений; внебюджетное финансирование работ по сертификации, государственному контролю и надзору за сертификацией товаров и услуг за исключением случаев, прямо предусмотренных законом; 3) запретов на: единоличное рассмотрение вопросов, связанных с выдачей лицензий или регистрацией субъектов предпринимательской или иной законной деятельности;	свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий.

	введение и сохранение дополнительных требований и условий при лицензировании и регистрации предпринимательской или иной законной деятельности, прямо не предусмотренных законом; предьявление к субъектам предпринимательской или иной законной деятельности требований или условий получения лицензии или регистрации, прямо не предусмотренных законами или принятыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами; немотивированный отказ в выдаче лицензии или в регистрации субъекта предпринимательской или иной законной деятельности или отказ от принятия соответствующих решений по мотивам нецелесообразности; применение закрытых процедур при лицензировании видов деятельности, на осуществление которой может быть выдано ограниченное количество лицензий; введение любых ограничений, препятствующих свободному доступу средств массовой информации, заинтересованных граждан и организаций к сведениям об участниках и объектах сертификации, процедурах и правилах управления сертификацией продукции, за исключением случаев, предусмотренных законом; введение обязательной сертификации продукции и услуг за исключением случаев, прямо предусмотренных законом.	
131.	Статья 43. Антикоррупционные стандарты в сфере деятельности коммерческих и иных организаций В целях предупреждения коррупции в сфере деятельности коммерческих и иных организаций, не являющихся государственными органами, органами местного самоуправления или их организациями, при	Антикоррупционные стандарты определенной сферы должны быть рассмотрены в специальном правовом регулировании этой сферы. Все специальные правовые акты должны содержать регулирование процедур, чтобы избежать рисков, связанных с коррупцией, мошенничеством и злоупотреблением, обеспечения

	принятии законов и иных нормативных правовых актов Республики Казахстан, регулирующих указанную сферу, требуется учет: 1) гарантий на: поощрение сотрудников указанных организаций за безупречное исполнение своих полномочий, честность и неподкупность; обеспечение того, чтобы указанные организации, с учетом их структуры и размера, обладали достаточными механизмами внутреннего аудиторского контроля для оказания помощи в предупреждении и выявлении коррупционных правонарушений; ведение бухгалтерского учета, представление финансовой отчетности, препятствующих совершению следующих действий, осуществляемых в целях совершения коррупционных правонарушений: создание неофициальной отчетности; проведение неучтенных или неправильно зарегистрированных операций; ведение учета несуществующих расходов; отражение обязательств, объект которых неправильно идентифицирован; использование поддельных документов; намеренное уничтожение бухгалтерской документации ранее сроков, предусмотренных законом. содействие транспарентности в деятельности указанных организаций, включая меры по идентификации физических и юридических лиц, принимающих участие в создании корпоративных организаций и управлении ими; 2) ограничений на: отнесение к сведениям, составляющим коммерческую или банковскую тайну, данных о размерах и видах благотворительной помощи, получаемой и	транспарентности, подотчетности и целостности, устранение конфиденциальности, монополей на власть и свободы действий, которая не ограничивается регламентацией действий. Принципы и надлежащие меры в частном секторе устанавливаются ст. 12 Конвенции ООН, но они не внедрены этим законодательным актом. Статья 12. 1. Каждое Государство-участник принимает меры, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, по предупреждению коррупции в частном секторе, усилению стандартов бухгалтерского учета и аудита в частном секторе и, в надлежащих случаях, установлению эффективных, соразмерных и оказывающих сдерживающее воздействие гражданско-правовых административных или уголовных санкций за несоблюдение таких мер. 2. Меры, направленные на достижение этих целей, могут включать, а) содействие сотрудничеству между правоохранительными органами и соответствующими частными организациями; б) содействие разработке стандартов и процедур, предназначенных для обеспечения добросовестности в работе соответствующих частных организаций, включая кодексы поведения для правильного, добросовестного и надлежащего осуществления деятельности предпринимателями и представителями

	предоставляемой такими организациями; о размерах вознаграждений, выплачиваемых в разрешенных национальным законодательством случаях должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности; виды, стоимость и порядок предоставления от имени коммерческих и иных организаций должностным и другим лицам, выполняющим государственные функции, лицам, приравненным к ним, а также лицам, занимающим ответственные государственные должности, а также должностные в иностранных и международных организациях, имущества или прав на него, услуг, льгот или иных преимуществ; права пользования, владения и распоряжения имуществом, приобретенным в результате коррупционных правонарушений, а также на свободный переход обязательств, связанных с таким имуществом; отнесение к конфиденциальной информации сведений о состоящих на службе или в трудовых отношениях с коммерческими и иными организациями супругов и близких родственников должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности.	всех соответствующих профессий и предупреждения возникновения коллизии интересов, а также для поощрения использования добросовестной коммерческой практики в отношениях между коммерческими предприятиями и в договорных отношениях между ними и государством; с) содействие прозрачности в деятельности частных организаций, включая, в надлежащих случаях, меры по идентификации юридических и физических лиц, причастных к созданию корпоративных организаций и управлению ими; д) предупреждение злоупотреблений процедурами, регулирующими деятельность частных организаций, включая процедуры, касающиеся субсидий и лицензий, предоставляемых публичными органами для осуществления коммерческой деятельности; е) предупреждение возникновения коллизии интересов путем установления ограничений, в надлежащих случаях и на разумный срок, в отношении профессиональной деятельности бывших публичных должностных лиц или в отношении работы публичных должностных лиц в частном секторе после их выхода в отставку или на пенсию, когда такая деятельность или работа прямо связаны с функциями, которые такие публичные должностные лица выполняли в период их нахождения в должности или за выполнением которых они осуществляли надзор; ф) обеспечение того, чтобы частные организации, с учетом их структуры и размера, обладали достаточными механизмами внутреннего аудиторского контроля для оказания помощи в

		предупреждения и выявлении коррупционных деяний и чтобы счета и требуемые финансовые ведомости таких частных организаций подлежали применению надлежащих процедур аудита и сертификации. 3. В целях предупреждения коррупции каждое Государство-участник принимает такие меры, какие могут потребоваться, в соответствии с его внутренним законодательством и правилами, регулирующими ведение бухгалтерского учета, представление финансовой отчетности, а также стандарты бухгалтерского учета и аудита, для запрещения следующих действий, осуществляемых в целях совершения любого из преступлений, признанных таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией: а) создание неофициальной отчетности; б) проведение неучтенных или неправильно зарегистрированных операций; в) ведение учета несуществующих расходов; г) отражение обязательств, объект которых неправильно идентифицирован; е) использование поддельных документов; и ф) намеренное уничтожение бухгалтерской документации ранее сроков, предусмотренных законодательством. 4. Каждое Государство-участник отказывает в освобождении от налогообложения в отношении расходов, представляющих собой взятки, которые являются одним из элементов состава преступлений, признанных таковыми в соответствии со статьями 15 и 16 настоящей Конвенции, и, в надлежащих случаях, в отношении других расходов, понесенных в целях содействия коррупционным деяниям.
		Глава 6. Научная антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов

Статья 44. Цель научной антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов 1. Целью научной антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов является выявление коррупционных факторов в проектах нормативных правовых актов. 2. Научная антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов <u>является обязательной</u>, за исключением проектов нормативных правовых указов Президента Республики Казахстан, проектов нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики Казахстан. 3. Основание для производства научной антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов приведено в статье 47 настоящего Закона. 4. Организация научной антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов осуществляется в соответствии со статьей 48 настоящего Закона. 132.	Обязательная научная антикоррупционная экспертиза проектов нормативных правовых актов – мероприятие, которое создает огромные дополнительные затраты для государства и, возможно, разработано в интересах частных институтов, которые предлагают свои услуги в сфере юридического анализа и разработки нормативно-правовых актов. Законоотворчество в очень большой мере политический процесс, где законодатели с юристами и другими сотрудниками государственной службы создают логичную правовую систему в интересах общества и государства, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, традициям, политической ситуацией, социальными экономическими последствиями. Такого рода ограничения и даже запреты на разработку правовых актов без проведения научной экспертизы ущемляют права законодательного органа, парламента и политической власти в целом, по усмотрению которого конечно могут привлекаться эксперты для проведения юридического анализа, если для того имеются финансовые средства. Если законопроекты разрабатываются лицами, которые не чиновники и которые не ответственны за свои действия перед законом, тогда возникает ситуация огромного коррупционного риска: в законопроекты могут внести такие нормы, которые пролоббированы частными лицами, и никто за это не несет ответственность. Если все же государство решает делегировать разработку законопроектов, в том числе юридический анализ, частному сектору, тогда к лицу, осуществляющему анализ законопроекта, должен быть применен статус государственных служащих и возложена на него ответственность за нарушения.

133.	Статья 46. Коррупционные факторы в проектах нормативных правовых актов 1. Коррупционными факторами, устанавливающими для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, являются: широта дискреционных полномочий - отсутствие или неопределенность сроков, условий или оснований принятия решения, наличие дублирующих полномочий государственных органов или органов местного самоуправления; определение компетенции по формуле "вправе" - диспозитивное установление возможности совершения государственным органом или органами местного самоуправления действий в отношении физических и юридических лиц; выборочное изменение объема прав - возможность необоснованного установления исключений из общего порядка для физических и юридических лиц по усмотрению государственных органов или органов местного самоуправления; <u>наличие бланкетных и отсылочных норм:</u> превышение компетенции государственными органами или органами местного самоуправления (их должностными лицами) при принятии нормативных правовых актов; нормативные коллизии - противоречие нормативного правового акта полностью или в части другому нормативному правовому акту, создающее для правоприменителя возможность произвольного выбора акта, подлежащего применению в конкретном случае;	Содержащие в статье 46 коррупционные факторы в проектах нормативных правовых актов это почти идеальный перечень критериев, что должен учитывать каждый государственный служащий, который готовит правовые акты.

	заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий - установление общеобязательных правил поведения в подзаконном акте в условиях отсутствия закона; - отсутствие порядка совершения органами государственной власти или органами местного самоуправления (их должностными лицами) определенных действий либо одного из элементов такого порядка; отказ от конкурсных (аукционных) процедур - закрепление административного порядка предоставления права и (или) блага; отсутствие запретов и ограничений для государственных служащих в той или иной области деятельности, связанной с финансовыми и имущественными отношениями; отсутствие ответственности должностных лиц в конкретной области деятельности за коррупционные правонарушения и правонарушения, создающие условия для коррупции. 2. Коррупционными факторами, содержащими неопределенные, трудновыполнимые и (или) обременительные требования к физическим и юридическим лицам, являются: наличие завышенных требований, предъявляемых к лицу, которое реализует принадлежащее ему право - установление неопределенных, трудновыполнимых и (или) обременительных требований к физическим и юридическим лицам; юридико-лингвистическая неопределенность – использование неопределенных понятий и

	формулировок, категорий оценочного характера, допускающих различное толкование явлений, событий, фактов.	
	Глава 7. Антикоррупционный мониторинг	
	Статья 52. Объекты антикоррупционного мониторинга 1. Объектами антикоррупционного мониторинга являются: нормативные правовые акты, их структурные части, а также общественные отношения, связанные с реализацией нормативных правовых актов; правоприменительные акты государственных органов; правоприменительная практика, связанная с выявлением, пресечением и расследованием коррупционных правонарушений.	Объекты антикоррупционного мониторинга не должны сводиться только к разработке нормативно-правовой базы, имея ввиду что это только один из как минимум четырех направлений превентивного воздействия на коррупцию. Система эффективной антикоррупционной среды состоит из нормативно-правовой базы, институциональной среды (осуществление мер внутреннего контроля) и культуры организации, связанная с личностными факторами поведения сотрудников, и традициям общества (общественное мнение /поведение). Имея ввиду, что статья 58 подпункт 3 гласит, что учет и применение результатов антикоррупционного мониторинга используется: "при разработке и реализации мер по повышению эффективности деятельности органов государственной власти в сфере противодействия коррупции", рекомендуется расширить объекты воздействия антикоррупционного мониторинга, включая все четыре вышеупомянутых направления системы эффективной антикоррупционной среды.
	Глава 8. Коррупционные правонарушения и ответственность за их совершение Статья 59. Классификация коррупционных правонарушений 1. К коррупционным правонарушениям (правонарушениях, связанных с коррупцией) относятся обладающие признаками коррупции дисциплинарные и административные правонарушения, а также преступления. Вариант 2: К коррупционным правонарушениям (правонарушениям, связанным с коррупцией)	Конвенция об уголовной ответственности за коррупцию, принятая Комитетом министров Совета Европы 27 января 1999 года, а также Конвенция ООН, Глава III, предусматривают уголовную ответственность за подкуп национальных должностных лиц, должностных лиц, требующее или принятие публичных должностным лицом какого либо неправомочного преимущества, подкуп иностранных публичных должностных лиц и должностных лиц публичных международных
135.		

136.	относятся обладающие признаками коррупции административные правонарушения, а также преступления. 2. К дисциплинарным коррупционным правонарушениям относятся обладающие признаками коррупции и не являющиеся преступлениями или административными правонарушениями служебные нарушения, за которые законами Республики Казахстан установлена дисциплинарная ответственность. Перечень дисциплинарных коррупционных правонарушений устанавливается настоящим Законом и иными законами Республики Казахстан. (вариант 2 – пункт 2 исключить при условии принятия варианта 2 пункта 1). 3. К административным коррупционным правонарушениям относятся правонарушения, отнесенные к таковым Кодексом Республики Казахстан «Об административных и правонарушениях». Их перечень является исчерпывающим и подлежит пересмотру в случае внесения в Кодекс Республики Казахстан «Об административных правонарушениях» изменений или дополнений, затрагивающих сферу применения настоящего Закона. 4. Коррупционными преступлениями признаются преступления, отнесенные к таковым Уголовным кодексом Республики Казахстан. Перечень коррупционных преступлений является исчерпывающим и подлежит пересмотру в случае внесения в Уголовный кодекс Республики Казахстан изменений или дополнений, затрагивающих сферу применения настоящего Закона.	организаций, хищение, неправомерное присвоение или иное нецелевое использование имущества публичным должностным лицом, злоупотребление влиянием в корыстных целях, злоупотребление служебным положением, незаконное обогащение, подкуп в частном секторе, хищение имущества в частном секторе, отмыwanie доходов от преступлений. В случае всех выше упомянутых нарушений применима уголовная ответственность. Административная и дисциплинарная ответственность применяются по усмотрению государства, и в специальных случаях могут применяться одновременно с уголовной ответственностью.
	Статья 60. Правонарушения, создающие условия для коррупции, и ответственность на них	Термин "Правонарушения, создающие условия для коррупции" (Правонарушения против установленного

	<u>Правонарушениями, создающими условия для коррупции,</u> являются следующие деяния, преследующие целью имущественных и иных выгод лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, или лиц, приравненных к ним: Вариант 2: Статья 60. Правонарушения против установленного порядка противодействия коррупции <u>Правонарушения против установленного порядка противодействия коррупции, являются следующие деяния, преследующие целью имущественных и иных выгод лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, или лиц, приравненных к ним:</u> 1) неправомерное вмешательство в деятельность других государственных органов, организаций; 2) использование своих служебных полномочий при решении вопросов, связанных с удовлетворением материальных интересов указанных лиц, их супругов либо родственников; 3) предоставление непредусмотренных законом преимуществ (протекционизм, семейственность) при поступлении и продвижении по государственной службе, в государственной организации или организации, в уставном капитале которой доля государства составляет более пятидесяти процентов, в том числе в национальном управляющем холдинге, национальном холдинге, национальной компании, национальном институте развития, акционером которых является государство, их дочерней организации, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которой принадлежат им, а также	порядка противодействия коррупции) - новая классификация, разумный термин, который необходимо связать с термином коррупции и конфликта интересов заранее в законопроекте.

	юридическом лице, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которого принадлежит указанной дочерней организации; 4) оказание неправомомерного предпочтения юридическим и физическим лицам при подготовке и принятии решений; 5) оказание кому бы то ни было любого не предусмотренного законодательством содействия в осуществлении предпринимательской и иной связанной с извлечением дохода деятельности; 6) использование в личных или групповых интересах информации, полученной при выполнении государственных функций, если таковая не подлежит официальному распространению; 7) необоснованный отказ в информации физическим и юридическим лицам, предоставление которой предусмотрено законодательством, задержка ее, передача недостоверной или неполной информации; 8) требование от физических или юридических лиц информации, предоставление которой этими лицами не предусмотрено законодательством; 9) передача государственных финансовых и материальных ресурсов в избирательные фонды отдельных кандидатов; 10) неоднократное нарушение установленного законом порядка рассмотрения обращений физических и юридических лиц и решения иных входящих в их компетенцию вопросов; 11) дарение подарков и оказание неслужебных услуг выходящим официальным лицам для получения с использованием должностных полномочий указанных лиц имущественной выгоды, блага либо преимущества; 12) явное воспрепятствование физическим или

юридическим лицам в реализации их прав и законных интересов;

13) делегирование полномочий на государственное регулирование предпринимательской деятельности физическим или юридическим лицам, осуществляющим такую деятельность, а также на контроль за нею;

14) передача государственных контрольных и надзорных функций организациям, не имеющим статуса государственного органа;

15) участие в азартных играх денежного или иного имущественного характера с вышестоящими или нижестоящими либо находящимися с ними в иной зависимости по службе или работе должностными лицами.

2. Совершение лицами, уполномоченными на выполнение государственных функций, или лицами, приравненными к ним, какого-либо из указанных в пункте 1 настоящей статьи правонарушений, если оно не содержит признаков уголовно наказуемого деяния, влечет понижение в должности, увольнение с должности или иное освобождение выполнения государственных функций либо наложение в установленном законом порядке иного дисциплинарного взыскания. Повторное совершение любого из указанных правонарушений в течение года после наложения дисциплинарного взыскания за первое правонарушение влечет увольнение с должности или иное освобождение от выполнения государственных функций в установленном законом порядке.

3. В случае совершения депутатами Парламента Республики Казахстан какого-либо из указанных в

	пункте 1 настоящей статьи правонарушений, органы, указанные в пункте 2 статьи 12 настоящего Закона, уведомляют об этом избирательную комиссию, которая обязана в течение пяти дней со дня поступления материалов довести их до сведения соответствующей палаты Парламента Республики Казахстан. 4. В случае совершения лицами, указанными в подпункте 2) пункта 3 статьи 7 настоящего Закона, какого-либо из указанных в пункте 1 настоящей статьи правонарушений, органы, указанные в пункте 2 статьи 12 настоящего Закона, уведомляют об этом соответствующую избирательную комиссию.	
137.	Статья 64. Ответственность лиц, сообщивших заведомо ложную информацию о факте коррупционного правонарушения 1. Государственный служащий, работник правоохранительного органа, сообщивших уполномоченному органу Республики Казахстан по противодействию коррупции, заведомо ложную информацию о факте коррупционного правонарушения в отношении конкретного лица, если их действия не образуют уголовно наказуемое деяние, наказываются в дисциплинарном порядке вплоть до увольнения с должности или иного освобождения от выполнения соответствующих функций по представлению уполномоченного органа по противодействию коррупции. 2. С иными лицами, совершившими деяние, указанное в пункте 1 настоящей статьи, осуществляется профилактическая беседа.	Имея ввиду что прямые доказательства о коррупционных правонарушениях могут быть доступны только тем, кто проводит оперативное следствие или прямые свидетелям, то государству нужна хотя бы косвенная информация насчет возможных правонарушений, с тем чтобы не тратить силы работая в неправильном направлении. Так как все заявления являются информацией ограниченного доступа, то сообщение даже неоправданных фактов (иногда просто недоказуемых) не создает никакой вред для чести и достоинства должностного лица. Коррупция очень латентное преступление, потому всякого рода ограничения и угрозы насчет санкций, если доставленная информация окажется недоказуемой, создает сопротивление сообщать вообще. Боязнь того, кто-то посчитает, что информация заведомо ложная, очень демотивирующий фактор, которого государству нужно избежать. Учитывая, что засекреченное сообщение любой информации не вызывает никакого вреда, рекомендуется пересмотреть уголовные нормы, которые распространяются на лиц, сообщивших

		информацию, и которые подлежат уголовной ответственности.
Глава 9. Устранение последствий коррупционных правонарушений		
138.	Статья 65. Взыскание (возврат) незаконно полученного имущества или стоимости незаконно предоставленных услуг после вступления в законную силу решения суда	Статья 20 Конвенции ООН устанавливает, что Государство рассматривает возможность принятия таких законодательных и других мер, какие могут потребоваться, с тем чтобы признать в качестве уголовного наказания деяния, когда оно совершается умышленно, незаконное обогащение, т.е. значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать. Имея ввиду, что Уголовный кодекс Республики Казахстан не предвидит такого рода преступления, могут быть достаточно большие проблемы доказать и совершить взыскание (возврат) незаконно полученного имущества или стоимости незаконно предоставленных услуг.
	1. Во всех случаях незаконного обогащения должностных и других лиц, выполняющих государственные функции, лиц, приравненных к ним, а также лиц, занимающих ответственные государственные должности, в результате коррупционных правонарушений, незаконно полученное имущество подлежит обращению, а стоимость незаконно полученных услуг взысканию в доход государства. 2. В случае отказа добровольно сдать незаконно полученное имущество или оплатить государству его стоимость или стоимость незаконно полученных услуг, взыскание осуществляется по решению суда в доход государства по иску прокурора, налоговой службы либо других государственных органов и должностных лиц, уполномоченных на это законом. 3. Если должностное и другое лицо, выполняющее государственные функции, лицо, приравненное к ним, а также лицо, занимающее ответственную государственную должность, после увольнения, иного освобождения от выполнения соответствующих функций за совершенное коррупционное правонарушение отказывается выполнить требования, предусмотренные пунктом 1 настоящей статьи, должностное лицо или орган, принимающие решение о таком освобождении, направляют в налоговый орган по	

	месту жительства виновного лица уведомление о полученных противоправных доходах. 4. Возврат, учет, хранение, оценка и реализация сданного имущества осуществляются в порядке, установленном законом.	

Сокращения:

Конвенция ОЭСР – Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных государственных чиновников при осуществлении международных сделок

Конвенция ООН – Конвенция Организации Объединенных Наций „Против коррупции”

Март 2015

ЭКСПЕРТИЗА ЗАКОНОПРОЕКТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ»²¹⁴

ЧАСТЬ 1. ОЦЕНКА ПРОЕКТА ЗАКОНА «О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ» РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН НА СООТВЕТСТВИЕ МЕЖДУНАРОДНЫМ ПРИНЦИПАМ И СТАНДАРТАМ

Международные стандарты противодействия коррупции зафиксированы в ряде международных документах. Главными из которых являются Конвенция ООН против коррупции, ратифицированная Республикой Казахстан в 2008 г., Конвенция Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию²¹⁵, Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок от 1997 г. (Казахстан не ратифицировал).

Кроме этого международные стандарты и принципы имплементируются страной через рекомендации, выработанные в ходе прохождения мониторингов Стамбульского плана действий и Казахстан прошел третий раунд мониторинга Стамбульского плана действий по борьбе против коррупции в 2014 г.²¹⁶ В нем, в частности, признается прогресс страны в улучшении антикоррупционных процедур, однако отмечается, что не все рекомендации ОЭСР выполняются. Так, из 17 предыдущих рекомендаций Казахстан выполнил частично 13 рекомендаций и не выполнил 4 рекомендации (в основном или полностью выполненных рекомендаций нет). В результате третьего раунда мониторинга сформулированы 3 новые рекомендации, а 16 предыдущих рекомендаций признаны все еще остающимися в силе.

Проект закона «О противодействии коррупции» Республики Казахстан соответствует практике большинства стран, где также действуют комплексные акты по предотвращению коррупции: Закон «О взяточничестве» Великобритании 2010 г., Закон «О предотвращении коррупции» Сингапура 1960 г., Закон РФ «О противодействии коррупции» 2008 г., Закон Таджикистана «О борьбе с коррупцией» 2012 г., Закон «О предотвращении коррупции и борьбе с коррупционной деятельностью» ЮАР 2004 г., Закон «о предотвращении коррупции» Латвии 1998, Закон «О предотвращении коррупции» Литвы 2002 г. С 1998 г. в Казахстане действует Закон «О борьбе с коррупцией», но со временем пришла потребность изменить структуру и содержание юридического акта.

Нормы законопроекта посвящены: основным принципам (ст. 4), целям и задачам (ст. 5) противодействия коррупции. Глава 2 посвящена мерам противодействия

²¹⁴ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Астане.

²¹⁵ Принята 4 ноября 1998 г.; вступила в силу 1 июля 2002 г.

²¹⁶ См. Отчет на русском языке: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Kazakhstan-3rd-Round-Monitoring-Report-RUS.pdf>

коррупции, но данные меры являются механизмами превенции (антикоррупционные ограничения, мониторинг, финансовый контроль), то есть только одной из частей противодействия коррупции, куда входят еще пресечение и наказание. Поэтому главу 2 желательно назвать «меры предотвращения (превенции) коррупции».

ЧАСТЬ 2. РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕГУЛИРУЮЩЕГО ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ КОРРУПЦИИ В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН

Организация органа и деятельности по противодействию коррупции

В 6 и 36 статьях Конвенция ООН против коррупции и в ст. 20 Конвенции ЕС об уголовной ответственности за коррупцию обозначена необходимость создания отдельного независимого органа по противодействию коррупции. «В соответствии с основными принципами своей правовой системы, каждое государство обязуется обеспечивать наличие органа/органов или лиц, осуществляющих борьбу с коррупцией в рамках правоохранительной системы. Такие органы или лица должны обладать необходимым уровнем независимости, в соответствии с фундаментальными принципами правовой системы государства- участника, чтобы иметь возможность эффективно осуществлять свои функции без какого-либо незаконного вмешательства в их деятельность. Персонал таких органов должен иметь соответствующую подготовку и располагать всеми необходимыми ресурсами для выполнения поставленных перед ним задач» (ст. 36 Конвенции ООН против коррупции).

В мировой практике встречаются различные типы специальных органов, ответственных за проведения антикоррупционной политики. К первому типу относятся так называемые - многоцелевые агентства или сингапурская модель. Основными видами деятельности многоцелевого агентства являются разработка политики, аналитическая деятельность, техническая помощь, взаимодействие с гражданским обществом, осуществление открытого доступа к информации, мониторинг, следственная деятельность. Важно отметить, что в большинстве случаев уголовное преследование остается отдельной функцией в рамках подобных учреждений (Сингапур, Гонконг, Литва, Латвия, Австралия).

Второй тип – это агентства по противодействию коррупции, которые являются частью правоохранительных органов. Специальные прокуратуры (Румыния, Испания, Хорватия) и специальные следственные органы (Бельгия, Великобритания, Венгрия и Норвегия). К последнему типу относятся общие институты превенции. Эта модель включает в себя специализированные институты, выполняющие одну или несколько превентивных функций, таких как проведение исследований и анализа, разработку и координацию политики в области борьбы с коррупцией, проведение обучения и предоставление консультаций различным ведомствам о риске коррупции, возможных мерах по ее предотвращению и другие функции (Франция, Словения, Македония, Албания и Мальта)²¹⁷.

Глава 3 законопроекта РК «О противодействии коррупции» посвящена субъектам противодействия коррупции, в которой в п. 1 ст. 20 говорится об уполномоченном органе, который реализует антикоррупционную политику и координирует деятельность государственных органов, субъектов квазигосударственного сектора, а также физических и юридических лиц по вопросам противодействия коррупции. Пункт

²¹⁷ Подробнее об этом см.: Коррупция. Специализированные институты по борьбе с коррупцией: обзор моделей // Отчет ОЭСР 2006.

2 ст. 20 относит антикоррупционную службу к оперативно-следственным подразделениям органов по делам государственной службы и противодействию коррупции, направленных на предупреждение, выявление, пресечение, раскрытие и расследование коррупционных преступлений. Таким образом, по своим полномочиям (ст. 22) и компетенциям (ст. 21) данный орган более подходит под первый тип – многоцелевой орган.

Законопроект кроме полномочий и компетенций органов по противодействию коррупции затрагивает социальные гарантии сотрудников антикоррупционной службы (глава 5). Вместе с тем, вопросы правового статуса, независимость и подотчетность антикоррупционной службы и Агентства по государственной службе и противодействию коррупции не нашли отражения в законопроекте.

29 августа 2014 года Указом Президента Республики Казахстан № 900 «О некоторых вопросах Агентства Республики Казахстан по делам государственной службы и противодействию коррупции и внесении изменений и дополнений в некоторые указы Президента Республики Казахстан» утверждено Положение об Агентстве. В соответствии с Положением, в задачи нового Агентства входит: «участие в разработке и совершенствовании государственной политики в сферах государственной службы, противодействия коррупции и оказания государственных услуг»; «формирование антикоррупционной культуры и системы предупреждения коррупции, а также минимизация причин и условий возникновения коррупционных правонарушений». Среди функций нового Агентства: «участие в разработке и реализации стратегий и программ в сферах государственной службы и противодействия коррупции»; «разработка предложений по совершенствованию нормативной правовой базы в сферах государственной службы и противодействия коррупции».

Но в нем также не нашли отражения нормы о правовом статусе сотрудников антикоррупционной службы (следственное управление, в том числе группа процессуальных офицеров), правила формирования его состава (правила отбора кадров, особые иммунитеты и отчетность²¹⁸), сроки полномочий Председателя Агентства и заместителей Председателя, положения о его подотчетности и независимости, компетенции, взаимодействие данного органа с другими субъектами правоохранительных органов. Правовой статус по возможности должен быть определен законом, а не подзаконным актом на уровне указа президента или постановления правительства. Более того, должен быть принят внутренний правовой акт, который бы закрепил внутренние административные и операционные правила, правила отчетности и кодекс поведения служащих. Для процессуальных офицеров, которые по законопроекту относятся к сотрудникам МВД, могут быть разработаны отдельные правила подчиненности, особая процедура назначения и снятия с должности руководителей и рядовых офицеров; офицеры полиции, расследующие преступления, связанные с коррупцией, оставаясь организационно в структуре полиции, по конкретным делам подчиняются напрямую прокуратуре, ведущему данное дело.

Особая процедура назначения главы антикоррупционного агентства заключается в необходимости консенсуса между основными политическими силами (например, совместно назначают Президент и Парламент; или назначению на должность предшествует рассмотрение кандидатуры в специально созданном отборочном комитете по предложению Правительства или Президента, и т.д.). Процедура считается несовершенной, если глава специализированного учреждения

²¹⁸ Например, на сайте Агентства в разделе «руководство» выложена биографическая информация, но нет деклараций о доходах и имуществе.

назначается одним политическим лицом (Министром или Президентом). Законом часто устанавливается срок полномочий главы специализированного института, что делает невозможным его увольнение без веских оснований.

Рекомендации:

1. Закрепить срок, на который назначается председатель Агентства (например, на 7 лет) без права продления. Также закрепить срок для замещения должности заместителей председателя Агентства – 7 лет.

2. Прописать в законе возможность предложения нескольких кандидатур на пост председателя Агентства и заместителей председателя для утверждения Президенту. Эти кандидатуры могут быть отобраны в ходе проведения слушаний в Парламенте с участием широкого круга лиц, в том числе общественности.

3. В целях поддержания доверия к Агентству и его руководству (сотрудникам), в обязательном порядке выкладывать декларации доходов председателя Агентства и его заместителей.

4. Установить повышенный стаж работы по юридической либо экономической профессии для претендентов на работу в Агентство (особенно, сотрудников следственного управления).

5. Закрепить за Агентством, задач по организации и проведению исследований ситуации с коррупцией в государстве.

6. Разработать дополнительные меры независимости процессуальных офицеров.

Конфликт интересов

Понятие «конфликт интересов» не встречается в законопроекте ни разу, однако такие статьи как ст. 10 (финансовый контроль), ст. 11 (антикоррупционные ограничения), ст. 12 (деятельность, не совместимая с выполнением государственных функций) касаются данной темы, а ст. 13 (недопустимость совместной службы близких родственников и супругов) и ст. 14 (ограничения на принятие решений, осуществления контроля и надзора, проведения расследования, разрешение споров и определение мер ответственности) напрямую посвящены данной тематике. Однако без раскрытия понятий «конфликт интересов» и «личная заинтересованность» ограничения, введенные в ст. 13 - 14 законопроекта недостаточны, поскольку не охватывают такие коррупционные действия, как например, nepotизм, распределение госзаказов между аффилированными лицами и др. В предыдущих редакциях проекта закона была предусмотрена новая формулировка понятия конфликта интересов, новый порядок урегулирования конфликта интересов, в том числе путем отвода и самоотвода, что можно было бы рассматривать как позитивное решение. К сожалению, в последней редакции это не сохранилось.

Меры по выявлению и пресечению (разрешению) конфликта интересов предполагают необходимость учитывать и контролировать экономическую деятельность соответствующих лиц через проверку соответствия их доходов и расходов.

В ст. 10 законопроекта говорится о двух видах деклараций: декларация об активах и обязательствах физического лица (только для претендентов на занятия ответственных государственных должностей) и декларация о доходах и имуществе физического лица (ежегодно лицами, перечисленными в ч. 8 ст. 10). Но из этих деклараций не становятся ясными источники происхождения данного имущества и

фактический прирост активов за отчетный период, поскольку в течении отчетного периода можно вступать в коррупционные сделки и приобретать имущество на необъяснённые доходы, не указывая это в декларациях.

Отраслевая программа по борьбе с коррупцией предусматривает введение института декларирования крупных расходов государственных служащих, всеобщее декларирование доходов населения, выработку предложений по совершенствованию процедуры декларирования доходов и имущества государственных служащих в части улучшения системы проверки достоверности изложенных в них сведений.

Рекомендации:

1. Более четко определить в законопроекте субъектов, ответственных за проверку деклараций.
2. Реализовать положения по введению декларирование крупных расходов государственных служащих.
3. Внедрить систему проверок деклараций на соответствие доходам и расходам.
4. Закрепить понятие конфликта интересов как коллизию между интересами службы и личными интересами. Предусмотреть порядок разрешения конфликта интересов, включая отвод и самоотвод.
5. Внедрить декларацию интересов (возмездная и безвозмездная деятельность должностного лица, его обременения и долги), особенно, для лиц, уполномоченных на проведение государственных закупок, тендеров, выдачу субсидий, субвенций и других преференций.

Противодействие коррупции в частном секторе

Статья 16 законопроекта РК «О противодействии коррупции» устанавливает лишь общие требования к компаниям, что не соответствует перечню рекомендаций, которая содержит ст. 12 Конвенции ООН против коррупции. Желательно в ст. 16 раскрыть содержание «мер по предупреждению коррупции, в том числе по минимизации причин и условий». Например, рекомендовать компаниям принимать «комплаенс-политики», включая политику по взаимодействию с третьими лицами, политику участия в госзакупках, политику защиты заявителей по коррупционным проявлениям в компании, а также обязательное выполнение процедур риск-менеджмента и аудита. Самое главное, способствовать, чтобы компании сами вводили принцип «нулевой степени терпимости к коррупции» для управления компаниями. Этот принцип должен быть распространен на всех сотрудников компании, включая акционеров и членов органов управления.

Кроме этого, в данной статье необходимо установить ограничения на принятия на работу бывших государственных служащих, которые взаимодействовали с компаниями во время работы в государственном секторе. Феномен revolving doors – использование служебного статуса для занятия должности в коммерческом секторе, известен специалистам по антикоррупционным стандартам и ограничен во многих странах – Франция, Германия, Великобритания, РФ и др. Можно ввести такие ограничения сроком от 1 до 2 лет в зависимости от статуса государственного служащего. Например, для лиц, занимающих ответственные государственные должности установить ограничение сроком 2 года, для всех других лиц – 1 год. Также это ограничение может работать и наоборот - для должностных лиц компаний, которые переходят на службу в тот орган, с которыми они взаимодействовали, например, на протяжении последних 5 лет.

Опыт такого рода ограничений можно встретить в ст. 28 Закона Республики Казахстан от 23 июля 1999 г. № 453-І "О государственной службе", дисквалификация как самостоятельная санкция не упоминается. Вместе с тем, согласно ч. 4 ст. 10 данного нормативного правового акта, на государственную службу не может быть принято, во-первых, лицо, которое в течение трех лет перед поступлением на государственную службу привлекалось к дисциплинарной ответственности за совершение коррупционного правонарушения и, во-вторых, лицо, уволенное с работы за совершение коррупционного правонарушения. Как видно, закон предусматривает за совершение коррупционного правонарушения, кроме собственно дисциплинарного взыскания, также дополнительное неблагоприятное последствие в виде ограничения права поступления на государственную службу. При этом данное ограничение в зависимости от вида наложенного дисциплинарного взыскания устанавливается либо на определенный срок (по сути - временная дисквалификация), либо на неопределенный срок (по сути - пожизненная дисквалификация).

Рекомендации:

1. Введение ограничений на занятия должности в коммерческой структуре служащему, который имел дело с этой компанией последние два года.
2. Рекомендовать компаниям принимать меры, по противодействию коррупции, включая принятия политик, регулирующие отношения с третьими лицами, между сотрудниками (кодекс корпоративного поведения), защита заявителей по коррупции и разрешения конфликта интересов.
3. Обязательное проведение аудита.

ЧАСТЬ 3. ПРОЕКТ ЗАКОНА «О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ» И ЕГО СОЧЕТАЕМОСТЬ С ЗАКОНОПРОЕКТОМ «О ДОСТУПЕ К ИНФОРМАЦИИ».

Законопроект РК «О доступе к информации» в ст. 6 устанавливает виды информации, доступ к которой не должен быть ограничен. В частях 9-10, устанавливается, что доступ к следующей информации не может быть ограничен:

- о формировании и расходовании средств из республиканского и местного бюджетов,
- и о контроле за расходованием средств из республиканского и местного бюджетов, за исключением сведений, содержащих государственные секреты.

Таким образом, доступ к информации, содержащийся в отчетах о всех сделках имущественного характера и финансовой деятельности, связанных с государственной собственностью (ч. 9 ст. 10 законопроекта «О противодействии коррупции») не может быть ограничен.

Подобным же образом, согласно ч. 11 ст. 6 проекта Закона РК «О доступе к информации» не может быть ограничен доступ к информации, содержащейся в декларациях о доходах политических государственных служащих и лиц, исполняющих управленческие функции в государственных организациях и организациях, в уставном капитале которых доля государства составляет более пятидесяти процентов, в том числе в национальных управляющих холдингах, национальных холдингах, национальных компаниях, национальных институтах развития, акционером которых является государство, их дочерних организациях, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежат им, а также юридических лицах, более пятидесяти процентов голосующих акций (долей участия) которых принадлежит указанным дочерним организациям. Ограничения на распространение информации, установленные в ч.

10-11 ст. 10 законопроекта РК «О противодействии коррупции» не могут распространяться на декларации о доходах лиц, перечисленных в ч. 2, 8-9 этой статьи.

Рекомендации:

Части 10 и 11 ст. 10 законопроекта РК «О противодействии коррупции» противоречат положениям статьи 6 законопроекта РК «О доступе к информации», на этом основании рекомендуется их исключить из законопроекта РК «О противодействии коррупции».

Часть 4. ПОСТАТЕЙНАЯ ТАБЛИЦА ПРОБЛЕМ И РЕКОМЕНДАЦИИ

Стандарты Определения	Международные нормы	Нормы законопроекта	Проблемы и рекомендации
	Ст. 2. Конвенции ООН “публичное должностное лицо” означает: i) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе Государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; ii) любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника; iii) любое	I. должностное лицо – лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие или осуществившие на момент совершения коррупционного правонарушения функции представителя власти либо выполняющие или выполнявшие на момент совершения коррупционного правонарушения функции представителя власти либо организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных учреждениях, субъектах квазигосударственного сектора, органах местного самоуправления.	I. Если законопроект говорит о должностных лицах, не детализируя, что это публичные должностные лица, то, во-первых, тогда необходимо в перечень субъектов включить и лиц, занимающие управленческие функции в коммерческих организациях, поскольку они также являются должностными лицами. Во-вторых, данное определение по своему легальному определению должно совпадать с определением «должностного лица» в УК 2014 г. Рекомендую понятие изложить в следующей редакции: “Должностное лицо – лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющее функции представителя власти либо выполняющее организационно-распорядительные или

	другое лицо, определяемое в качестве "публичного должностного лица" во внутреннем законодательстве Государства-участника. Тем не менее для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой II настоящей Конвенции, "публичное должностное лицо" может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника;	II. Ч. 1 лицо, занимающее ответственную государственную должность, – лицо, занимающее должность, которая установлена Конституцией РК, конституционными и иными законами РК для непосредственного исполнения функций государства и полномочий государственных органов, в том числе депутат Парламента, судья, а равно лицо, занимающее политическую государственную должность либо административную государственную должность	административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, субъектах квазигосударственного органа, а также в Вооруженных Силах Республики Казахстан, других войсках и воинских формированиях Республики Казахстан; и коммерческих организаций». II. Пересечение субъектов, которые попадают в обе группы: депутаты Парламента поименованы и в ч. 1 и ч. 3 статьи. Рекомендую отнестись к депутатам Парламента к лицам, занимающим ответственную государственную должность.

Независимость антикоррупционного органа		корпуса «А», в соответствии с Законом РК «О государственной службе»; ч. 3. лицо, уполномоченное на выполнение государственных функций, – государственный служащий в соответствии с законами Республики Казахстан о государственной службе, депутат Парламента РК и маслихата	
Независимость антикоррупционного органа	Ст. 20 Конвенции ЕС, ст. 6, 36 Конвенции ООН «В соответствии с основными принципами своей правовой системы, каждое государство обязуется обеспечивать наличие органа/органов или лиц, осуществляющих борьбу с коррупцией в рамках правоохранительной системы. Такие органы или лица должны обладать необходимым уровнем независимости, в соответствии с фундаментальными принципами правовой системы государства-участника, чтобы иметь возможность эффективно осуществлять свои функции без какого-либо незаконного вмешательства в их деятельность. Персонал таких	В ст. 20 ничего не говорится о правовом статусе и структуре. Пункт 18 Положения об Агентстве «Председатель Агентства назначается на должность и освобождается от должности Президентом Республики Казахстан».	Установить правовой статус антикоррупционной службы, прописать статус главы этой службы, его права и полномочия, подотчетность и независимость сотрудников. В особенности, важно предусмотреть прозрачную и надлежащую процедуру назначения и увольнения руководства антикоррупционного ведомства. Процедура считается более совершенной, если глава специализированного учреждения назначается специальной комиссией или представителями разных ветвей власти на основе открытого и прозрачного конкурсного отбора. Цель

	органов должен иметь соответствующую подготовку и располагать всеми необходимыми ресурсами для выполнения поставленных перед ним задач»		такого отбора – выбрать политически нейтрального руководителя, с безупречной репутацией и компетентного в сфере борьбы с коррупцией и с опытом управления и стратегическим мышлением.
Антикоррупционные стандарты	Ст. 9 Конвенции ООН 1. Каждое Государство-участник принимает, в соответствии с основополагающими принципами своей правовой системы, необходимые меры для создания надлежащих систем закупок, которые основываются на прозрачности, конкуренции и объективных критериях принятия решений и являются эффективными, среди прочего, с точки зрения предупреждения коррупции. Такие системы, которые могут предусматривать надлежащие пороговые показатели при их применении, затрагивают, среди прочего, следующее: а) публичное распространение информации, касающейся закупочных процедур и контрактов на закупки, включая информацию о приглашениях к	Ст. 9 ч. 2. При реализации антикоррупционной политики соблюдаются следующие антикоррупционные стандарты, ограничивающие: 1) принятие нормативных правовых актов, прямо не предусмотренных законами Республики Казахстан и без их предварительного открытого обсуждения; 2) рассмотрение дел о коррупционных правонарушениях лицами прямо либо косвенно заинтересованными в исходе таких дел, в том числе лицами правоохранительного органа, в котором служит лицо, обвиняемое в совершении коррупционного правонарушения; 3) внеконкурсное и закрытое предоставление кредитов, ссуд, субсидий и субвенций	Необходимо предусмотреть механизмы обжалования решений по государственным закупкам. Параграф ч. 2 говорит только о предоставлении банковских услуг, однако необходимо это ограничение распространить на все виды услуг: равный подход к предоставлению услуг.

	участию в торгах и надлежащую или уместную информацию о заключении контрактов, с тем чтобы предоставить потенциальным участникам торгов достаточное время для подготовки и представления их тендерных заявок; b) установление, заблаговременно, условий участия, включая критерии отбора и принятия решений о заключении контрактов, а также правила проведения торгов, и их опубликование; c) применение заранее установленных и объективных критериев в отношении принятия решений о публичных закупках в целях содействия последующей проверке правильности применения правил или процедур;	физическим и юридическим лицам, а также иностранным государствам, их юридическим лицам и международным организациям, за исключением случаев, предусмотренных законами Республики Казахстан, а также установление неравных условий оказания банковских услуг для лиц в зависимости от их правового статуса; 4) введение и использование внеконкурсных и закрытых процедур продажи или установление особого порядка и условий приобретения государственного имущества, за исключением случаев, установленных законами Республики Казахстан; 5) участие в процедуре государственных закупок лиц, имеющих судимость за коррупционные правонарушения; 6) установление дополнительных требований, не предусмотренных законами Республики Казахстан, при осуществлении государственных закупок и услуг;	

		7) единоличное рассмотрение вопросов, связанных с выдачей лицензий или регистрацией субъектов частного предпринимательства или иной деятельности; 8) ведение бухгалтерского учета, представление финансовой отчетности, осуществления коррупционных правонарушений, в том числе создание неофициальной отчетности; проведение неучтенных или неправильно зарегистрированных операций; ведение учета несуществующих расходов; отражение обязательств, объект которых неправильно идентифицирован; использование поддельных документов; намеренное уничтожение бухгалтерской документации ранее сроков, предусмотренных законом.	
Разрешение конфликта интересов	Пункт 4 ст. 7 Конвенции ООН «Каждое Государство-участник стремится, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, создавать,	I. Ст. 10 «Ч. 4. Декларация об активах и обязательствах физического лица составляется и представляется в соответствии с требованиями	I. Как показывает практика многих стран, желательно расширить круг субъектов, об имуществе которых должен указывать должностное лицо и включить туда имущество,

	поддерживать и укреплять такие системы, какие способствуют прозрачности и предупреждают возникновение коллизии интересов». Пункт 5 ст. 8. Конвенции ООН «Каждое Государство-участник стремится, в надлежащих случаях и в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, устанавливать меры и системы, обязывающие публичных должностных лиц представлять соответствующим органам декларации, среди прочего, о внеслужебной деятельности, занятиях, инвестициях, активах и о существенных дарах или выгодах, в связи с которыми может возникнуть коллизия интересов в отношении их функций в качестве публичных должностных лиц». Совет Европы принял ряд рекомендаций для национальных государственных ведомств (<i>Council of Europe recommendation on Codes for public officials 11 May 2000, Art. 13 – Conflict of Interest</i>). Статья – 15– Интересы вне	и по форме, установленными налоговым законодательством Республики Казахстан.... ч 5. Декларация о доходах и имуществе физического лица составляется в соответствии с положениями налогового законодательства и представляется по форме, в сроки и в порядке, определенным налоговым законодательством Республики Казахстан. ч. 9 Физические и юридические лица, которые участвуют в выполнении функций по управлению государственным имуществом, представляют в порядке и сроки, установленные Правительством Республики Казахстан, отчеты о всех сделках имущественного характера и финансовой деятельности, связанных с государственной собственностью, в государственный орган, осуществляющий в отношении государственного имущества правомочия. ч. 10 Поступающие в органы государственных доходов	принадлежащее на праве собственности близким родственникам, включая несовершеннолетних детей и родителей лиц, которые указаны в ч. 2-3, 8 ст. 10. При сопоставлении ч. 4-5 и ст. 10 с ч. 8, усматривается несогласованность, поскольку ч. 10 говорит о том, что сведения деклараций является объектом налоговой тайны и их разглашение влечет ответственность, тогда как п. 8 устанавливает порядок публикаций сведений, отраженных в декларациях физических лиц. Рекомендую убрать ч. 10 как противоречащим целям деклараций и их опубликованию. Информация, которая представляется на основании п. 9 должна быть открыта, поскольку касается расходования национального бюджета.

	государственной службы и несовместимые с ней: 1. Государственный служащий не должен осуществлять деятельность или операции; занимать (возмездно или безвозмездно) пост или должность, несовместимые с надлежащим исполнением его служебных обязанностей или наносящие им вред. В случае, если нет ясности относительно совместимости с государственной службой какой-либо деятельности, он или она должны спросить мнение своего непосредственного начальника. 2. С учетом применяемого законодательства, прежде чем осуществлять (возмездно или безвозмездно) некоторые виды деятельности или соглашаться на какие бы то ни было посты или должности вне государственной службы, государственный служащий обязан проинформировать своего работодателя в государственной службе и согласовать с ним этот вопрос. 3. Государственный служащий обязан выполнять любые предусмотренные законом	сведения, предусмотренные настоящей статьей, являются охраняемой законом налоговой тайной в соответствии с законодательством Республики Казахстан. Их разглашение влечет ответственность в соответствии с законами Республики Казахстан». II. Ст. 11. В целях недопущения лицами, уполномоченными на выполнение государственных функций, лицами, приравненными к ним, а также лицами, являющимися кандидатами на выполнение указанных функций, совершений действий, которые могут привести к использованию ими своих полномочий в личных, групповых и иных неслужебных интересах, указанные лица с учетом особенностей, установленных статьями 12, 13, 14, 15 и 16 настоящего Закона, принимают на себя	II. Не понятно, что законодатель имел в виду под понятиями «групповые и неслужебные интересы» Если говорить о гражданской службе, то неслужебные интересы – это личные интересы. Поэтому в дублировании понятий нет необходимости. Большинство стран с многолетними традициями декларирования, требуют от госслужащих декларировать интересы в широком смысле этого понятия, включая финансовые интересы (активы, обязательства, доходы, имущество) и остальные личные интересы (например, должности в

	требования по декларированию своего членства или принадлежности организациям, которые могут повредить его должности или надлежащему исполнению им своих служебных обязанностей в качестве государственного служащего.	следующие антикоррупционные ограничения по: 1) осуществлению деятельности, не совместимой с выполнением государственных функций; 2) недопустимости совместной службы (работы) близких родственников, супругов; 3) принятию решений, осуществлению контроля и надзора, проведению расследования, разрешению споров и определению мер ответственности. III. Часть 1 Ст. 12 Лицам, уполномоченным на выполнение государственных функций, и лицам, приравненным к ним (за исключением кандидатов в Президенты Республики Казахстан, Депутаты Парламента Республики Казахстан и маслихаты, а также в члены выборных органов местного самоуправления, депутатов местных исполнительных органов, лиц, осуществляющих свою	неправительственных организациях, включая политические, крупные финансовые интересы членов семьи, неплатёжеспособность, социальные или личные связи, которые могут повлечь за собой выполнение обязанностей, участие в судебных разбирательствах и др.). III. Такой длинный список лиц, которые не подпадают под ограничения ст. 12-14, не является позитивным в рамках провозглашенных целей. Члены парламента, члены выборных органов МСУ, депутаты местных исполнительных органов, в первую очередь должны быть независимы и объективны. В настоящем варианте законопроекта получается, что они могут контактировать с любыми лицами, в том числе, проводить контроль и надзор, разрешать споры и определять меру ответственности в отношении

		деятельность в субъектах квазигосударственного сектора), запрещается заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме педагогической, научной и иной творческой деятельности.	себя, своих родственников, контрагентов своих родственников. Таким образом, нарушается один из принципов политики противодействия коррупции: неотвратимость ответственности за совершение коррупционных правонарушений (ч. 5 ст. 4 Закона проекта о противодействии коррупции). К субъектам квазигосударственного органа должны применяться те же положения о запретах, поименованные в ст. 12-14 Закона проекта, за исключением ведения предпринимательской деятельности.
Частный сектор	Ст. 12. Конвенция ООН 1. Каждое Государство-участник принимает меры, в соответствии с основополагающими принципами своего внутреннего законодательства, по предупреждению коррупции в частном секторе, усилению стандартов бухгалтерского учета и аудита в частном секторе и, в надлежащих случаях, установлению эффективных, соразмерных и оказывающих сдерживающее	Ст. 16 Субъекты частного предпринимательства при осуществлении своей деятельности принимают меры по предупреждению коррупции, в том числе по минимизации причин и условий, способствующих совершению коррупционных правонарушений.	В статье не расшифровано, какие меры должны предприниматься. Необходимо прописать. Рекомендую статью изложить в следующей редакции: 1. Коммерческие организации обязаны разрабатывать и принимать меры по предупреждению коррупции. 2. Меры по предупреждению коррупции, принимаемые в организации, могут включать:

	воздействие гражданско-правовых, административных или уголовных санкций за несоблюдение таких мер. 2. Меры, направленные на достижение этих целей, могут включать, среди прочего, следующее: а) содействие сотрудничеству между правоохранительными органами и соответствующими частными организациями; б) содействие разработке стандартов и процедур, предназначенных для обеспечения добросовестности в работе соответствующих частных организаций, включая кодексы поведения для правильного, добросовестного и надлежащего осуществления деятельности предпринимателями и представителями всех соответствующих профессий и предупреждения возникновения коллизии интересов, а также для поощрения использования добросовестной коммерческой практики в отношениях между коммерческими предприятиями и в договорных отношениях между ними и государством; 15 с) содействие прозрачности в		1) определение подразделений или должностных лиц, ответственных за профилактику коррупционных и иных правонарушений; 2) сотрудничество организации с правоохранительными органами; 3) разработку и внедрение в практику стандартов и процедур, направленных на обеспечение добросовестной работы организации; 4) принятие кодекса этики и служебного поведения работников организации; 5) предотвращение и урегулирование конфликта интересов; 6) недопущение составления неофициальной отчетности и использования поддельных документов; 7) разработка механизмов оповещения о коррупционных проявлений и защита таких заявителей; 8) установление ограничений на принятие на работу бывших государственных

	деятельности частных организаций, включая, в надлежащих случаях, меры по идентификации юридических и физических лиц, причастных к созданию корпоративных организаций и управлению ими; d) предупреждение злоупотреблений процедурами, регулирующими деятельность частных организаций, включая процедуры, касающиеся субсидий и лицензий, предоставляемых публичными органами для осуществления коммерческой деятельности; e) предупреждение возникновения коллизии интересов путем установления ограничений, в надлежащих случаях и на разумный срок, в отношении профессиональной деятельности бывших публичных должностных лиц или в отношении работы публичных должностных лиц в частном секторе после их выхода в отставку или на пенсию, когда такая деятельность или работа прямо связаны с функциями, которые такие публичные должностные лица выполняли в период их		служащих, которые взаимодействовали с компаниями во время работы в государственном секторе.

		нахождения в должности или за выполнением которых они осуществляли надзор; f) обеспечение того, чтобы частные организации, с учетом их структуры и размера, обладали достаточными механизмами внутреннего аудиторского контроля для оказания помощи в предупреждении и выявлении коррупционных деяний и чтобы счета и требуемые финансовые ведомости таких частных организаций подлежали применению надлежащих процедур аудита и сертификации. 3. В целях предупреждения коррупции каждое Государство-участник принимает такие меры, какие могут потребоваться, в соответствии с его внутренним законодательством и правилами, регулирующими ведение бухгалтерского учета, представление финансовой отчетности, а также стандарты бухгалтерского учета и аудита, для запрещения следующих действий, осуществляемых в целях совершения любого из преступлений, признанных	

	такowymi в соответствии с настоящей Конвенцией: а) создание неофициальной отчетности; б) проведение неучтенных или неправильно зарегистрированных операций; с) ведение учета несуществующих расходов; d) отражение обязательств, объект которых неправильно идентифицирован; е) использование поддельных документов; и f) намеренное уничтожение бухгалтерской документации ранее сроков, предусмотренных законодательством. 4. Каждое Государство-участник отказывает в освобождении от налогообложения в отношении расходов, представляющих собой взятки, которые являются одним из элементов состава преступлений, признанных таковыми в соответствии со статьями 15 и 16 настоящей Конвенции, и, в надлежащих случаях, в отношении других расходов, понесенных в целях содействия коррупционным деяниям.		
Защита заявителей	Ст. 33. Конвенции ООН против коррупции Каждое	Ст. 24 1. Лицо, располагающее достоверной информацией о	В преамбуле Законопроекта указано, что Закон регулирует

	Государство-участник рассматривает возможность включения в свою внутреннюю правовую систему надлежащих мер для обеспечения защиты любых лиц, добросовестно и на разумных основаниях, сообщающих компетентным органам о любых фактах, связанных с преступлениями, признанными таковыми в соответствии с настоящей Конвенцией, от любого несправедливого обращения.	коррупционном правонарушении, информирует руководство государственного органа и организаций, в которых оно работает либо уполномоченный орган. 2. Руководство государственного органа и организаций, уполномоченный орган обязаны в месячный срок со дня получения информации принять меры по поступившим заявлениям о коррупционных правонарушениях либо случаях склонения физических лиц к совершению таких правонарушений. 3. Лицо, сообщившее о факте коррупционного правонарушения или иным образом оказывающее содействие в противодействии коррупции, находится под защитой государства и поощряется в порядке, предусмотренном Правительством Республики Казахстан. 4. Информация о лице, оказывающем содействие в противодействии коррупции,	общественные отношения в сфере предупреждения и противодействия коррупции, однако ст. 24 говорит только о государственном секторе. Рекомендую включить в данную статью положение, которое бы регулировало порядок заявления о коррупции в частном секторе. Прописать гарантии непривлечения лица, сообщившего о коррупции, к административной ответственности (ст. 439 Кодекса об административных правонарушениях). Также предусмотреть гарантии от неправомерного увольнения. Несмотря на то, что п. 3-4 данной статьи сказано о защите данных лиц и то, что информация о данных лицах является государственным секретом, при проверке способов обращения, указанные на портале Агентства, выясняется, что все они ставят под сомнения, что положения п. 3-4 о конфиденциальности информации о заявителе о коррупции выполняемы,

		является государственным секретом и представляется только по запросам органов, указанных в статье 17 настоящего Закона или суда в порядке, установленном Законом Республики Казахстан. Постановление Правительства Республики Казахстан от 23 августа 2012 г. N 1077 «Об утверждении Правил поощрения лиц, сообщивших о факте коррупционного правонарушения или иным образом оказывающих содействие в борьбе с коррупцией»	является государственным секретом и представляется только по запросам органов, указанных в статье 17 настоящего Закона или суда в порядке, установленном Законом Республики Казахстан. Постановление Правительства Республики Казахстан от 23 августа 2012 г. N 1077 «Об утверждении Правил поощрения лиц, сообщивших о факте коррупционного правонарушения или иным образом оказывающих содействие в борьбе с коррупцией»	наоборот, они требуют четкую идентификацию лица, сообщившего о коррупции: 1. Письменно по почтовому адресу: 010000, город Астана, улица Сейфуллина, 37. 2. Посредством портала «Электронного правительства» egov.kz, при наличии электронной цифровой подписи. 3. Посредством Портала 1494.kz, пройдя регистрацию. Рекомендую продумать форму обратной связи на сайте Агентства, которая будет учитывать ч. 4 ст. 24 законопроекта.
Незаконное обогащение	Статья 20 Конвенции ООН против коррупции призывает страны принимать меры для преследования лиц за незаконное обогащение, то есть значительное увеличение активов публичного должностного лица, превышающее его законные доходы, которое оно не может разумным образом обосновать. (в следующих странах так или иначе была имплементирована	Ст. 25. В случаях незаконного обогащения лиц, уполномоченных на выполнение государственных функций, и лиц, приравненных к ним, в результате коррупционных правонарушений, незаконно полученное имущество подлежит обращению, а стоимость незаконно полученных услуг взысканию в доход государства.	Ни в ст. 1, ни в ст. 25 не объясняется понятие «незаконное обогащение». Рекомендую внести изменения в ст. 1 и дополнить ее следующим абзацем: Незаконное обогащение - это значительное превышение стоимости активов должностного лица над размером законных доходов такого лица, которое он не	

	ст. 20: Австрии, Дании, Ирландии, Испании, Италии, Нидерландов, Норвегии, Португалии, США, Финляндии, Франции, Швейцарии и Швеции).		может разумным образом обосновать. Из статьи неясна процедура доказывания незаконного обогащения, на ком лежит бремя доказывания и распределяются обязанности. Необходимо четко прописать это в статье, хотя бы в виде описания: «При наличии признаков незаконного обогащения, прокурор обращается в суд с иском о взыскании».

**АНАЛИЗ
ПРОЕКТА ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН
«О ДОСТУПЕ К ИНФОРМАЦИИ»²¹⁹
(версия проекта от 28.04.2015)**

ОСНОВНЫЕ ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

• Версия проекта Закона РК «О доступ к информации» от 28.04.2015 в некоторых важных аспектах представляет собой шаг назад по сравнению с предыдущей редакцией, которая анализировалась экспертом ранее (версия от 26.04.2012). Целый ряд положений новой версии Законопроекта не вполне соответствует международным стандартам. В этой связи **проект требует существенной доработки.**

• В проект необходимо включить базовое положение – **право любого лица на доступ к информации** и свободное распространение и последующее использование полученной информации. Это право имеют только частные субъекты, им не могут пользоваться субъекты властных полномочий (которые не могут использовать Закон о доступе к информации для направления своих запросов информации, что следует прямо предусмотреть в тексте закона).

• Необходимо четко установить главный принцип режима доступа к информации – **принцип максимальной открытости** (презумпции открытости) информации. Открытый доступ к информации должен быть правилом, а ограничение доступа – исключением. Также следует предусмотреть **принцип максимального упрощения доступа к информации**, чтобы избежать формального и ограничительного толкования предусмотренных законом процедур в дальнейшем на практике.

• Рекомендуется **упростить определение информации**, доступ к которой регулируется проектом. Главными элементами должны быть: информация, которая зафиксирована в любой форме и любыми средствами и которая находится во владении определенных этим законом обладателей.

• Важно закрепить **приоритетность Закона о доступе к информации** в регулировании соответствующих правоотношений и четко определить любые исключения из сферы действия закона. Рекомендуется внести **изменения в Закон о государственных секретах**, чтобы распространить на него правила ограничения доступа, которые должны содержаться в Законе о доступе к информации («трисоставной тест»). Следует также **изменить процессуальные кодексы**, предусмотрев, что доступ к материалам дела во время процесса осуществляется согласно правил процессуального закона, а после окончания процесса – согласно Закону о доступе к информации.

²¹⁹ Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках проекта «Консолидация усилий гражданского общества с целью поощрения защиты правозащитников» поддержанного Европейским Союзом. Содержание данной публикации является предметом ответственности Центра исследования правовой политики и ОО "ЭХО" и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.

- **Перечень обладателей** в проекте, в основном, соответствует лучшему мировому опыту, однако может быть дополнен субъектами, которые владеют информацией общественного интереса, а также субъектами, которым государство или орган местного самоуправления делегировали на основании закона или договора выполнение публичных функций. Также следует включить в круг обладателей физических лиц - индивидуальных предпринимателей.

- Одним из главных недостатков проекта является отсутствие в нем правил **трисоставного теста** – совокупности условий для ограничения доступа к информации согласно международным стандартам, которая включает проверку на вред и общественный интерес.

- Положения законопроекта следует существенно пересмотреть в части норм об ограничении доступа к информации, особенно оснований для отказа в предоставлении информации:

- Рекомендуется рассмотреть **возможность отказа от категорий «информация с ограниченным доступом» и «служебная информация».**

- **Перечень интересов в статье 5 проекта, защита которых может оправдывать ограничение доступа, представляется слишком узким.**

- Доступ к информации не должен ограничиваться, если предоставление запрашиваемой информации не входит в компетенцию обладателя информации. **Значение имеет факт владения запрашиваемой информацией, а не компетенция обладателя, который получил запрос.**

- Рекомендуется предусмотреть, что **ограничивается в доступе - информация, а не документ.** Если документ содержит информацию с ограниченным доступом (после прохождения трисоставного теста), то предоставляется его копия, из которой изъята такая информация, с указанием в тексте частей документа, доступ к которым был ограничен.

- **Ограничение доступа к информации лишь на основании отнесения ее к информации с ограниченным доступом противоречит принципу максимальной открытости.** Ограничение в каждом конкретном случае должно пройти трисоставной тест. То, что информация ранее была ограничена в доступе, не является достаточным для последующего ограничения.

- Следует **расширить список информации, доступ к которой не подлежит ограничению.**

- Рекомендуется **определить в проекте алгоритм действий в случае, когда запрос касается информации, которая ранее была правомерно ограничена в доступе другим субъектом** – получивший запрос обладатель должен самостоятельно принять решение о возможном ограничении доступа после проведения консультаций с автором документа и на основании критериев трисоставного теста.

- Рекомендуется четко установить, что **заявитель имеет право определять форму предоставления информации** на его запрос. Если обладатель не владеет информацией в запрашиваемой форме, он должен преобразовать информацию в запрашиваемую форму, но только если это не представляет для него чрезмерное требование, то есть если это не приведет к нарушению его работы и расходованию чрезмерных ресурсов.

- **Требования к письменному запросу,** установленные проектом, представляются чрезмерными. Запрет анонимных запросов не является обоснованным.

- Серьезным недостатком законопроекта является **отсутствие положений об органе внесудебного государственного контроля** за реализацией права на доступ

к информации. Рекомендуется предусмотреть создание или определение такого органа, который должен пользоваться операционной и институциональной независимостью, иметь достаточные финансовые, кадровые и другие ресурсы для эффективного выполнения своих функций, а также быть наделен адекватными полномочиями, в том числе по проведению проверок, рассмотрению жалоб на нарушения права на доступ к информации, изданию обязательных предписаний.

- Рекомендуется включить в проект **положения о доступе к информации в форме «открытых данных»** (наборы структурированных данных, которые могут обрабатываться автоматизированными средствами) и праве свободного повторного использования такой информации.

- Следует установить **сроки для опубликования проектов актов**, которые должны быть достаточными для подачи замечаний и предложений к ним.

- Перечень обязанностей обладателей следует дополнить обязанностью ведения учета всех документов во владении обладателя – **обладатели должны составлять реестр документов в их владении** и публиковать его на своих интернет-ресурсах.

- Исключение из проекта **статьи об информаторах** является негативным и не соответствует передовой мировой практике. В целом, однако, защита информаторов требует комплексного регулирования, которое нельзя охватить одной статьей одного закона. Поэтому рекомендуется разработать отдельный комплексный законопроект о защите информаторов (разоблачителей).

АНАЛИЗ ПРОЕКТА

Для анализа были предоставлены тексты законопроектов от 28 апреля 2015 года «О доступе к информации» и «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам доступа к информации», которые были подготовлены рабочей группой, состоящей из депутатов Мажилиса Парламента Республики Казахстан. Автор проводил анализ предыдущей версии законопроекта «О доступе к информации» от 26 апреля 2012 года²²⁰.

Вступление

Доступ к информации является фундаментальным правом человека, важным условием для обеспечения защиты и реализации других прав и свобод человека, действенным средством для предотвращения коррупции и обеспечения надлежащего управления в государстве.

Конвенция ООН против коррупции²²¹ (статья 13) упоминает доступ к информации в качестве одной из мер, необходимых для укрепления участия гражданского общества в предотвращении и борьбе с коррупцией. Конвенция также призывает принять меры для улучшения прозрачности в публичной администрации, в том числе касательно процесса принятия решений (статья 10).

Доступ к информации рассматривается как важная составляющая открытости государственной власти, элемент электронного правительства и надлежащего управления (good governance). Без эффективного доступа к информации невозможно

²²⁰ Анализ был подготовлен в феврале 2015 года для Фонда Сорос-Казахстан и Интерньюс – Казахстан.

²²¹ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции. Принята резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи от 31 октября 2003 года. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/corruption.shtml

развитие демократического государства и утверждение верховенства права, участие граждан в управлении государственными делами и принятии решений.

Гарантирование действенного доступа к информации при помощи специального закона стало международным стандартом и распространенной практикой. По состоянию на середину 2015 года, 103 страны приняли специальные законы о свободе или доступе к информации²²², многие из них включили соответствующие гарантии в свои конституции.

Законы о доступе к информации приняты также во многих странах региона. Ниже приведена таблица с информацией о соответствующих законах в странах, которые, как и Казахстан, участвуют в Стамбульском плане действий в рамках Сети Организации Экономического Сотрудничества и Развития (ОЭСР) по борьбе с коррупцией в странах Восточной Европы и Центральной Азии. Также в таблице указано место страны в международном рейтинге законов о праве на информацию²²³.

	Название закона(-ов)	Год	Место в Глобальном рейтинге права на информацию
Азербайджан	О праве на получение информации	2005	9
Украина	О доступе к публичной информации	2011	18
Кыргызстан	О гарантиях и свободе доступа к информации	1997	27
	О доступе к информации, находящейся в ведении государственных органов и органов местного самоуправления	2006	
Грузия	Административный кодекс, Глава 3 "Свобода информации" ²²⁴	1999	31
Армения	О свободе информации	2003	33
Монголия	О прозрачности информации и праве на информацию	2011	56
Узбекистан	Закон о гарантиях и свободе доступа к информации	1997	94
	О принципах и гарантиях свободы информации	2002	
Таджикистан	Закон о праве на доступ к информации	2008	99

Право на информацию, которое раньше, как правило, рассматривалось как составляющая свободы выражения взглядов, в последние два десятилетия утвердилось как самостоятельное право. Хотя еще в 1946 году Генеральная

²²² URL: www.freedominfo.org. Специальные законы о доступе к информации приняты во всех 34 странах ОЭСР, кроме Люксембурга. При этом первые законы о доступе к информации были приняты именно в странах ОЭСР: Швеция – 1766 г., Финляндия – 1951 г., США – 1966 г., Дания, Норвегия – 1970 г., Австралия, Канада и Новая Зеландия -1982-1983 гг.; в 1991-2000 гг. такие законы были приняты еще в 13 странах, которые сейчас являются членами ОЭСР (Венгрия – 1992 г., Португалия – 1993 г., Ирландия – 1997 г., Чехия – 1999 г., Великобритания, Эстония – 2000 г. и др.), в 2001-2008 гг. – в остальных 7 странах (Польша – 2001 г., Словения – 2003 г., Германия – 2005 г. и др.).

²²³ URL: www.rti-rating.org/country_data.php.

²²⁴ В 2013 году Грузия начала разработку отдельного закона о доступе к информации.

Ассамблея ООН в своей Резолюции №59(1) отметила, что “свобода информации является основополагающим правом человека и представляет собой критерий всех видов свободы, защите которых Объединенные Нации себя посвятили”²²⁵. В Стамбульском документе ОБСЕ 1999 года доступ к информации был признан “важнейшим компонентом любого демократического, свободного и открытого общества”²²⁶.

В 2004 году Специальный докладчик ООН по вопросам свободы убеждений и их выражения, Представитель ОБСЕ по вопросам свободы СМИ и Специальный докладчик Организации американских государств по вопросам свободы выражения взглядов в своей совместной декларации отметили, что право на информацию, которая находится во владении органов публичной власти, является фундаментальным правом человека, которое должно быть реализовано на национальном уровне при помощи комплексного законодательства (например, законов о свободе информации) на основе принципа максимальной открытости, согласно которому устанавливается презумпция, что вся информация открыта, кроме узко сформулированных исключений²²⁷.

За последние два десятилетия были выработаны соответствующие международные стандарты в сфере доступа к информации, среди которых следует выделить такие документы:

- Конвенция Совета Европы о доступе к официальным документам²²⁸;
- Модельный закон о свободе информации международной организации “Артикль 19”²²⁹;
- Модельный межамериканский закон о доступе к публичной информации²³⁰;
- Модельный закон о доступе к информации для Африки²³¹;
- Глобальные принципы по вопросам национальной безопасности и права на информацию (Цванские принципы)²³²;
- Доклады Специального докладчика ООН по вопросу о поощрении и защите права на свободу убеждений и их свободное выражение²³³.

Эти стандарты использовались при проведении анализа проекта Закона Республики Казахстан «О доступе к информации», который приведен ниже. При анализе также учитывались национальные законы, которые считаются прогрессивными (например, законы Болгарии, Эстонии, Индии, Сербии, Словении, Хорватии, Черногории, Украины) и индикаторы международного рейтинга законов о праве на информацию²³⁴.

В Отчете о втором раунде мониторинга Казахстана в рамках Стамбульского плана действий ОЭСР (сентябрь 2011 года) приветствовалась подготовка специального закона о доступе к публичной информации, который разрабатывался в то время

²²⁵

URL:

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/035/16/IMG/NR003516.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/035/16/IMG/NR003516.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/035/16/IMG/NR003516.pdf?OpenElement)

²²⁶ Стамбульский документ 1999 г. URL: www.osce.org/ru/node/125811?download=true

²²⁷ См.: URL: www.osce.org/fom/38632

²²⁸ См.: URL: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/205.htm>

²²⁹ См.: URL: www.article19.org/data/files/medialibrary/1796/model-freedom-of-information-law.pdf

²³⁰ См.: URL: www.oas.org/dil/AG-RES_2607-2010_eng.pdf

²³¹ См.: URL: www.achpr.org/files/news/2013/04/d84/model_law.pdf

²³² См.: URL: www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/global-principles-national-security-10232013.pdf

²³³ См.: Доклад 2013 года о доступе к информации, URL: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/68/362; Доклад 2000 года, URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/102/59/PDF/G0010259.pdf?OpenElement>

²³⁴ См.: URL: www.rti-rating.org/Indicatorsfinal.pdf

совместными усилиями НПО, донорских организаций, представителей органов власти и в целом являлся достаточно прогрессивным. Однако, в 2012 г. подготовка законопроекта была приостановлена²³⁵.

В связи с этим Казахстану рекомендовалось ускорить рассмотрение этого законопроекта и его принятие после обязательного приведения текста в соответствие с международными стандартами и рекомендациями. В частности, рекомендовалось обратить внимание на такие существенные недостатки проекта (анализировалась версия от 16 сентября 2010 г.):

- нечеткое определение понятия «публичная информация», которое должно охватывать всю информацию, находящуюся во владении органов публичной власти и других обладателей;

- нечетко артикулирован принцип максимальной открытости – вся публичная информация является открытой, если доступ к ней не ограничен на основании закона;

- закон не распространяется на информацию с ограниченным доступом, тем самым значительно сужая его сферу действия. Именно Закон про доступ должен определять порядок ограничения доступа к публичной информации и иметь приоритет перед любым другим законом, регулирующим вопросы статуса и доступа к информации, а не наоборот, как предусмотрено в ст. 3 проекта;

- отсутствие «трисоставного теста» - ограничение доступа к информации возможно только в случае 1) ограничения в целях защищенных законом интересов, когда 2) разглашение информации может причинить существенный вред такому законному интересу и если 3) такой вред преобладает над общественным интересом в разглашении информации;

- нечетко определено понятие «информации с ограниченным доступом» («информация, доступом к которой обладает ограниченный круг пользователей либо доступ к которой ограничен для отдельных категорий пользователей информации»);

- полный запрет на предоставление внутриорганизационной информации;

- возможность отказа в предоставлении информации, если она была обнародована в СМИ или размещена на интернет-ресурсе²³⁶.

В Отчете о третьем раунде мониторинга Казахстана в рамках Стамбульского плана действий ОЭСР (октябрь 2014 года) было отмечено, что эта рекомендация Казахстаном не была выполнена. Мониторинговая группа согласилась с тем, что отсутствие прогресса в вопросе принятия закона о доступе к информации негативно влияет на развитие СМИ, гражданского общества, борьбу с коррупцией, прозрачность государственного управления в Казахстане, защиту информаторов и призвала органы власти Казахстана возобновить процесс подготовки закона о доступе к информации согласно международным стандартам²³⁷.

Необходимость разработки и принятия закона Республики Казахстан «О доступе к информации» признается также во многих официальных документах, как на международном, так и на национальном уровне²³⁸.

В новой Антикоррупционной стратегии Республики Казахстан на 2015-2025 годы, утвержденной Указом Президента Республики Казахстан от 26 декабря 2014 года №

²³⁵ См.: URL: www.oecd.org/countries/kazakhstan/48908356.pdf

²³⁶ Там же, стр. 104.

²³⁷ См.: URL: www.oecd.org/daf/anti-bribery/Kazakhstan-3rd-Round-Monitoring-Report-RUS.pdf.

²³⁸ Например, План мероприятий Правительства Республики Казахстан по реализации рекомендаций государств-членов Организации Объединенных Наций в рамках Универсального периодического обзора по правам человека на 2011-2014 годы; Доклад о ситуации с правами человека в Республике Казахстан в 2011 году; План мероприятий по исполнению предвыборной платформы НДП «Нур Отан» «Казахстан. Цели 2017. Национальный план действий».

986, отмечено, что еще одним инструментом обеспечения прозрачности работы государственного аппарата должен стать Закон «О доступе к публичной информации», который закрепит права получателей публичной информации, порядок ее предоставления, учета и использования. Свободный доступ к публичной информации исключит необходимость излишних контактов населения с чиновниками.

Далее приводится анализ основных положений проекта Закона РК «О доступе к информации» (его версии от 28.04.2015 г.), далее – Законопроект, а также некоторых положений проекта Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам доступа к информации» (версия от 28.04.2015 г.), далее – Сопутствующий законопроект.

1. Право на доступ к информации

Законопроект не содержит четко артикулированного права каждого на доступ к информации во владении определенных законом субъектов.

В статье 1 Законопроекта («Основные понятия, используемые в настоящем Законе») доступ к информации определяется как «гарантированное государством, закрепленное в Конституции и законах Республики Казахстан, право каждого свободно получать и распространять информацию любым, не запрещенным законом способом». Однако это нельзя считать надлежащим закреплением права на доступ к информации. Оно содержится в глоссарии закона, то есть имеет технический характер. При этом к «доступу к информации» отнесено также право распространять информацию, что сомнительно.

В статье 5 законопроекта в редакции от 26.04.2012 устанавливалось, что государство гарантирует каждому свободно получать и распространять информацию, любым не запрещенным законом способом. Это положение исключено из новой редакции проекта.

Рекомендуется четко установить право каждого физического лица, юридического лица или объединения без статуса юридического лица (если такие признаются в национальной правовой системе), независимо от наличия гражданства или места регистрации/деятельности и других обстоятельств, получать доступ к информации.

При этом важно установить, что это право не распространяется на субъекты властных полномочий, то есть органы публичной власти (государственные органы, органы местного самоуправления) и их служащих, которые не могут пользоваться Законом о доступе к информации для получения информации. Закон о доступе к информации регулирует отношения, связанные с доступом частных лиц к информации во владении субъектов публичного права. Порядок же получения информации органами власти регулируется специальными административными положениями согласно принципу «разрешено то, что предусмотрено законом» - такие органы и их служащие, чтобы иметь возможность получать информацию, должны быть наделены специальными полномочиями по запрашиванию и получению информации, но они не могут регулироваться в Законе о доступе к информации. Важно четко указать это различие в тексте закона.

2. Определение информации

Законопроект (статья 1) определяет предмет права на доступ («информация») таким образом: «сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и

процессах, полученные или созданные обладателем информации, зафиксированные на любом носителе и имеющие реквизиты, позволяющие ее идентифицировать».

Как отмечалось в предыдущем заключении, следует приветствовать то, что Законопроект регулирует именно доступ к информации, а не к документам, поскольку последнее сужало бы предмет права на доступ. Также позитивно то, что Законопроект не использует формулировку «публичная информация», которая в странах этого региона понимается по-разному («публичный» = открытый, «публичный» = относящийся к органам публичной власти), что часто приводит к практическим проблемам.

В то же время некоторые элементы определения информации рекомендуется пересмотреть. Так, Законопроект содержит лишнее требование - «сведения ..., имеющие **реквизиты, позволяющие ее идентифицировать**». Эта характеристика недостаточна четкая и приведет к проблемам в правоприменении. Реквизиты обычно имеет документ, а не информация. К тому же, для определения предмета права на доступ эта характеристика не имеет значение. Идентифицировать информацию невозможно при помощи четких реквизитов, информация может содержаться в различных документах и поэтому в запросе достаточно описать запрашиваемую информацию с минимальным уровнем четкости.

Также следует заменить элемент «**полученные или созданные**» на владение (обладание) или контроль информации. Для реализации права на доступ к информации не имеет значение, каким образом информация оказалась во владении обладателя информации (была она получена или создана) – ключевым является факт владения или контроля обладателя касательно информации, которая запрашивается. Если определенный в законе субъект имеет в своем физическом контроле запрашиваемую информацию, то он является ее «обладателем» (распорядителем, контролером или любой другой аналогичный термин) и должен предоставить ее в ответ на запрос.

При этом важно понимать, что речь идет не о юридическом полномочии владения (пользования или распоряжения), а о факте физического контроля, доступности информации для субъекта, который получил запрос. Поэтому выбранный термин (владение, контроль и т.п.) должен быть максимально нейтральным, чтобы на практике его не путали с юридическими полномочиями, аналогичными тем, которые составляют право собственности или любые другие вещные права. Право на информацию является личным неимущественным правом, а информация не может быть объектом права собственности как таковая.

Самое главное – это отобразить в определении предмета права на доступ то, что это информация, которая уже существует на момент запроса (что ограничивает запросы информации от обращений/петиций) и которая зафиксирована (задокументированная) каким-либо образом.

Также нет необходимости перечислять все возможные сведения («о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах»), поскольку это не имеет значения для регулирования законом и только усложняет определение. Указание ограниченного перечня сведений будет означать, что на практике будет необходимо устанавливать, запрашиваются ли сведения «о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах».

В целом, следует учитывать, что любой лишний элемент определения в будущем создаст проблему на практике, поскольку может по-разному пониматься в правоприменении и может стать основанием для злоупотреблений со стороны обладателей.

Таким образом, предлагается упростить определение информации, например, таким образом: *«информация, которая зафиксирована в любой форме и на любом носителе и которая находится во владении/[контроле] определенных этим Законом обладателей информации».*

3. Принцип максимальной открытости

В Законопроекте отсутствует ключевой принцип режима доступа к информации – принцип максимальной открытости или **презумпция открытости информации**. Он предусматривает, что любая информация во владении определенных законом «обладателей» считается открытой для доступа, если ограничение на доступ к запрашиваемой информации не было установлено в соответствии с законом. Открытость информации признается правилом, а ограничение доступа – исключением из этого правила.

Это основополагающий постулат, который определяет весь правовой механизм регулирования доступа к информации как права человека.

Из презумпции открытого доступа к информации следует невозможность автоматического ограничения доступа к категориям информации (например, конфиденциальной информации о физическом лице либо информации в сфере национальной безопасности). Определенный класс информации не может быть исключен из общего режима доступа – это противоречит презумпции открытости и основополагающему праву на доступ к информации как таковому. Право на доступ не может быть частичным – то есть касаться только определенного вида информации.

Отсюда также следует, что вопрос ограничения доступа должен решаться относительно конкретной информации и в контексте обстоятельств конкретной ситуации на момент принятия решения по запросу информации. Ограничив один раз доступ к информации, обладатель не вправе в дальнейшем автоматически отказывать в доступе к этой информации – он должен каждый раз проверять наличие условий, которые согласно закону, позволяют ему ограничить доступ (применяя так называемый трисоставной тест – см. далее). Иными словами, получив запрос информации ее обладатель исходит из гипотезы (предположения), что запрашиваемая информация является априори открытой, и он может ограничить к ней доступ (то есть опровергнуть эту гипотезу) только после обоснования наличия обязательных для этого условий.

Принцип максимальной открытости тесно взаимосвязан с **принципом пропорциональности** любого ограничения права на доступ к информации. В частности, это означает, что ограничение доступа к информации должно быть необходимым, то есть быть обоснованным и минимальным относительно правомерных интересов, которые такое ограничение преследует. В практическом аспекте это также означает, что, если запрашиваемый документ содержит часть информации, доступ к которой может быть правомерно ограничен, вся остальная часть документа должны быть предоставлена на запрос (см. также далее анализ относительно ограничения доступа к информации).

4. Сфера действия Закона

Сфера применения будущего закона регулируется статьей 3 Законопроекта.

Важным условием эффективности любого закона о доступе к информации является то, что порядок доступа к информации и его ограничения должен регулироваться именно законом о доступе – главным законодательным актом для соответствующих правоотношений. Если другие законы предусматривают

исключения из общего режима доступа, то это подрывает действенность закона о доступе.

Поэтому следует приветствовать удаление из новой редакции Законопроекта положения о том, что, если законами Республики Казахстан предусматривается иной порядок предоставления отдельных видов информации, положения настоящего Закона применяются с учетом особенностей, предусмотренных этими законами Республики Казахстан.

Исключения из сферы действия Закона о доступе возможны (например, может существовать особый порядок доступа к процессуальным документам, который регулируется, например, Уголовным процессуальным кодексом, Гражданским процессуальным кодексом и так далее; к судебным решениям; к архивным документам), но они должны быть четко обозначены в законе.

Кроме четкого определения исключений из сферы регулирования закона, в проект следует также включить норму о том, что обладатель информации, независимо от того, каким нормативным актом он регулирует свою деятельность, в вопросах доступа к информации должен руководствоваться специальным законом о доступе.

Государственные секреты. Очень часто в странах существуют специальные законы, которые регулируют доступ к сведениям, которые составляют государственные секреты. Такой закон есть и в Казахстане. Важно, чтобы будущий Закон о доступе к информации распространял свое действие на сферу государственных секретов. Специальным законом может быть предусмотрен особый порядок отнесения информации к государственным секретам (то есть регулировать организационные особенности обращения такой информации), но доступ к такой информации (и основания для ограничения доступа) должны регулироваться единым законом о доступе к информации.

Сопутствующим законопроектом не предусматривается внесение изменений в Закон РК «О государственных секретах», которые согласовывали бы этот закон с Законом о доступе к информации. Это серьезный недостаток, который необходимо исправить. Исключение большого массива информации во владении государства (государственных секретов) из сферы регулирования Закона о доступе к информации лишает последний большей части его значения и ослабляет гарантии доступа к информации в целом.

Запросы государственных органов. В Законопроекте, в статье 3, следует четко установить правило, что он не распространяется на запросы информации, которые направляют государственные органы и их должностные лица в рамках исполнения своих полномочий.

Как отмечалось выше, право доступа к информации не распространяется на субъекты властных полномочий, то есть органы публичной власти (государственные органы, органы местного самоуправления) и их служащих, которые не могут пользоваться Законом о доступе к информации для получения информации. Закон о доступе к информации регулирует отношения, связанные с доступом частных лиц к информации во владении субъектов публичного права. Порядок же получения информации органами власти регулируется специальными административными положениями согласно принципу «разрешено то, что предусмотрено законом» - такие органы и их служащие, чтобы иметь возможность получать информацию, должны быть наделены специальными полномочиями по запрашиванию и получению информации, но они не могут регулироваться в Законе о доступе к информации.

Обращения граждан. В статье 3 Законопроекта правильно предусмотрено, что закон не распространяется на обращения, порядок рассмотрения которых установлен законом о порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц. Также следует приветствовать то, что Сопутствующий законопроект вносит изменения в

Закон РК «О порядке рассмотрения обращений физических и юридических лиц» и удаляет из последнего упоминание о запросах, как одним из видов обращений.

Процессуальные законы. Статья 3 Законопроекта предусматривает, что действие Закона не распространяется на обращения физических и юридических лиц, порядок рассмотрения которых установлен законодательством Республики Казахстан об административных правонарушениях, уголовно-процессуальным, гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан.

Вероятно, в этом положении речь идет о процессуальных ходатайствах, которые подаются в рамках рассмотрения соответствующих дел. Однако, из этого положения не понятно, каким образом регулируется доступ к процессуальным материалам лиц, которые не являются сторонами процесса.

В целом приемлемым представляется такой подход – доступ к процессуальным материалам (материалам дела) во время рассмотрения соответствующего дела предоставляется согласно нормам процессуального законодательства (и может ограничиваться лишь сторонами процесса), тогда как после завершения рассмотрения – в соответствии с Законом «О доступе к информации» и предусматривает ограничений для третьих лиц, которые не являлись сторонами процесса, кроме общих положений об ограничении доступа согласно закону. Это касается и доступа к судебным решениям. Следует предусмотреть в Сопутствующем законопроекте включение таких положений в каждый процессуальный кодекс для обеспечения правовой определенности.

Архивы. Статья 3 Законопроекта предусматривает, что действие закона не распространяется на запросы, порядок рассмотрения которых установлен законодательством Республики Казахстан о Национальном архивном фонде и архивах. В целом, порядок доступа к архивным фондам действительно может регулироваться специальными нормами, поскольку этого требует особенный характер архивных документов (повышенные требования к их сохранности и обращению с ними).

Однако, следует четко разграничить доступ к архивным документам и доступ к информации, которая находится во владении архивных учреждений, и которая не является архивными документами. То есть доступ к архивам может регулироваться специальными правилами, но доступ к административной и другой информации архивных учреждений – Законом о доступе к информации. В то же время на доступ к архивным документам должны распространяться правила об ограничении информации, которые должны содержаться в Законе «О доступе к информации», то есть правила о пропорциональности ограничения, о применении «трисоставного теста» при ограничении доступа к информации. Соответствующие положения следует включить в Сопутствующий законопроект в виде изменений в Закон РК «О Национальном архивном фонде и архивах».

5. Обладатели информации

Согласно статье 1 Законопроекта обладатель информации – это юридическое лицо, владеющее информацией. Перечень обладателей информации определяется в статье 8 Законопроекта и тоже ограничивается юридическими лицами.

Физические лица и субъекты без статуса юридического лица. Исключение физических лиц из перечня возможных обладателей информации является оправданным, кроме физических лиц – субъектов частного предпринимательства

(индивидуальных предпринимателей). Последние похожи по статусу с юридическими лицами и могут владеть общественно важной информацией (как та, что указана в пункте 2 статьи 8 Законопроекта).

Также, если в законодательстве Казахстана допускается деятельность субъектов без статуса юридического лица (например, общественные объединения, религиозные организации), то они также должны охватываться понятием обладателей информации.

Основные виды обладателей информации. Статья 8 Законопроекта относит к обладателям:

1) государственные органы, органы местного самоуправления и государственные учреждения;

2) субъекты квазигосударственного сектора;

3) получатели бюджетных средств в части информации, касающейся использования средств, выделенных из государственного бюджета;

4) субъекты рынка, занимающие доминирующее или монопольное положение – относительно цен на производимые (реализуемые) ими товары (работы, услуги).

Законопроект правильно определяет обладателями государственные органы, органы местного самоуправления и государственные учреждения, а не их отдельных должностных лиц. Из этого следует, что депутаты Парламента РК и местных представительных органов, а также судьи, прокуроры и другие государственные служащие не являются сами по себе обладателями информации в понимании закона. Запросы направляются и рассматриваются органами власти, даже если запросы касаются работы отдельных должностных лиц.

Следует удостовериться, однако, что формулировка «государственные органы, органы местного самоуправления и государственные учреждения» включает всех субъектов, наделенных публично-правовыми полномочиями (например, включает омбудсмена, избирательные комиссии, квалификационные комиссии судей и адвокатов, аттестационную комиссию и т.д.).

Очень похвальным является включение в перечень обладателей информации субъектов квазигосударственного сектора. Последние определяются в Бюджетном кодексе РК (ст. 2) как государственные предприятия, товарищества с ограниченной ответственностью, акционерные общества, в том числе национальные управляющие холдинги, национальные холдинги, национальные компании, участником или акционером которых является государство, а также дочерние, зависимые и иные юридические лица, являющиеся аффилированными с ними в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан.

Также законопроект охватывает как обладателей государственных учреждений, под которыми, согласно ст. 1 Закон РК «О государственном имуществе», понимаются некоммерческие организации, созданные государством и содержащиеся только за счет бюджета или бюджета Национального Банка РК, если дополнительные источники финансирования не установлены законами РК, для осуществления управленческих, социально-культурных или иных функций некоммерческого характера. Следует понимать, что это понятие включает учреждения в сфере среднего и высшего образования, охраны здоровья и другие подобные субъекты. Включение их в перечень обладателей информации следует приветствовать.

К обладателям информации Законопроект также относит получателей бюджетных средств (в части информации, касающейся использования средств, выделенных из государственного бюджета) и субъектов рынка, занимающих доминирующее или монопольное положение (относительно цен на производимые (реализуемые) ими товары (работы, услуги). Это, в целом, прогрессивные положения.

Однако, целесообразно дополнить этот перечень еще такими категориями обладателей:

1) субъекты, которым государство или орган местного самоуправления делегировали на основании закона или договора выполнение публичных функций (например, предоставление образовательных, оздоровительных, социальных или других государственных услуг) и полномочий. Такими субъектами могут быть саморегулируемые организации, например, объединения адвокатов, нотариусов, оценщиков, аудиторов, которые уполномочены государством проводить сертификацию или иным образом регулировать профессиональную деятельность. Другой пример – Национальная палата предпринимателей РК, а также субъекты, которым государственные органы или учреждения передали информацию для выполнения определенных действий (например, проведение анализа на основании контракта). Такие субъекты должны признаваться обладателями в части информации о выполнении ими делегированных им полномочий;

2) субъекты, которые наделены специальными (исключительными) правами, например, банки и другие финансовые учреждения. Такие субъекты должны признаваться обладателями в части информации о предоставлении ими услуг населению и цен на них.

Дополнительные виды обладателей информации. Статья 8 предусматривает, что к обладателям информации «также могут быть приравнены юридические лица, которые владеют:

1) экологической информацией - в части экологической информации;

2) информацией о чрезвычайных ситуациях, природных и техногенных катастрофах, их прогнозах и последствиях, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасности граждан, населенных пунктов и производственных объектов - в части информации о чрезвычайных ситуациях, природных и техногенных катастрофах, их прогнозах и последствиях, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасности граждан, населенных пунктов и производственных объектов.»

В отношении этих положений можно сделать несколько комментариев. Во-первых, не понятно, почему это положение сформулировано таким образом, что к обладателям «могут быть» приравнены юридические лица, которые владеют указанной информацией. Такая неопределенность приведет к проблемам на практике (кто должен принимать решение о приравнивании и в каких случаях?). Следует изложить эту норму императивно.

Во-вторых, можно упростить формулирование статьи, заменив повторение перечня информации (например, «1) экологической информацией - в части указанной информации»);

В-третьих, рекомендуется дополнить перечень обладателей субъектами, которые владеют другой информацией общественного интереса, которая не охвачена в подпунктах 1-2 пункта 2 статьи 8 Законопроекта. Это позволит охватить случаи, когда субъекты частного сектора владеют другой информацией, которая представляет общественный интерес, – например, информация о собственниках и финансовых

результатах средств массовой информации, компаний, осуществляющих важную экономическую деятельность (например, добычу полезных ископаемых), информация о нарушениях прав человека и других правонарушениях.

6. Ограничение доступа к информации

Одними из самых главных положений любого закона о доступе к информации являются нормы об ограничении права на доступ. Статья 5 Законопроекта содержит короткое положение о том, что право на доступ к информации может быть ограничено 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.

Кроме того, вопросы ограничения доступа регулируются в статье 11 Законопроекта. Согласно пункту 16 последней, информация не предоставляется в случае, если:

- 1) содержание запроса не позволяет установить запрашиваемую информацию;
- 2) запрос не соответствует требованиям настоящего Закона;
- 3) предоставление запрашиваемой информации не входит в компетенцию обладателя информации, к которому поступил запрос;
- 4) запрашиваемая информация относится к информации с ограниченным доступом;
- 5) запрашиваемая и идентичная информация ранее предоставлялась пользователю информации;
- 6) в запросе ставится вопрос о правовой оценке актов, принятых обладателем информации, проведении анализа деятельности обладателя информации, либо подведомственных им органов и организаций, или проведении иной аналитической работы.

Информация с ограниченным доступом в статье 1 Законопроекта определяется как информация, отнесенная к государственным секретам и иным охраняемым законом тайнам, а также служебная информация.

Согласно пункту 18 статьи 11, обладатель информации может не предоставлять информацию:

- собранную в процессе государственного контроля и надзора - до принятия решения по данному вопросу;
- преждевременное раскрытие которой создает препятствия или может создать препятствия формированию, развитию и успешному завершению государственной политики - до завершения процесса;
- преждевременное распространение которой нарушает или может нарушить процесс обмена мнений, совещаний в государственных органах - до принятия окончательного решения;
- по межведомственной и (или) внутриведомственной переписке - до принятия решения по данному вопросу;
- по документам, поступившим от иностранных государств или международных организаций, - до принятия взаимного соглашения по раскрытию документа.

Следует отметить, что предыдущая версия законопроекта (от апреля 2012 года) предусматривала отличное регулирование вопроса ограничения доступа. Так, статья 7 законопроекта от апреля 2012 года предусматривала, что доступ к информации может быть ограничен только в соответствии с законами Республики Казахстан и при соблюдении всех нижеисследующих требований в совокупности:

- 1) в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения;

2) в целях исключения условий для нанесения существенного вреда охраняемым законам интересам;

3) когда вред, нанесенный охраняемым законом интересам вследствие раскрытия информации, более существенен, чем польза от удовлетворения общественного интереса.

4) при наличии обоснования законности такого ограничения.

В этом положении содержался аналог так называемого **трисоставного теста** или проверки на вред и публичный интерес. Включение этих положений в текст законопроекта было очень позитивным и соответствовало международным стандартам. Ограничение доступа к информации через проверку на вред и общественный интерес является одним из важнейших стандартов и краеугольным камнем режим доступа к информации.

Трисоставной тест состоит из таких элементов или критериев (условий), которые проверяются последовательно:

1) ограничение доступа соответствует одному из предусмотренных в законе правомерных интересов (направлено на защиту такого интереса);

2) в случае разглашения информации защищенному интересу будет причинен существенный вред («проверка на вред»);

3) такой существенный вред преобладает над общественным интересом в получении доступа к информации («проверка на общественный интерес»).

При проведении трисоставного теста необходимо подтвердить наличие всех трех условий для того, чтобы ограничение доступа стало возможным. В случае отсутствия хотя бы одного из условий, информация должна быть предоставлена.

Трисоставной тест, по сути, имеет целью определение баланса между защитой правомерного интереса от разглашения информации и удовлетворением общественного интереса в доступе к информации. Если в конкретной ситуации запроса и относительно запрашиваемой информации, преобладает защита правомерного интереса, то информация может быть ограничена в доступе; если же преимущество на стороне права общества знать определенную информацию, то доступ должен быть предоставлен.

Применение трисоставного теста является достаточно сложным для административных и судебных органов. Оно требует проведения субъективной оценки, взвешивания различных интересов и установления важности различных обстоятельств. Этот тест предусматривает значительную дискрецию при правоприменении.

Часто возникает вопрос круга общественных интересов, которые могут обосновать предоставление доступа к информации вопреки существенному вреду, который будет нанесен разглашением одному или нескольким защищенным интересам. Можно предложить такой неисчерпывающий перечень общественных интересов в раскрытии информации:

- содействие дискуссии по вопросам, которые волнуют общество или его часть, необходимость разъяснения вопросов, которые важны для актуальной общественной дискуссии (право общественности иметь «полную картину» по определенному спорному вопросу);
- понимание причин, лежащих в основе решений, которые принимает государственный орган, орган местного самоуправления, его служебное или должностное лицо;
- подотчетность и подконтрольность власти обществу в целом, в том числе путем обеспечения прозрачности процесса подготовки и принятия властных решений;
- действенный контроль за поступлением и расходованием публичных средств (средств государственного и местных бюджетов, средств государственных и

муниципальных предприятий), распоряжением государственным или муниципальным имуществом;

- предотвращение растраты, присвоения публичных средств и имущества, предотвращение незаконного личного обогащения публичных служащих;
- защита окружающей среды, выявление причиненного или возможного вреда экологии, осведомленность о реальном состоянии окружающей среды и факторах, которые на нее влияют;
- выявление рисков для здоровья людей, для общественной безопасности и порядка, их предотвращение;
- выявление вредных для человека последствий деятельности (бездеятельности) физических или юридических лиц;
- информирование о деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, об их внутренних правилах, организации работы и т.д.;
- выявление недостатков в деятельности органов власти и их работников;
- выявление нарушений прав человека, злоупотребления властью, коррупционных проявлений, неэтичного поведения служащих, невыполнения (или ненадлежащего, небрежного исполнения) ими своих обязанностей, дискриминации по любому признаку, несправедливости в любой форме;
- обеспечение справедливого рассмотрения дел в административном или судебном порядке;
- содействие инновациям, научным исследованиям;
- содействие экономическому развитию, предпринимательской деятельности, инвестициям;
- выявление угрозы государственному суверенитету, территориальной целостности, конституционному устройству;
- обеспечение реализации прав, свобод или обязанностей физического, или юридического лица, даже если речь идет об одном лице;
- выявление возможного введения общественности в заблуждение;
- защита прав человека, в частности, для опровержения негативных сведений о нем, обвинений в нарушениях и тому подобное.

Кроме приведенных выше возможных общественных интересов, общим общественным интересом, присутствующим в случае любого запроса информации, является интерес максимальной открытости информации. При отсутствии других общественных интересов, следует сравнивать возможный существенный вред защищенным правомерным интересам с этим общим интересом открытости.

Приведенный перечень общественных интересов не является полным. Его также необязательно приводить в тексте закона. Однако, для содействия надлежащему применению трисоставного теста при ограничении доступа к информации было бы полезно включить примеры общественных интересов в закон. Это упростит применения соответствующих положений на практике.

В этой связи следует крайне негативно оценить исключение положений о проверке на вред и общественный интерес из версии Законопроекта от 28 апреля 2015 года. Это значительно ослабляет гарантии права на доступ к информации и не соответствует международным стандартам, а также рекомендациям Казахстану (см. выше рекомендации, данные Казахстану, в рамках мониторинга Стамбульского плана действий ОЭСР).

Проверка на вред и общественный интерес (трисоставной тест) является единственной юридической конструкцией, которая позволяет в полной мере воплотить принцип максимальной открытости информации и пропорциональности

любого ограничения права на информацию. Принцип пропорциональности заложен в статье 5 Законопроекта («... лишь в той мере, в какой это необходимо в целях...»), однако без дальнейшей детализации в виде полноценного трисоставного теста маловероятно, что он будет применяться надлежащим образом на практике или будет применяться вообще, даже судами.

Ниже приведены комментарии относительно других положений по ограничению доступа к информации.

1. Перечень интересов в статье 5 проекта, защита которых может оправдывать ограничение доступа, представляется слишком узким (*«в целях защиты конституционного строя, охраны общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения»*). С одной стороны, это может способствовать более широкому доступу к информации, однако на практике это приведет к своевольному ограничению доступа.

Любое ограничение доступа к информации должно производиться только через применение трисоставного теста, описанного выше, и начинаться с обоснования правомерного интереса, вред которому будет нанесен в случае разглашения информации. Этот перечень интересов должен быть исчерпывающим и не может отсылать к другим положениям. Поэтому очень важно иметь такой перечень защищенных интересов, который будет полной мерой охватывать все возможные ситуации правомерного ограничения доступа к информации. Защищенные интересы должны быть четко сформулированы и изложены в законе о доступе к информации.

В этой связи можно рекомендовать использовать перечень интересов, который содержится в Конвенции Совета Европы о доступе к официальным документам. Согласно статьи 3 Конвенции, ограничения должны быть четко изложены в законе, быть необходимыми в демократическом обществе и быть соразмерными цели защиты:

- a. национальной безопасности, обороны и международных отношений;
- b. общественной безопасности;
- c. предотвращения, расследования и уголовного преследования преступной деятельности;
- d. дисциплинарного расследования;
- e. проверок, контроля и надзора со стороны органов публичной власти;
- f. приватности и других правомерных частных интересов;
- g. коммерческих и других экономических интересов;
- h. экономической, монетарной и валютно-обменной политики государства;
- i. равенства сторон в судебном производстве и эффективного отправления правосудия;
- j. окружающей среды; или
- k. обсуждение внутри или между органами публичной власти по рассмотрению какого-либо вопроса.

Поскольку определение защищенных интересов является первым шагом в ограничении доступа к информации, то они должны коррелироваться с перечнем оснований для ограничения доступа, предусмотренным в пункте 18 статьи 11 Законопроекта. Первые четыре пункта в этом перечне, по сути, относятся к ситуациям защиты правомерного интереса эффективного формирования и реализации государственной политики, в том числе в процессе принятия властных решений, а также защите интереса государственного контроля и надзора. Последний пункт – защита от разглашения информации, полученной конфиденциально от иностранных государств или международных организаций. Все эти интересы должны являться приемлемыми, но они должны быть предусмотрены в статье 5 Законопроекта, чтобы

была четкая связь между защищенным законом интересом и основанием для ограничения доступа.

2. Согласно пункту 16 статьи 11 Законопроекта, запрашиваемая информация не предоставляется, если она **относится к информации с ограниченным доступом**. Это крайне негативное положение, поскольку ограничение доступа к информации лишь на основании отнесения ее к информации с ограниченным доступом противоречит принципу максимальной открытости. Ограничение в каждом конкретном случае должно пройти трисоставной тест. То, что информация ранее была ограничена в доступе, не является достаточным для последующего ограничения.

Следует также отметить, в принципе, проблематичность введения такого понятия как информация с ограниченным доступом в качестве отдельной категории. Такой подход часто используется в странах региона, где информация формально делится законом на открытую и закрытую (информацию с ограниченным доступом). Однако такой подход противоречит принципу максимальной открытости и создает трудности на практике.

Во введении такого понятия на самом деле нет необходимости – достаточно определить порядок ограничения доступа к информации и охватить защищенными интересами все сферы, где такое ограничение может быть обоснованным. Например, ограничение доступа к информации через отнесение к государственным секретам будет отвечать интересам защиты национальной обороны и при этом любое такое отнесение должно пройти трисоставной тест, даже если порядок такого отнесения регулируется специальным законом.

3. Одним из оснований для непредоставления информации согласно статье 11 Законопроекта является случай, когда **«предоставление запрашиваемой информации не входит в компетенцию обладателя информации**, к которому поступил запрос».

Такое основание для отказа противоречит международным стандартам. Предоставление информации не должно зависеть от полномочий обладателя – последний обязан предоставить любую информацию, которая находится в его контроле (владении), за исключением случаев законного ограничения доступа согласно трисоставному тесту.

Если в этом пункте имеется в виду случай, когда обладатель не располагает запрашиваемой информацией, то он должен быть сформулирован иначе. Если обладатель владеет запрашиваемой информацией, даже когда это выходит за рамки его формальной компетенции (полномочий), он обязан ее предоставить.

Это очень важный аспект доступа, поскольку если субъект, получивший запрос, может отказать в доступе только на том основании, что, скажем, соответствующие вопросы находятся в сфере ведения другого органа, то это значительно снижает эффективность доступа к информации и делает возможными злоупотребления. Органы власти не должны выяснять или ссылаться на то, кто из них имеет компетенцию относительно запрашиваемой информации – факта владения информацией достаточно для того, чтобы возникла обязанность ее предоставления.

С этим аспектом связан другой одновременно важный и сложный для регулирования вопрос – **алгоритм действий в случае, когда запрос касается информации, которая ранее была правомерно ограничена в доступе другим субъектом**. В практике других стран применяется два подхода:

- 1) обладатель, получивший запрос, направляет его тому обладателю, который ранее ограничил доступ к запрашиваемой информацией (уведомив одновременно

об этом заявителя), поскольку последний в большей мере владеет контекстом и сможет лучшим образом применить трисоставной тест при принятии решения об ограничении доступа к информации;

2) обладатель, получивший запрос, самостоятельно принимает решение о продолжении ограничения доступа на основании критериев трисоставного теста, предварительно проконсультировавшись с обладателем, который первично ограничил доступ к информации.

Мы рекомендуем принять второй подход, который лучшим образом содействует эффективному доступу к информации, не теряя время на пересылку запроса. Следует четко установить в законе порядок действий обладателя, который получил запрос, и срок для проведения консультаций и предоставления ответа на запрос в этом случае.

4. Статья 11 также устанавливает, что **запрашиваемая информация не предоставляется, если идентичная информация ранее предоставлялась пользователю информацией**. Это основание также рекомендуется пересмотреть.

В некоторых странах действительно устанавливается возможность отказа в случае повторного запроса информации. Однако, согласно передовой практике законов о доступе обладатель информации должен предоставить информацию, даже если он ранее ее уже направлял заявителю. Это связано с тем, что заявитель может иметь намерение проверить, не изменилась ли информация со времени предыдущего запроса, запрашивая информацию в качестве проведения исследования и так далее. Вместо того, чтобы устанавливать дополнительное основание для отказа, проще было бы предусмотреть, что если информация неоднократно запрашивается одним или разными заявителями, то обладатель должен разместить и обновлять такую информацию на своем интернет-ресурсе, что в большинстве случаев предотвратит повторные запросы.

5. Список информации, доступ к которой не подлежит ограничению. В статье 6 Законопроекта определен список информации, доступ к которой запрещено ограничивать. Это похвальное положение, которое следует сохранить. Список можно улучшить таким образом:

1) не делать список исчерпывающим, а допустить возможность установления запрета на ограничение доступа к информации другими законами (включить дополнительный пункт в список с таким содержанием);

2) пункт 9 касательно информации о формировании и расходовании средств из республиканского и местного бюджетов следует детализировать, указав, что не подлежит ограничению доступ к информации о получателях бюджетных средств, копиям соответствующих договоров или индивидуально-правовых актов органов власти, условиям выделения средств и так далее. Это важное положение, поскольку на практике такая информация очень часто скрывается под вымышленными предлогами и тут важна максимальная четкость. Это важное антикоррупционное положение;

3) следует расширить пункт 11 статьи, а именно распространить запрет на информацию о доходах, имуществе и расходах всех государственных служащих, не только политических служащих. Открытость информации о имущественном состоянии и образе жизни государственных служащих является важным антикоррупционным инструментом, это информация, которая однозначно составляет общественный интерес и доступ к ней не должен ограничиваться, независимо от того, какой уровень и статус служащего.

Важно также этот пункт распространить на информацию об использовании и распоряжении государственным и муниципальным имуществом;

4) перечень следует дополнить пунктом об открытости государственной статистической информации (даже той, что была подготовлена на заказ частных лиц). Вся статистика, собранная государственными органами или по их заказу, должна быть открытой в обезличенном состоянии (то есть, чтобы из информации нельзя было идентифицировать физическое лицо).

Эту статью следует также дополнить положением о том, что информация не может быть ограничена в доступе, если она была ранее правомерно обнародована любым обладателем информации.

Полезной также будет норма о том, что информация с ограниченным доступом должна предоставляться обладателем, если отсутствуют законные основания для ограничения доступа к этой информации, которые существовали ранее.

6. Ограничение доступа к информации, а не к документу. Важным для практического применения является развития подхода, закрепленного в названии и базовых положениях Законопроекта, а именно то, что права на доступ касается прежде всего информации, а не носителей, на которых она закреплена. Это правило следует четко определить в тексте закона.

Рекомендуется предусмотреть, что ограничению подлежит информация, а не документ. Если документ (в широком понимании любого физического носителя информации) содержит информацию с ограниченным доступом, то предоставляется его копия, с которой извлечено информацию с ограниченным доступом и при этом обозначено в тексте частей документа, доступ к которым был ограничен.

Без четкого регулирования этого вопроса на практике будут возникать ситуации, когда ограничивается доступ ко всему документу, даже если он содержит лишь незначительную часть информации с ограниченным доступом (например, из-за упоминания физического лица). Это приведет к нарушению принципа пропорциональности ограничений права на доступ и максимальной открытости.

7. Служебная информация. Согласно пункту 4 статьи 1 Законопроекта, под информацией с ограниченным доступом понимается «информация, отнесенная к государственным секретам и иным охраняемым законом тайнам, а также *«служебная информация»*». Это единственное место в Законопроекте, где упоминается служебная информация. Непонятно, должен ли статус и порядок обращения служебной информации регулироваться отдельным законом или это упоминание ошибочное.

В некоторых странах (например, в Украине) к служебной информации относят, в частности, административную информацию, которая предшествует принятию решений органом власти, то есть те виды информации, которые упомянуты в пункте 18 статьи 11 Законопроекта. Однако, как указывалось выше, введение таких категорий как служебная информация (как и «информация с ограниченным доступом» в целом) не требуется международными стандартами и даже может им противоречить. Порядок ограничения информации должен быть следующим: закон определяет интересы, которые защищаются (например, национальная оборона, эффективное принятие решений, неприкосновенность частной жизни), и если разглашение информации может нанести существенный вред таким интересам (и такой вред преобладает над общественным интересом в разглашении), то информация ограничивается в доступе.

Поэтому не включение в закон о доступе к информации категории служебной информации не представляет проблемы.

7. Орган государственного контроля

Одним из главных недостатков Законопроекта является отсутствие положений о внесудебном независимом контроле за реализацией права на доступ к информации. Об этом мы уже упоминали в предыдущем заключении к законопроекту от апреля 2012 года.

Для установления действенного механизма внесудебного обжалования неисполнения законов о доступе к информации многие страны создали специализированные органы – информационные комиссии или информационных уполномоченных. Такие органы не только осуществляют контроль за надлежащей реализацией закона о доступе путем рассмотрения жалоб и проведения проверок, но и играют важную роль в обучении и информировании общества о праве на доступ к информации.

Орган надзора должен пользоваться операционной и институциональной независимостью, особенно относительно органов исполнительной власти, иметь достаточные финансовые, кадровые и другие ресурсы для эффективного выполнения своих функций.

К функциям такого органа обычно относят:

- рассмотрение жалоб на нарушение закона о доступе к информации;
- проверка деятельности обладателей на соответствие законодательству о доступе к информации;
- повышение информированности о механизмах реализации права на доступ к информации, предоставление разъяснений и рекомендаций;
- обучение по вопросам доступа к информации;
- подготовка ежегодного отчета о состоянии реализации права на доступ к информации;
- подготовка предложений по реформированию законодательства в сфере доступа к информации.

В полномочия такого органа рекомендуется включить:

1) рассмотрение предложений, жалоб и иных обращений по вопросам соблюдения законодательства о доступе к информации и принятие решений по результатам их рассмотрения;

2) проведение на основании обращения или по собственной инициативе проверок соблюдения обладателями законодательства о доступе к информации с доступом в помещения, где осуществляется хранение и обработка информации;

3) получение по своему требованию и доступ к любой информации (документам) во владении обладателя, которая необходима для осуществления контроля за соблюдением права на доступ к информации, в том числе доступ к персональным данным, базам данных, любой информации с ограниченным доступом;

4) получение по своему требованию объяснений обладателей информации, их должностных лиц относительно соблюдения законодательства о доступе к информации;

5) утверждение нормативно-правовых актов в сфере доступа к информации в случаях, предусмотренных законом;

6) по итогам проверки или рассмотрения обращений издание обязательных для выполнения требований (предписаний) касательно предотвращения или устранения нарушений законодательства о доступе к информации, в том числе относительно:

- предоставления информации заявителю (пользователю);
- формы доступа заявителя к информации;

- ограничения доступа к информации в целях защиты прав третьих лиц;
 - платы за предоставление информации (платы за копирование и печать);
 - опубликования информации;
 - организации работы обладателя с запросами информации и его документами;
 - выполнения других требований законодательства о доступе к информации;
 - привлечения к дисциплинарной ответственности должностных лиц обладателя за нарушение законодательства о доступе к информации;
 - внесения изменений или отмены правовых актов обладателя;
- 7) подготовка рекомендаций по практическому применению законодательства о доступе к информации, разъяснение прав и обязанностей в сфере доступа к информации;
- 8) направление обращений с предложениями в государственные органы и органы местного самоуправления касательно принятия или внесения изменений в нормативно-правовые акты по вопросам доступа к информации;
- 9) привлечение к административной ответственности за нарушение закона о доступе к информации;
- 10) проведение информационно-разъяснительной работы, просвещения по вопросам доступа к информации;
- 11) организация обучения государственных служащих и других лиц по вопросам доступа к информации;
- 12) обобщение практики применения законодательства о доступе к информации, в том числе на основании ежегодных отчетов обладателей информации;
- 13) организация исследований по вопросам доступа к информации;
- 14) участие в работе международных организаций по вопросам доступа к информации, сотрудничество с иностранными органами в сфере доступа к информации.

Статья 18 Законопроекта предусматривает создание при Правительстве РК Общественного совета по вопросам доступа к информации. Это позитивное положение, которое поможет создать механизм общественного контроля в сфере обеспечения доступа к информации. Однако никакой общественный совет не сможет заменить собой действенный механизм государственного контроля за реализацией права на доступ к информации.

8. Порядок доступа к информации по запросу

Порядок рассмотрения запросов и предоставления информации регулируется в статье 11 Законопроекта. Прежде всего, следует отметить, что с точки зрения нормотворческой техники было бы лучше разбить эту одну статью на несколько отдельных статей и более детально урегулировать соответствующие вопросы вместо объединения всех положений в одну статью.

Пунктом 3 статьи предусмотрено, что **запрос должен адресоваться обладателю информации, в компетенцию которого входит предоставление запрашиваемой информации**. Выше (в анализе касательно ограничения информации) уже указывалось, что такой подход противоречит международным стандартам. Право на получение информации не должно привязываться к компетенции обладателя. Вся информация во владении обладателя должна быть объектом права на доступ – пользователь информации имеет право запросить информацию у любого обладателя, независимо от его компетенции в отношении запрашиваемой информации, если такая информация находится во владении обладателя.

Требования к письменному запросу, установленные в пункте 5 этой статьи, представляются чрезмерными. Запрет анонимных запросов не является обоснованным. Исключением является запрос информации о самом себе, когда действительно необходимо установить личность просителя. Во всех других случаях для реализации права на доступ к информации не имеет значение, кто подает запрос, поскольку отсутствует обязанность обосновывать свой интерес к запрашиваемой информации.

В статье 7 Законопроекта правильно предусмотрено, что пользователь информации имеет право не обосновывать необходимость получения информации. Из этого следует, что неважно кто именно обращается с запросом – информация должна предоставляться любому лицу (кроме личной информации). Поэтому требование указывать идентификационные данные и запрет анонимных запросов излишние. Это безосновательно ограничивает свободу получения информации.

Для получения информации достаточно указать свой обратный адрес и описать информацию или документ, которые запрашиваются. Все остальные реквизиты запроса лишние и ничего кроме усложнения доступа не дают. В этом вопросе следует руководствоваться принципом максимального упрощения доступа к информации.

Форма предоставления информации. Важным аспектом реализации права на доступ к информации является возможность просителя выбрать на свое усмотрение форму получения доступа к информации.

В статье 7 Законопроекта предусмотрено, что пользователь информации имеет право получать информацию любым не запрещенным законом способом. Однако этого положения недостаточно для надлежащей реализации права на доступ к информации.

Следует установить общее правило, что **обладатель обязан предоставить запрашиваемую информацию в той форме, в которой просит пользователь** – путем ознакомления на месте, предоставления документа или его копии, предоставления данных в электронной форме (в частности, в форме открытых данных), предоставления аудио- или видеозаписи и так далее. Если же обладатель не владеет (и не обязан согласно законодательству, владеть) информацией в запрашиваемой форме, а перевод информации в запрашиваемую форму требует чрезмерных усилий с его стороны, то он предоставляет информацию в той форме, в которой она у него существует.

Например, если пользователь просит предоставить в электронной форме информацию, которая существует у обладателя в бумажной форме, и при этом речь идет о небольшом объеме информации и обладатель имеет технические возможности, например, для сканирования документа, то запрашиваемая информация предоставляется в электронном виде. Если же удовлетворение запроса требует значительных усилий (например, сканирование сотен страниц документов) или сложного перевода документа из одного электронного формата в другой, то обладатель вправе отказать предоставлять информацию в запрашиваемой форме и вместо этого предоставить ее в бумажной форме (в существующем формате) или предложить пользователю ознакомиться с ней в помещении обладателя (при этом разрешив ему самостоятельно делать фотокопии или другим образом переносить информацию при помощи собственных технических средств пользователя).

При этом важно установить в тексте закона, что обладатель обязан предоставлять пользователю по его просьбе возможность ознакомления с документом или его копией в помещении обладателя и делать при этом из них выписки, фотографировать, копировать, сканировать, записывать на любые носители информации и так далее.

Также следует удалить положения, которые связывают форму получения информации с формой запроса – если устный запрос, то устный ответ. Запрос может делаться в любой форме (устной, письменной, электронной) и в самом запросе может определяться, какую форму ответа предпочитает пользователь. Например, пользователь может подать запрос устно на приеме у обладателя или по телефону и при этом потребовать ответ в письменной форме. В этом случае обладатель должен зафиксировать (зарегистрировать) запрос, предоставить пользователю номер регистрации и направить письменный ответ в установленные законом сроки по указанному устно адресу.

Следует также предусмотреть, что людям с недостатками зрения или слуха информация предоставляется, насколько это возможно, в форме, в которой они могут ее воспринимать. Это положение основано на положениях Конвенции ООН о правах инвалидов.

Плата за копирование или печать. Законопроект предусматривает, что в случае, если ответ на письменный запрос предусматривает копирование или печать, то пользователь информации обязан возместить обладателю информации фактические затраты на копирование или печать. Размер фактических затрат на копирование или печать определяется Правительством Республики Казахстан. Тарифы на копирование или печать подлежат обязательному опубликованию в периодических печатных изданиях, распространяемых на всей территории Республики Казахстан, в том числе и на интернет-ресурсах обладателей информации. От оплаты фактических затрат на копирование или печать освобождаются социально уязвимые слои населения, в порядке, определяемом Правительством Республики Казахстан.

В целом международные стандарты допускают взимание платы за копирование и печать копий документов, необходимых для удовлетворения запроса. Однако международные стандарты предусматривают наличие минимального объема страниц, которые предоставляются бесплатно. Например, согласно критериям международного рейтинга законов о доступе к информации (см. начало этого анализа), такой порог должен составлять не менее 20 страниц. При этом следует предусмотреть, что взимание платы начинается с 21-й страницы, чтобы избежать проблем на практике.

Также в законе следует детализировать порядок предоставления информации в случае, когда взимается плата за копирование и печать. Рекомендуется установить, что обладатель в течение срока рассмотрения запроса сообщает пользователю о необходимости внесения платы и указывает размер платы и порядок ее внесения. Копии документов предоставляются (отправляются) пользователю в течение определенного времени (например, пяти рабочих дней) после предоставления пользователем подтверждения внесения платы. Также следует установить срок (например, 2-3 месяца со дня получения уведомления), в течение которого пользователь может внести плату за фактические затраты на копирование и печать. Если плата не внесена в этот срок, то обладатель имеет право отказать в удовлетворении запроса.

Июнь 2015

**ЗАМЕЧАНИЯ ПО ПРОЕКТУ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ДОСТУПЕ
К ИНФОРМАЦИИ» И ПРОЕКТУ ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О
ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ И ДОПОЛНЕНИЙ В НЕКОТОРЫЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЕ
АКТЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ ДОСТУПА К ИНФОРМАЦИИ»²³⁹**

ВСТУПЛЕНИЕ

Казахстан является одной из немногих стран мира, которая все еще не имеет законодательства, предоставляющего отдельным лицам право на доступ к информации, имеющейся в ведении органов публичной власти, определяемых, как государственные органы, и других субъектов, которые владеют информацией общественной значимости – известного, как законодательство о праве на информацию (RTI). Однако, идея подготовки такого законодательства обсуждалась в течение долгого времени, и различные законопроекты были подготовлены разными сторонами на протяжении ряда лет. В июне 2015 г. Правительство распространило проект Закона Республики Казахстан «О доступе к информации» (проект Закона) вместе с проектом Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам доступа к информации» (проект Изменений). Данные Замечания содержат анализ проекта Закона и проекта Изменений, с учетом международных стандартов и передовой сравнительной практики.

Проект Закона несколько слаб по сравнению с законами о праве на информацию, существующими в других странах. Он дает относительно твердые гарантии права на доступ, а также в плане его сферы действия и применения, и процедур подачи и обработки запросов на предоставление информации. Гораздо слабее прописаны в проекте Закона исключения по отношению к праву на доступ, главным образом, потому, что вместо включения в закон о праве на доступ к информации (RTI law) хорошо разработанной системы исключений, он ссылается на другие законы. Он также не предусматривает создание независимого административного надзорного органа для рассмотрения жалоб, поданных в отношении отказов предоставить доступ, что представляет собой серьезный недостаток в общей системе. И, наконец, он не предусматривает защиту для тех, кто раскрывает информацию на добросовестной основе, и включает лишь очень ограниченные меры продвижения.

Настоящие Замечания основываются на международных стандартах в отношении права на получение информации, согласно рейтингу свободы информации (*RTI Rating*), разработанному организациями «Центр права и демократии» (CLD) и «Доступ к информации – Европа» (AIE).²⁴⁰ В них также принимается во внимание передовая

²³⁹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Посольства Великобритании в Астане.

²⁴⁰ Данный рейтинг базируется на всеобъемлющем анализе международных стандартов, принятых как международными механизмами по правам человека, такими, как Комитет ООН

законодательная практика других демократий по всему миру.²⁴¹ Была подготовлена краткая оценка проекта Закона, основанная на рейтинге RTI²⁴², и релевантные разделы этой оценки были включены в текст настоящих Замечаний в соответствующих местах. Общая оценка Закона в баллах, на основании рейтинга RTI, является следующей:

Раздел	Макс. количество баллов	Оценка в баллах
1. Право на доступ к информации	6	5
2. Сфера применения	30	23
3. Процедуры запроса информации	30	21
4. Исключения и отказы	30	12
5. Обжалование	30	6
6. Санкции и меры защиты	8	1
7. Меры продвижения	16	6
Общая оценка	150	74

Данная оценка в баллах помещает проект Закона на 68-е место среди 102 стран по всему миру, имеющих национальные законы о праве на доступ к информации, которые были оценены на основе рейтинга RTI.

1. ПРАВО НА ДОСТУП К ИНФОРМАЦИИ И СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ

В проекте закона хорошо прописаны гарантии в отношении права на доступ к информации, имеющейся в распоряжении государственных органов, или права на получение информации. Это право защищено в Статье 20(2) Конституции Республики Казахстан. Более того, Статья 2(2) проекта Закона предусматривает, что международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, преобладают над национальными законами в случае конфликта, тем самым официально гарантируя тот факт, что международные правила в отношении права на получение информации должны применяться в данной стране.

Различные положения проекта Закона – включая вводную часть, а также Статьи 9(2) и 11 (2) – устанавливают право каждого запрашивать и получать информацию.

Статья 4 проекта Закона говорит о различных общих принципах, определяющих право на доступ к информации – таких, как открытость, достоверность, своевременность и равенство доступа, а также неразглашение секретов и связанные с этим принципы – но в ней не говорится о более широких преимуществах права на доступ к информации, таких, как борьба с коррупцией, содействие участию в

по правам человека, и Специальный докладчик по вопросу о праве на свободу убеждений и их свободное выражение, а также региональными судами и другими региональными механизмами. Рейтинг непрерывно обновляется и в настоящее время охватывает более 100 национальных законов по всему миру. Информацию о рейтинге RTI можно найти на: <http://www.RTI-Rating.org>.

²⁴¹ См., например, Toby Mendel, Freedom of Information: A Comparative Legal Survey, 2nd Edition (2008, Paris, UNESCO), доступно на английском и некоторых других языках на: http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=26159&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

²⁴² Следует заметить, что это был неофициальный рейтинг, не подвергавшийся строгому процессу, применяемому, прежде чем рейтинг может быть размещен на вебсайте RTI Rating.

общественной жизни и продвижение добросовестного государственного управления. Это важно для того, чтобы обеспечить крепкую основу для толкования закона (то есть, в свете преимуществ, которые он создает). Более того, проект Закона не предусматривает, чтобы его положения толковались таким образом, чтобы лучше всего содействовать пропаганде преимуществ, проистекающих из права на доступ к информации, или же принципов, изложенных в Статье 4.

Вводная часть и Статья 1(2) говорят о праве граждан на доступ к информации. Однако из Статьи 1(3), а также из Статьи 11(5) о процедурах запроса, ясно, что это право распространяется на юридических лиц. Статья 1(3) также дает основания предполагать, что иностранные государства и международные организации являются «пользователями информации» (то есть бенефициарами права на доступ), хотя не ясно, что конкретно это означает в плане иностранных государств (то есть, какие органы иностранных государств могут сделать запрос), или что имеется в виду под термином «международные организации», который не определяется в проекте Закона. Следует заметить, что такой подход обычно не используется в других законах о праве на доступ к информации. Что особенно важно, однако, это то, что данное право не распространяется на не-граждан, как это требуется по международным стандартам.

Определение «информации» в Статье 1(1) является широким, но включает ряд квалифицирующих признаков, которые, в конечном итоге, являются как необязательными, так и могут создавать ненужную нагрузку для государственных служащих, которым надо будет решать, удовлетворяются ли требования по данным признакам в отношении каждого запроса. Во-первых, информация определяется, как «сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах». Не ясно, в чем смысл такого квалифицирующего признака, но передовой опыт состоит в том, чтобы включать всю информацию, независимо от ее содержания. Во-вторых, данное определение включает только информацию, «имеющую реквизиты, позволяющие ее идентифицировать». Опять-таки, не ясно, в чем смысл этого квалифицирующего признака, но он не встречается в законах о праве на доступ к информации из передовой практики, и может повлечь злоупотребления, связанные с отказом в доступе.

Передовая практика состоит в том, чтобы создать право запрашивать как конкретные документы, так и/или типы информации. Таким образом, если заявитель знает, какой конкретно документ нужен ему или ей – например, бюджет на 2014 г. – он или она могут конкретно указать его в своем запросе; но, вообще-то, заявитель может просто запросить определенный тип информации – например, общие планируемые затраты на 2014 г. Когда информация, относящаяся к запросу, может быть достаточно легко найдена в документах или составлена из документов, она должна быть предоставлена заявителю. Проект Закона не проясняет тот факт, что у заявителей есть право запрашивать как документы, так и информацию.

Как явствует в целом из Статьи 8, она содержит широкое определение органов публичной власти («обладателей информации»). Однако, в этой Статье используются термины, которые не совсем ясны, такие как, «органы государственной власти», «государственные учреждения, не являющиеся государственными органами» и «субъекты квазигосударственного сектора». Возможно, эти термины четко определены в других законодательных актах. Однако, было бы лучше, если бы они были определены в специальном законодательном акте о праве на доступ к информации. Например, не совсем ясно, включают ли «органы государственной власти» главу государства, законодательную власть (и ее членов) и судебную власть (в целях данного рейтинга мы полагаем, что данные органы включены, однако, предпочтительнее было бы четко указать это в проекте Закона).

Представляется, что два государственных органа не включены в данную дефиницию. Во-первых, в Статье 3(4) говорится, что проект Закона не предусматривает доступ к информации, подпадающей под действие законов, относящихся к архивам. В рамках контекста данного анализа не было возможности изучить данные архивные законы, однако, в целом, более рациональной практикой является создание единого режима для доступа к информации, имеющейся в ведении государственных органов, так как это проще для пользователей (и часто для государственных служащих тоже). Существование отдельных систем доступа также потенциально проблематично в тех случаях, когда законы, регулирующие архивы, не устанавливают системы доступа, имеющие такую же силу, как и системы в проекте Закона. Во-вторых, в Статье 8 не говорится об органах, которые берут на себя публичные функции в пределах обязательства предоставлять доступ к информации.

Рекомендации:

- Следует расширить сферу применения Статьи 4, включив указания на более широкие, внешние преимущества, которые проистекают из права на доступ к информации. Закон также должен требовать от лиц, принимающих решения, толковать его положения так, чтобы наилучшим образом воплощать в жизнь данные преимущества.
- В законе следует четко прописать, что каждый, включая не-граждан, имеет право запрашивать информацию.
- Следует изъять квалифицирующие признаки из определения «информации», просто распространив действие закона на всю зафиксированную информацию.
- В законе следует четко прописать, что заявители могут запрашивать документы и/или информацию.
- Дефиницию «обладателя информации» следует уточнить; рекомендуется четко указать, что она включает все три ветви государственной власти, а также главу государства и все органы, учрежденные законом или Конституцией, или органы, которые принадлежат или управляются такими органами. В данную дефиницию следует также включить частные органы, которые берут на себя публичные функции; рекомендуется также рассмотреть вопрос о включении архивов в рамки закона о праве на доступ к информации.

Право доступа

	Индикатор	Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
1	Нормативно-правовая база (включая судебную практику) признает фундаментальное право на доступ к информации.	2	2	20(2) Конституции
2	Нормативно-правовая база создает специальную презумпцию в пользу доступа ко всей информации, находящейся в ведении государственных органов, подлежащему только ограниченным исключениям.	2	2	Вводная часть, 9(2), 11(2)
3	Нормативно-правовая база содержит определенную формулировку принципов,	2	1	4

	предусматривающую широкую интерпретацию закона о праве на доступ к информации. Нормативно-правовая база придает особое значение преимуществам права на доступ к информации.			
ИТОГО		6	5	

Сфера применения

	Индикатор	Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
4	Каждый человек (включая не-граждан и юридических лиц) имеет право подавать запросы на предоставление информации.	2	1	Вводная часть, 1(2), 1(3)
5	Право на доступ применяется ко всем материалам, находящимся в ведении государственных органов или органов, выступающих от их лица, зафиксированных в любом формате, независимо от того, кто их произвел.	4	3	1(1)
6	Заявители имеют право на доступ как к информации, так и к записям/документам (то есть право, как запрашивать информацию, так и обращаться за конкретными документами).	2	1	
7	Право на доступ применяется ко всей исполнительной ветви власти, без исключения каких-либо органов или типов информации. Сюда относятся: исполнительная власть (правительство) и администрация, включая все министерства, департаменты, органы местного самоуправления, государственные школы, органы государственной системы здравоохранения, полиция, вооруженные силы, органы безопасности, а также органы, которые принадлежат или управляются вышеперечисленными органами.	8	6	3(4), 8
8	Право на доступ применяется к законодательной ветви власти, включая как административную, так и другую информацию, без исключения каких-либо органов.	4	4	8
9	Право на доступ применяется к судебной ветви власти, включая как административную, так и другую информацию, без исключения каких-либо органов.	4	4	8
10	Право на доступ применяется к государственным предприятиям (коммерческим структурам, которые	2	1	8

	принадлежат или управляются государством).			
11	Право на доступ применяется к другим государственным органам, включая конституционные органы, органы, созданные на основе закона или надзорные органы (такие, например, как избирательная комиссия или комиссия/уполномоченный по вопросам информации).	2	2	8
12	Право на доступ применяется к а) частным структурам, которые выполняют публичную функцию и б) частным структурам, которые получают существенное финансирование со стороны государства.	2	1	8
ИТОГО		30	23	

2. ОБЯЗАННОСТЬ ПУБЛИКОВАТЬ ИНФОРМАЦИЮ

Статьи 12-17 проекта Закона предусматривают основную систему упреждающей публикации, хотя в других местах в проекте Закона также есть связанные с ними положения (такие, например, как Статья 10(4), которая предусматривает доступ через Интернет к сессиям парламента и аналогичных органов). Статья 13 также включает положение об открытых заседаниях.

Статья 16 содержит очень длинный и подробный список конкретных документов, которые должны быть опубликованы на упреждающей основе. Хотя это полезно, возможно, в некоторых местах, этот список излишне детализирован, например, включением в список, в Статье 16(3)(1) «текстов речей». Трудно оценить, на фоне всех этих подробностей, насколько всеобъемлющим он на самом деле является. Например, Статья 16(3) (11) предусматривает публикацию информации о тендерах и конкурсах, включая процедуры торгов и формы заявок. Однако, не ясно, должны ли быть опубликованы результаты тендеров, и, в частности, контракты, заключенные с победителями торгов.

Несмотря на это, система упреждающей публикации, предусмотренная Статьей 16, является смелой по своему характеру. Опыт других стран показывает, что государственным органам часто не удается соответствовать своим требованиям упреждающей публикации, а проект Закона, как представляется, не дает государственным органам никакого периода времени для выполнения этих обязательств. Подход, который был предложен для разрешения данной проблемы, состоит в том, чтобы внедрять упреждающие обязательства постепенно, например, в течение трех- или пятилетнего периода. Есть различные способы для создания такой системы с тем, чтобы гарантировать, что органы государственной власти будут продолжать двигаться вперед в ходе отведенного периода времени, а не просто ждать его окончания, прежде чем предпринимать какие-либо действия. Можно, например, предусмотреть требование, по которому они должны будут подготовить планы в отношении того, как они будут выполнять все свои требования упреждающей публикации в течение всего периода времени.

Правила упреждающей публикации также в большой степени опираются на Интернет в качестве средства распространения материалов, в соответствии с практикой других стран. В них также говорится об «информационных стендах», «средствах массовой информации» и обеспечении доступа для инвалидов. Это

является положительным моментом, однако проект Закона не накладывает особое обязательство на государственные органы по обеспечению того факта, чтобы информация распространялась в форме, гарантирующей ее доступность для целевых групп населения, у которых может не быть доступа к Интернету. Например, может понадобиться опубликовать информацию о предлагаемом проекте на досках для объявлений в населенных пунктах, которые будут затрагиваться данным проектом.

Рекомендации:

- Следует пересмотреть конкретный список данных, подлежащих упреждающей публикации в Статье 16, с тем, чтобы удостовериться, что он охватывает всю информацию ключевой важности.
- Следует рассмотреть вопрос о введении прогрессивной системы в целях достижения запланированных результатов упреждающей публикации в течение определенного периода времени, такого как, например, три года или пять лет.
- Рекомендуется предусмотреть обязанность органов государственной власти публиковать определенную информацию таким образом, чтобы она была доступна ключевым целевым группам населения, а не только размещать ее в Интернете.

Примечание: Рейтинг RTI не оценивал обязанность публиковать информацию, и поэтому здесь не приводится никаких выдержек из него.

3. ПРОЦЕДУРЫ ЗАПРОСА ИНФОРМАЦИИ

Система обращения с запросами и их обработки является, в целом, областью, прописанной в проекте Закона довольно хорошо; она оценивается в 21 балл из возможных 30 в этой категории рейтинга. Одним ее недостатком являются типы сведений, которые необходимо предоставлять, чтобы сделать запрос. Согласно Статье 11(5), заявители должны указывать свои фамилию имя и отчество, если пожелают. Не ясно, относится ли фраза «если пожелают» к отчеству или ко всем именам, но от заявителей также требуется указать свой индивидуальный идентификационный номер, «при его наличии», и подписать запрос. Согласно Статье 11(7), анонимные запросы не принимаются. Передовая практика требует от заявителя предоставлять только адрес для доставки информации, который может быть электронным адресом, и кроме того, предусматриваются анонимные запросы.

Также, проект Закона специально не запрещает государственным органам спрашивать у заявителей о причинах подачи их запросов, хотя он также не требует от них предоставлять такие причины. Это создает неопределенность, которая может использоваться некоторыми органами государственной власти для того, чтобы спрашивать о таких причинах, что не является законным согласно международным стандартам.

Проект Закона, в Статье 9(1)(3), включает только очень общее положение о помощи заявителям, согласно которому обладатель информации должен «уточнять содержание запроса у лица, обратившегося с запросом». Рекомендуемая практика состоит в создании гораздо более конкретных обязанностей содействия. Она включает помощь заявителям, которые затрудняются точно указать, какую информацию они хотят получить, или тем из них, чьи запросы являются слишком расплывчатыми или неясными. Она также включает предоставление помощи тем, кто не может сделать письменный запрос информации, например, из-за своей инвалидности или неграмотности.

Статья 11(12) проекта Закона предусматривает, что ответ на запрос должен, «по выбору пользователя информации», быть в бумажной или электронной форме на языке обращения, в то время как ответы на устные запросы предоставляются в устной форме. Это, как видно, представляет собой обязательство уважать предпочтения пользователей информации в плане формы предоставления информации. Однако, оно чрезвычайно ограничено в объеме. Например, полезно было бы также предоставить доступ посредством просмотра и отбора документов в служебном помещении государственного органа, например, в случаях, когда заявителю необходимо просмотреть большое количество документов с целью нахождения небольшого объема информации, и когда ему необязательно иметь копии всех этих документов.

Проект Закона в целом предусматривает жесткие временные рамки для ответов на запросы, включая срок для предоставления первоначального ответа в 20 дней (предполагается, рабочих дней), который может быть продлен еще на пять рабочих дней, но только с разрешения высшего руководства (Статья 11(10)). Однако, в Статье не оговаривается, что это максимальные предельные сроки и, что, по общему правилу, на запросы необходимо отвечать «в максимально короткий срок». Это важно для того, чтобы не допускать ситуации, когда государственные органы будут ожидать окончания десятидневного периода даже тогда, когда информация доступна для них немедленно.

В Статье 11(13) предусматривается плата за услуги, в случаях, когда ответ на запрос требует копирования или печати. Такая плата ограничена «фактическими затратами», которые устанавливаются централизованно правительством, и «социально уязвимые группы» освобождаются от оплаты этих затрат. Это очень прогрессивная система оплаты. Однако, ее можно усовершенствовать дальше, предусматривая, что первоначальное количество страниц – например, 15 или 20 – будет предоставляться бесплатно.

В Статье 7(1)(1) говорится, что заявители могут «распространять информацию любым незапрещенным законом способом», что может рассматриваться, как базовое правило повторного использования информации. Являясь положительным моментом, оно в действительности не создает никакого нового права в отношении повторного использования информации, и его значение зависит от того, что содержится в тех других законах. В идеале, рекомендуется создать полноценную систему повторного использования публичной информации, включая открытую лицензию и т.п., либо посредством закона о праве доступа к информации, либо посредством других норм. По крайней мере, если такая система еще не существует, в закон о праве на доступ к информации следует включить систему правил о повторном использовании информации. Это могло бы прояснить, что существует сильная презумпция в пользу открытого повторного использования информации, созданной или находящейся в распоряжении государственных органов (одновременно уважая права на интеллектуальную собственность, принадлежащую третьим лицам). Это может способствовать развитию системы открытых лицензий на эту информацию, возможно в рамках установленного периода времени (например, шести месяцев).

Рекомендации:

➤ Рекомендуется не требовать от заявителей указания их имен и идентификационных номеров при подаче запросов, а только адреса для доставки информации; следует четко прописать в законе, что органы государственной власти не могут спрашивать заявителей о причинах подачи их запросов.

➤ Рекомендуется, чтобы закон налагал на государственные органы более четкие обязательства содействия, включая помощь заявителям для уточнения их запросов, по мере необходимости, и помощь тем, кто затрудняется предоставить письменный запрос.

➤ Следует рассмотреть вопрос о расширении форм или способов, с помощью которых заявители могут получить доступ к информации.

➤ Рекомендуется, чтобы в законе устанавливалось общее правило, предусматривающее предоставление ответов на запросы «в максимально короткий срок», четко указывая, что предельные сроки являются максимальными, а не стандартными сроками.

➤ Следует рассмотреть вопрос о предоставлении заявителям некоторого количества страниц бесплатно.

➤ Следует рассмотреть вопрос о включении в закон базовой системы правил относительно права повторного использования информации, в том числе сильную презумпцию в пользу открытого повторного использования информации, созданной или находящейся в ведении государственных органов.

Индикатор		Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
13	От заявителей не требуется указывать причины подачи их запросов.	2	0	
14	От заявителей требуется только указать сведения, необходимые для отыскания и доставки информации (то есть, какой-либо адрес для доставки).	2	1	11(5), (7)
15	Существуют понятные и относительно простые процедуры для обращения с запросом. Запросы могут быть представлены любым способом коммуникации, при этом не требуется использовать официальные формуляры или указывать, что данная информация запрашивается в соответствии с законом о доступе к информации.	2	2	1(5), 11(3), 11(5), 11(9)
16	От государственных служащих требуется оказывать содействие заявителям в плане формулировки их запросов, или связываться с ними и помогать им, когда запросы были сделаны расплывчато, чрезвычайно широко или	2	1	9(1)(3)

	нуждаются в уточнении по иным причинам.			
17	От государственных служащих требуется оказывать помощь тем заявителям, которые нуждаются в ней из-за своих ограниченных возможностей, например, потому что они неграмотны или имеют инвалидность.	2	0	
18	После подачи запроса, заявителям выдается квитанция или подтверждение приема запроса в рамках разумного периода времени, который не должен превышать 5 рабочих дней	2	2	11(6)
19	Существуют понятные и целесообразные процедуры для ситуаций, когда государственный орган, которому был адресован запрос, не обладает запрашиваемой информацией. Они включают обязанность информировать заявителя об отсутствии данной информации и обязанность направлять заявителя в другую организацию, или переводить запрос туда, где, как известно государственному органу, содержится данная информация.	2	2	11(11)
20	От государственных органов требуется удовлетворять выбор заявителей в отношении формы предоставления доступа к информации, допуская лишь четкие и ограниченные случаи преваляирования других соображений над выбором заявителя (например, чтобы защитить запись).	2	2	11(12)
21	От государственных служащих требуется отвечать на запросы в максимально короткий срок.	2	0	
22	Существуют четкие и разумные максимальные сроки (20 рабочих дней или меньше) для ответов на запросы, независимо от способа удовлетворения запроса (в том числе путем публикации).	2	2	11(10)
23	Существуют четкие пределы продления срока (20 рабочих дней или меньше), включая требование о том, чтобы заявители получили соответствующее уведомление с указанием причин такого продления.	2	2	11(10)

24	Запросы принимаются к исполнению бесплатно.	2	2	11(1)
25	Существуют четкие правила, касающиеся платы за доступ, которые устанавливаются централизованно, а не определяются отдельными государственными органами. Они включают требование о том, что эта плата должна ограничиваться затратами на воспроизведение и отправку информации (с тем, чтобы просмотр документов и электронные копии были бесплатными), и что определенное первоначальное количество страниц (по крайней мере, 20) предоставляется бесплатно.	2	1	11(13), 166 Экологического кодекса РК
26	Малообеспеченные заявители освобождаются от оплаты	2	2	11(13)
27	Не существует ограничений на повторное использование информации, полученной от государственных органов, или платы за данное использование, кроме случаев, когда третье лицо (не являющееся государственным органом) обладает юридически защищенным авторским правом на информацию.	2	2	7(1)(1)
ИТОГО		30	21	

4. ИСКЛЮЧЕНИЯ И ОТКАЗЫ

В плане режима исключений проект Закона оценивается достаточно невысоко; он получил только 12 баллов из возможных 30 по рейтингу RTI или 40 процентов. Даже это, до некоторой степени, является щедрой интерпретацией правил, так как баллы не были вычтены за неоправданно широкие или излишние исключения, несмотря на то, что есть очень большая вероятность, что они существуют в других законах, потому что невозможно было осуществить обзор других законов, содержащих положения, касающиеся секретов.

Подход к исключениям, предпринятый в данном проекте Закона, отличается от того, который принят в большинстве законов о праве на доступ к информации, соответствующих передовой практике. Эти законы обычно включают свой собственный всеобъемлющий и подробный список исключений, а затем позволяют другим законам дальше уточнять эти исключения, но не продлевать их перечень (для этого нет надобности, если перечень исключений в законе о праве на доступ к информации является всеобъемлющим). Напротив, проект Закона главным образом опирается на другие законы для установления исключений. Так, Статья 9(1)(4) предусматривает, что государственные органы могут отказать в исполнении запросов, основываясь на исключениях в других законах, а Статья 9(2)(11) требует, чтобы государственные органы соблюдали ограничения, установленные в других законах.

Проблема с опорой на исключения в других законах состоит в том, что маловероятно, что все эти исключения отвечают международным стандартам в этой области. В частности, международные стандарты требуют, чтобы ограничения были законными в плане сферы их применения, подлежали проверке «на причинение вреда» (чтобы исключение вступало в силу только тогда, когда разглашение информации может причинить вред защищенному интересу) и предусматривали приоритет общественного интереса (чтобы информация была все же разглашена, даже если это может повредить защищенному интересу, в случаях, когда раскрытие информации идет на пользу всеобъемлющему общественному интересу).

Проект Закона действительно накладывает два вида ограничений на доступ в других законах. Статья 5 говорит о том, что ограничения являются законными лишь в «той мере, в какой это необходимо в целях защиты конституционной системы, общественного порядка, прав и свобод человека, здоровья и нравственности населения». Это целесообразно, но здесь есть две проблемы. Во-первых, данные основания для ограничения на самом деле очень широки и общи. Например, конституционная система включает в себя очень широкий диапазон норм, охватывающих права человека, систему правительства, юридическую систему и т.п. Ограничения, которые защищают все, что упоминается в Конституции, могут быть несомненно оправданы на базе этого положения. В результате, ряд ограничений в других законах, на которые фактически может повлиять Статья 5, вероятно достаточно лимитирован. Во-вторых, не ясно, состоит ли цель данного положения в том, чтобы фактически наложить ограничения на положения о секретности в других законах или сделать их недействительными. В остальной части, однако, оно накладывает стандарт необходимости на ограничения, что является полезным.

Во-вторых, Статья 6 проекта Закона содержит список данных, которые не подлежат ограничению, таких, как информация о чрезвычайных ситуациях. Это целесообразно, но пока еще не ясно, насколько эффективно это будет на практике, учитывая, что, как и в Статье 5, многие правила довольно общи по своему характеру. Например, Статья 6(3) говорит о том, что информация об «актах терроризма» не подлежит ограничению, однако сюда конечно не будет включаться информация о расследованиях, касающихся терроризма, поэтому не ясно, что именно относится к этому положению.

Проект Изменений не вводит каких-либо особых лимитов на ограничения в других законах, хотя он включает список сведений из Статьи 6, доступ к которым не подлежащих ограничению, в некоторые другие законы.

Несмотря на то, что в целом проект Закона полагается на другие законы в плане установления ограничений на право доступа, он все же включает небольшой список категорий информации, которые не подлежат раскрытию, в Статье 11(18). В то время, как все пять категории защищают интересы, которые в целом признаются в качестве законных по международному праву, три из данных четырех нуждаются в прохождении теста на причинение вреда и поэтому не соответствуют международным стандартам. Это:

- Информация, собранная в процессе государственного контроля и надзора, до принятия решения.
- Межведомственная или внутриведомственная переписка, опять-таки до принятия решения.
- Информация от иностранных государств или межправительственных организаций, кроме случаев, когда имеется взаимное соглашение о раскрытии данной информации.

Важно, что первые два основания для секретности существуют только до принятия решения по данному вопросу, однако эти правила не указывают на интерес,

который нуждается в защите – такой, например, как неприкосновенность расследований, или честный и откровенный обмен информацией – и затем защищают его от вреда. Вместо этого, они говорят о категориях информации, большая часть которой просто не является конфиденциальной. Так, некоторая межведомственная корреспонденция может быть конфиденциальной, но это наверняка не будет применимо ко всей такой информации. Что касается последнего основания, то рекомендуемый стандарт в таких случаях состоит в том, что информация может быть удержана от раскрытия, если раскрытие информации может повредить отношениям с другими государствами или межправительственными организациями. Это значительно отличается от невозможности достичь положительного соглашения о раскрытии информации, которое часто будет невозможно достичь, даже когда информация не является конфиденциальной, и ее раскрытие не повредит отношениям.

Проект Закона не устанавливает приоритета общественного интереса для исключений. Такой приоритет влечет требование разглашения информации даже тогда, когда это может причинить ущерб защищенному интересу, в случаях, с учетом всего вышесказанного, разглашение информации служит всеобъемлющему общественному интересу. Например, информация о покупке оружия может быть конфиденциальной с точки зрения национальной безопасности, но она может также предать огласке присутствие коррупции в системе закупки вооружений. В таких случаях, разглашение информации, как правило, идет на пользу всеобъемлющему общественному интересу, поскольку разоблачает коррупцию и, вполне возможно, устраняет ее или, по крайней мере, уменьшает ее размеры. Это, в свою очередь, ведет к повышению эффективности в закупках вооружений, усиливая национальную безопасность в долгосрочной перспективе.

Законы, соответствующие передовой практике, в определенных случаях предусматривают абсолютный приоритет, например, в отношении информации, которая разоблачает нарушения прав человека или нарушения гуманитарного права. В этом случае информацию необходимо раскрывать независимо от противодействующего интереса секретности. Такой абсолютный приоритет затем объединяется с балансирующим приоритетом, описанным выше, при котором информация должна раскрываться всякий раз, когда, в конечном счёте, такое разглашение будет служить всеобъемлющему общественному интересу. В этом случае, относительная значимость вреда, наносимого защищенному интересу, и польза для общества от раскрытия информации должны быть взвешены друг относительно друга, для того, чтобы определить, что из них более весомо.

Проект Закона не предусматривает предельный лимит времени, например, в 15 или 20 лет, для исключений, защищающих общественные интересы, такие как национальная безопасность, и свободный и откровенный обмен информацией внутри правительства. Такие лимиты времени можно найти в большинстве законов о праве на доступ к информации, построенных на передовом опыте; они отражают идею о том, что конфиденциальность информации существенно снижается с течением времени. Так, высказывания, которые были достаточно конфиденциальны тогда, когда они были впервые сделаны, 15 или 20 лет тому назад, как правило, не будут конфиденциальными в настоящий момент. Большинство законов, в то же время, позволяют продлить этот период секретности в исключительных случаях, когда информация остается конфиденциальной по истечении предельного срока. Такой может быть ситуация, например, для некоторых типов информации, касающейся национальной безопасности. Рациональный стандарт в таких случаях состоит в том, чтобы создать определенную процедуру для того, чтобы задействовать это особое

продление, такую, например, как требование выдачи специального согласия министра.

Проект Закона также не разъясняет, что информация должна быть разглашена, как только исключение перестает применяться. Четкое правило, следующее этому принципу, может помочь прояснить, что риск ущерба должен оцениваться в то время, когда делается запрос. Так, даже если какой-либо документ был засекречен, как конфиденциальный, причины для его конфиденциальности, по всей вероятности, могут измениться со временем, и первоначальные причины могут не применяться через пару лет или даже раньше, в зависимости от всех обстоятельств. По международному праву, для того, чтобы оправдать неразглашение, риск причинения вреда должен присутствовать в то время, когда делается запрос, а не в то время, когда документ был создан.

Проект Закона также не устанавливает процедур для консультаций с третьими лицами в ситуациях, когда запрос связан с информацией, предоставленной конфиденциально таким третьим лицом. Такие консультации важны для того, чтобы оценить точку зрения данного третьего лица. Когда третье лицо дает согласие на разглашение информации, это упрощает данный вопрос для каждого человека, вовлеченного в процедуру запроса, поскольку для государственного органа уже нет необходимости оценивать данную информацию на предмет ее конфиденциальности. В ситуации, когда третье лицо возражает против раскрытия информации, консультация предоставляет этому лицу возможность изложить свои взгляды на этот вопрос. Зачастую это может помочь государственному органу решить, является ли данная информация действительно конфиденциальной, и это также справедливо по отношению к третьему лицу. В таких случаях, однако, важно, чтобы точка зрения третьего лица не воспринималась в качестве «вето» на раскрытие информации, а только как фактор, который надо учесть, принимая решение в отношении того, является ли данная информация действительно конфиденциальной.

В проекте Закона также не устанавливается правило разделения информации, согласно которому, когда только часть документа является конфиденциальной, эта часть должна быть отделена, а остальная часть документа раскрыта заявителю. Такое правило является вполне логичным, так как здесь явно нет причины не раскрывать ту часть документа, которая не является конфиденциальной, и это служит целям открытости, которые лежат в основе законодательства о праве на доступ к информации.

Статья 11(17) говорит о том, что, когда в удовлетворении запроса на предоставление информации отказано, заявитель должен быть проинформирован в течение пяти рабочих дней посредством «мотивированного ответа», что понимается как ответ, который включает причины данного отказа. Это целесообразно, но лучшей практикой будет в то же самое время проинформировать заявителей о их праве обжаловать это решение, и о том, как это сделать.

В идеале, после того, как закон о праве на доступ к информации будет принят, необходимо провести анализ законов, в которых имеются положения о секретности, для того, чтобы привести эти законы в соответствие со стандартами в законе о праве на доступ к информации. Поскольку закон о праве на доступ к информации дополняется проектом Изменений, может оказаться целесообразным уже на данном этапе использовать эту возможность для проведения анализа и внесения изменений в некоторые из положений о секретности в других законах.

Рекомендации:

➤ Следует рассмотреть вопрос о принятии более «традиционного» подхода к исключениям, предусмотрев всеобъемлющую систему исключений

в законе о праве на доступ к информации, а затем позволить их дальнейшее уточнение, но не удлинение их перечня в других законах.

➤ Следует пересмотреть ограничения в Статье 11(18) на предмет выявления особых интересов, которые нуждаются в защите – таких как свободный и открытый обмен информацией внутри правительства, или хорошие взаимоотношения с другими государствами – тогда применение исключений будет зависеть от того, будет ли раскрытие информации причинять вред данным интересам.

➤ В законе следует предусматривать приоритет общественного интереса, который может включать как абсолютные, так и балансирующие элементы, при этом последний применяется всякий раз, когда интерес в раскрытии информации перевешивает соперничающий с ним интерес секретности.

➤ Следует установить предельный временной лимит, например, в 15 или 20 лет, после чего всю информацию, относящуюся к исключениям с целью защиты общественных интересов, следует, по презумпции, раскрыть, хотя рекомендуется создать специальную процедуру с целью продления этого срока в тех редких случаях, когда конфиденциальность документа продолжает существовать после этого предельного срока.

➤ Информацию следует раскрывать, как только исключение прекращает применяться (в отличие от того, например, когда заранее установленный период засекреченности истекает).

➤ В законе следует предусмотреть требование о том, чтобы государственные органы консультировались с третьими лицами в отношении информации, предоставленной им этими третьими лицами на конфиденциальной основе, с тем, чтобы последние могли либо дать согласие на раскрытие, либо представить свои причины, по которым информация не должна быть разглашена.

➤ Закон должен включать правило разделения информации, по которому, если только часть документа является конфиденциальной, остальная часть этого документа будет раскрыта, после того как конфиденциальная часть будет отделена.

➤ В Статью 11(17) следует добавить требование информировать заявителей об их праве обжаловать любое решение, связанное с отказом удовлетворить их запрос.

➤ Следует рассмотреть вопрос о включении изменений в некоторые положения о секретности в других законах посредством нового закона об изменениях, который будет дополнять закон о праве на доступ к информации.

Индикатор		Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
28	Стандарты в Законе о праве на доступ к информации преобладают над ограничениями по раскрытию информации (положения о секретности) в других законах в случае любого конфликта между ними.	4	0	4(6), 5, 9(1)(4), 9(2)(11)
29	Исключения из права на доступ к информации соответствуют международным стандартам. Допустимые исключения: национальная	10	10	

	безопасность; международные отношения; здоровье и безопасность населения; предупреждение, расследование и преследование правонарушений; неприкосновенность частной жизни; законные коммерческие и иные экономические интересы; управление экономикой; справедливое отправление правосудия и конфиденциальность юридической помощи; охрана окружающей среды; и законный процесс формирования политического курса, и другая деятельность государственных органов. Также допустимо отсылать заявителей к информации, которая уже общедоступна, например, в Интернете или в опубликованном виде.			
30	Проверка на «причинение вреда» применяется ко всем исключениям, с тем, чтобы в раскрытии информации могло быть отказано только тогда, когда данное раскрытие подвергает защищенный интерес риску фактического вреда.	4	1	11(18)
31	Существует обязательный приоритет общественного интереса с тем, чтобы информация должна быть раскрыта тогда, когда это в интересах всего общества, даже если это может повредить защищенному интересу. Существуют «строгие» приоритеты (которые применяются абсолютно), например, в отношении информации о правах человека, коррупции или преступлений против человечности.	4	0	
32	Информация должна быть раскрыта, как только исключение прекращает применяться (например, когда решение о присуждение контракта в тендерном процессе было принято). В законе содержится положение, которое говорит о том, что исключения по защите общественных интересов не применяются к информации, которой более 20 лет.	2	0	
33	Существуют четкие и целесообразные процедуры для проведения консультаций с третьими лицами, предоставившими на конфиденциальной основе информацию, которая является предметом запроса. При рассмотрении запроса на предоставление информации, государственным органам	2	0	

	следует принимать во внимание любые возражения со стороны третьих лиц, но у третьих лиц нет права «вето» на раскрытие информации.			
34	Существует положение о разделении информации с тем, чтобы, когда только часть документа подлежит исключению, оставшаяся часть должна быть раскрыта.	2	0	
35	В случае отказа в предоставлении доступа к информации, государственный орган должен: а) указать точные юридические основания и причину(ы) данного отказа и б) проинформировать заявителя о соответствующих процедурах обжалования.	2	1	11(17)
ИТОГО		30	12	

5. ОБЖАЛОВАНИЕ

Это категория рейтинга, в которой проект Закона получил самую низкую оценку, набрав только шесть из возможных 30 баллов или 20 процентов. Главной причиной этого является то, что в проекте Закона отсутствуют положения о создании независимого административного надзорного органа по рассмотрению жалоб о заявленных нарушениях в применении закона.

Передовая практика состоит в предоставлении трех уровней процесса обжалования. Во-первых, многие законы предусматривают внутренний процесс обжалования в вышестоящем административном органе в рамках государственного сектора. Этот тип обжалования признается в Статье 18 проекта Закона, которая говорит о жалобах, направленных в «вышестоящий государственный орган (вышестоящему должностному лицу)». Такие процедуры обжалования целесообразны, так как они предоставляют государственному органу возможность решить вопрос внутренним порядком, не прибегая к внешнему органу принятия решений. Во многих случаях, особенно на ранней стадии применения закона о праве на доступ к информации, вышестоящие должностные лица более уверенно подходят к вопросу раскрытия информации, чем нижестоящие должностные лица, поэтому внутренняя процедура обжалования часто может разрешать спорные ситуации. Однако, для того, чтобы избежать ненужных задержек, важно, чтобы закон устанавливал четкие временные лимиты на процедуры принятия решений на этом уровне, например, от 10-ти до 15-ти дней (принимая во внимание тот факт, что у государственного органа уже была возможность рассмотреть данный вопрос, и поэтому данное дополнительное рассмотрение не должно занимать слишком много времени).

В Статье 18 говорится о «жалобах на действие (или бездействие) должностных лиц и на решения обладателей информации», что, как видно, позволяет подачу жалоб в отношении широкого круга нарушений применения закона должностными лицами. Было бы целесообразно, однако, пояснить, что у заявителей имеется право подать жалобу на любое неисполнение правил закона, касающихся запросов (то есть, не только на отказы предоставить доступ к информации, но также и на чрезмерные задержки, взимание слишком большой платы за услуги, отказы предоставить доступ в запрашиваемой форме и т.п.).

Во-вторых, можно всегда обжаловать правовые вопросы в суде, и проект Закона специально предусматривает это в Статье 18.

Однако, проект Закона не предусматривает административный уровень обжалования, например, в комиссии по вопросам информации. Опыт других стран четко демонстрирует, что наличие административного надзорного органа – для рассмотрения жалоб, но также и для осуществления мер продвижения – является существенным условием для успешной реализации закона о праве на доступ к информации. Действительно, не будет преувеличением сказать, что одним из главных отличий между успешной и менее успешной системами реализации права на доступ к информации, является присутствие или отсутствие независимого надзорного органа. Суды попросту слишком дорогостоящи и требуют слишком много времени для того, чтобы представлять собой эффективный уровень защиты для подавляющего большинства пользователей информации, в то время как внутренним процедурам обжалования не достаёт независимости и объективности внешних процессов обжалования. Следует заметить, что Общественный совет по вопросам доступа к информации при Президенте РК, созданный согласно Статье 19 проекта Закона, не имеет полномочий рассматривать жалобы и также не является независимым органом.

Передовой опыт также говорит о том, что лучше создать орган, специально предназначенный для этих целей – по аналогии с комиссиями по вопросам информации, которые можно найти во многих странах – нежели передавать эту функцию существующему органу, такому как Омбудсмен. В то время как последний имеет много качеств, требуемых для рассмотрения административных жалоб, опыт других стран подсказывает, что органы, выполняющие две или множество функций, редко обеспечиваются необходимыми ресурсами для того, чтобы принять на себя дополнительную информационную функцию, и что такие органы редко нарабатывают специализированный опыт, который требуется для выполнения функции обеспечения надзора за применением законодательства о праве на доступ к информации.

Если административный надзорный орган будет создан, важно, чтобы он был независимым. Существует много способов содействовать независимости таких органов, но некоторые из наиболее важных указаны ниже:

- Член(ы) данного органа назначаются в порядке, защищенном от политического вмешательства, и после назначения имеют гарантию сохранения должности, чтобы защитить их от произвольного увольнения (процедурно и по существу).
- Надзорный орган отчитывается перед парламентом; его бюджет утверждается парламентом, или имеются другие эффективные механизмы для защиты его финансовой независимости.
- Существует запрет на назначение в этот орган лиц с сильными политическими связями, наряду с позитивными требованиями наличия профессионального опыта у его членов.

Кроме того, что данный орган должен быть независимым, у него должны быть необходимые полномочия для осуществления его функций. Он имеет полномочия:

- Пересматривать конфиденциальные документы;
- Инспектировать служебные помещения государственных органов;
- Понуждать свидетелей являться в данный орган;
- После принятия решения по жалобе, издавать распоряжения, обязательные к исполнению, включая распоряжения, требующие, чтобы государственный орган раскрыл информацию; и
- Налгать соответствующие структурные меры на государственные органы, которые структурно не справляются со своими обязанностями по данному закону

(например, предоставить больше возможностей обучения персоналу или улучшить делопроизводство).

В плане фактических жалоб, рассматриваемых независимым административным надзорным органом, они должны быть бесплатными и не требовать помощи юриста. Более того, в законе следует прописать четкие процедуры обработки жалоб, включая четкие предельные сроки для принятия решений по жалобам. В противном случае, существует риск, что даже административные процедуры обжалования могут потребовать излишне много времени, в первую очередь сведя на нет одно из главных преимуществ процедур административного обжалования. И, наконец, в ходе обжалования, государственный орган должен нести бремя доказывания, демонстрируя, что он действовал в соответствии с законом, учитывая, что право на информацию является правом человека.

Рекомендации:

➤ В законе следует установить четкие предельные сроки для внутреннего рассмотрения (то есть, в вышестоящем государственном органе) решений, касающихся запросов.

➤ В законе следует четко указать, что жалобы могут быть поданы в отношении любого неисполнения правил закона, касающихся запросов.

➤ В законе следует предусмотреть возможность обжалования в независимом административном органе. В идеале, это должен быть новый, специально предназначенный для этого орган, такой как, например, комиссия по вопросам информации. В любом случае, у данного органа должны быть качества и полномочия, перечисленные выше.

	Индикатор	Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
36	Закон предлагает внутреннюю процедуру обжалования, которая проста, бесплатна и осуществляется в пределах четких временных рамок (20 рабочих дней или меньше).	2	1	18
37	Заявители имеют право подать на (внешнее) обжалование в независимый административный надзорный орган (например, комиссию по вопросам информации или Омбудсмену).	2	0	
38	Член(ы) надзорного органа назначаются в порядке, защищенном от политического вмешательства, и после назначения имеют гарантию сохранения должности, с тем, чтобы они были защищены от произвольного увольнения (процедурно и по существу).	2	0	
39	Надзорный орган отчитывается перед парламентом; его бюджет утверждается парламентом, или имеются другие эффективные механизмы для защиты его финансовой независимости.	2	0	

40	Существует запрет назначать в этот орган лиц с сильными политическими связями; существует также требование наличия профессионального опыта.	2	0	
41	У независимого надзорного органа имеются необходимые мандат и власть выполнять свои функции, включая пересмотр конфиденциальных документов и инспектирование служебных помещений государственных органов.	2	0	
42	Решения, принятые независимым надзорным органом, обязательны к исполнению.	2	0	
43	Принимая решение по жалобе, независимый надзорный орган имеет полномочие назначить соответствующие средства правовой защиты для заявителя, включая рассекречивание информации.	2	0	
44	У заявителей есть право обжаловать решение в суде в дополнение к обжалованию в (независимом) надзорном органе.	2	2	7(1)(6), 18
45	Обжалование (как внутреннее, так и внешнее) осуществляется бесплатно и не требует юридической помощи.	2	0	
46	Основания для внешнего обжалования широки (они включают не только отказы в предоставлении информации, но также отказы предоставить информацию в запрашиваемой форме, административное бездействие и другие нарушения сроков, взимание чрезмерной платы и т.д.).	4	3	18(1)
47	Для внешнего обжалования установлены четкие процедуры, включая временные рамки.	2	0	
48	В ходе обжалования государственные органы несут бремя доказывания и должны показать, что они не действовали в нарушение правил.	2	0	
49	У внешнего органа обжалования имеется полномочие наложить соответствующие структурные меры на государственный орган (например, провести дополнительное обучение или улучшить делопроизводство).	2	0	
ИТОГО		30	6	

6. САНКЦИИ И МЕРЫ ЗАЩИТЫ

Проект Закона также получил низкую оценку в этой категории, набрав только два из возможных восьми баллов, или 25 процентов. Он получает два балла за различные положения, которые устанавливают санкции за воспрепятствование доступу к информации. Сюда относится Статья 7(1)(7), которая предусматривает финансовую компенсацию за вред, причиненный в результате нарушения права на доступ к информации (хотя процедуры для этого излагаются в других законах) и Статья 20, которая гласит, что ответственность за нарушение права на доступ к информации устанавливается согласно правилам, излагаемым в других законах. В ходе данного анализа у нас не было возможности проанализировать эти другие законы, поэтому нам неизвестно, насколько эффективны они могут быть.

Статья 1 проекта Изменений также создает новую Статью 456-1 Кодекса Республики Казахстан об административных правонарушениях, которая предусматривает штраф в размере «тридцати месячных расчетных показателей» за предоставление информации с нарушением права на доступ к информации, за отказ в предоставлении информации, либо за предоставление неполной информации, либо за не опубликование информации с упреждением. В ситуациях, когда такие действия вредят правам и законным интересам других людей, сумма штрафа будет увеличена до ста месячных расчетных показателей. Это сильный набор санкций, но он ограничен случаями, когда (полная) информация не предоставляется (или предоставляется неверная информация). Более целесообразно будет предусмотреть санкции за любые сознательные нарушения закона, которые, помимо всего прочего, включали бы задержки и взимание чрезмерной платы, а также уничтожение документов.

Проект Закона не предоставляет защиту лицам, которые разглашают информацию на добросовестной основе, согласно закону. Этот вид защиты жизненно необходим для того, чтобы придать должностным лицам уверенности в раскрытии информации, учитывая, что они исторически привыкли работать в среде, в которой почти вся информация считалась секретной. При отсутствии такой защиты, должностные лица всегда будут с проявлять нежелание раскрывать информацию, из страха, что это может привести к какому-то роду санкций.

Передовая практика состоит в том, чтобы обеспечить защиту лицам, которые раскрывают информацию с честными намерениями, с целью разоблачения противозаконных действий или серьезных проблем в администрации («свистунам»). Это важный информационный предохранительный клапан, гарантирующий, что информация большой общественной важности имеет больше вероятности быть разглашенной. Во многих странах раскрытие информации с целью разоблачения фактов противозаконной деятельности защищено с помощью специально созданного для этой цели (то есть, отдельного) закона, но, в отсутствие такого закона, будет целесообразно включить, по крайней мере, базовые меры защиты для «свистунов» в закон о праве на доступ к информации. В проекте Закона отсутствуют какие-либо положения о раскрытии информации с целью разоблачения фактов противозаконной деятельности.

Рекомендации:

➤ Следует рассмотреть вопрос о расширении сферы применения новой предложенной Статьи 456-1 Кодекса об административных правонарушениях для того, чтобы включить в нее любое сознательное воспрепятствование запросам на предоставление информации.

➤ Следует предоставить защиту должностным лицам, которые раскрывают информацию на добросовестной основе, согласно закону.

➤ Следует предусмотреть, по крайней мере, базовую структуру защиты для тех, кто раскрывает информацию, разоблачающую противозаконные действия.

Индикатор		Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
50	Санкции могут быть применены к тем, кто сознательно действует с тем, чтобы подорвать право на доступ к информации, в том числе посредством несанкционированного уничтожения информации.	2	1	7(1)(7), 20, 456-1 Кодекса РК об административных правонарушениях
51	Существует система решения проблемы государственных органов, которые систематически не предоставляют информацию или недостаточно эффективно работают (или путем наложения на них санкций, или требуя, чтобы они устранили выявленные недостатки).	2	0	
52	Независимый надзорный орган и его персонал наделены правовым иммунитетом в отношении действий, совершенных на добросовестной основе при осуществлении какого-либо полномочия, обязанности или функции в соответствии с Законом о праве на доступ к информации. Другие лица наделены аналогичным иммунитетом в отношении раскрытия ими информации на добросовестной основе, согласно Закону о праве на доступ к информации.	2	0	
53	Существуют юридические меры защиты от наложения санкций на тех лиц, которые, с честными намерениями, разглашают информацию, разоблачающую противозаконные действия (то есть, «свистунов»).	2	0	
ИТОГО		8	1	

7. МЕРЫ ПО ПРОДВИЖЕНИЮ

В проекте Закона не устанавливается ряд мер продвижения, которые важны для успешной реализации закона о праве на доступ к информации. Согласно Статье 11(19), руководители государственных органов «лично ответственны за организацию работы с запросами, за состояние приема, регистрации, учета и рассмотрение». Это целесообразно, но более практично было бы предусмотреть обязанность государственных органов по назначению специально выделенных для этой цели сотрудников по вопросам информации, персонал, который бы конкретно отвечал за прием и обработку запросов на предоставление информации. Такой подход принят во многих законах о праве на доступ к информации, и он доказал свою эффективность.

Статья 16(6) проекта Закона налагает обязанность на архивный орган разместить список, обобщающий документы, находящиеся в его ведении, в Интернете. Это очень полезно, но еще лучшей практикой было бы распространить эту обязанность на все государственные органы.

Ряд других мер продвижения попросту не упоминается в проекте Закона:

- От государственных органов не требуется предпринимать действия по повышению уровня осведомленности общества. Эта роль также не отводится какому-либо центральному органу, такому как, например, Совет. Очень важно принять меры к тому, чтобы члены общества были осведомлены о своих правах по новому закону.

- Отсутствуют обязательство или система, которые обеспечивали бы эффективное управление документами и другими записями со стороны государственных органов. Это очень важно не только для успешной реализации закона о праве на доступ к информации, но также и для эффективного ведения всей публичной работы. Проще говоря, если государственный орган не может обнаружить информацию, он не может предоставить эту информацию пользователю информации (и, вероятно, не может также эффективно осуществлять свои другие обязанности).

- Отсутствует система отчетности относительно того, что делается для реализации закона. Передовой опыт в этом плане состоит в том, чтобы потребовать от всех государственных органов составлять годовые отчеты о том, что они сделали, включая подробную информацию об обработке запросов, и чтобы затем какой-либо центральный орган, который может быть Советом или комиссией по вопросам информации, если таковая будет создана, готовил(а) централизованный отчет, обобщающий всю эту работу, который после этого был бы предоставлен правительству и парламенту (а также опубликован в Интернете). Такая система отчетности будет очень важна, если надо будет выявлять прогресс и проблемы в реализации закона, а также поддерживать первое и устранять последнее.

Рекомендации:

- В законе следует предусмотреть обязанность государственных органов назначать специально выделенных для этой цели сотрудников по вопросам информации, чьей обязанностью будет прием и обработка запросов на предоставление информации.
- В законе следует предусмотреть, чтобы все государственные органы, а не только архивный орган, публиковали перечни документов, находящихся в их ведении.
- В законе следует предусмотреть другие меры продвижения, указанные выше.

Индикатор		Макс. кол-во баллов	Оценка в баллах	Статья
54	От государственных органов требуется назначать специально выделенных сотрудников (по вопросам информации) или отделы, несущие ответственность за то, чтобы гарантировать, что государственные органы будут выполнять свои обязательства по раскрытию информации.	2	1	11(19)
55	На центральный орган, такой как, например, комиссия (Уполномоченный) по вопросам информации или департамент правительства возлагается общая ответственность за продвижение права на доступ к информации.	2	2	19
56	В законе следует предусмотреть осуществление мероприятий по повышению уровня осведомленности общества (например, выпуск пособия для широкой публики или введение преподавания права на доступ к информации в школах).	2	0	
57	Действует система, в рамках которой устанавливаются и применяются минимальные стандарты в сфере делопроизводства.	2	0	
58	Государственные органы должны создавать и обновлять списки или реестры документов, находящиеся в их распоряжении, и делать их общедоступными.	2	1	16(6)
59	Требуется организовывать учебные программы для государственных служащих.	2	2	9(2)(9)
60	Государственные органы должны ежегодно отчитываться о действиях, которые они предпринимают, чтобы выполнять свои обязательства по раскрытию информации. Сюда относится статистика по полученным запросам и то, как они работали с ними.	2	0	
61	Центральный орган, такой, например, как комиссия (Уполномоченный) по вопросам информации или департамент правительства обязаны представлять законодательному органу сводный отчет по реализации данного закона.	2	0	
ИТОГО		16	12	

Сентябрь 2015

АНАЛИЗ ПРОЕКТА ЗАКОНА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О БЛАГОТВОРИТЕЛЬНОЙ, СПОНСОРСКОЙ И МЕЦЕНАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ»²⁴³

При анализе проекта Закона рассмотрены следующие вопросы:

- степень влияния норм, предлагаемых в проекте закона на дальнейшую деятельность неправительственных (общественных) организаций;
- анализ предлагаемого налогового режима для благотворительных организаций и акций;
- представлены рекомендации по совершенствованию норм законопроектов с точки зрения улучшения деятельности неправительственных (общественных) организаций.

1. Налоговый режим некоммерческих организаций.

1. Обзор действующего правового (законодательного) регулирования осуществления получения некоммерческими организациями благотворительной, спонсорской поддержки в Республике Казахстан, а также осуществления ими благотворительной деятельности

По действующему законодательству Республики Казахстан, некоммерческие неправительственные организации имеют несколько источников финансирования, право на получение, которых закреплено в ст. 35 Закона Республики Казахстан от 16 января 2001 года № 142-II «О некоммерческих организациях»²⁴⁴ (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.12.2014 г.). В частности,

Статья 35. Источники формирования имущества некоммерческой организации

1. Источниками формирования имущества некоммерческой организации в денежной и иных формах в соответствии с законодательными актами являются:

- 1) поступления от учредителей (участников, членов);***
- 2) добровольные имущественные взносы и пожертвования;***
- 3) поступления (доход) от реализации товаров, работ, услуг в установленных законодательством случаях;***

²⁴³ Данный обзор подготовлен Центром исследования правовой политики в рамках проекта «Консолидация усилий гражданского общества с целью поощрения защиты правозащитников» поддержанного Европейским Союзом. Содержание данной публикации является предметом ответственности Центра исследования правовой политики и ОО "ЭХО" и никоим образом не отражает точку зрения Европейского Союза.

²⁴⁴ Закон Республики Казахстан от 16 января 2001 года № 142-II «О некоммерческих организациях» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 29.12.2014 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1021519

4) дивиденды (доходы, вознаграждение (интерес), получаемые по акциям, облигациям, другим ценным бумагам и вкладам (депозитам));

5) другие не запрещенные законом поступления.

2. Законодательными актами могут устанавливаться ограничения на источники доходов некоммерческих организаций отдельных видов.

3. Порядок поступлений финансовых и иных средств от учредителей (участников, членов) определяется учредительными документами некоммерческой организации.

.....

Таким образом, Закон «О некоммерческих организациях» прямо не указывает на такие источники поступлений как благотворительная, спонсорская поддержка, но позволяет получать другие не запрещенные законом поступления.

По Налоговому кодексу Республики Казахстан²⁴⁵, некоммерческие организации, имеющие такой статус по гражданскому законодательству РК и зарегистрированные таким образом в органах юстиции, в целях налогообложения также признаются некоммерческими организациями.

Некоммерческие организации вправе получать благотворительную и спонсорскую помощь, согласно п. 2 ст. 134, в частности:

*«2. Доход некоммерческой организации по договору на осуществление государственного социального заказа, в виде вознаграждения по депозитам, гранта, вступительных и членских взносов, взносов участников кондоминиума, **благотворительной и спонсорской помощи**, безвозмездно полученного имущества, отчислений и пожертвований на безвозмездной основе не подлежит налогообложению при соблюдении условий, указанных в пункте 1 настоящей статьи».*

Таким образом, данные виды поступлений (благотворительная и спонсорская помощь) являются разрешенными законом поступлениями для некоммерческих организаций Республики Казахстан.

Кроме того, Налоговый кодекс дает определения, что является благотворительной и спонсорской помощью, из которых следуют:

- субъекты-получатели данных видов поступлений (некоммерческие организации, организации, осуществляющие деятельность в социальной сфере),
- дарители (любые юридические и физические лица без ограничений),
- цели поддержки, на которые она может быть предоставлена.

В отношении некоммерческих организаций целями, для которых предоставляется благотворительная и спонсорская помощь являются **уставные цели и задачи некоммерческой организации**.

Что касается поступлений на цели меценатской поддержки, то они не выделены в действующем законодательстве в отдельный вид поддержки, и на практике оказываются некоммерческим организациям в рамках имеющихся возможностей как благотворительная или спонсорская помощь.

Таким образом, действующее гражданское и налоговое законодательство регламентирует финансовые источники поступления средств для некоммерческих

²⁴⁵ Кодекс Республики Казахстан от 10 декабря 2008 года № 99-IV «О налогах и других обязательных платежах в бюджет (Налоговый кодекс)» (с изменениями и дополнениями по состоянию на 21.07.2015 г.). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30366217

организаций на их уставную деятельность в виде благотворительной и спонсорской поддержки.

При этом уставные цели некоммерческих организаций в рамках законодательства РК могут быть разными, включая и благотворительную деятельность, и поддержку людей с ограниченными возможностями и других уязвленных слоев населения РК, так и деятельность в сфере экологии, прав человека, гражданского образования населения и т.п.

2. Анализ предлагаемых изменений в проекте Закона Республики Казахстан «О благотворительной, спонсорской и меценатской деятельности»

2.1. Цели и задачи Проекта закона «О благотворительной, спонсорской и меценатской деятельности»

Как уже было сказано выше, уставные цели и задачи некоммерческих организаций в рамках действующего законодательства РК являются разными, и направления благотворительности никак не ограничиваются законодательством РК. Только непосредственно сам благотворитель мог выбрать направление своей помощи.

Однако задачи благотворительности, предусмотренные ст. 2 проекта Закона, носят узкий характер, и не включают весь многообразный спектр целей и задач некоммерческих организаций.

Таким образом, проект Закона сильно ограничил, в сравнении с действующим законодательством, возможности некоммерческих организаций привлекать средства в виде благотворительной поддержки, включающей в себя благотворительные гранты, для своей уставной деятельности. Например, правозащитная деятельность, исследовательская деятельность и т.п. не подходит под указанный в проекте перечень задач благотворительности.

Рекомендации: Расширить перечень задач для благотворительности путем применения стандартной формулировки «и другое».

2.2. Статус некоммерческих организаций по Проекту Закона

Проект Закона закрепил несколько понятий в сфере благотворительности, что само по себе является положительным моментом, поскольку ранее эти понятия никак не были отражены в законодательстве РК ранее, например, такие понятия как «меценат», «благотворительная поддержка», и т.д.

Однако с введением понятий, в практике деятельности некоммерческих организаций возникнут и ограничения.

В настоящий момент все некоммерческие организации имеют право заниматься благотворительностью, как в качестве единственной цели деятельности, так и периодически, дополнительно к другим своим уставным целям.

Причем благотворительной деятельностью занимаются не только некоммерческие организации, созданные в организационно-правовых формах общественного объединения и фонда, но и ассоциации, частные некоммерческие учреждения и т.д.

Согласно проекта Закона, некоммерческие организации, могут выступать в нескольких статусах: благотворительного объединения (общественные объединения и фонды, созданные для осуществления благотворительности), пользователя, получающего благотворительную поддержку, спонсора, мецената.

Однако проект Закона исключает из субъектов благотворительности некоммерческие организации, которые не подпадают ни под статус благотворительного объединения, ни под статус благодетеля, что приведет к возникновению правового вакуума в отношении таких организаций и их благотворительной деятельности, и соответственно существенно уменьшит ее объем.

Например, на текущий момент в Казахстане работают организации, которые зарегистрированы в основном как общественные объединения и занимаются решением различных задач для своей целевой аудитории, - для лиц с ограниченными возможностями. При этом они занимаются не только аккумулярованием средств и прямыми выплатами помощи инвалидам, но и решают различные социально-экономические вопросы, занимаясь общественно-полезной деятельностью: участвуют в качестве экспертов в работе над законодательством, проводят мониторинги и оценки выполнения бюджетных программ для инвалидов, занимаются трудоустройством инвалидов, юридической, информационной поддержкой, консультированием и т.д.

Таким образом, у таких организаций несколько видов деятельности, и только часть из них является благотворительностью.

Под определение благотворительного объединения такие некоммерческие организации не попадают, поскольку:

- они создаются с иными целями, не являющимися благотворительностью, поскольку благотворительность, - не основная цель их деятельности.

«Благотворительное объединение – некоммерческая организация в форме общественного объединения или фонда, созданная для осуществления благотворительности в соответствии с настоящим Законом, законодательными актами Республики Казахстан, международными договорами, ратифицированными Республикой Казахстан» - Согласно п. 6 ст. 1 Проекта.

Второй яркий пример, когда различные организации, зарегистрированные в организационно-правовой форме ассоциаций, занимаются поддержкой разных национальных групп, проживающих в Казахстане (уйгуры, немцы, корейцы и т.д.), которая выражена в обучающих языку проектах, культурно-массовых мероприятиях, и т.п., а также благотворительностью, например, помощь пенсионерам, ветеранам определенной национальности, в виде предоставления продуктовых корзины, денежных выплат и т.п.

- многие из них, зарегистрированы в иных организационно-правовых формах, нежели общественные объединения и фонды, например, как Ассоциации юридических лиц.

Под статус благодетеля некоммерческие организации также не подходят, поскольку статья 24 Проекта Закона предполагает оказание благодетельности только для юридических лиц, являющихся субъектами предпринимательства.

«п. 1 ст. 24 Юридическое лицо, являющееся субъектом предпринимательства, оказывает благодетельность с использованием части имущества, не имеющей обременений, которая определена учредителем (учредителями) для оказания благотворительной поддержки».

Рекомендации: Внести изменения в п. 1 ст. 24 проекта, удалив из текста слова *«являющееся субъектом предпринимательства»*.

2.3. Статус благотворительного объединения

Проект Закона прямо указывает, что благотворительное объединение не предполагает отдельной организационно-правовой формы некоммерческой организации, а является особым статусом для таких форм некоммерческих организаций как общественные объединения и фонды, которые создаются для осуществления благотворительности.

При этом нигде в проекте Закона, а также в законе о внесении изменений и дополнений в Налоговый кодекс, не содержится процедур, описывающих, каким образом этот статус присваивается. Из текста данного понятия и других норм проекта, касающихся благотворительного объединения, можно предположить, что при государственной регистрации нового общественного объединения и фонда, которые планируют заниматься благотворительностью, необходимо в качестве цели деятельности указать - осуществление благотворительности.

Однако возникает несколько вопросов, которые повлияют на деятельность некоммерческих организаций:

- 1) Как должны поступить уже зарегистрированные и работающие некоммерческие организации, которые фактически занимаются благотворительностью, но изначально созданы были для реализации других социальных целей?
- 2) Будут ли такие организации признаваться благотворительными объединениями? Решится ли вопрос признания их статуса благотворительного объединения, если они пройдут процедуру внесения изменений и дополнений в уставные документы с обозначением цели создания - осуществления благотворительности?
- 3) Имеют ли право благотворительные объединения заниматься еще какой-либо деятельностью, кроме осуществления благотворительности?

Данные вопросы не находят своего отражения в Проекте и непонятно каким образом они будут разрешаться на практике.

2.4. Органы управления благотворительного объединения

Проект содержит ст. 16 «Органы управления благотворительного объединения», которая не соответствует нормам Гражданского кодекса РК и Закона РК «О некоммерческих организациях». В частности, у общественных объединений высшим органом управления является общее собрание учредителей, тогда как проект Закона предполагает, что высшим органом управления является Попечительский совет.

Таким образом, автоматически все некоммерческие организации, зарегистрированные в организационно-правовой форме общественных объединений, которые занимаются благотворительностью, с момента принятия проекта Закона станут нарушителями законодательства, поскольку законопроект не предусматривает каких-либо переходных положений, сроков, для приведения учредительных документов в соответствие с данным Проектом.

Рекомендации: Привести проект Закона в соответствие с гражданским законодательством, а именно Законом «О некоммерческих организациях», Законом «Об общественных объединениях» в части высшего органа управления.

2.5. Территориальный статус благотворительного объединения

По территориальному статусу благотворительного объединения также имеется несоответствие с гражданским законодательством, поскольку организационно-правовая форма фондов, которые по проекту могут иметь статус благотворительного объединения, по гражданскому законодательству (Гражданский кодекс РК, Закон «О некоммерческих организациях») не предполагает их деления по территориальному принципу. По статусу фонды не подразделяются на международные, республиканские, региональные и местные, как представлено в ст. 17 Проекта.

Статус республиканских и региональных благотворительных объединений предполагает деятельность на территории нескольких областей РК при наличии зарегистрированных филиалов/представительств.

Наличие данной нормы в проекте существенно ограничивает благотворительную деятельность некоммерческих организаций. На сегодняшний день активную благотворительную деятельность осуществляют некоммерческие организации, зарегистрированные в организационно-правовой форме фондов. Фонды имеют право осуществлять сбор средств со всего Казахстана и оказание помощи нуждающимся физическим лицам с любого региона Казахстана, например, на оплату сложных операций за пределами РК. С принятием проекта для осуществления той же деятельности необходимо будет регистрировать по всем областям Казахстана филиалы, что не является целесообразным, увеличивает затраты на организационную деятельность.

Кроме того, отсутствие изменений в нормативные акты, в частности в Закон «О некоммерческих организациях», и т.д. не позволит на практике осуществить такие регистрации.

В результате фонды вынуждены будут во исполнение законодательства работать на местном уровне, что существенно ограничивает благотворительность, и противоречит целям принятия Закона.

Местные благотворительные объединения (фонды) по проекту вправе осуществлять деятельность, т.е. привлекать средства только на территории регистрации и оказывать благотворительную поддержку также только на территории регистрации. Таким образом, многие нуждающиеся физические лица, проживающие в тех районах Казахстана, где не окажется благотворительных объединений останутся без необходимой помощи. Территориальный признак деятельности благотворительных объединений не только противоречит принципу добровольности благотворительности, но существенно ограничит благотворительность некоммерческих организаций.

Рекомендации: Исключить из проекта ст. 17 в полном объеме.

2.6. Ответность пользователей благотворительности

Согласно п. 3 ст. 11 проекта Закона, благотворитель, передавший свое имущество пользователю, имеет право требовать от него отчет об использовании указанного имущества.

Вместе с тем, ответная обязанность пользователя отчитываться перед благотворителем, закреплена в ст. 4 проекта только в случае получения пользователем благотворительной поддержки, имеющей целевой характер, т.е. благотворительного гранта.

В остальных случаях, даже если благотворитель захочет реализовать свое право на получение отчета по предоставленным им средствам, пользователи могут отказать

в этом на основании того, что они обязаны отчитываться только за благотворительные гранты.

Рекомендации: Установить обязанность пользователя предоставлять отчет благотворителю также в случаях, когда такая отчетность предусмотрена в договорах между сторонами.

2.7. Благотворительная программа

Проект Закона (ст. 13) предусматривает, что любой благотворитель разрабатывает благотворительную программу, бюджет программы и отчет по ней. Однако, малый бизнес и некоммерческие организации оказывают благотворительность, как правило не на системной основе, а от случая к случаю. Необходимость иметь благотворительную программу может ограничить их в оказании благотворительности. В итоге либо она не будет оказана, либо оформление программ примет формальный характер и будет оформляться уже после совершения благотворительности, постфактум.

Рекомендации: Внести исключения в п. 1 ст. 13 для субъектов малого бизнеса и некоммерческих организаций, чтобы они имели право не составлять благотворительные программы и соответственно, не составлять отчет по ним.

3. Налоговый режим некоммерческих организаций

Налоговый кодекс (ст. 134) регламентирует налоговый режим некоммерческих организаций. Данный режим предусматривает освобождение от налогообложения отдельных видов доходов некоммерческих организаций, таких как гранты, благотворительная и спонсорская помощь, государственный социальный заказ.

Проектом Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам благотворительной, спонсорской и меценатской деятельности» в Налоговый кодекс вносятся изменения, чтобы привести его в соответствие с проектом Закона «О благотворительной, спонсорской и меценатской деятельности». При этом налоговый режим в части освобождения от налогообложения отдельных доходов остается.

Однако в п. 2 ст. 134 в перечислении видов доходов некоммерческих организаций используются некорректные определения доходов, такие как «в виде...благодетельности, меценатской деятельности и спонсорской деятельности».

*«2. Доход некоммерческой организации по договору на осуществление государственного социального заказа, в виде вознаграждения по депозитам, грантам, вступительных и членских взносов, взносов участников кондоминиума, **благодетельности, меценатской деятельности и спонсорской деятельности**, безвозмездно полученного имущества, отчислений и пожертвований на безвозмездной основе не подлежит налогообложению при соблюдении условий, указанных в пункте 1 настоящей статьи».*

Считаем, что некоммерческая организация не может получать доходы в виде чей-то деятельности. Благотворители, которые осуществляют как раз эти виды деятельности, предоставляют в рамках этой деятельности некоммерческим организациям **благотворительную поддержку**, но никак не деятельность.

Рекомендации: Исключить из п. 2 ст. 134 слова «благодетельности, меценатской деятельности и спонсорской деятельности», и заменить их на «благотворительной поддержки».

Аналогично в пп. 29 п. 1 ст. 156 Налогового кодекса некорректно в отношении доходов физических лиц, получивших благотворительность, используется термин «благодетельности, меценатской деятельности и спонсорской деятельности».

Рекомендации: Исключить из пп. 29 п. 1 ст. 156 слова «благодетельности, меценатской деятельности и спонсорской деятельности», и заменить их на «благотворительной поддержки».

Сентябрь 2015

Роджер СМИТ
Профессор, OBE
приглашенный профессор права
Лондонского университета South Bank,
почетный профессор Университета Кента

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СТАНДАРТЫ БЕСПЛАТНОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ²⁴⁶

Данный документ обобщил вопросы развития в области обеспечения качества юридической помощи во всем мире. Он заканчивается короткой секцией о возможном применении в Казахстане.

1. ОБЕСПЕЧЕНИЕ КАЧЕСТВА: КОРОТКОЕ ВВЕДЕНИЕ

Установление систематических стандартов в положениях о бесплатной юридической помощи началось в Соединенных Штатах в 1970-ых и набрало скорость в 1990-ых в результате работы Англии и Шотландии, двух ведущих юрисдикций Объединенного Королевства. Существовал ряд причин, по которым интерес Великобритании рос в вопросах качества. К ним относились увеличивающиеся суммы денег, которые уходили на бесплатную юридическую помощь в юрисдикции Великобритании (которая также была самой дорогой на душу населения в мире); усиливающееся беспокойство государства в отношении демонстрации ценностей за деньги; значительное беспокойство, за то что часть дел продемонстрировала, что адвокаты, оказывающие бесплатную юридическую помощь по уголовным делам, не предотвратили судебные ошибки; и, наконец, создание нового органа, администрирующего бесплатную юридическую помощь, Совета по бесплатной юридической помощи, который хотел демонстрировать общественное воздействие. Влияние работы Великобритании на стандарты качества распространилось по всему миру, поддержанное международными сетями такими, как Группа по бесплатной юридической помощи и теми, кто присоединился к открытию Инициативы Открытое Общество Правосудия. В результате, сейчас появилось определенное количество моделей и элементов, которые могут быть полезными таким юрисдикциям, как Казахстан.

²⁴⁶ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при технической поддержке Посольства США в Казахстане в рамках проекта «Улучшение условий доступа к правосудию в Казахстане». Мнения и взгляды, содержащиеся в настоящем анализе, не отражают точку зрения посольства США в Казахстане.

Качество: определение

Качество содержит в себе несколько элементов. Некоторые учения предполагают, что качество в правовых услугах состоит из:

- (a) технической компетенции;
- (b) хорошей заботы о клиенте;
- (c) практичности для клиента.²⁴⁷

В моей собственной формулировке, качество системы бесплатной юридической помощи состоит из:

- (a) сферы и критериев отбора системы юридической помощи

При исследовании должно тестироваться, насколько программа соответствует минимальным требованиям международных договоров и более широким требованиям лучших практик.

- (b) этика

Сюда относятся не только серьезные вопросы, как недопущение коррупции, но и уважение к первоочередным интересам клиента.

- (c) техническая компетентность

- (d) хорошая забота о клиенте.

Последний пункт может рассматриваться в качестве суб-категории раздела "этики". Но последний пункт может быть определен как вызывающий ряд определенных проблем сам по себе.

2. ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВА ПО ПРЕДОСТАВЛЕНИЮ ЭФФЕКТИВНОГО ДОСТУПА К ПРАВОСУДИЮ

Казахстан подписал Международные обязательства, в частности Международный Пакт о Гражданских и Политических Правах (МПГПП) в 2003 г. и ратифицировал его в 2006.²⁴⁸ Следовательно, Пакт устанавливает обязательства в рамках ст. 14 (см. Приложение 1). Это означает, что все люди равны перед судом, и четко требуется, чтобы правовая помощь была доступна в уголовных делах, которые "требуют интереса правосудия". Сомнения по поводу следования Казахстаном Статьи 14 Пакта были обозначены в отчете НПО в Комитет по Правам Человека в 2011.²⁴⁹ Это привело к большому количеству критики в адрес работы системы правосудия и юридической помощи. К ним относились:

Одно из самых распространенных нарушений в уголовных делах является отсутствие своевременного доступа к квалифицированной юридической помощи.

В документе также было заявлено, что:

Адвокаты, работающие по уголовным делам в Казахстане, наблюдают частый отказ в праве говорить со своими клиентами в конфиденциальном порядке.

²⁴⁷ Майсон С. Бесплатная Юридическая Помощь: придавая квадратную форму (замкнутому) кругу Институт предоставления законных услуг, сентябрь 2010 г., цитировалось в quoted in Группа по Обеспечению Качества Потребителю Законных Услуг в ноябре 2010 г.

²⁴⁸ URL: <http://indicators.ohchr.org>

²⁴⁹ URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/ngos/Almaty_report_HRC102.pdf

Перечисленные проблемы неизбежно влияют на качество юридической помощи. Сам комитет по Правам Человека не высказал никаких комментариев в отношении соответствия юридической помощи положениям Статьи 14 в своем периодическом отчете, опубликованном в феврале 2015 г.²⁵⁰

Казахстан не подписал Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (Европейская Конвенция по Правам Человека - далее ЕКПЧ), но следует отметить, что положения Статьи 6 Конвенции очень похожи на статьи МПГПП - хотя и есть небольшие отличия (см. Приложение 2). Обязательства обеих статей в отношении юридической помощи в уголовных делах довольно идентичны, но ЕКПЧ более полезна в вопросах правовой помощи в гражданском процессе. В ЕКПЧ ничего не говорится о необходимых качествах представления интересов.

Тем не менее, право на юридическую помощь подчиняется общей цели обеспечения «справедливое ... разбирательство дела» что подразумевает степень эффективности. В отличие от МПГПП, ЕКПЧ подлежит истолкованию Европейским Судом по Правам Человека. Этот факт традиционно подлежит взвешиванию между степенью государственных обязательств над масштабами и качеством предоставления правовой помощи:

*Государство не может быть ответственным за каждый недостаток со стороны адвоката, назначенного с целью предоставления юридической помощи... [Государства] должны вмешиваться только в случае отказа от адвоката, чтобы обеспечить эффективное представительство...*²⁵¹

Также декларируется:

*на Государство не возлагается поиск через использование государственных средств, для обеспечения полного равенства средств между лицом, получающим правовую помощь адвоката, и противоборствующей стороной, пока каждая сторона не будет обеспечена целесообразной возможностью для предоставления его или ее дела согласно условиям, которые не ставят его или ее в значительное невыгодное положение перед противником...*²⁵²

Ключевой проблемой является тот факт, что помощь должна быть значительной, чтобы предоставить "целесообразную возможность" человеку представлять свое дело в таком свете, который не ставит в значительно невыгодное положение сторону, которой эта помощь предоставляется. Суд был сильнее в определении, когда представление интересов должно быть предоставлено, и брал на себя обязанность в серии дел, разработанных для того, чтобы Государство обеспечило правовую помощь во время первого допроса полицией или прокурором, которое могло быть частью версии обвинения.²⁵³

В начале, и МПГПП и ЕКПЧ происходили из - и были вдохновлены - Декларацией ООН по Правам Человека 1948 г, которая требует: " Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного

²⁵⁰

URL:

[http://daccess-dds-](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/023/57/PDF/G1502357.pdf?OpenElement)

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/023/57/PDF/G1502357.pdf?OpenElement](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/023/57/PDF/G1502357.pdf?OpenElement)

²⁵¹ ECtHR 24 November 1993 Imbriosa v Switzerland No 13972/88

²⁵² ECtHR 15 February 2015 Steel and Morris v UK No 68416/01

²⁵³ See Saldaz v Turkey (27 November 2008)

равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом."²⁵⁴ и что "Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты".²⁵⁵ Ряд других конвенций ООН фиксируют доступность правовой помощи (предполагая, что помощь будет бесплатной в соответствующих обстоятельствах) в определенных делах, например, Конвенция ООН о Правах Ребенка.²⁵⁶

Ниже приведены некоторые права, на которые государство должно учитывать при создании честной системы:

Рассмотрение качества юридической помощи должно происходить в рамках общего контекста обязательства государства, чтобы соблюдались права, которые способствуют эффективной защите. Они обеспечивают поле, в рамках которого адвокаты будут работать. Если государство не обеспечивает эти права, то адвокатам не удастся открыто добиваться их соблюдения, и, таким образом, качество правовой помощи может быть ненадлежащим. Ниже приведены некоторые из прав, на которые государство должно обращать внимание в создании справедливой системы:

- (a) право на презумпцию невиновности;
- (b) право хранить молчание и не свидетельствовать против себя;
- (c) право быть судимым без неоправданной задержки;
- (d) общее требование справедливого и публичного разбирательства;
- (e) право на информацию о характере и причине обвинения;
- (f) право на получение юридической помощи в уголовных делах при определенных обстоятельствах;
- (g) право частных консультаций с адвокатом;
- (h) право расследовать дело в отношении обвиняемого;
- (i) право быть судимым с свое присутствие и участвовать в процессе;
- (m) достаточное время и возможности для подготовки к защите;
- (n) право вызывать и допрашивать свидетелей;
- (o) право свободного толкования.

Данные права гарантируются МПГПП. ЕКПЧ как в оригинальной форме, так и в толковании Европейского Суда по Правам Человека, добавляет еще ряд прав, которые также могут рассматриваться в качестве ключевых элементов программы качества юридической помощи, например, предоставление представительства с момента первого значительного уголовного преследования или допроса полицией.²⁵⁷

3. ПРИНЦИПЫ И РУКОВОДСТВА: СТАНДАРТЫ ООН

В 2013 г. Управление ООН по Наркотикам и Преступности (UNODC) опубликовало Принципы и руководящие положения Организации Объединенных Наций, касающиеся доступа к юридической помощи в системах уголовного правосудия (см. Приложение 3).²⁵⁸ Они были утверждены Генеральной Ассамблеей ООН в 2012 г. в качестве "полезной рамочной программы" для ориентирования Стан Участниц,

²⁵⁴ Article 10

²⁵⁵ Article 11.1

²⁵⁶ Article 37(d)

²⁵⁷ *Salduz v Turkey* 27 November 2008, No 36391/02

²⁵⁸ URL: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf

которые были "приглашены" "принять и усилить меры обеспечения "эффективной юридической помощи" в соответствии с ними. UNODC также опубликовало Справочник по реализации,²⁵⁹ написанный Профессором Эд Кэйп. Принципы, Руководство и Справочник представляют замечательные ресурсы в отношении обеспечения качества положений о юридической помощи. Они объединяют широкий подход к качеству, предложенный в первой секции выше (см. Приложение 4).

Руководство и Принципы представили полезный инструмент продвижения улучшения юридической помощи и гарантировали их рассмотрение в структурах ООН. Огромная международная конференция экспертов по вопросам юридической помощи, прошла в Южной Африке в июне 2014 г. Она была проведена в поддержку "Йоханнесбургской Декларации". Руководящий принципы помогли юридической помощи интегрироваться в обсуждения ООН о преступлениях и их предотвращении. "Декларация Дохи" была принята после конференции о преступлениях в апреле 2015 г. и повторно подтвердила обязательство:

Рассмотреть и реформировать политику в отношении юридической помощи для расширения доступа к эффективной юридической помощи в уголовном производстве для тех, кто без достаточных средств или когда того требуют интересы правосудия, в том числе, когда необходимо, путем разработки национальных планов в этой области и для наращивания потенциала для предоставления и обеспечения доступа к эффективной юридической помощи по всем вопросам и в любой форме, учитывая Принципы и Руководящие Принципы Объединенных Наций в области Доступа к Юридической Помощи в Системах Уголовного Правосудия.²⁶⁰

Для полноты следует отметить, что Европейский союз активно принимал участие в программе, касающейся гарантий обвиняемым в уголовном судопроизводстве. Дорожная карта по процессуальным правам принятая в 2009 году Советом юстиции предлагает пять законодательных мер:

- право на устный и письменный перевод;
- право на информацию о правах (Свидетельство о Правах);
- право на юридическую помощь до и в ходе судебного разбирательства;
- право задержанного лица общаться с членами семьи, работодателями и консульскими служащими;
- право на защиту уязвимых подозреваемых;
- Зеленый документ о досудебном содержании под стражей.

Будучи не членом ЕС, эти стандарты не имеют прямого отношения к Казахстану. Тем не менее, Инструкция, которая была согласована, является полезным индикатором обязанностей, принятых членами ЕС, как возникающих вследствие ЕКПЧ, и могут быть полезными при составлении любого теста на соответствие обязательствам ЕКПЧ.

²⁵⁹ URL: http://www.unodp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/access_to_justiceandruleoflaw/early-access-to-legal-aid-in-criminal-justice-processes-handbook.html

²⁶⁰ URL: http://www.unodc.org/documents/congress/Documentation/ACONF222_L6_e_V1502120.pdf

4. НАЦИОНАЛЬНЫЕ СТАНДАРТЫ С МЕЖДУНАРОДНЫМИ ПОСЛЕДСТВИЯМИ

Ассоциации адвокатов, как правило, с подозрением относятся к просьбам провести мониторинг, оценить и улучшить качество предоставляемых услуг их членам по двум причинам: они могут чувствовать, что их члены отреагируют агрессивно на такие инициативы, и они также могут быть обижены в связи с вмешательством в их автономную деятельность, особенно в юрисдикциях, где она недавно была получена. В этом отношении, опыт Великобритании и США может быть полезен. В этих странах достаточно большое количество денег уходит на предоставление юридической помощи.

4.1 Понятие "Активная защита" в Англии и Уэльсе

В Англии и Уэльсе, пока самых больших юрисдикциях Великобритании, плохая информационная кампания о низких стандартах деятельности солиситоров и их представителей во время допроса полиции, привели в начале 1990-ых Юридическое сообщество (соответствует Коллегии Адвокатов) к необходимости принять меры на этот счет. В частности, было подготовлено издание, объединяющее лучшие практики солиситоров в уголовных делах, *«Активная Защита»*.²⁶¹ Идея активной защиты предполагается исходя из названия. Адвокаты должны предпринимать инициативы, а не только лишь реагировать на обвинения. В важных вехах дела они должны "...анализировать и подводить итоги полученной до сих пор информации; ... рассматривать последствия этого для обвинения и защиты; ... принимать решения о действиях, которые необходимо предпринять в результате, в частности, в оборонительном расследовании."²⁶² В дополнение, Юридическое сообщество опубликовало *«Уголовная Защита: руководство по наилучшей практике в уголовных судах»*.²⁶³ Обязательство активно защищать, получило практическую силу вследствие изменений программы тренингов для адвокатов; развития специальных программ уголовной аккредитации; и обязательств, в частности, проводить тренинги для представителей полиции для их активной роли в обеспечении справедливого обращения с подозреваемым в ходе допроса.

4.2 Стандарты, установленные в трех странах бывшего Советского Союза

Подход определения стандартов наилучшей практики последовал в других юрисдикциях. В Молдове, два юриста совместно с Офисом общественных защитников составили хороший практический справочник, который был опубликован Коллегией Адвокатов. Это спровоцировало дискуссии по стандартам в рамках других стран этого региона, поддержанные Открытой инициативой правового общества. Подобные инициативы были поддержаны органами юридической помощи в Украине, Грузии и Молдове. В результате, представители трех стран собрались на серии встреч в 2013 году и опубликовали в 2014 году Типовой Кодекс Поведения для Адвокатов в Уголовных Делах и Модель Практических Стандартов для Уголовной Защиты (см

²⁶¹ R Ede and E Shepherd, Law Society, 2000, now out of print.

²⁶² As reported in Ede and Edwards, p37

²⁶³ R Ede and A Edwards, Law Society, 2002

Приложение 5).²⁶⁴ Эти документы могут рассматриваться в качестве полезных рекомендаций для Казахстана, так как они отражают опыт стран с похожим историческим контекстом.

4.3 Аккредитация

Шагом следующим за изложением передовой практики, является создание схем аккредитации в качестве средства поощрения минимальных стандартов. Они могут аккредитовывать либо в конкретных областях знаний или общее руководство стандартами в рамках адвокатской практики. Опять же, лидирующими юрисдикциями по данному направлению можно считать Англию и Уэльс - преимущественно по причине большого количества частных практикующих юристов в общем, и в частности, в связи с большой вовлеченностью практикующих в финансируемые государством работы. Юридическое сообщество разработало программу для аккредитации представителей юридической помощи во время первоначального допроса подозреваемого в полиции. Ответственность за это сейчас перешла в Управление Представителей Солиситоров. Детали являются доступными для общественности.²⁶⁵ Первоначально программа была предназначена только для неквалифицированных представителей, которые направлялись адвокатами в полицейские участки, но сейчас является обязательной для любого адвоката. В ее сегодняшней форме, программа Квалификации полиции связана с программой аккредитации тех, кто появляется в мировых (низовых) уголовных судах и составляет часть Программы Аккредитации Уголовного Судопроизводства. Это возможно самая детальная программа аккредитации в сфере уголовной деятельности в мире. Например, чтобы пройти Квалификацию Полиции кандидат должен подготовить портфолио из своих работ. Портфолио должно состоять из 4 отчетов по делам, по которым предоставлялась помощь в полицейском участке, при непосредственном прямом участии работающего солиситора. Первые два отчета должны охватить инстанции, в которых вы наблюдали работу солиситора, и два других отчета в инстанциях, в которых вы предоставляли помощь клиенту под прямым контролем работающего по делу солиситора.²⁶⁶ Затем кандидат должен пройти "тест критических инцидентов", который можно описать следующим:

*Этот тест - ролевая игра, основанная на аудио записях смоделированных допросов в полиции. Вы можете предоставить свои комментарии во время пауз в записях. Вы можете также прервать запись допросов для предоставления своих советов. Ваши ответы записываются и впоследствии оцениваются.*²⁶⁷

Наконец, любой кандидат без лицензированной юридической квалификации должен пройти письменный тест на "знание и понимание основ уголовного права, доказательственного права, полицейских процедур, роли консультанта и необходимых навыков".

²⁶⁴ URL: <http://www.legalaidreform.org/criminal-legal-aid-resources/item/752-the-model-code-of-conduct-for-legal-aid-lawyers-in-criminal-cases>

²⁶⁵ <http://www.sra.org.uk/solicitors/accreditation/police-station-representatives-accreditation.page>

²⁶⁶ <http://www.sra.org.uk/solicitors/accreditation/police-station-representatives-accreditation.page#portfolio>

²⁶⁷ <http://www.sra.org.uk/solicitors/accreditation/police-station-representatives-accreditation.page#portfolio>

Юридическое сообщество разработало программу аккредитации полицейского участка по реагированию на озбоченность общественности. Тем не менее, практикующие адвокаты также поддерживаются программы аккредитации, разработанной для более положительных причин, в частности, чтобы те, кто являются экспертами в области информировали о таких фактах. В настоящее время Сейчас существует 14 специальных программ аккредитации, покрывающих области права от планирования до личности пострадавшего.

В дополнение, существует одна общая программа, Лэксель (Lexcel), описанная как "Качество юридической практики Юридического сообщества за выдающиеся достижения в управлении юридической практикой и передовой опыт в области заботы о клиенте".²⁶⁸ В пояснении Юридического сообщества о плюсах квалификации Лэксель (Lexcel) отмечаются коммерческие преимущества, которые будут представлены ниже. Агентство Правовой Помощи также несет ответственность за разные, но схожие программы, которые применяются только к предоставляющим юридическую помощь лицам. Аккредитация требуется для любого лица, занимающегося правовой помощью.

Особенность применений Лэксель можно увидеть в требуемом списке документированных доказательств. Это относится к вопросам, которые во многих юрисдикциях, остались бы на ответственности самих практикующих адвокатов. После некоторого первоначального недовольства, справедливо сказать, что большинство практикующих адвокатов в Англии и Уэльсе признали тот факт, что это указывает на ряд политик, которые должны принять все практикующие адвокаты и, более того, существует возможность потенциально отказаться от них. Для ознакомления с дальнейшими выдержками из материалов Лэксель, разработанных Юридическим сообществом и содержащих ее преимущества, смотрите Приложение 6.

Ниже представлен ряд документов, требуемых для аккредитации:

Ваш Бизнес План;

Политика Равенства и Диверсификации;

Акцентирование и процедура рассмотрения;

Организационная структура 2013, которая определяет штат сотрудников, названия их должностей и область ответственности;

Процесс найма на работу;

Официальное введение в должность;

Деловая характеристика работника;

Система контроля;

Управление файлами;

Процесс и процедура рассмотрения управления файлами;

Процесс выбора и оценки подрядчиков;

Процедура подачи жалоб;

Процедура получения отзывов от клиентов;

*Руководство управления.*²⁶⁹

4.4 Рецензирование досье

Органы по юридической помощи сначала в Англии и Уэльсе и далее в Шотландии разработали методологию для дальнейшего механизма обеспечения качества: рецензирование досье. Национальное законодательство позволяет органам

²⁶⁸

<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/accreditation/>
<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/accreditation/lexcel/>

and

²⁶⁹ URL: <http://www.sqm.uk.com/faqs.html>

юридической помощи иметь доступ к досье клиентов, которым предоставляется юридическая помощь, для проверки качества в качестве исключения обычному правилу привилегии адвокатской тайны и конфиденциальности. Основная методика состоит в том, что независимый орган (в Англии и Уэльсе независимый академический институт) назначает опытных и уважаемых практиков как рецензентов. Они просматривают произвольно выбранный ряд досье и распределяют их по специальным критериям. Общая программа тренингов для рецензентов предназначена для поощрения общих стандартов. Досье оцениваются по пяти балльной шкале от отличного к неудачному. Компании далее оцениваются на основе качества их работы, о чем свидетельствует досье.²⁷⁰ Целью программы не сокращение количества практикующих адвокатов, а улучшение стандартов, таким образом, те, кто получили низкие оценки мотивированы улучшить свой результат. Отдельные программы сейчас введены для телефонных консультаций.²⁷¹

Недавняя статья, представленная теми, кто разработал рецензирование, описывает результаты этой деятельности в Шотландии:

Программа установила, что ошибки юридических консультаций, профессиональная небрежность или ненадлежащее исполнение профессиональных обязанностей является относительной редкостью в Шотландии. В частности, примеры неправомерных действий, отмывания денег или злоупотребления системой юридической помощи очень несвойственны, хотя привлечение к ответственности клиента в частном порядке, которому предоставляется юридическая помощь, не такая уж редкость. Самые типичные примеры нарушений:

- Отсрочка в принятии мер или обращении за юридической помощью;
- Слабая связь с клиентами в отношении процедуры оплаты для тех, кто пользуется юридической помощью;
- Слабые файловые записи телефонных звонков или допроса;
- Отсутствие писем об условии соглашения в досье.²⁷²

Некоторые юрисдикции последовали опыту Великобритании в принятии некоторых форм рецензии - из последних Китай, также "модель Великобритании была продемонстрирована или протестирована в Онтарио, Финляндии, Северной Ирландии, Молдове, Голландии и Новой Зеландии".²⁷³ Существует степень затрат, связанных с введением коллегиальной оценки - в частности, связанная с оплатой рецензентам, - и в Нидерландах возникла проблема по конфиденциальности (но сейчас видимо уже преодолена), поскольку там не было аналогичного нормативного доступа к досье для управления юридической помощью.

²⁷⁰ More information is available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/314274/independent-peer-review-process.pdf

²⁷¹ URL: <https://www.gov.uk/guidance/legal-aid-agency-audits>

²⁷² 'Exporting Quality' A Paterson and A Sherr, Conference Paper, International Legal Aid Group, Edinburgh 2015. URL: <http://www.internationallegalaidgroup.org/images/edinburgh2015/conferencepapers/exportingquality.pdf>

²⁷³ as above.

4.5 Оценивание действий в суде

Методика экспертной оценки полностью зависит от рассмотрения письменных материалов в досье адвоката. В странах, которые ввели экспертную оценку, четко ясно, что качество таких досье существенно улучшилось. Тем не менее, такой подход к экспертной оценке нуждается в адаптации для работы по обеспечению основных компетенций в судебных слушаниях. Это являлось спорной областью программы в Великобритании, которая зависела от оценки качества судьями. Разработчики экспертной оценки выражают свое беспокойство:

Несмотря на то, что это помогает преодолеть материально-технические проблемы, это также имеет некоторые недостатки. Во-первых, судьи не являются коллегами, во-вторых, существует беспокойство, что требование оценить судьями появляющихся перед ними адвокатов может изменить отношения между адвокатами и судьями, и может даже подорвать независимость адвокатов, работающих по таким делам. Последнее беспокойство привело к правовым проблемам. Тем не менее, равно проблематичным остается факт, что для удовлетворения человеческих вариаций великодушно производить оценки при рецензировании, обычно необходимо использовать пропорцию двойного оценивания и/или наблюдать за различными рецензентами во время оценивания, обеспечивая обратную связь, с учетом их различий. Существующие предложения для Программы Стандартов Качества для Адвокатов (QASA) не содержат таких гарантий.²⁷⁴

Интересен ответ органов юридической помощи в Чили. Их инспекторы, работающие на полной ставке, на самом деле слушают стенограмму судебных слушаний для их обсуждения с практикующими адвокатами, чтобы оценить их в дальнейшем.²⁷⁵ Фактически, Чили имеет одну из наиболее строгих программ качества в мире.²⁷⁶ Она даже включает статистические измерения исходов по делам, количества оправдательных и обвинительных приговоров в сравнении с рекомендациями стороны обвинения в суде в отношении применения закона.

4.6 Контроль потока дел

Проблема качества, которая возникла в частности, в Соединенных Штатах, состояла в большом количестве дел, требующих оплачиваемых адвокатов в области юридической помощи. В дебатах о приемлемых стандартах загруженности, представляющие практикующих адвокатов органы пытались навязать максимальные стандарты загруженности, для защиты их членов от, того, что они видят, как эксплуатацию. Так, Американская Ассоциация Юристов (ABA) и Национальная Ассоциация Юридической Помощи и Защитников (NLADA) опубликовали руководство по максимальному количеству дел, которые как они полагают общественный

²⁷⁴ as above

²⁷⁵ 'Ten Lessons for Legal Aid Contracting from Chile' Roger Smith. URL: <http://www.internationallegalaiddgroup.org/images/newsletters/26.pdf>

²⁷⁶ URL: <http://www.internationallegalaiddgroup.org/images/edinburgh2015/conferencepapers/PeerReviewSysteminChile.pdf>

защитник может удовлетворительно осуществлять за оплату, которую он должен получить. NLADA достаточно оптимистично рекомендует: "Общественный защитник должен получить компенсацию по ставке не меньше чем председательствующий по делу судья, работающий в суде первой инстанции.²⁷⁷ Ассоциация также определила максимальную рабочую нагрузку, которую можно осуществлять безопасно:

Объем нагрузки общественного защитника не должен превышать следующих показателей: тяжкое уголовное преступление на адвоката в год: не более 150; проступки (не считая дорожных) на адвоката в год: не более 400; ювенальные дела на адвоката в год: не более 200; дела по Закону о Психическом Здоровье на адвоката в год: не более 200; и апелляции на адвоката в год: не более 25.²⁷⁸

В целях установления разумного представительства по делам, Американская Ассоциация Юристов (ABA) и Национальная Ассоциация Юридической Помощи и Защитников (NLADA) эффективно разработали хороший практический справочник для практикующих адвокатов и доноров.²⁷⁹ Беспокойство в отношении загруженности возможно относится к программам общественных защитников - и в большей степени является проблемой США, чем в других странах. Это можно рассматривать в качестве политической меры для некоторого диалога со спонсорами при надлежащем уровне персонала.

4.7 Образование/обучение

Во время предыдущих консультаций, предпринятых в отношении качества юридической помощи в Молдове, стало ясно, что одна из проблем действительно относится к обучению адвокатов в целом. Это также может быть проблемой в Казахстане. Конечно, в Молдове чувствовалось, что наследством от прежних времен был курс всемирного права, который носил очень академический характер и не содержал практического обучения юристов, которое является частью – в различных видах - моделей Великобритании и США. Различные рекомендации были разработаны Программой Развития ООН, которые могут выступать в качестве рекомендаций, если имеют отношение к делу.²⁸⁰

4.8 Оценка клиента

Одним из компонентов улучшения качества может быть клиентская оценка практикующих адвокатов. Некоторые программы юридической помощи требуют собирать отзывы от клиентов посредством заполнения форм. Обычно, полученная информация напрямую используется органами управляющими юридической помощью и является полезным компонентом оценки качества.

²⁷⁷ Standard 13.7/ URL:
http://www.nlada.org/Defender/Defender_Standards/Standards_For_The_Defense

²⁷⁸ Standard 13.12 as above

²⁷⁹ See the list of NLADA standards at
http://www.nlada.org/Defender/Defender_Publications/Defender_Pubs_IndigentDefense#Standards%20for%20the%20Defense and for the ABA criminal standards see
http://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/standards.html

²⁸⁰ URL:
http://www.cnajgs.md/uploads/asset/file/en/326/Final_Report_Moldova_Legal_Aid_final_April_2013_EN.pdf

Однако, сейчас мы наблюдаем сравнительные сайты, появляющиеся в Интернете, некоторые из которых используют клиентскую оценку, а другие - оценку затрат. Для ее поддержки, органы регулирования в Англии и Уэльсе договорились открыть информацию о жалобах и других взаимодействиях с исполнителями.²⁸¹ Уже существует ряд сайтов, которые предлагают сравнить адвокатов вместе с другими сравнительными сайтами для других поставщиков услуг, например: comparelegalcosts.co.uk и legallybetter.co.uk. Здесь есть некоторые сложности. Могут возникнуть проблемы с целостностью данных, особенно там, где отзывы или информация публикуется только о зарегистрированной практике и/или оплаченной стоимости услуг. В дополнение, отзывы клиентов об их адвокатах становятся менее критичными, чем предполагается в задаче оценки, и также ненадлежащим образом влияет результат работы адвокатов - выиграли они или проиграли какой-либо спор. Тем не менее, сайты обратной связи клиентов развиваются. Любой поставщик услуг должен быть предельно осторожным в обеспечении того, что клиентские отзывы изложены аккуратно и с хорошими перспективами для защиты, если они содержат много критики, то они скорее всего будут оспорены.

Непосредственный доступ недовольных клиентов к сравнительным веб-сайтам, может создать сложности в условиях потенциального споров о факте или возражении якобы за клевету. Конкретное рассмотрение могло бы применяться если бы веб-сайт был, в любом случае, официальным - либо напрямую созданным Министерством Юстиции или администрацией юридической помощи. Тогда существовало бы дополнительное беспокойство в том, что управляющие веб-сайтом не были бы независимыми в своих суждениях и тогда, например, не отдавали бы предпочтение наиболее нежелательным адвокатам, которые, например, имели дела с подачей исков против государства. Одним из преимуществ Коллегий Адвокатов, ведущих программы аккредитации, в общем и/или в частности состоит в том, что Коллегия может на законных основаниях вести списки своих членов, прошедших такую аккредитацию, что будет представлять собой прозрачный тест.

5. Применение к Казахстану

Для Казахстана может быть сложно использовать примеры обеспечения качества, которые в значительной степени разработались в таких странах, как Великобритания, где затраты и опыт юридической помощи являются более обширными. Существует ряд инициатив, которые институты Казахстана могут перенять, если они хотят повысить качество предоставления юридической помощи. Они могут содержать следующее:

- a.** Дискуссии по вопросу качества юридической помощи в Казахстане, проводимые соответствующими органами. Данные ООН свидетельствуют о том, что существуют стратегически важные органы в стране, которые информированы о проблемах.
- b.** Аудит текущего состояния оказания юридической помощи согласно руководствам и принципам ООН, следуя подходам из описательного справочника, рекомендуемого выше, или более амбициозно, обзор юридической помощи с точки зрения эффективности системы уголовной защиты в общем, используя методологию, разработанную ведущими командами профессора Кэйпа в восьми Европейских странах и Турции и далее в исследованиях Болгарии, Грузии, Литвы,

²⁸¹ URL: <http://www.lawgazette.co.uk/law/solicitor-data-to-be-opened-to-comparison-sites/5042634.fullarticle>

Молдовы и Украины.²⁸² Ключевой проблемой наверняка будет вопрос практичности и эффективности доступа подозреваемого к защитнику во время первоначальных допросов полиции или прокурора.

с. Руководство о хороших практиках в уголовных делах, написанное уважаемым специалистом в области уголовной юстиции в Казахстане. Это можно сделать под эгидой Коллегии Адвокатов, Министерства Юстиции или любого органа управляющего юридической помощью или любой третьей стороной с интересом в этой области. Определение хороших практик будет являться ядром обеспечения качества.

d. Активное участие Ассоциации Адвокатов в улучшении практики юридической помощи. Не смотря на часто демонстрируемое нежелание вмешиваться в работу своих членов, основная обязанность за качество адвокатов лежит на самих адвокатах, с собственными регулируемыми органами юридической профессии. Государство и государственные институты должны принять, что они не причиняют вред саморегуляции адвокатов. Тем не менее, существует много способов, когда сама Коллегия адвокатов может поддержать или улучшить качество предоставления юридической помощи своими членами - что находится в ее собственных интересах. К ним относятся:

е. Обзор юридического образования - проводимого либо Коллегией Адвокатов либо другими институтами – как до, так и после повышения квалификация, с целью поощрения большей практичности и компетентности в решении вопросов юридической помощи.

f. Рассмотрение государством явного принятия стандартов Европейского Суда по Правам Человека в отношении справедливого суда - независимо от того, рассматривается ли вопрос о присоединении к Совету Европы, что-то что будет иметь другие далеко идущие последствия.

е. Правительство рассмотрение явного принятия стандартов EHR в отношении справедливого судебного разбирательства - или не распространяется на приложения, чтобы вступить в Совет Европы, так как это будет иметь другие, далеко идущие последствия.

Октябрь 2015

²⁸² E Cape and Z Namaradze Effective Criminal Defence in Eastern Europe Legal Aid Reformers Network, 2012

Пример Кодекса Поведения для Адвокатов в Уголовных Делах и Пример Практических Стандартов для Уголовной Защиты (Украина, Грузия, Молдова) (Выдержки)

Детали документа можно увидеть в ниже представленных выдержках:

1.2. Подготовка к первому допросу клиента:

1.2.1. Прежде чем проводить первоначальный допрос клиента, адвокат должен убедиться, что они знакомы с:

(ci) элементами нарушения и потенциальными наказаниями любых обвинений, с которыми известно столкнется клиент; (cii) общим и процессуальным правом и его применением в их юрисдикции, и также другим соответствующим правом;

(ciii) соответствующей судебной практикой национальных судов; (civ) соответствующими положениями Европейской Конвенции по Правам Человека и, в частности, Статьи 3, 5 и 6; (cv) и соответствующей судебной практикой Европейского Суда по Правам Человека; (cvi) текущим развитием в национальной судебной практике и Европейском Суде по правам Человека.

1.2.2. Адвокат должен принять меры для подтверждения отсутствия барьеров в коммуникациях с клиентом - независимо от языка, интеллектуальных способностей клиента и, иным способом, если такие существуют, запросить участие соответствующих дополнительных услуг.

Юридическое сообщество Англии и Уэльса: преимущества аккредитации Лэксель (Выдержки)

Это " Качество юридической практики Юридического сообщества за выдающиеся достижения в управлении юридической практикой и передовой опыт в области заботы о клиенте".²⁸³ Сейчас существует две версии Лэксель: одна для национальных практик и вторая для международных. Объяснение Юридического сообщества преимуществ квалификации Лэксель является интересным, потому что оно выделяет коммерческую выгоду, как будет видно ниже. Похожая программа (отметка качества специалиста) обеспечивается администрирующим юридическую помощь органом. Аккредитация обоими требуется для предоставляющих юридическую помощь лиц.

Для чего необходимо применять аккредитацию Лэксель?

Она необходима для эффективного управления качеством вашей юридической помощи. Независимо оцененная система управления качеством показывает ваше обязательство и умение непрерывно предоставлять услуги, которые оправдывают ожидания клиентов, улучшают удовлетворение и помогают нормативным требованиям.

Повышение удовлетворенности клиентов:

Достижение устойчивого уровня услуг клиентов в вашей практике или департамента/организации.

Сокращение количества жалоб клиентов и повышение общего уровня удовлетворенности среди клиентов.

²⁸³

URL: <http://www.lawsociety.org.uk/support-services/accreditation/>
<http://www.lawsociety.org.uk/support-services/accreditation/lexcel/>

and

Выиграй больше новых дел:

Сбалансируй Лэксель для привлечения новой работы и предоставь преимущества в процессе тендерных заявок.

Приспособь Лэксель под процессы своих практик или департаментов/организации, чтобы предоставить четкий смысл конкурентных различий.

Лэксель утвержден Управлением по Юридической Помощи, вместо Марки Качества Специалиста (SQM - Specialist Quality Mark).

Повысьте рабочую эффективность:

Повышение доходности и эффективности посредством использования стандартизированных процессов в практике или департаменте/организации.

Доступ к более конкурентным льготам страховки.

Минимизируйте риски претензий:

Защитите свой бренд и репутацию, используя стандартизированные процессы для сокращения рисков претензий и жалоб, которые могут привести к неосторожным претензиям.

Улучшение соответствия с нормативными требованиями.

Квалификация Лэксель или эквивалента сейчас является обязательным для солиситоров, предоставляющих услуги юридической помощи. Однако, она стала практически отраслевым стандартом. Юридическое сообщество публикует отзывы от солиситоров, используя программу, которая содержит следующее:

Дэрмот Фьюри, Партнер-основатель Гартлан Фьюри дал свое мнение о практических стандартах управления Юридического сообщества:

Почему фирма добивается аккредитации Лэксель?

"Гартлан Фьюри гордится быть прогрессивной фирмой, которая стремится делать вещи как можно эффективнее. Мы искали независимый аудит, который бы подтвердил, что мы предоставляем лучший сервис нашим клиентам во всех сферах. Мы также хотели внести изменения туда, где они были необходимы и для получения оценки третьей стороной о нашей практике. Мы преуспели в достижении этих целей. Мы выбрали Лэксель как более обширную и далеко идущую, чем другие аккредитации. Стандарты были разработаны в течение долго периода, имеют шкалу и преимущество поддержки Юридического сообщества Англии и Уэльса развивать, поддерживать и администрировать ее, что является ключом к ее продолжающему успеху. Международное признание Лэксель на иностранных рынках является дополнительным бонусом для наших клиентов за рубежом".

Как Лэксель повлиял на ваш бизнес?

"Лэксель более повлиял на наши методы, относящиеся к досье и управлению людьми. Например, по причине стандартизации всего бизнеса, сотрудник, за услуги которого заказчик выставляет счет, может забрать досье от любого лица в практике и быть информированным о статусе досье. В результате Лэксель повысил уровень международных коммуникаций - это было очень позитивной переменной".

Оно того стоило?

“Оно определенно стоило того, чтобы пройти через этот процесс. Единственный большой вклад - это области Управления Рисками, но там было много других "побед". Мы увеличили эффективность, но также имели позитивное влияние на моральную сторону посредством пересмотренных процессов HR и улучшенных внутренних коммуникаций”.

Внешние заинтересованные лица: Что они думают?

“Стандарт получил признание многими клиентами - в частности теми, кто находится в Великобритании (например, клиенты банка) и другими страхователями. Мы твердо верим, это было в нашу пользу, включить нашу аккредитацию Lexcel, во время тендерных закупок бизнеса и на очень конкурентном рынке это является позитивным отличительным фактором.”

Как вам применение и процесс оценки?

“Применение и процесс оценки были позитивными. Применение было довольно простым - ты должен быть уверен, что готов (или почти готов) для оценки, т.к. твоя оценка должна быть закончена после трех месяцев использования программы. Процесс оценки был весьма содержательным, но наш оценщик заверил, что она имела минимальное влияние на наш бизнес, насколько это возможно. Его отзывы были проницательными и полезными”.

Советы по практике, заинтересованных в Лэксель?

«Во-первых, проверить себя по проверочному листу оценки Лэксель, чтобы убедиться, что ты полностью проинформирован о требованиях. Ваша фирма, возможно, уже с некоторыми из них сталкивалась. После этого необходимо создать план работы по аккредитации - для этого необходимо участие партнера, который сможет обеспечить поддержку сверху вниз. Сформируйте проблемы, которые влияют на вашу фирму, т.к. это займет самое длинное время для реализации. Мы использовали некоторые справочники, предложенные Юридическим сообществом, которые были очень полезными в качестве предоставления шаблонов, форм и методов. Конечно, это должно быть индивидуализировано, но они являются очень полезным стартом.»²⁸⁴

²⁸⁴ lexcel-case-study-gartlan-furey-2.pdf

Ежегодник
Центра исследования правовой политики
2015

ISBN 978-601-332-262-9

Подписано в печать 13.03.2019
Формат 60х90 ¹/₁₆. Объем печати 24 печ.л.
Бумага офсетная гарнитура Arial.
Тираж 200 экз. Заказ 275.

Отпечатано в типографии ТОО «Полиграфсервис»
050050, Республика Казахстан, г.Алматы, ул. Зеленая, 13 а.
Тел. 8 (727) 2 333 253