

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ К ЗАКОНУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «О ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЯХ»¹

Статья 1. Основные понятия, используемые в настоящем Законе

Данная статья содержит определения некоторых терминов, используемых в данном законе и других законодательных актах, регулирующих деятельность смешанных судов. Большинство понятий не требуют дополнительных разъяснений. Однако, сам термин «присяжный заседатель» требует прояснения. Как обсуждается в нашем комментарии к главе 14 Уголовно-процессуального кодекса РК² (далее УПК РК) Казахстан ввел не суд с участием присяжных заседателей, а смешанный суд. На наш взгляд, гражданин, который участвует в совещании вместе с профессиональным судом не может именоваться присяжным заседателем. Такой представитель народа в советской литературе именовался народным заседателем.

Только единичные страны, где существует суд смешанной коллегии называют народных заседателей «присяжными»: Франция,³ Португалия⁴ и Греция.⁵ Другие часто цитируемые страны, как например Италия и Германия, не используют в законодательстве своих стран термин «присяжный» или его эквивалент на национальном языке. Так, например, в итальянском законодательстве используется термин *giudice popolare*,⁶ который следует переводить как «народный судья», в отличие от термина *giurato* – итальянского эквивалента слова присяжный.



Посольство
Великобритании
Астана

¹ Материал подготовлен Центром исследования правовой политики при содействии доктора Ковалева Н., старшего ассоциированного научного сотрудника Центра исследования правовой политики, магистра права, профессора кафедры криминологии Университета Уилфорда Лурье, и Нурумова Д. старшего ассоциированного эксперта Центра исследования правовой политики, к.ю.н., при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. Мнения экспертов не обязательно отражают официальную точку зрения Посольства.

² КОММЕНТАРИЙ К РАЗДЕЛУ 14 УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ». Подготовлен Центром исследования правовой политики при содействии доктора Ковалева Н., старшего ассоциированного научного сотрудника Центра исследования правовой политики, магистра права, профессора кафедры криминологии Университета Уилфорда Лурье, и Нурумова Д. старшего ассоциированного эксперта Центра исследования правовой политики, к.ю.н., при при технической поддержке Посольства Великобритании в Астане. URL: <http://lprc.kz/files/library/331/rus/КОММЕНТАРИЙ%20К%20УПК.pdf>

³ Уголовно-процессуальный кодекс Франции использует термин *jure* – присяжный. См. Code de procedure de Penal. Доступен в Интернете на французском, английском и испанском языках по адресу: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

⁴ См. Уголовно-процессуальный кодекс Португалии использует термин *jurado* – присяжный. Código de Processo Penal. Lei N.º 59/98, de 25 de Agosto de 1998. URL: <http://www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/cpp.html>.

⁵ Ст. 97 Конституции Греции предусматривает, что уголовные и политические дела рассматриваются смешанными судами, состоящими из судей и присяжных – *évorκος*. См. Το Σύνταγμα της Ελλάδας. URL: <http://www.parliament.gr/politeuma/default.asp>.

⁶ Legge 10 aprile 1951 n. 287. URL: http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/l287_51.html.

Законодательство Германии также не содержит термина *Geschworene* - присяжный, которое использовалось ранее, а применяет к народным заседателям термин *Schöffe* или шеффен.⁷

Примеры Португалии, Франции, и Греции не могут являться показательными, так как упразднение суда присяжных и переход к модели суда со смешанной коллегией с сохранением термина «присяжный» в национальном законодательстве были сопряжены с приходом к власти в этих странах авторитарных режимов. Так, например, во Франции суд присяжных был заменен судом смешанной коллегии марионеточным Правительством Виши во главе с диктатором Маршалом Петэном, который сотрудничал с фашистской Германией.⁸ Закон Правительства Виши от 25 ноября 1941 г. прямо не провозглашал упразднение суда присяжных, чтобы сохранить видимость прежнего института с «небольшими» изменениями. На самом деле изменения были кардинальными для народного участия в отправлении правосудия. В частности, число народных представителей было сокращено до шести. Однако самым главным изменением было требование, согласно которому судьи и «присяжные» вместе удалялись в совещательную комнату для совещания. Затем закон предписывал, что ни «присяжные» ни судьи не могут покинуть совещательную комнату пока не достигнут решения. Кроме этого, судьи наделялись полномочиями наложить штраф на любого из «присяжных», нарушившего данное правило.⁹

Таким образом, замена суда присяжных на смешанный суд, известный во Франции под названием *échevinage* (с франц. *échevin* – муниципальное должностное лицо, которое также имело право рассматривать мелкие гражданские споры) произошла не путем демократического и легитимного решения Парламента, а по воле диктатора, узурпировавшего представительную власть в стране. Вот как охарактеризовывал реформу 1941 г. известный французский адвокат, писатель, историк и бывший член Французской Академии (*L'Académie française*) Морис Гарсон: «Правительство Виши нанесло смертельный удар по институту присяжных заседателей, который был виновен в том, что был независим и защищал граждан от тирании, не желая выносить обвинительные вердикты когда ему об этом намекали... Правительство Виши не решилось сказать, что присяжные попросту упраздняются, возможно из-за опасения общественного гнева; вместо этого оно очень умело сделало их беспомощными. Им (присяжным – Н.К.) позволили существовать только ради видимости. Фактически после 1941 г. присяжные прекратили свое существование во Франции».¹⁰

К сожалению, после войны возврат к институту присяжных заседателей не был осуществлен, и новое правительство тщательно избегало привлечения внимания к факту упразднения присяжных заседателей, осуществленного Правительством Виши.¹¹ Вместо этого правительство ограничилось в ходе реформ 1945 и 1958 гг. простым увеличением количества народных заседателей сначала до семи, а затем до девяти, а также требованием, о том, что обвинительный приговор может быть вынесен как минимум восемью голосами от общего числа членов

⁷ См. *Strafprozeßordnung* (Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ) 12 September 1950, §§ 31, 240, 249, 270, 272. URL: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/stpo/>.

⁸ Интересно отметить, что в августе 1945 г. Анри Петэн был судим ни судом присяжных который он упразднил, ни смешанным судом который он ввел, а специальным трибуналом состоящим из двадцати четырех человек: двенадцати депутатов Парламента и двенадцати членов движения Сопротивления к смертной казни за государственную измену. Три судьи которые вели процесс согласились с мнением трибунала. По иронии судьбы среди членов трибунала над Маршалом Петэном были лица, которые присягали подсудимому на верность во время диктаторского режима. Приговор был заменен на пожизненное заключение. См., например, *Jules Roy. The Trial of Marshal Pétain*, trans. by Robert Baldick. London. 1968. P. 24; *Sisley Huddleston. Pétain: Patriot or Traitor?* London. 1951.

⁹ См. *Loi du 25 novembre 1941 sur le jury*. Цитируется по Carmen Gleadow, *History of Trial by Jury in the Spanish Legal System*. 2000. С. 33-34.

¹⁰ *Maurice Garçon. 'Faut-il modifier la composition et les attributions du jury?' // Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, IV. Brussels. 1955. С. 469.

¹¹ Там же. С. 471.

смешанной коллегии, которая насчитывала двенадцать членов.

Подобная судьба была и у присяжных заседателей в Португалии¹² и Греции,¹³ где данный институт был отменен фашистскими режимами, а затем заменен по примеру Франции институтом шеффенов. Совершенно по другому пути пошли Россия и Испания, которые после долгих лет диктатуры, ввели институт истинных присяжных заседателей в уголовное судопроизводство соответственно в 1993 и 1995 гг. Примечательно, что в данных странах, подобно Казахстану, также имела место дискуссия о разных моделях института «присяжных заседателей». Так, например, в Испании данная дискуссия продолжалась в течение 17 лет (1978-1995 гг.) с момента принятия демократической Конституции и введения суда с участием присяжных заседателей.

Как и в Казахстане, в Испании имелись сторонники смешанного суда, которые указывали на примеры Франции, Италии, Германии и Португалии и говорили о родстве правовой традиций этих стран с Испанией. Вместе с тем, даже сторонники смешанного суда (в испанском языке - *tribunal de escabinado*) признавали, что классический суд присяжных наилучшим образом обеспечивает такие основополагающие принципы уголовного судопроизводства, как устность, непосредственность, публичность, и равенство сторон в уголовном процессе, однако они полагали, что Испания не нуждается в классическом суде присяжных, так как данные принципы уже реализуются на практике благодаря решениям Конституционного и Верховного судов.¹⁴

Однако данная позиция не получила поддержки ни у Министерства Юстиции, ни у Парламента, который в мае 1995 г. принял закон, согласно которому в Испании вводится суд присяжных классической модели, где девять присяжных совещаются и выносят вердикт о виновности или невиновности подсудимого самостоятельно без участия профессионального судьи. В России суд присяжных первоначально был введен в девяти «экспериментальных» регионах в 1993-1994 г.: в Саратовской, Московской, Рязанской, Ивановской, Ростовской, Ульяновской областях, и Ставропольском, Краснодарском и Алтайском краях. Хотя введение суда присяжных в остальных субъектах федерации растянулось на десять лет, тем не менее данный институт был введен на областном уровне во всех регионах к 2010 г., а с 2018 года будет введен также и на уровне районов. Некоторые российские юристы также предлагали заменить подлинный суд присяжных на французский смешанный суд.

Так например, прокурор Саратовской области обратился в Совет Федерации с предложением о замене действующего в России института присяжных на «французский» вариант, при котором 3 профессиональных судей и 5 присяжных участвуют в исследовании доказательств и профессиональные судьи и присяжные по окончании судебного следствия вместе удаляются в совещательную комнату и решают вопросы о доказанности вины, квалификации преступления и назначении наказания подсудимым.¹⁵

¹² Суд присяжных в Португалии был отменен сразу после установления генералом Гомесом да Коста диктатуры. См. *Eberhard Knittel and Dietmar Seiler, The Merits of Trial by Jury // Cambridge Law Journal. 30(2). November 1972. С. 324.* Конституция 1976 в ст. 210 провозгласило суд присяжных, однако в реальности он представляет собой суд смешанной коллегии профессиональных судей и народных заседателей.

¹³ Институт присяжных заседателей был упразднен в Греции режимом Полковников в 1967. Конституция 1975 г. в ст. 97 возродила народное участие в форме смешанного суда профессиональных судей и народных заседателей. См. *Neil Vidmar. World Jury Systems. Oxford University Press. 2000. С. 430.*

¹⁴ См. *Stephen C. Thaman. Spain Returns to Trial by Jury // Hastings International & Comparative Law Review. Vol. 21. С. 250-253.*

¹⁵ См. *Шурыгин А.* За пять лет суд присяжных дошел до девяти регионов // Российская юстиция, 1998, № 12. С. 7. Следует отметить, что данный вопрос был затронут в докладе профессора Мельника В.В. на круглом столе «Введение суда присяжных в Республике Казахстан: проблемы теории и практики». 17 марта 2005г. в г. Алматы. Стенограмма круглого стола. Архив автора.

Данный вопрос был рассмотрен Верховным Судом Российской Федерации, который оценил данное предложение как неприемлемое с юридической и с экономической точек зрения.¹⁶ Верховный Суд РФ не согласился со мнением Саратовской областной прокуратуры, согласно которому, в случае, когда профессиональные судьи в совещательной комнате будут руководить совещанием присяжных заседателей, будет исключена судебная ошибка, так как судебные ошибки имеют место при рассмотрении дел в составе одного судьи и двух народных заседателей, которые затем исправляются кассационной и надзорной инстанциями. Верховный Суд РФ также указал на факты судебных ошибок и при рассмотрении дел коллегиальным составом суда в составе 3 профессиональных судей, и привел в пример статистику, согласно которой, в частности, в 1997 году были отменены приговоры в отношении 48 лиц, постановленные таким составом суда.¹⁷

Однако, наиболее существенным аргументом против предложения Саратовской прокуратуры был тезис Верховного Суда РФ о том, что «сама сущность суда присяжных именно и состоит в разделении компетенции судей. Присяжные заседатели на основании исследования допустимых доказательств (т.е. только тех, которые добыты без нарушения закона, а не всех, имеющих в деле) устанавливают фактическую сторону преступления: имело ли оно место; доказано ли, что его совершил обвиняемый и виновен ли он в этом. Для решения этих вопросов, при правильной организации и проведении судебного процесса судьями-профессионалами, не требуется специальных юридических познаний».¹⁸

Статья 3. Статус присяжного заседателя

Данная статья имеет отсылочный характер. Авторы настоящего комментария рассматривают вопрос статуса заседателей в комментарии к статье 647 УПК РК¹⁹.

Статьи 4-9. Списки кандидатов в присяжные заседатели

Статьи с 4 по 9 включительно описывают систему списков кандидатов в заседатели, созданную в Казахстане законом «О присяжных заседателях». На наш взгляд, закон создал очень громоздкую систему списков, которая требует упрощения в будущем.

Во-первых, существование нескольких видов списков: единых, запасных, а также дополнительных приводит к неоправданной загруженности органов исполнительной власти по составлению данных списков, а также к неизбежным при такой сложной процедуре нарушениям при их составлении. Также такой порядок не гарантирует что в определенных случаях может проявляться субъективизм при их составлении.

Во-вторых, существование запасных списков наряду с так называемыми «едиными» списками не оправдано, так как в первые включаются только кандидаты, постоянно проживающие в областном центре (городе республиканского значения или столицы) (ст. 7 п. 1), а это значит, что при нехватке кандидатов в заседатели из единого списка суд, согласно ст. 639 ч. 8 УПК РК, суд призывает в качестве кандидатов только жителей из областного центра (города республиканского значения или столицы) и, тем самым, делает состав кандидатов, из которых отбирается коллегия присяжных заседателей для рассмотрения конкретного дела, менее репрезентативны. При таком порядке с одной стороны нарушается право подсудимого на суд с участием заседателей, отобранных из представителей всей области, а с другой стороны

¹⁶ Там же.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Там же.

¹⁹ См. КОММЕНТАРИЙ К РАЗДЕЛУ 14 УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН «ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ С УЧАСТИЕМ ПРИСЯЖНЫХ ЗАСЕДАТЕЛЕЙ». См. стр. 8. URL: <http://lprc.kz/files/library/331/rus/КОММЕНТАРИЙ%20К%20УПК.pdf>

ограничивается право граждан, не проживающих в областном центре, на участие в уголовном судопроизводстве. (ст. 11 п. 1 закона «О присяжных заседателях»).

В-третьих, к работе по составлению списков кандидатов в заседатели должны привлекаться также представители других ведомств и организаций, как например, прокуратуры и коллегий адвокатов для того, чтобы сделать процесс подбора кандидатов более объективным и гласным. Кроме того, процедура отбора кандидатов в заседатели должна осуществляться публично, т.е. в присутствии представителей прессы и других заинтересованных сторон. В этом смысле показателен пример Франции, где кандидаты в заседатели выбираются мэром публично (*publiquement*) в порядке жребия из списков избирателей.²⁰

В-четвертых, орган, осуществляющий составление списков кандидатов в присяжные заседатели, должен систематически отчитываться о проделанной работе перед независимой комиссией, состоящей из представителей адвокатуры, прокуратуры и судов. Кроме этого, в случае исключения лица из списков в кандидаты в присяжные заседатели, данное лицо должно быть извещено в письменной форме о причинах подобного решения для того, чтобы предотвратить необоснованное исключение лиц из списков.

Изучение практики составления списков кандидатов в заседатели выявила многочисленные проблемы, с которыми сталкиваются органы при их составлении. Так например, в ходе мониторинговых проектов БДИПЧ и Центра исследования правовой политики выявили следующие проблемы: (1) неточность первичных списков; (2) недостатки закона в части порядка формирования запасных списков; (3) риски ограничения права граждан на участие в отправлении правосудия в связи с их местом жительства; (4) актуальность и целесообразность существования дополнительного списка кандидатов; (5) отсутствие ответственности местных исполнительных органов за неполноту и неточность списков; (6) низкая явка кандидатов в заседатели; (7) сложности при сборе информации о соответствии кандидатов требованиям, предъявляемым в закона «О присяжных заседателях»; и (8) недостаточная регламентация случайной выборки. Эти проблемы были подробно проанализированы и описаны Центром исследования правовой политики.²¹

Статья 10. Требования, предъявляемые к кандидатам в присяжные заседатели

Статья 10 описывает условия при которых некоторые категории лиц не включаются или исключаются из списков кандидатов в заседатели по их собственному желанию либо в силу их профессии или статуса.

Одним из таких условий является достижение 25 летнего возраста. Возраст 25 лет, вероятно, заимствован из законодательства Российской Федерации. Однако, следует заметить, что положение российского законодательства о 25-летнем минимальном возрасте для присяжного, прямо копирует положение Устава Уголовного Судопроизводства 1864 г. Совершеннолетие в царской России достигалось в 21 год. Стандарты царской России устраняли из суда присяжных, кроме молодежи, также и женщин. В связи с этим возникает вопрос о целесообразности следовать стандартам, в том числе и возрастного ценза, принятым около 140 лет назад в современный век, когда совершеннолетие достигается в 18 лет. *Отстранение потенциальных присяжных в возрасте от 18 до 25 лет является дискриминацией по отношению к весьма*

²⁰ Ст. 261 УПК Франции. *Code de procedure de Penal*. Доступен в Интернете по адресу: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

²¹ См. например, *Зинович, Т.* Предложения по реформированию системы составления списков потенциальных присяжных в Республике Казахстан, // Ежегодные консультации Центра Исследования Правовой Политики по вопросам уголовного правосудия. Расширение подсудность суда с участием присяжных заседателей в свете Плана Нации «100 шагов». Астана, 9 декабря 2016 г. С. 18-24. URL: <http://lprc.kz/files/library/326/rus/Сборник%20докладов.pdf>

большому числу дееспособных граждан Казахстана, способных внести свой голос в осуществление правосудия. Кроме того, важен и образовательный заряд, который несет суд с участием присяжных заседателей смешанной модели для молодого поколения Казахстана. Суд присяжных – есть своеобразная школа демократии для общества. Помимо способности участвовать в обсуждении вопросов права, морали, справедливости молодой человек через участие в суде в качестве присяжного заседателя научится принимать ответственные решения, имеющие государственную важность. Опыт заседателя вносит большую лепту в формирование правосознания гражданина, делая его более человечным, справедливым и правопослушным.

В большинстве стран мира кандидатом в присяжные заседатели может стать любой гражданин, достигший 18-летнего возраста. Исключение составляют лишь восемь юрисдикций: Австрия (25), Мальта (21), Россия (25), Бельгия (30), Гонг Конг (21) и три штата в США, Алабама (19), Миссисипи (21), Миссури (21) и Небраска (19). Примечательно, что возрастной ценз для кандидатов в присяжные в этих странах выше, чем для кандидатов, баллотирующихся в местные представительные и исполнительные органы. Так, например, согласно Конституции РК ст. 86 п. 3, 20-летний возраст дает гражданину стать депутатом маслихата. Такое несоответствие в возрастном цензе для выборов в судебные, представительные и исполнительные органы власти может объясняться тем, что избрание молодого человека в органы власти представляется менее вероятным, чем случайная выборка в качестве присяжного. Недостижение 25-летнего возраста вряд ли может свидетельствовать о незрелости гражданина.

Следует вспомнить исторический пример Абая Кунанбаева, который став биём, участвовал посредником в спорах в свои 15 лет. Возрастной ценз для судьи в Казахстане установлен в 25 лет (ст. 79 ч. 3 Конституции). Однако, это положение не может применяться к заседателям по определению, так как для судьи предъявляются дополнительные требования, такие как высшее юридическое образование и стаж работы по юридической специальности. Достичь всех этих требований, даже если очень постараться, да и то в исключительных случаях, можно лишь в 23-24 лет. Более того, *если государство лишает совершеннолетнего гражданина права участвовать в качестве заседателей на основании его незрелости, то было бы логичным также отстранить граждан от выборов Президента, депутатов Мажилиса и маслихатов, а также от участия в республиканском референдуме, на том основании, что они не способны принимать разумных решений.*

Практика других стран показывает, что избрание коллегии присяжных, состоящей полностью из лиц восемнадцатилетнего возраста, практически невозможно из-за требования справедливого представительства всех слоев населения в предварительных списках. Наличие же одного или двух заседателей в возрасте менее 25 лет не нанесет никакого вреда коллегии присяжных в целом, так как даже, если предположить сценарий, при котором молодые заседатели не последуют мнению своих более «умудренных жизненным опытом» коллег и проголосуют не в пользу очевидно справедливого вердикта, остальные заседатели смогут вынести вердикт большинством голосов. В связи с этим, представляется предпочтительным *установить возрастной ценз для присяжных заседателей в 18 лет.*

Хотя на наш взгляд, норма, закрепленная в ст. 10 п. 1 под. 4) закона «О присяжных заседателях» об исключении из списков кандидатов некоторых профессий как судей, прокуроров, следователей, адвокатов, и работников правоохранительных органов является положительным, тем не менее, исключение всех государственных служащих из списков кандидатов носит неоправданный характер и нарушает права на участие в отправлении правосудия лиц, работающих в государственных органах напрямую не связанных с уголовным судопроизводством или работой, которая способна вызвать предубеждение против подсудимого. Предлагается составить исчерпывающий список государственных служащих, участие которых в качестве присяжных не является желательным.

Закон «О присяжных заседателях» (ст. 10 п. 3 под. 1) предоставляет гражданину, не владеющему языком, на котором ведется судопроизводство, право ходатайствовать о его или ее исключении из списков присяжных заседателей. Данное положение, на наш взгляд, противоречит ст. 640 ч. 2 п. 2) УПК РК, которая предусматривает, что лица, не владеющие языком, на котором ведется судопроизводство, освобождаются председательствующим от участия только в рассмотрении судом конкретного уголовного дела. Таким образом положение ст. 10 может приводить к неоправданному и потенциально произвольному сокращению потенциальных присяжных заседателей только на основании представления такого ходатайства. Сам факт владения или не владения языком судопроизводства может быть установлен только применительно к конкретному делу. В этой связи разрешения этого вопроса на стадии составления списков не представляется возможным и необходимым условием. а также может использоваться в качестве надуманного предлога для уклонения от обязанностей граждан в связи с требованиями, закрепленными в ст. 11.

Статья 11. Права и обязанности граждан

Статья 11 закона наделяет граждан определенным кругом прав и обязанностей. Закон возлагает на граждан обязанности, в том числе обязанность предоставлять местным исполнительным органам по их запросу информацию, необходимую для составления списков кандидатов, а также обязанность являться в суд для участия в процедуре отбора заседателей. За невыполнение этих обязанностей законодательство предусматривает административно-правовую ответственность. Это, безусловно, необходимые меры для исполнения законодательства. Вместе с тем, на наш взгляд штрафные санкции за неявку являются слишком мягкими: предупреждение или штраф в размере десяти месячных расчетных показателей. Необходимо установить более жесткие санкции за неявку.

Статья 12. Обжалование решений местных исполнительных органов по невключению, незаконному включению или исключению из списков кандидатов в присяжные заседатели

Данная статья позволяет гражданам обжаловать незаконное включение или исключению граждан из первичных списков кандидатов, вплоть до судебного разбирательства. Очевидно, что подобная норма касается прежде всего самих граждан, которые намерены убедиться в том, что они были включены или исключены из первичных списков. Подобный контроль необходим. Однако, как мы уже говорили выше, на наш взгляд, также необходимо обеспечить контроль за составлением списков путем предоставления возможности органам адвокатуры и прокуратуры иметь возможность отслеживать или даже, при определенных условиях, участвовать в составлении списков кандидатов.

Статья 13. Права, обязанности присяжного заседателя и ограничения в действиях, связанные с рассмотрением дела

Данная статья описывает права и обязанности заседателей в ходе судебного разбирательства, а также устанавливает определенные ограничения в действиях заседателей. Как уже нами обсуждалось в комментарии к ст. 647 УПК РК закон наделяет председательствующего широкими полномочиями для контроля заседателей Закон прямо не указывает на роль сторон, в том числе защиты, разъяснять заседателям их правах и обязанностях. Закон, однако, не запрещает адвокату в своих выступлениях напоминать заседателям об их равноправном статусе с председательствующим в отношении вопросов признания подсудимого виновным или невиновным, а также при назначении наказания. На наш взгляд, защитник должен использовать любую возможность напомнить заседателям об их важной роли и обязанностях.

Одним из спорных моментов в законодательстве, касающихся обязанностей заседателей является абсолютный запрет нарушать тайну совещательной комнаты.²² Следует предусмотреть, что заседатели могут разглашать обстоятельства совещательной комнаты в случаях давления судьи на заседателей и признать, что данные доказательства могут быть признаны допустимыми для привлечения судьи к ответственности за нарушение принципа независимости заседателей.

Статья 14. Присяга присяжного заседателя

На наш взгляд, необходимо изменить порядок принесения присяги, для того, чтобы заседатели произносили присягу полностью и по отдельности от других заседателей, а не ограничивались словами «Я клянусь». Это повысит серьезность даваемой заседателями клятвы.

Статья 15. Порядок и сроки исполнения гражданином обязанностей присяжного заседателя

Закон предусматривает, что граждане призываются к исполнению в суде обязанностей заседателей один раз в год на все время рассмотрения уголовного дела. Предлагается закрепить положение, согласно которому гражданин, участвовавший в рассмотрении уголовного дела в качестве заседателя освобождается от выполнения этой обязанности в течении последующих пяти лет. Данный принцип заложен во многих системах суда присяжных и направлен на то, чтобы предоставить как можно большему числу граждан реализовать свое право и выполнить гражданский долг, а также не допустить превращения института присяжных в постоянную службу и не принуждать одних и тех граждан из года в год выполнять обязанности присяжных. Существует опасность того, что недобросовестные судьи смогут злоупотреблять этим правилом и будут привлекать «проверенных» народных представителей для рассмотрения уголовных дел каждый год или даже чаще.

В этом отношении показательны примеры России и Узбекистана, где судьи прибегали к использованию «повторных» народных заседателей. Так в России факт повторного участия двух народных заседателей в рассмотрении уголовных дел получил международную известность в деле *Посохов против Российской Федерации*, рассмотренного Европейским Судом по правам человека.²³ Заявитель Посохов утверждал, что состав суда, вынесшего ему приговор, не был судом, созданным на основании закона, так как Федеральный закон РФ "О народных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации" допускает привлечение народных заседателей к исполнению своих обязанностей в районном суде не чаще одного раза в год на срок 14 дней или на срок рассмотрения конкретного дела, а народные заседатели, которые рассматривали дело Посохова в мае 2000 г., уже ранее в 2000 году участвовали в судебных заседаниях по нескольким другим делам. В дополнение заявитель утверждал, что срок полномочий одного из народных заседателей по его делу истек за день до слушания дела заявителя. Все попытки г-на Посохова оспорить приговор вынесенный при таких обстоятельствах в Ростовском областном суде в кассационном и надзорном порядке не увенчались успехом, и он подал жалобу в Европейский Суд по правам человека. В своем

²² Например в деле рассмотренным Специализированным межрайонным судом по уголовным делам Карагандинской области судья в последний момент распустил коллегия заседателей в связи с нарушением ими тайны совещательной комнаты. Заседатели после роспуска коллегии пошли в одну из местных газет и рассказали, что судья якобы склонял их к даче определенных ответов, обещая минимальное наказание подсудимому. Этот факт и стал основанием для возбуждения против них административного дела. Двое из присяжных были оштрафованы в порядке ст. 657 КоАП РК.

²³ *Посохов против Российской Федерации* (Жалоба N 63486/00). Постановление Европейского суда по правам человека от 4 марта 2003 г. // Российская газета. 8 июля 2003 г. № 131. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/12031653/12031653.htm>

постановлении Европейский Суд по правам человека признал, что районный суд, постановивший приговор в отношении Посохова, не был «судом, созданным на основании закона» и что в настоящем деле имело место нарушение пункта 1 Статьи 6 Европейской Конвенции по правам человека.

К совершенно иному выводу при подобных обстоятельствах пришел Конституционный суд Республики Узбекистан в своем решении от 10 апреля 2002 г. «О толковании части четвертой статьи 62 Закона Республики Узбекистан «О судах».²⁴ Ст. 62 закона «О судах» требует, чтобы «народные заседатели призывались к исполнению своих обязанностей в судах *в порядке очередности не более чем на две недели в году*, кроме случаев, когда продление этого срока вызывается необходимостью закончить рассмотрение судебного дела, начатого с их участием». Однако Конституционный Суд Республики Узбекистан посчитал, что «участие народного заседателя в суде больше двух недель в году *не может быть основанием для его отвода*».

Статья 16. Оплата труда присяжного заседателя. Оплата расходов кандидатов в присяжные заседатели и присяжных заседателей. Гарантии присяжных заседателей в трудовых отношениях

Закон предусматривает покрытие расходов заседателей, в том числе потерю их заработка на период их участия в суде. Транспортные расходы и расходы на гостиницу также покрываются из бюджета.

Статья 17. Гарантии независимости присяжного заседателя

Согласно ст. 17 «*независимость присяжного заседателя при исполнении им обязанностей в суде обеспечивается: предусмотренной законом процедурой осуществления правосудия; запретом под угрозой ответственности чье бы то ни было вмешательство в деятельность присяжного заседателя по участию в осуществлении правосудия*». Очевидно, что принцип независимости казахстанских заседателей, не может быть полностью гарантирован при существующей модели народного участия в отправлении правосудия. Во-первых, существующая процедура совещания предусматривает обязательное участие профессионального судьи.²⁵ Во-вторых, запрет вмешательства в деятельность заседателя касается только сторон, но не суда.

Принцип независимости представителей действительно должен быть обеспечен, однако это возможно только при внедрении истинного суда присяжных. Наша позиция разделяется целым рядом казахстанских ученых и юристов практиков. В частности, первый Уполномоченный по правам человека в Республике Казахстан Байкадамов Б.К. во время обсуждения наиболее приемлемой модели суда присяжных отмечал, что «самое фундаментальное свойство института присяжных - это их независимость от профессионального судьи, статус независимости. Поэтому...нужно утвердиться в безоговорочной необходимости оградить присяжных от возможного, пусть и мнимого ими самими влияния профессионального судьи, доверить им решение вопросов о судьбе человека, содержание и иногда толкование конкретных прав».²⁶

²⁴ Документ получен из системы «Право». Интернет версия доступна на сайте <http://www.pravo.uz>.

²⁵ Быший председатель коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК Юрченко Р.Н. задает, на наш взгляд, совершенно резонный и риторический вопрос: «Не приведет ли соединение судей факта и судей права к такому судопроизводству, при котором профессиональные судьи будут своеобразными «контролерами» над присяжными?». См. *Юрченко Р.Н. Уголовно-процессуальные аспекты выбора модели суда присяжных для Республики Казахстан // Судопроизводство с участием присяжных и перспективы его введения в Республике Казахстан. Материалы круглого стола / Под общ. ред. Д.И. Нурумова. Алматы, 2005. С. 129.*

²⁶ Стенограмма Круглого стола Введение суда присяжных в Республике Казахстан: проблемы теории и практики. 17 марта 2005 г. Алматы. Архив автора.

Вопрос о независимости при принятии решений был также назван в качестве основополагающего представителем ООН Леандро Деспуи, который в п. 85 своего доклада в отношении Казахстана подчеркнул, что «прилагаемые в настоящее время усилия по созданию системы судов присяжных должны быть продолжены в целях усиления независимости принятия решений, а также поощрения вовлечения гражданского общества в процесс отправления правосудия в целях обеспечения доверия общественности».²⁷ Хотя один из авторов закона, судья Верховного Суда Куркбаев А.Ж., заверяет, что «опасения его оппонентов о том, что при смешанной коллегии председательствующий судья в совещательной комнате будет оказывать давление на присяжных заседателей, является беспочвенным»,²⁸ тем не менее с его утверждением согласиться трудно. Как раз наоборот, закон не предоставляет серьезных гарантий против такого давления или ограничивает влияния на смешанную коллегию профессионального мнения судьи.

Наши выводы не являются простыми гипотезами, а основаны на результатах научных исследований суда со смешанной коллегией в ряде европейских стран. Приведем несколько примеров. Так, например, исследование Каспера и Зейселя о германском смешанном суде демонстрирует, что в 70% случаев, когда народные заседатели первоначально не согласны с профессиональными судьями, они все же отказываются от своих позиций, уступая своим профессиональным коллегам. В 30% случаев народные заседатели занимают твердую позицию, при этом имея перевес голосов только в 2/3 таких случаев, т.е. в 21% случаев, когда они первоначально не согласны с профессионалами.²⁹

Согласно исследованию, венгерского ученого Аттилы Бадо, венгерские «судьи не рассматривают народных заседателей (*ülnök*) в качестве равных коллег, так как последние не вовлечены в процесс принятия решений, и даже не ожидают такой роли. Даже если заседатели, которые первоначально занимают активную позицию в суде, в скором времени становятся пассивными участниками, адаптируясь к традициям суда и выполняя роль всего лишь зрителей».³⁰

Исследование Санны Куньяк Ивкович выявило, что несогласие между хорватскими профессиональными судьями и народными заседателями имеет место не очень часто, а случаи перевеса голосов народных заседателей и их влияния на приговор суда носит крайний редкий характер.³¹

Другим подтверждением того, что французские заседатели утратили свою независимость от профессиональных судей после упразднения института присяжных в 1941 г. и превращения народных представителей в шеффенов, является разница в процентах оправдательных приговоров до и после 1941 г.: соответственно 25% и 9%.³² Это результаты работы смешанного суда в развитом демократическом государстве со сложившимся гражданским обществом, что же можно ожидать от казахстанских народных представителей, не имеющих практически никакого опыта участия в отпращивании правосудия?

²⁷ См. Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леандро Деспуи, Миссия в Казахстан, E/CN.4/2005/60/Add.2, 7 января 2005 г. URL: http://www1.umn.edu/humanrts/russian/commission/Rjudgesreport_kazakhstan2005.html.

²⁸ Круглый стол по обсуждению теоретических и практических вопросов, связанных с введением института суда присяжных в Республике Казахстан // Юрист № 4, 2005. С. 39.

²⁹ *Gerhard Casper and Hans Zeisel. Lay Judges in the German Criminal Courts // LEGAL STUD. Vol. 1. 1972 P. 135, 186.*

³⁰ *Attila Bado. Reforming the Hungarian lay justice system* Выступление на ежегодной конференции Ассоциации Право и Общество 4-7 июля 2001 г. Будапешт. Архив автора.

³¹ *Sanja Kutnjak Ivkovic. Lay Participation in Criminal Trials. The Case of Croatia. 1999 P. 383-429.*

³² Статистика взята из книги Р. Мерле и Виту «Трактат по уголовному праву». Париж 1967. С. 1103. *Roger Merle & Andre Vitu. Traité de droit criminel. Paris. 1967.*

Статья 18. Ответственность лиц, препятствующих присяжному заседателю в исполнении его обязанностей

Данная статья имеет отсылочный характер к ст. 436 Уголовного кодекса РК³³. На наш взгляд, данная статья должна быть дополнена отдельной нормой об ответственности судьи, который может путем давления на заседателей либо исключения их из состава коллегии по надуманным основаниям препятствовать исполнению их обязанностей.

Одним из главных недостатков закона является неурегулированность вопросов, связанных с ответственностью органов, осуществляющих отбор кандидатов в присяжные заседатели. На наш взгляд, необходимо ввести уголовную ответственность работников уполномоченных органов по отбору кандидатов в присяжные заседатели за фальсификацию списков кандидатов в присяжные заседатели

Кроме того, представляется целесообразным ввести уголовную ответственность работников суда (секретаря судебного заседания) за умышленное незаконное исключение кандидатов в присяжные заседатели при формировании предварительных списков кандидатов, подлежащих вызову в суд по конкретному уголовному делу, а также уголовную ответственность за повторное привлечение одних и тех же лиц в качестве присяжных заседателей в течение установленного срока. Такие преступления должны быть отнесены к категории тяжких преступлений. Аргументом в пользу отнесения данных составов к категории тяжких преступлений и их значительной общественной опасности является то, что в суде с участием присяжных заседателей *затрагиваются интересы лиц, обвиняемых в особо тяжких преступлениях, наказуемых пожизненным лишением свободы или смертной казнью.*

Отсутствие какой-либо ответственности за данные правонарушения, либо их квалификация как обычных дисциплинарных проступков, повышает риск злоупотреблений, коррупции и существенных нарушений прав человека.

Март, 2017

³³ Уголовный кодекс Республики Казахстан от 3 июля 2014 года № 226-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 18.04.2017 г.).