



**Казахстанское международное бюро по правам человека
и соблюдению законности**

Н.М. Кипнис
Член Адвокатской палаты г. Москвы,
член Квалификационной комиссии Адвокатской палаты г. Москвы,
член Научно-консультативного совета Федеральной палаты адвокатов Российской
Федерации
доцент, к.ю.н

**Экспертное заключение Казахстанского международного бюро по правам
человека и соблюдению законности к проекту Закона «О внесении изменений и
дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по
вопросам обеспечения квалифицированной юридической помощью»**

Проект Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам обеспечения квалифицированной юридической помощью» предполагает внесение изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Казахстан, Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан, Уголовно-исполнительный кодекс Республики Казахстан, Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан, Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях, законы Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности», «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений».

В целом предлагаемые в законопроекте изменения и дополнения в кодексы и иные законы Республики Казахстан направлены на усиление конституционной гарантии права каждого на получение квалифицированной юридической помощи, в том числе бесплатно в случаях, предусмотренных законом (п. 3 ст. 13 Конституции Республики Казахстан). Среди задач законопроекта – расширение прав потерпевшего, в том числе на получение бесплатной юридической помощи, а также компенсации за счет средств государства вреда, причиненного преступлением, повышение роли адвоката в уголовном процессе, а также решение вопросов предоставления бесплатной юридической помощи определенным категориям граждан (см. Пояснительную записку к проекту закона в Досье на проект закона).

Немаловажно и стремление законодателя привести законодательство Республики Казахстан в соответствие с международными правовыми актами, например, Минимальными стандартными правилами обращения с заключенными (утвержденными первым Конгрессом Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с преступниками 30 августа 1955 г. в г. Женеве; одобренными Резолюцией 663 (XXIV) Экономического и Социального Совета ООН от 31 июля 1957 г.). Согласно п. 93 «Свидания

заклученного с его юридическим советником должны происходить на глазах, но за пределами слуха сотрудников полицейских или тюремных органов», поэтому предложены редакционные изменения в УПК РК (п. 4 ч. 7 ст. 68, п. 13 ч. 2 ст. 69, п. 1 ч. 2 ст. 74, ч. 2 ст. 134) и УИК РК (ч. 4 ст. 84, ч. 6 ст. 152, ч. 2 ст. 166).

Отдельные положения законопроекта являются, по мнению эксперта, дискуссионными.

Замечания к изменениям и дополнениям в Уголовный кодекс Республики Казахстан от 16 июля 1997 г.

В законопроекте изложена в новой редакции ст. 365 УК РК, предусматривающая ответственность за воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, интересов граждан и оказанию им, а также организациям юридической помощи. Предлагается расширить объект преступного посягательства («оказание адвокатами юридической помощи организациям»), внести корректировки в конструкцию основного состава, а также ввести квалифицированный состав – совершение преступления лицом с использованием своего служебного положения.

В обоснование вносимых в ст. 365 УК РК изменений и дополнений разработчики законопроекта указали, что «дифференциация ответственности в зависимости от субъекта преступления, предусмотренного статьей 365 УК РК, и усиление санкции за такое преступление повысят роль адвокатов в системе правосудия и будут гарантией их независимости. На практике есть немало случаев, когда адвокатские конторы и делопроизводство адвокатов подвергались безосновательному обыску» (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона).

В Заключении научной правовой экспертизы в этой связи отмечено, что «Ужесточение ответственности за то или иное деяние... должно быть обусловлено определенными обстоятельствами, в частности, отсутствием профилактического воздействия действующих видов и размеров санкции. Иными словами, инициатор изменений должен в этом случае представить статистические сведения, показывающие, что из года в год количество совершаемых преступлений, предусмотренных статьей 365 УК РК, неуклонно растет. В обосновании к предлагаемым поправкам в статью 365 УК РК таких данных не приведено... К тому же, предлагаемая редакция санкций частей 1 и 2 статьи 365 УК РК содержит достаточно широкий круг уголовных наказаний, это штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, арест и лишение свободы. То есть, по усмотрению суда лицо, совершившее преступление, предусмотренное статьей 365 УК РК, может быть, например, лишено свободы либо лишь отделаться штрафом, в результате, создаются условия для коррупционных проявлений со стороны судей. В этой связи, в случае принятия решения об обоснованности и целесообразности ужесточения ответственности за совершение преступления, предусмотренного статьей 365 УК РК, предлагается сократить число уголовных наказаний, которые могут быть назначены за его совершение» (См. Досье на проект закона).

Полагаю, что сам по себе факт криминализации каких-либо деяний (в том числе за счет введения новых квалифицирующих признаков) не может рассматриваться как несовместимый с общей тенденцией на гуманизацию уголовного закона, поскольку решающим является направление криминализации. В лице адвокатов гражданам Республики Казахстан гарантируется конституционное право на получение квалифицированной юридической помощи, поэтому установление (усиление) уголовной ответственности за посягательство на институт, имеющий конституционно-правовую основу, может быть признано оправданным (например, если в действительности имеется «немало случаев, когда адвокатские конторы и делопроизводство адвокатов подвергались безосновательному обыску»). Разумеется, разработчикам законопроекта в пояснительной документации было бы неплохо сослаться на зарегистрированные факты нарушений прав адвокатов, но само по себе отсутствие такой ссылки (статистических данных) не может однозначно

свидетельствовать об отсутствии необходимости уточнения редакции уголовного закона. Кроме того, установление уголовной ответственности не предполагает возложения на граждан, не препятствующих законной деятельности адвокатов, каких-либо дополнительных обременений.

Представляется спорной точка зрения о том, что предоставление суду права выбора из достаточно широкого круга уголовных наказаний создаст условия для коррупционных проявлений со стороны судей. Потенциально любая возможность усмотрения (дискреции) может привести к коррупции, но отсутствие у правоприменителя (судьи) права выбора превращает его в «штамповщика» решений, не позволяя индивидуализировать наказание в соответствии с требованиями ст. 52 УК РК.

В целом же, введение новой уголовно-правовой нормы (криминализация) – это всегда действия, потенциально способные привести к ограничению, в том числе необоснованному, прав и свобод граждан, поэтому, принимая решение о криминализации того или иного деяния, законодателю следует учесть все политические составляющие такого решения, обеспечив разумный баланс конституционных прав.

Замечания к изменениям и дополнениям в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 декабря 1997 г.

1. Следует положительно отметить редакционно-содержательные поправки в перечни прав подозреваемого и обвиняемого (ч. 7 ст. 68, ч. 2 ст. 69 УПК РК), а также дополнение ч. 2 ст. 134 УПК РК указанием на обязанность лица, ведущего производство по уголовному делу, обеспечить по просьбе задержанного его право на свидание с защитником наедине и конфиденциально (данная обязанность корреспондирует новой редакции прав подозреваемого – см. в проекте п. 13 ч. 2 ст. 69 УПК РК).

В настоящее время по нормам УПК РК право «иметь свидания с защитником наедине и конфиденциально с момента, предшествующего его первому допросу» прямо предоставлено только обвиняемому (ч. 2 ст. 69 УПК РК). Между тем, согласно ч. 3 ст. 16 Конституции РК «Каждый задержанный, арестованный, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента, соответственно, задержания, ареста или предъявления обвинения», а согласно ч. 3 ст. 70 УПК РК «Защитник допускается к участию в деле с момента предъявления обвинения либо признания лица в соответствии с частью первой статьи 68 настоящего Кодекса подозреваемым» («Подозреваемым признается лицо, в отношении которого на основаниях и в порядке, установленных настоящим Кодексом, возбуждено уголовное дело в связи с подозрением его в совершении преступления, о чем ему объявлено следователем, дознавателем, либо осуществлено задержание, либо применена мера пресечения до предъявления обвинения» – ч. 1 ст. 68 УПК РК).

2. В спроектированных обновленных перечнях прав участников уголовного процесса предусмотрены, в частности, права:

«Обвиняемый вправе:...

17) знакомиться по окончании расследования со всеми материалами дела и выписывать из него любые сведения и в любом объеме, за исключением списка обвинения;

18) получить копии обвинительного заключения и приложений к нему, за исключением списка обвинения...» (ч. 2 ст. 69 УПК РК).

«С момента допуска к участию в деле защитник вправе:...

5) знакомиться с..., а по окончании дознания или предварительного следствия – со всеми

материалами дела, выписывать из него любые сведения в любом объеме, за исключением списка обвинения...» (ч. 2 ст. 74 УПК РК).

«6. Потерпевший имеет право:...

11) знакомиться по окончании расследования со всеми материалами дела, выписывать из него любые сведения и в любом объеме, за исключением списка обвинения; ...

13) получить... копию обвинительного заключения, а также копий... (ч. 6 ст. 75 УПК РК).

Согласно новой редакции ч. 1 ст. 274 УПК РК после ознакомления потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей с материалами дела, следователь предъявляет обвиняемому и его защитнику все материалы дела, за исключением списка обвинения.

Внесение изменений в дальнейшую процедуру движения дела в законопроекте не предусмотрено (кроме дополнения ч. 2 ст. 284 УПК РК словами «и его представителю»), поэтому согласно ч. 2 ст. 284 УПК РК «прокурор обеспечивает вручение обвиняемому копии обвинительного заключения и приложений к нему, при этом в списке лиц, подлежащих вызову в суд, за исключением списка свидетелей защиты, место жительства этих лиц не указывается... Копия обвинительного заключения вручается также защитнику, потерпевшему и его представителю...»

Авторы законопроекта указали, что исключение для обвиняемого права на ознакомление со списком обвинения и на получение его копии обусловлено интересом защиты лиц, участвующих в деле со стороны обвинения.

Считаю необходимым обратить внимание на следующие нестыковки юридико-технического свойства.

А) по окончании расследования «в узком смысле» невозможно ознакомиться со списком обвинения по причине его отсутствия на данный момент, поскольку согласно ч. 1 ст. 279 УПК РК список потерпевших, свидетелей, экспертов, подлежащих вызову в судебное заседание, состоящий из двух частей – списка лиц, названных обвиняемым и защитником (список защиты), и списка, составленного следователем (список обвинения), – прилагается к обвинительному заключению. Обвинительное же заключение и, соответственно, приложения к нему, составляются после ознакомления участников уголовного процесса с материалами уголовного дела.

Можно предположить, что новая редакция п. 17 ч. 2 ст. 69, п. 5 ч. 2 ст. 74 и п. 11 ч. 6 ст. 75 УПК РК охватывают право на ознакомление с материалами дела в любой момент производства по уголовному делу по окончании расследования, в том числе и при рассмотрении уголовного дела судом, однако бесспорно, что ч. 1 ст. 274 УПК РК регламентирует только правоотношения, складывающиеся между объявлением об окончании следственных действий и направлением уголовного дела прокурору с обвинительным заключением!

Б) Предложив не предоставлять обвиняемому, его защитнику и потерпевшему право знакомиться со списком обвинения, авторы законопроекта не предусмотрели внесения изменений в ч. 2 ст. 284, согласно которой ««прокурор обеспечивает вручение обвиняемому копии обвинительного заключения и приложений к нему, при этом в списке лиц, подлежащих вызову в суд, за исключением списка свидетелей защиты, место жительства этих лиц не указывается... Копия обвинительного заключения вручается также защитнику, потерпевшему и его представителю...».

Таким образом, непонятно, зачем вводить запрет на ознакомление со списком обвинения в

целом, если сохранено право получить этот список без указания места жительства лиц, подлежащих вызову в суд?

Кроме того, согласно сохраняющейся редакции ч. 2 ст. 284 УПК РК защитник, потерпевший (а также и представитель потерпевшего, согласно вносимому дополнению) вправе получить копию обвинительного заключения (очевидно, что с приложениями) без каких-либо ограничений. На это прямо указывает и новая редакция п. 13 ч. 6 ст. 75 УПК РК).

Если же говорить о потерпевшем, то вообще непонятно, почему он не вправе знакомиться со списком обвинения, каким образом это может быть «обусловлено интересом защиты лиц, участвующих в деле со стороны обвинения», если одним из этих лиц является как раз потерпевший.

Полагаю, что действующая редакция ч. 2 ст. 284 УПК РК («при этом в списке лиц, подлежащих вызову в суд, за исключением списка свидетелей защиты, место жительства этих лиц не указывается») является наиболее оптимальной.

Целиком же (в полном объеме) список обвинения утаивать от участников уголовного процесса со стороны защиты не имеет смысла, поскольку данные о свидетелях обвинения есть в материалах дела, с показаниями этих свидетелей обвиняемый и его защитник знакомлись, а интересы защиты лиц, участвующих в деле со стороны обвинения, обеспечиваются (защищаются) предписаниями ч. 2 ст. 279 УПК РК: «В списке лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, указываются их место жительства или место нахождения и листы дела, на которых изложены их показания или заключения. В случаях, предусмотренных статьей 100 настоящего Кодекса, в этом списке содержатся только псевдонимы лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, без указания их места жительства», а также упомянутыми предписаниями ч. 2 ст. 284 УПК РК.

3. Законопроект предусматривает исключения из числа лиц, участвующих в уголовном судопроизводстве в качестве защитников, тех, кто мог участвовать только наряду с адвокатом – супруг (супруга), близкие родственники или законные представители подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, представители профсоюзов и других общественных объединений по делам членов этих объединений (см. ч. 2 ст. 70 УПК РК).

По мнению авторов законопроекта, эти «поправки внесены в целях повышения роли адвокатов и предотвращения случаев оказания неквалифицированной помощи в уголовном процессе» (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона).

Следует отметить, что при разработке УПК РФ также высказывались радикальные предложения об ограничении круга лиц, участвующих в уголовных делах в качестве защитников, адвокатами. Однако в результате достигнутого политического компромисса в судебных стадиях российского уголовного судопроизводства по определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, а при производстве у мирового судьи указанное лицо допускается и вместо адвоката (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

Конституционный Суд РФ высказал в этой связи следующие суждения:

«Закрепленное в статье 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации право каждого задержанного, заключенного под стражу, обвиняемого в совершении преступления пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения не означает право подозреваемого или обвиняемого выбирать в качестве защитника любое лицо по своему усмотрению и не предполагает возможность участия в уголовном процессе любого лица в качестве защитника. Гарантируя каждому, в том числе подозреваемому и обвиняемому, право на получение именно квалифицированной юридической помощи, государство вправе устанавливать с этой

целью определенные профессиональные и иные квалификационные требования и критерии к лицам, уполномоченным на оказание такой помощи. Участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица по выбору подозреваемого или обвиняемого может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую помощь. Поскольку Конституция Российской Федерации не содержит указания на критерии, соблюдение которых свидетельствовало бы о должном уровне квалификации лиц, обеспечивающих оказание гражданам юридической помощи, определение возможности допуска тех или иных лиц к оказанию такой помощи по уголовным делам в качестве защитников подозреваемых и обвиняемых, в том числе на досудебных стадиях уголовного судопроизводства, относится к компетенции законодателя. Недопущение к участию в досудебном производстве по уголовному делу в качестве защитника определенного лица ввиду несоответствия его установленным в законе требованиям не может рассматриваться как нарушение гарантируемых статьями 45 (часть 2) и 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации прав» (см. постановление от 28 января 1997 г. № 2-П, определения от 18 декабря 2007 г. № 917-О-О);

«Закрепление в уголовно-процессуальном законе на основе положений статьи 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации правила об участии в качестве защитника по уголовному делу адвоката не исключает право федерального законодателя предусмотреть возможность допуска к участию в производстве по уголовному делу в качестве защитника и лиц, не являющихся адвокатами. При этом законодатель, предусмотрев такую возможность лишь для судебных стадий, в которых обеспечение условий для реализации сторонами их прав возлагается на суд, и не предусмотрев ее применительно к досудебному производству, отличительными особенностями которого является, в частности, то, что в нем осуществляется первичное собирание доказательств и действует правило о недопустимости разглашения данных предварительного расследования, не вышел за пределы своих конституционных полномочий. Недопущение к участию в качестве защитника в досудебном производстве по уголовному делу (в том числе при рассмотрении судом жалоб на действия и решения дознавателя, органа дознания, следователя или прокурора) определенного лица ввиду несоответствия его установленным требованиям не может рассматриваться как нарушение гарантируемых статьей 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации прав обвиняемого» (см. определения от 22 апреля 2004 г. № 160-О, 11 июля 2006 г. № 168-О, от 15 ноября 2007 г. № 926-О-О, от 15 ноября 2007 г. № 928-О-О).

Полагаю, что поскольку согласно ч. 2 ст. 70 УПК РК перечисленные в ней лица участвуют в уголовном деле в качестве защитников только «наряду с адвокатом», то само по себе их участие не может принижать роль адвокатов и способствовать оказанию неквалифицированной юридической помощи. Присутствие рассматриваемых положений в законе имеет давнюю историческую традицию, поэтому законодателю, главным образом, следует решить, насколько правильно будет в политическом смысле лишать подозреваемых, обвиняемых и подсудимых традиционного, хотя и необязательного, способа реализации права на защиту .

4. Предлагается скорректировать условие заявления подозреваемым, обвиняемым отказа от защитника с «допускается только... в присутствии защитника либо адвоката, который мог быть назначен защитником» на «допускается только... в присутствии защитника, назначенного в порядке, установленном частью третьей статьи 71 настоящего Кодекса» (ч. 1 ст. 73 УПК РК).

Выражение «адвоката, который мог быть назначен защитником» в правовом смысле не вполне корректно, однако полагаю, что ввиду допущенной редакционной неточности может принципиально измениться само содержание условия заявления отказа от защитника.

В ч. 1 ст. 73 УПК РК следует сохранить указание на две категории защитников: 1)

приглашенных самим подозреваемым, обвиняемым, подсудимым их законными представителями, а также другими лицами по их поручению, 2) тех, чье участие обеспечено на соответствующей стадии процесса органом, ведущим уголовный процесс (см. ст. 71-72 УПК РК).

С учетом изложенного, можно предложить следующие варианты новой редакции ч. 1 ст. 73 УПК РК:

Вариант 1. «1. Подозреваемый, обвиняемый, вправе в любой момент производства по делу отказаться от защитника, что означает его намерение осуществлять свою защиту, самостоятельно. Отказ от защитника допускается только по инициативе подозреваемого, обвиняемого в присутствии защитника, приглашенного самим подозреваемым, обвиняемым, их законными представителями, а также другими лицами по их поручению, либо назначенного в порядке, установленном частью третьей статьи 71 настоящего Кодекса. Не принимается отказ от защитника по мотивам отсутствия средств для оплаты юридической помощи. Отказ оформляется в письменной форме или отражается в протоколе соответствующего следственного или судебного действия.»

Вариант 2. «1. Подозреваемый, обвиняемый, вправе в любой момент производства по делу отказаться от защитника, что означает его намерение осуществлять свою защиту, самостоятельно. Отказ от защитника допускается только по инициативе подозреваемого, обвиняемого в присутствии участвующего в деле защитника либо защитника, назначенного в порядке, установленном частью третьей статьи 71 настоящего Кодекса. Не принимается отказ от защитника по мотивам отсутствия средств для оплаты юридической помощи. Отказ оформляется в письменной форме или отражается в протоколе соответствующего следственного или судебного действия.»

5. В целях расширения права потерпевшего на получение квалифицированной юридической помощи в законопроекте предусмотрено, что «Для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы, к обязательному участию в деле привлекаются их законные представители и представители. В таких случаях в качестве представителя потерпевшего допускается адвокат, избранный потерпевшим либо его законным представителем. В случае, если адвокат не приглашен самим потерпевшим или его законным представителем, участие адвоката обеспечивается органом, ведущим уголовный процесс, путем вынесения постановления, обязательного для профессиональной организации адвокатов... Оплата труда адвоката в случае отсутствия у потерпевшего или у его законного представителя средств производится за счет бюджетных средств в порядке, установленном настоящим Кодексом (ч. 2 ст. 80 УПК РК).

Таким образом, новацией является не допуск в качестве представителя потерпевшего адвоката, а возможность обеспечения указанного в законе круга потерпевших (несовершеннолетние или лица, которые по своему физическому или психическому состоянию лишены возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы) профессиональным представителем – адвокатом, с оплатой его работы за счет бюджетных средств.

Реализация предложенного в законопроекте варианта, безусловно, должна способствовать усилению правовой защищенности потерпевших. Однако принятие такой поправки в УПК РК, со всей очевидностью, потребует значительного увеличения соответствующей расходной строки государственного бюджета. Между тем, в пояснительной записке Мажилиса Парламента Республики Казахстан от 19 ноября 2007 г. № 13/6215 к проекту рассматриваемого закона указано, что «Принятие законопроекта не повлечет негативных социальных последствий, но требует выделения дополнительных финансовых затрат из государственного бюджета». Очевидно, что это не так! Если же выделение дополнительных

бюджетных средств не планируется, то реализация на практике новых положений УПК РК (в рассматриваемой части) в действительности становится просто невыполнимой, так как очевидно, что адвокаты не будут выполнять работу, которая не оплачивается.

6. В тексте законопроекта предложено заменить в УПК РК фразу «за счет средств республиканского бюджета» на фразу «за счет бюджетных средств» (см. ч. 7 ст. 75, ч. 2-3 ст. 172, ч. 1 ст. 174).

По-видимому, данное предложение обусловлено внесением изменений в законодательство, регламентирующее бюджетный процесс в Республике Казахстан. Главное, чтобы уголовно-процессуальный закон четко определял тот источник бюджетных средств, из которого должны производиться выплаты, в противном случае неконкретность закона приведет к массовому отказу в выплате бюджетных средств и, соответственно, к нарушению прав граждан (адвокатов).

7. В законопроекте предусмотрено существенное реформирование института взыскания процессуальных издержек путем исключения возможности во всех случаях взыскивать с осужденного не только издержки, связанные с участием в деле переводчика, но и «адвоката, оказывавшего бесплатную юридическую помощь в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого, подсудимого или представителя потерпевшего (частного обвинителя) в случаях, предусмотренных частью третьей статьи 71 и частью второй статьи 80 настоящего Кодекса» (ч. 3 ст. 176 УПК РК).

Отнесение всех перечисленных издержек на счет государства действительно будет способствовать реальному обеспечению права граждан на получение юридической помощи за счет государства (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона).

Однако полагаю юридически некорректным предложение исключить из числа процессуальных издержек суммы, выплачиваемые за оказание защитником юридической помощи в случае освобождения подозреваемого, обвиняемого или подсудимого от ее оплаты либо участия адвоката в дознании, предварительном следствии или в суде по назначению, без заключения с клиентом соглашения (п. 5 ст. 175 УПК РК). Дело в том, что по своей природе эти расходы есть не что иное, как процессуальные издержки, как и суммы (вознаграждение), выплачиваемые переводчику (см. п. 1 и 4 ст. 175 УПК РК), упоминание о которых не предлагается исключить из ст. 175 УПК РК, хотя они с осужденного никогда не взыскиваются. Таким образом, будет правильнее не исключать из ст. 175 УПК РК пункт 5, а изменить его редакцию, упомянув в ней не только защитника, но и представителя потерпевшего: п. 5 ст. 175 УПК РК должен быть приведен в соответствие с ч. 3 ст. 176 УПК РК. То есть, нужно разделить вопрос о понятии (содержании) процессуальных издержек и вопрос о том, какие процессуальные издержки, могут быть взысканы с осужденного, а какие во всех случаях принимаются на счет государства.

8. В законопроекте «в целях обеспечения принципа состязательности и равноправия сторон уголовного процесса» (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона) предложено внести отдельные дополнения и редакционные уточнения в ч. 3-4 ст. 125 УПК РК, регламентирующий институт собирания доказательств.

В частности, предлагается формально уравнивать в правах защитника и представителя потерпевшего, а также уточнить способы собирания и приобщения к материалам уголовного дела сведений участниками уголовного процесса, не наделенными властными полномочиями.

Никаких возражений рассматриваемые поправки не вызывают. Сам факт их разработки и включения в законопроект свидетельствует о постоянном развитии и совершенствовании института собирания доказательств в эпоху перехода от розыскного к состязательному типу уголовного процесса (судопроизводства).

Вместе с тем, ч. 3-4 ст. 125 УПК РК, как и аналогичные по содержанию ч. 2-3 ст. 86 УПК РФ, содержат в себе некоторое внутреннее противоречие, состоящее в том, что с формально юридической точки зрения уголовно-процессуальный закон предоставляет поверенным (защитникам и представителям потерпевших) больше прав, чем их доверителям (подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим), что противоречит самой сути института представительства (его гражданско-правовой основе). Да и с житейской точки зрения, совершенно непонятно, почему у защитника, чья судьба ни в коей мере не разрешается приговором, больше прав по собиранию сведений, чем у обвиняемого (подозреваемого, подсудимого), чья судьба, как раз, напрямую зависит от результатов доказывания по уголовному делу.

Поэтому полагаю, что было бы правильнее правами, перечисленными в п. 1-4 ч. 3 ст. 125 проекта наделить всех участников уголовного процесса, перечисленных в ч. 4 ст. 125 УПК РК: подозреваемого, обвиняемого, защитника, частного обвинителя, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей.

Однако, с учетом отмеченного выше процесса динамического становления института собирания доказательств в переходный от розыскного к состязательному типу уголовного судопроизводства период, предложенный в законопроекте вариант реформирования редакции ч. 3-4 ст. 125, а также ч. 1 ст. 316 УПК РК представляется вполне удачным.

9. В законопроекте предусмотрено расширить круг так называемых безусловных апелляционных оснований, предусмотрев в ч. 3 ст. 415 УПК РК, что

«Приговор подлежит отмене во всяком случае, если:

4) дело рассмотрено без участия защитника или представителя потерпевшего, когда их участие по закону является обязательным, или иным путем нарушено право подсудимого иметь защитника;

5) в суде нарушено право подсудимого или потерпевшего пользоваться родным языком или языком, которым они владеют, либо услугами переводчика;».

Авторы законопроекта мотивируют предложенное дополнение необходимостью «расширения правозащитных механизмов обеспечения квалифицированной юридической помощью» (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона).

Полагаю, что необходимость внесения в УПК РК рассматриваемых поправок не бесспорна. Не следует полностью отождествлять равенство прав обвиняемого и потерпевшего, уподобляя его равенству прав истца и ответчика в гражданском процессе. Следует учитывать специфику задач уголовного процесса, сформулированных в ст. 8 УПК РК, и правовое значение приговора как решения суда, вынесенного в главном судебном разбирательстве судом первой инстанции или в заседании апелляционного суда по вопросу о виновности или невиновности обвиняемого и применении или неприменении к нему наказания (т.е. напрямую не разрешающего вопрос о правах потерпевшего, затрагивающего его лишь косвенно в виде морального удовлетворения/неудовлетворения от, соответственно, осуждения/оправдания подсудимого).

С учетом изложенного, рассмотрение дела без участия представителя потерпевшего, когда его участие по закону является обязательным, а равно нарушение права потерпевшего пользоваться родным языком или языком, которым он владеет, должны признаваться основанием к отмене приговора, если они путем лишения или стеснения гарантированных законом прав потерпевшего, действительно (а не по презумпции) помешали суду всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства дела, действительно повлияли или могли повлиять на постановление правосудного приговора или иного решения

суда (так наз. «условное апелляционное основание» – см. ч. 1 ст. 415 УПК РК). В противном случае, формальное нарушение прав потерпевшего, не оказавшее никакого влияния на законность и обоснованность приговора, будет основанием к затягиванию сроков производства по делу и нарушению права каждого обвиняемого быть судимым в разумный срок.

В силу того, что как уже отмечалось выше, приговор непосредственно на права и обязанности потерпевшего не влияет, было бы неправильным создавать презумпцию того, что рассмотрение уголовного дела в отсутствие представителя потерпевшего, когда его участие по закону является обязательным, а также нарушение в суде права потерпевшего пользоваться родным языком или языком, которым он владеет, во всех случаях «могло повлиять на постановление правосудного приговора».

Кроме того, не следует забывать о том, что права и интересы потерпевшего в уголовном процессе защищает не только он сам и/или его представитель, но и государственный обвинитель, обязательное участие которого в главном судебном разбирательстве (см. ч. 1 ст. 317 УПК РК) может полностью нивелировать формально допущенные нарушения рассматриваемых прав потерпевшего.

Замечания к изменениям и дополнениям в Закон РК «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 г.

1. В ст. 5 Закона, регламентирующей вопросы оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, и возмещение расходов, связанных с защитой и представительством, среди прочего, предлагается закрепить следующий запрет:

«Договоры, ставящие размер оплаты юридической помощи, оказываемой адвокатами, в зависимость от исхода дела или успеха адвокатской деятельности, или договоры, по которым адвокат получает часть от присужденной суммы, не допускаются.»

Данная поправка призвана запретить так называемые «гонорары успеха».

Следует отметить, что в зарубежных странах данный вопрос о правомерности «гонорара успеха» решается по-разному.

Что касается Российской Федерации, то Конституционный Суд РФ постановлением от 23 января 2007 г. № 1-П признал что положениями п. 1 ст. 779 и п. 1 ст. 781 ГК РФ, в системе действующего правового регулирования отношений по возмездному оказанию правовых услуг, не предполагается удовлетворение требований исполнителя о выплате вознаграждения по договору возмездного оказания услуг, если данное требование обосновывается условием, ставящим размер оплаты услуг в зависимость от решения суда, которое будет принято в будущем. Однако не только 3 судей из 10 высказали особые мнения по принятому решению, но и в российском юридическом сообществе данное постановление было воспринято как актуальное на переходный период, поскольку сам Конституционный Суд РФ в мотивировочной части постановления указал, что, несмотря на высказанную (сформулированную) в постановлении правовую позицию, «не исключается право федерального законодателя с учетом конкретных условий развития правовой системы и исходя из конституционных принципов правосудия предусмотреть возможность иного правового регулирования, в частности в рамках специального законодательства о порядке и условиях реализации права на квалифицированную юридическую помощь».

Кодекс профессиональной этики адвоката (принятый первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г., с изменениями и дополнениями, утвержденными II Всероссийским съездом адвокатов 8 апреля 2005 г. и III Всероссийским съездом адвокатов 5 апреля 2007 г.) по-прежнему указывает, что «Адвокату следует воздерживаться от включения в соглашение условия, в соответствии с которым выплата вознаграждения ставится в

зависимость от результата дела. Данное правило не распространяется на имущественные споры, по которым вознаграждение может определяться пропорционально к цене иска в случае успешного завершения дела» (п. 3 ст. 16).

Таким образом, на сегодняшний день в Российской Федерации условия соглашений о юридической помощи, содержащие указание на выплату доверителем так наз. «гонорара успеха», с одной стороны, не пользуются исковой защитой, но, с другой стороны, включение адвокатом в соглашение такого условия с соблюдением ограничений, установленных п. 3 ст. 16 Кодекса профессиональной этики адвоката, не будет образовывать состава дисциплинарного проступка.

В Кодексе поведения для юристов в европейском сообществе по рассматриваемому вопросу установлены следующие ограничения:

«3.3. PACTUM DE QUOTA LITIS

3.3.1. Юрист не должен иметь право осуществлять pactum de quota litis.

3.3.2. Под "Pactum de quota litis" понимается соглашение между юристом и его клиентом, заключенным до окончательного завершения дела, по которому клиент является стороной, на основании которого клиент берет на себя обязательства оплатить юристу долю от результата независимо от того, является ли это суммой денег или любой другой выгодой, полученной клиентом после завершения дела.

3.3.3. Pactum de quota litis не включает соглашение, по которому вознаграждение взимается пропорционально к стоимости дела, принятого юристом, если это соответствует официально одобренной шкалой вознаграждений или находится под контролем компетентного органа, имеющего юрисдикцию над юристом» .

С учетом изложенного полагаю, что рассматриваемая поправка, предложенная в ст. 5 Закона РК «Об адвокатской деятельности», является не бесспорной, поэтому до решения вопроса о ее принятии необходимо провести широкое обсуждение вопроса среди юридической общественности.

2. «В целях повышения статуса адвоката в обществе» (см. Сравнительную таблицу к проекту закона в Досье на проект закона) предусмотрена корректировка перечня обстоятельств, препятствующих лицу быть адвокатом:

Закон (с изм. и доп. по состоянию на 22.05.2007 г.) Проект новой редакции ч. 2 ст. 7 Закона

2. Адвокатом не может быть лицо, имеющее судимость за умышленное преступление, признанное в установленном порядке недееспособным или ограниченно дееспособным, исключенное из коллегии адвокатов, уволенное из правоохранительных органов за совершение дисциплинарного проступка, - в течение одного года со дня увольнения, а также лицо, действие лицензии которого прекращено в порядке, установленном настоящим Законом. Адвокатом не может быть лицо, ранее судимое или освобожденное от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям за совершение умышленного преступления или уволенное с государственной службы, из органов прокуратуры, иных правоохранительных органов, судов и органов юстиции, исключенное из коллегии адвокатов по отрицательным мотивам, признанное в установленном порядке недееспособным или ограниченно дееспособным, а также лицо, действие лицензии которого прекращено в порядке, установленном настоящим Законом.

Полагаю, что установление бессрочного запрета для лиц, указанных в новой редакции ч. 2 ст. 7 Закона, на приобретение статуса адвоката является чрезмерным ограничением их права на доступ к юридической специальности. Даже судимость (как наиболее серьезное

ограничение прав лица, сопряженное с признанием его виновным в совершении уголовно-наказуемого деяния) имеет четкие конечные сроки погашения, по истечении которых аннулируются все правовые последствия, связанные с судимостью. В законопроекте же предлагается заменить четкий и ясный термин «судимость» на суррогатный и не имеющий предельных сроков (дающий основание для неоднозначного толкования) – «лицо, ранее судимое или освобожденное от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям», а также предусмотреть запрет на адвокатскую профессию для лиц, допустивших дисциплинарные нарушения по прежнему месту работы.

Полагаю, что установление бессрочного запрета для определенной категории лиц на доступ к адвокатской профессии по рассматриваемым основаниям может быть признано не соответствующим конституционному праву каждого на свободу труда и свободный выбор рода деятельности и профессии (ч. 1 ст. 24 Конституции РК).

В то же время, установленный в настоящее время годичный срок, может быть увеличен, причем, например, дифференцированно в зависимости от разновидности «отрицательного мотива» («порочащего основания»).

Замечание к изменению в Закон Республики Казахстан «О порядке и условиях содержания под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» от 30 марта 1999 г.

Согласно пп. 1 п. 1 ст. 17 Закона, с момента задержания подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником наедине и конфиденциально, при этом с адвокатом, участвующим в деле в качестве защитника, свидания предоставляются по предъявлении им документа, подтверждающего принадлежность к адвокатуре, и ордера юридической консультации на право участия адвоката в данном деле или приравненного к нему по значению документа.

В проекте Закона предлагается фразу «ордера юридической консультации на право участия адвоката в данном деле или приравненного к нему по значению документа» заменить словами «копии ордера, удостоверяющего полномочия адвоката на ведение конкретного дела».

Однако новая редакция правовой нормы может затруднить реализацию подозреваемыми и обвиняемыми, содержащимися под стражей, права на свидание с защитником, поскольку законодатель, предлагая указать, что для получения свидания с подзащитным адвокат обязан предъявить «копию ордера, удостоверяющего полномочия адвоката на ведение конкретного дела», одновременно не уточняет, кто именно обязан выдать адвокату эту копию, и каким образом копия ордера должна быть заверена. В связи с рассматриваемой поправкой не предлагается внести и соответствующие дополнения в УПК РК в части регламентации полномочий государственных органов и должностных лиц, в производстве которых находится уголовное дело.

Все высказанные в настоящем заключении замечания и предложения отражают личное мнение эксперта и, исходя из суверенного права народа Республики Казахстан осуществлять свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и иными законными способами, не имеют и не могут иметь обязательного значения.

Март 2008 г.