



ЦЕНТР ОБСЕ В АСТАНЕ

**РЕГИОНАЛЬНОЕ
ОТДЕЛЕНИЕ УВКПЧ ООН
ДЛЯ ЦЕНТРАЛЬНОЙ АЗИИ**

**ПОСОЛЬСТВО
КОРОЛЕВСТВА
НИДЕРЛАНДОВ В АСТАНЕ**

**ЦЕНТР
ИССЛЕДОВАНИЯ
ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ**

ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ НОВОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Материалы международной практической конференции

21 сентября 2012, г. Алматы

**ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ НОВОГО УГОЛОВНО-
ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Алматы, 2012



Материалы международно-практической конференции **«ВОПРОСЫ
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ
НОВОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»** -
Алматы, 2012



Настоящий Сборник опубликован Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (ОБСЕ) в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в материалах не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

© Центр исследования правовой политики 2012

СОДЕРЖАНИЕ

Программа конференции.....	5
Список участников конференции.....	8
ЭКСПЕРТНЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ.....	14
<i>Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса», Л. В. Головки</i>	14
<i>Совершенствование правового статуса адвоката в свете разработки нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, Д.К. Канафин</i>	26
<i>К вопросу о внедрении в уголовное судопроизводство института соглашения о признании вины, Д.К. Канафин</i>	43
<i>Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция), Е.А.Саламатов</i>	52
ДОКЛАДЫ УЧАСТНИКОВ КОНФЕРЕНЦИИ	69
СЕССИЯ 1. РЕФОРМИРОВАНИЕ ДОСУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА	69
<i>Изменение форм предварительного расследования по проекту УПК РК, Н.И. Хавернюк</i>	69
<i>Расширение судебного контроля в досудебном производстве во Франции, В. Маршан</i>	74
<i>О некоторых проблемных вопросах проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, Р.Т. Шуменова</i>	80
<i>Соотношение следственных и оперативно-розыскных действий в новом проекте УПК РК, С.С.Молдабаев</i>	86
<i>Процессуальные гарантии соблюдения прав личности на стадии предварительного расследования, Г.Ж.Сулейменова</i>	89
<i>Некоторые вопросы обеспечения права на защиту и квалифицированную</i>	

<i>юридическую помощь в проекте Уголовно-процессуального кодекса,</i> А.В. Розенцвайг	101
СЕССИЯ 2. РЕФОРМА СУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО ПРОЦЕССА В УСЛОВИЯХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА	106
<i>Реформа стадии предварительного слушания,</i> Р.Н. Юрченко	106
<i>Реформа мер уголовно-процессуального принуждения,</i> А.Н.Ахпанов	116
<i>Предложения по вопросу совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан в свете предлагаемой Концепции,</i> А.М.Саванков	120
<i>Право на справедливое судебное разбирательство по уголовным делам в стадии главного судебного разбирательства,</i> П.П.Гончаров	127
<i>Процедурные вопросы пересмотра судебных актов, не вступивших и вступивших в законную силу по проекту нового УПК РК,</i> Г.М.Нам	132
<i>Право на открытое судебное разбирательство и проблемы доступа к судебным актам в Республике Казахстан,</i> И.Ю.Лоскутов	136
<i>Соответствие норм проекта Уголовно-процессуального Кодекса РК международному стандарту «Право на равенство сторон»,</i> Л. Рамазанова	146

ПРОГРАММА

Международно-практическая конференция

«ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ РАЗРАБОТКИ НОВОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»

21 сентября 2012 г., гостиница Royal Tulip, Алматы

09.30 – 10.00	Регистрация участников
10.00 – 10.15	Открытие конференции и приветственные выступления ЗАРУДНА Наталья Николаевна , Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане ВАН ЛЕУВЕН Петер , Посол Королевства Нидерландов ЗИНОВИЧ Татьяна , Заместитель директора Центра исследования правовой политики
СЕССИЯ 1.	РЕФОРМИРОВАНИЕ ДОСУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА
Модератор:	АБДИРОВ Нурлан Мажитович , Депутат Мажилиса Парламента Республики Казахстан, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе
10.15 – 10.30	Изменение форм предварительного расследования по проекту УПК РК ХАВРОНИЮК Николай Иванович , Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ, заслуженный юрист Украины, профессор кафедры уголовного права и криминологии Киевского национального университета имени Тараса Шевченко, д.ю.н.
10.30 – 10.45	Ликвидация стадии возбуждения уголовного дела: за и против БЕЙСЕКЕЕВ Нурлан Аманжолович , Адвокат Коллегии адвокатов города Астаны
10.45 – 11.00	Расширение судебного контроля в досудебном производстве во Франции МАРШАН Валери , Руководитель проекта Поддержка судебной и правовой реформы в РК Представительства Европейского Союза в Казахстане
11.00 – 11.15	О некоторых проблемных вопросах проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан ШУМЕНОВА Раузахан Токтауловна , Профессор кафедры Уголовного и уголовно-процессуального права Академии финансовой полиции, доцент, д.ю.н.
11.15 – 11.30	Соотношение следственных и оперативно-розыскных действий в новом проекте УПК РК

МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсембаевич, Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК, д.ю.н.

- 11.30 – 12.00 Кофе брейк
- 12.00 – 12.15 **Процессуальные гарантии соблюдения прав личности на стадии предварительного расследования**
- СУЛЕЙМЕНОВА Гульнар Жахановна**, Генеральный директор Евразийского центра права, адвокат АГКА, член НКС при Верховном Суде РК, профессор, к.ю.н.
- 12.15 – 12.30 **Совершенствование правового статуса адвоката в свете разработки нового Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан**
- КАНАФИН Данияр Кайратович**, адвокат АГКА, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.
- 12.30 – 12.45 **Некоторые вопросы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь в проекте Уголовно-процессуального кодекса**
- РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович**, адвокат АГКА, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, к.ю.н.
- 12.45 – 13.00 **Аспекты уголовно-правовых реформ в странах ОБСЕ**
- ХАДИРКА Лауренцио**, Советник по правовым вопросам БДИПЧ/ОБСЕ
- 13.00 – 13.30 Обсуждение
- 13.30 – 14.30 Обед
- СЕССИЯ 2. РЕФОРМА СУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО ПРОЦЕССА В УСЛОВИЯХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**
- Модератор:** **КАНАФИН Данияр Кайратович**, адвокат АГКА, член Президиума Алматинской городской коллегии адвокатов, член Президиума Республиканской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.
- 14.30 – 14.45 **Реформа стадии предварительного слушания**
- ЮРЧЕНКО Раиса Николаевна**, Судья Верховного Суда РК в отставке, член НКС при Верховном Суде РК, д.ю.н.
- 14.45 – 15.00 **Реформа мер уголовно-процессуального принуждения**
- АХПАНОВ Арстан Нокешевич**, Член Научно-консультативного совета при Верховном Суде РК, профессор-консультант надзорной судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК, профессор, д.ю.н.

- 15.00 – 15.15 **Предложения по вопросу совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан в свете предлагаемой Концепции**
- САВАНКОВ Александр Михайлович**, Полковник полиции, заслуженный работник МВД, экс-Вице министр внутренних дел Республики Казахстан, эксперт Хартии по правам человека*
- 15.15 – 15.30 **Право на справедливое судебное разбирательство по уголовным делам в стадии главного судебного разбирательства**
- ГОНЧАРОВ Павел Петрович**, Судья уголовной коллегии Таллиннского Окружного Суда, Судья *ad hoc* Европейского Суда по правам человека, эксперт Представительства Европейского союза в Казахстане*
- 15.30 – 15.45 **Процедурные вопросы пересмотра судебных актов не вступивших и вступивших в законную силу по проекту нового УПК РК**
- НАМ Геннадий Мартынович**, Адвокат АГКА*
- 15.45 - 16.15 Кофе-брейк
- 16.15 – 16.30 **Право на открытое судебное разбирательство и проблемы доступа к судебным актам в Республике Казахстан**
- ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич**, Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»*
- 16.30 – 16.45 **Соответствие норм проекта Уголовно-процессуального Кодекса РК международному стандарту «Право на равенство сторон»**
- РАМАЗАНОВА Лейла**, адвокат АГКА, эксперт Хартии по правам человека*
- 16.45 – 17.15 **Обсуждение**
- 17.15– 17.45 Подведение итогов и закрытие конференции организаторами

**«ВОПРОСЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАМКАХ
РАЗРАБОТКИ НОВОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН»**

21 сентября 2012, гостиница Royal Tulip, Алматы

СПИСОК УЧАСТНИКОВ

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
1.	БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич	Член Конституционного Совета РК
АДМИНИСТРАЦИЯ ПРЕЗИДЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
2.	МОЛДАБАЕВ Саркытбек Сарсенбаевич	Инспектор отдела правоохранительной системы Администрации Президента РК
КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
3.	БЕЛОРУКОВ Николай Васильевич	Член Конституционного Совета РК
МАЖИЛИС ПАРЛАМЕНТА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
4.	БЫЧКОВА Светлана Федоровна	Депутат, Секретарь Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе
5.	АБДИРОВ Нурлан Мажитович	Депутат, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе
6.	САРПЕКОВ Рамазан Кумарбекович	Депутат, Член Комитета по законодательству и судебно-правовой реформе
ВЕРХОВНЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И МЕСТНЫЕ СУДЫ		
7.	ЮРЧЕНКО Раиса Николаевна	Судья Верховного Суда Республики Казахстан в отставке, член НКС при Верховном Суде РК
8.	КОЖАН Толебай Ажибекович	Судья надзорной судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК
9.	АХПАНОВ Арстан Нокешевич	Член Научно-консультативного совета Верховного суда РК, Профессор-консультант надзорной судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РК, д.ю.н.
ГЕНЕРАЛЬНАЯ ПРОКУРАТУРА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
10.	ХАСЕНОВ Талгат Абдыкаримович	Начальник Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности
11.	ПАХОМКОВА Ольга Леонидовна	Помощник Генерального Прокурора РК Управления по надзору в сфере нормотворческой деятельности

КОМИТЕТ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
12.	КОЛКОБАЕВ Марат Омербекович	Начальник следственного департамента
13.	ОСИПОВ Игорь Владимирович	Заместитель начальника Управления Следственного департамента (эксперт рабочей группы по разработке УК и УПК)
МИНИСТЕРСТВО ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
14.	КОЖАЕВ Марат Шадетханович	Председатель Следственного комитета
15.	ТЕМИРЖАНОВ Асхат Толешевич	Заместитель начальника Управления аналитической работы предварительного следствия Следственного комитета
АГЕНТСТВО РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО БОРЬБЕ С ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И КОРРУПЦИОННОЙ ПРЕСТУПНОСТЬЮ (ФИНАНСОВАЯ ПОЛИЦИЯ)		
16.	ШУМЕНОВА Раузахан Токтауловна	д.ю.н., Профессор Академии финансовой полиции
МИНИСТЕРСТВО ЮСТИЦИИ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
17.	БОРЧАШВИЛИ Исидор Шамилович	Директор департамента стратегического планирования и организационно-аналитической работы
ЦЕНТРАЛЬНАЯ ИЗБИРАТЕЛЬНАЯ КОМИССИЯ РК		
18.	САРСЕМБАЕВ Марат Алдангорович	Член ЦИК Республики Казахстан
ИНСТИТУТ ГЕНЕРАЛЬНОЙ ПРОКУРАТУРЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
19.	ТОКТАГУЛОВ Руслан Майлибаевич	Начальник управления повышения квалификации по представительству интересов государства в суде
ИНСТИТУТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН		
20.	РАХМЕТОВ Саттар Муканович	Главный научный сотрудник отдела Уголовного, Уголовно-процессуального и Уголовно-исполнительного законодательства и судебной экспертизы
ЭКСПЕРТЫ		
21.	ХАВРОНИУК Николай Иванович	Директор по научному развитию Центра политико-правовых реформ д.ю.н., профессор, заслуженный юрист Украины
22.	НОВИКОВА Елена Владимировна	Научный руководитель ОФ «Центр правовых и экономических исследований» (Москва), партнер юридической фирмы «Novikov & Advisers» (Россия – Казахстан), член диссертационного Совета

		юридического факультета МГУ по защите докторских диссертаций, д.ю.н.
23.	ХАДИРКА Лауренцио	Советник по правовым вопросам БДИПЧ/ОБСЕ
24.	МАРШАН Валери	Руководитель проекта «Поддержка судебной и правовой реформы в РК», Представительства Европейского Союза в РК
25.	ГОНЧАРОВ Павел Петрович	Судья уголовной коллегии Таллиннского Окружного Суда, Судья ad hoc Европейского Суда по правам человека, эксперт Представительства Европейского союза в Казахстане
26.	КОМОРИДА Акио	Профессор, Университет Канагава, г. Йокогама Япония
27.	САВАНКОВ Александр Михайлович	Заслуженный работник МВД, экс-Вице министр внутренних дел, Эксперт "Хартии за права человека"
АДВОКАТУРА		
28.	ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич	Президент Союза адвокатов Казахстана
29.	БАЙМУХАНОВА Кадыржан Расмухановна	Заместитель председателя Республиканской коллегии адвокатов
30.	БАЙГАЗИНА Гульнар Бакировна	Адвокат член Президиума Союза адвокатов РК
31.	РОЗЕНЦВАЙГ Александр Владимирович	Адвокат член Президиума Союза адвокатов РК, к.ю.н.
32.	МУСИН Салимжан Альмуратович	Адвокат член Президиума Союза адвокатов РК
33.	КАНАФИН Данияр Кайратович	Адвокат член Президиума Алматинской коллегии адвокатов, доцент, к.ю.н.
34.	БЕЙСЕКЕЕВ Нурлан Аманжолович	Адвокат Коллегии адвокатов города Астаны
35.	СТУКАНОВ Юрий Сергеевич	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов
36.	АЛИМБАЕВ Искандер Муханович	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов
37.	КУНСЕРКИН Жан	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов
38.	РАЗАМАНОВА Лейла	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов, Эксперт "Хартии за права человека"

39.	НАМ Геннадий Мартынович	Адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов
40.	ПЕРЕГРИН Александр Геннадиевич	Юрист, эксперт -консультант Алматинской юридической корпорации, депутат Верховного Совета РК 12-го и 13-го созывов
41.	АХМЕТШИЕВА Мейрамхан Сатыбалдиевна	Адвокат, Адвокатской конторы «Назханов и партнеры»
УЧЕБНЫЕ ЗАВЕДЕНИЯ		
42.	УТИБАЕВ Гариффулла Курмангожевич	Советник Генерального Прокурора РК, профессор, д.ю.н.
43.	БАЛТАБАЕВ Куаныш Жетписович	Заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин ЕНУ им. Л.Н. Гумилева, д.ю.н.
44.	НОВИКОВ Анатолий Илларионович	Профессор кафедры «Уголовного права, криминалистики и правоохранительной деятельности», Университета им. Д.А. Кунаева, к.ю.н.
45.	СУЛЕЙМЕНОВА Гульнар Жахановна	Генеральный директор Евразийского центра права, адвокат АГКА, член НКС при Верховном Суде РК, профессор, к.ю.н.
46.	РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович	Заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса ВКГУ им. Аманжолова Директор Восточно-Казахстанского филиала Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности, к.ю.н.
47.	САЛАМАТОВ Ескали Амангельдинович	Доцент, к.ю.н.
48.	АБДРАШЕВ Руслан Муратханович	Профессор, д.ю.н.
49.	КАН Александр Герасимович	Старший преподаватель кафедры Уголовного процесса Алматинской академии МВД РК, к.ю.н.
ДИПЛОМАТИЧЕСКИЕ МИССИИ		
50.	ВАН ЛЕУВЕН Петер	Посол Королевства Нидерландов в РК
51.	ВУОКА Ханна	Консул по вопросам развития Посольства Республики Финляндия в РК
52.	ЖАНТИКИНА Алия	Специалист по политико-правовым вопросам посольства США в Астане
МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		

53.	ЗАРУДНА Наталья Николаевна	Посол, Глава Центра ОБСЕ в Астане
54.	БУХМАЙЕР Штефан	Советник по правам человека Центра ОБСЕ в Астане
55.	КОЗЫРЕВ Олег	Координатор по правовым вопросам
56.	ЛЕВЧЕНКО Елена	Менеджер проектов Представительства Европейского Союза в Казахстане
57.	АДЕРИХИНА Татьяна	Координатор программы ЮНИСЕФ по защите прав детей
58.	ДУЙСЕКОВА Лейла	Координатор национальных программ, Региональное отделение УВКПЧ ООН по Центральной Азии
59.	ДАЛЕ Ивар	Региональный представитель Норвежского Хельсинского Комитета по Центральной Азии
60.	КЭТЛИФФ Виктория	Международный Координатор Проекта Укрепление потенциала системы уголовного правосудия стран Центральной Азии в области противодействия терроризму в соответствии с верховенством права
61.	НЬЮТОН Скотт	Профессор права стран Центральной Азии Университет Лондона, Великобритания
62.	ХОФФМАН Дэвид	Директор департамента демократии и государственного управления USAID
63.	МИТРОФАНОВА Ирина	Менеджер программ USAID, г. Алматы
64.	АЙДАРКУЛОВА Аида Едилевна	Директор программы «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
65.	МЕДЕВ Бахытжан	Координатор программ «Правовая реформа» Фонда Сорос – Казахстан
66.	НУРМАГАНБЕТОВ Ильяс Кайратбекович	Координатор проектов PRI Международной тюремной реформы в Центральной Азии
НЕПРАВИТЕЛЬСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ		
67.	ТУРМАГАМБЕТОВА Жемис Утегеновна	Исполнительный директор общественного фонда "Хартия за права человека"
68.	ЛОСКУТОВ Игорь Юрьевич	Генеральный директор ТОО «Компания «ЮрИнфо»
69.	АКЫЛБЕКОВА Роза	Директор Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности
70.	ХИЖНИЧЕНКО Светлана	Юрист Казахстанского международного бюро по правам человека и соблюдению законности

71.	БОГДАНОВ Роман Валерьевич	Председатель Комитета поддержки программы Президента РК по борьбе с коррупцией
72.	ЗЛОТНИКОВ Сергей Михайлович	Исполнительный директор ОФ «Транспаренси Казахстан»
73.	НОВИКОВ Игорь Анатольевич	Руководитель юридической компании «Новиков Энд Эдвайзерз»
74.	ЧЕРНОБИЛЬ Татьяна	Эксперт по международному праву
75.	ЖАКУПОВ Жандильда Ажигалиевич	Президент ОО "Международный правозащитный центр", Председатель Правления ОО "Реформа в уголовно-исправительной системе"
76.	СМАИЛОВ Ерлан	Директор по развитию организационных проектов Института политических решений
77.	ТЛЕГЕНОВА Асель	"Союз медиаторов Казахстана"
78.	АГИБАЕВА Мая Аскарловна	Главный редактор журнала «ЮРИСТ»
ЦЕНТР ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ		
79.	ЗИНОВИЧ Татьяна	Заместитель директора Центра исследования правовой политики
80.	МИРОШНИЧЕНКО Ольга	Координатор программ
81.	ИСКАЛИЕВА Дина	Ассистент проекта
ОБЩЕСТВЕННЫЙ ФОНД «МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ИНИЦИАТИВА»		
82.	ЖУМАГАЛИ Алмас Хабдымажитұлы	Эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива», к.ю.н.
83.	ШОРМАНБАЕВ Аман Сергеевич	Независимый эксперт
84.	БАЙЖАНОВА Кызгалдақ Утепбергеновна	Эксперт ОФ «Международная Правовая Инициатива», к.ю.н.
ПЕРЕВОДЧИКИ		
85.	АСЫЛБЕКОВ Жалгас	Переводчик
86.	НУРКАБАЕВА Гайни	Переводчик

ЭКСПЕРТНЫЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ЦЕНТРА ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

*Л. В. ГОЛОВКО, доктор юридических наук,
профессор кафедры уголовного процесса,
правосудия и прокурорского надзора
МГУ им. М. В. Ломоносова
эксперт ОБСЕ*

Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса»¹

Настоящий анализ подготовлен на основании имеющихся в распоряжении автора материалов: Концепции к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Концепция), Сравнительной таблицы к проекту Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» (далее – Сравнительная таблица), а также двух подготовленных в качестве пояснения к законопроекту презентаций (power point), посвященных регистрации сообщений о преступлениях в журнале криминальных сообщений и формам досудебного расследования.

В то же время следует отметить, что при подготовке анализа возникли некоторые трудности, связанные с имеющимися место концептуальными и терминологическими противоречиями в упомянутых выше документах, которые не позволяют иметь законченное представление о реформе. Так, например, в Концепции идет речь об упразднении понятий «следователь» и «дознатель» и об их замене новым процессуальным понятием «инспектор». В Сравнительной таблице предложен другой процессуальный неологизм – «следственный офицер» (об «инспекторе» здесь не упоминается). В одной из презентаций (о регистрации сообщений о преступлениях) наглядно представлена конструкция постановлений о регистрации сообщений о преступлении и об отказе в такой регистрации (с правом судебного обжалования), которую мы не обнаруживаем в Сравнительной таблице. Сложно сказать, объясняются ли эти (и другие) противоречия столкновением различных точек зрения при подготовке законопроекта в рамках еще не завершенной дискуссии или они отражают эволюцию взглядов авторов законопроекта (дискуссия уже преодолена). Мы никакими сведениями на этот счет не располагаем. Но методологически мы будем брать за основу данного анализа прежде всего Сравнительную таблицу, воспринимая ее по сугубо формальным причинам в качестве ключевого из законопроектных материалов. Кроме того, с нашей точки зрения, именно Сравнительная таблица содержит наиболее удачные решения в рамках отмеченных противоречий, в том числе имея в виду приведенные примеры: отказ от термина «инспектор», а также конструкций «постановление о регистрации сообщения о преступлении» и «постановление об отказе в регистрации сообщения о преступлении».

Если не вдаваться в детали, то концептуальная линия законопроекта сводится к решению **четырёх фундаментальных процессуальных проблем:**

¹ Настоящий анализ подготовлен Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды содержащиеся в анализе не отражают точку зрения центра ОБСЕ в Астане.

- 1) полному переформатированию стадии возбуждения уголовного дела, которое приводит к отказу от данной стадии как таковой;
- 2) унификации нынешних дознания и предварительного следствия в рамках нового «досудебного расследования» с одновременным расширением судебного контроля за деятельностью органов, его осуществляющих;
- 3) преодолению застарелых проблем, связанных с возвращением уголовного дела для производства дополнительного расследования, что позволяет вовсе отказаться от данного института, вызывающего многочисленные нарекания;
- 4) приданию уголовному процессу большей гибкости путем введения института «соглашения о сотрудничестве», который на процессуальном сленге иногда принято именовать «делкой с правосудием».

Теперь необходимо, с одной стороны, оценить данные процессуальные идеи как таковые, а с другой стороны – выяснить, насколько технически удачно они реализованы в законопроекте.

I. Отказ от стадии возбуждения уголовного дела

Заложенную в Концепции идею отказа от так называемой «доследственной проверки», а вместе с ней и от самой конструкции стадии возбуждения уголовного дела, безусловно, следует приветствовать. Стадия возбуждения уголовного дела, с которой якобы должен начинаться уголовный процесс, представляет собой один из самых неудачных рудиментов советского уголовного процесса. На самом деле классическая континентальная схема выглядит совершенно иначе: после регистрации сообщения о преступлении открывается так называемое «**полицейское дознание**», проводимое под непосредственным контролем (надзором) прокурора. По его окончании материалы дела (собранные «полицейские доказательства») ложатся на стол прокурора, который и дает им **юридическую оценку**, в зависимости от которой либо возбуждает **публичное обвинение перед судебной властью**, либо отказывает в его возбуждении, либо применяет альтернативные меры реакции на преступления.

Оставляя пока в стороне собственно полицейское расследование (о нем далее), отметим, что законопроект полностью следует этой логике, заменяя «решение о возбуждении уголовного дела» институтом «регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений», а стадию возбуждения уголовного дела вместе с ее атрибутом – «доследственной проверкой» - адекватной конструкцией «**начала досудебного расследования**». Очень важно подчеркнуть, что в момент регистрации сообщения о преступлении полиция не должна давать деянию официальную юридическую оценку и выносить какое-либо связанное с этим правоприменительное решение (в духе «постановления о возбуждении уголовного дела»). В этом смысле законопроект, судя по Сравнительной таблице, не вызывает никаких нареканий.

Настораживает только, что, как уже отмечалось выше, одна из презентаций, представляющая в виде схематизированного пояснения к новой конструкции регистрации сообщений о преступлении в журнале криминальных сообщений, содержит скрытую «реставрацию» института доследственной проверки. Так, согласно презентации, дежурный офицер будет иметь право отказать в регистрации сообщения о преступлении в журнале криминальных сообщений, вынося при этом подлежащее судебному обжалованию процессуальное решение. Если же он все-таки примет решение зарегистрировать сообщение, то также будет обязан вынести процессуальное решение – постановление о регистрации сообщения и начале досудебного расследования. Подобная схема означает только одно – сохранение стадии возбуждения уголовного дела и института доследственной проверки, сопровождаемое их сугубо формальным переименованием. Действительно, после появления «повода к регистрации» полиция начнет неизбежно выяснять наличие или отсутствие оснований для регистрации сообщения, совершать проверочные действия и т. д. Постепенно данный этап

процесса станет расширять свои временные рамки, наполняться новыми «проверочными действиями» и... превратится в пресловутую доследственную проверку. Постановление о регистрации сообщения заменит нынешнее постановление о возбуждении уголовного дела, а постановление об отказе в регистрации соответственно – нынешнее постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Все вернется на круги своя... В этом плане не внушает также оптимизма предполагаемое Сравнительной таблицей терминологическое уточнение в ст. 7 УПК РК понятия «пояснение», которое должно создать синонимический ряд с нынешними «объяснениями», характерными именно для доследственной проверки.

В то же время в новой редакции основного текста УПК РК данные положения развития не находят, что вызывает определенный оптимизм, позволяющий рассчитывать, что реставрация доследственной проверки все-таки не произойдет. Так, опять-таки судя по Сравнительной таблице, ст. 184 УПК РК будет содержать норму об обязанности зарегистрировать каждое заявление о преступлении. **Только такой подход, где не может идти никакой речи даже о самой возможности «постановления об отказе в регистрации» сообщения о преступлении, позволит не номинально, а реально отказаться от доследственной проверки.** Мы искренне надеемся, что представленная в презентации схема, строго говоря, совершенно не соответствующая тексту законопроекта, либо устарела, либо является элементарной технической ошибкой, не отражающей волю разработчиков законопроекта.

Опираясь на отмеченный текст ст. 184 УПК РК и более не обращая внимания на неудачную схему, представленную в презентации, выделим уже не столько на концептуальном, сколько на техническом уровне несколько требующих решения проблем, порожденных реформой института возбуждения уголовного дела и не урегулированных в законопроекте:

1) Новая редакция соответствующих положений УПК РК исходит из того, что обязанность регистрации существует в отношении *заявлений о преступлении* (ст. 184), досудебное расследование производится только после регистрации *заявлений о преступлении* (ст. 194) и т. д. Однако, заявление о преступлении, как известно, не является единственным источником информации о преступлении или, говоря языком казахстанской реформы, не является единственным поводом к началу досудебного расследования, что совершенно понятно и естественно в силу принципа публичности уголовного процесса (так называемый принцип *ex officio*). Но, каков механизм начала досудебного расследования в случае появления других поводов к его началу (рапорт, сообщение в СМИ и др.), предусмотренных УПК РК? Должны ли такие поводы регистрироваться в журнале криминальных сообщений? Как при их появлении должно начинаться досудебное расследование? Все эти вопросы требуют уточнения. Иными словами, необходимо адаптировать к новой процессуальной реальности не только нормы о «заявлении о преступлении», но и весь институт поводов к началу досудебного расследования (бывшие «поводы к возбуждению уголовного дела»). Пока это не сделано.

2) В более общем плане возникает впечатление о некоторой разбалансированности новых положений пореформенного казахстанского уголовного процесса с классическими положениями и институтами, которые после реформы сохранятся в силе. Иными словами, нынешняя реформа требует более тщательной рекодификации уголовно-процессуального права, в ходе которой соответствующей ревизии и взаимной координации должны подвергнуться все уголовно-процессуальные нормы (а не только те, что формально затронуты реформой и попали в поле зрения законодателя).

Приведем один пример: предполагаемая редакция ч. 7 ст. 184 УПК РК содержит очень интересное и плодотворное положение, согласно которому пострадавшее лицо, если оно известно, должно признаваться потерпевшим с момента начала досудебного расследования. Иначе говоря, лицо должно признаваться потерпевшим сразу после регистрации его заявления в журнале криминальных сообщений, а поскольку такая регистрация в свою очередь является обязательной, то сам факт подачи заявления автоматически приводит к

появлению у заявителя статуса потерпевшего. Логика реформаторов здесь безупречна. Непонятно другое: почему в таком случае не подверглась ревизии ст. 75 УПК РК, регулирующая на уровне общих положений статус потерпевшего и по-прежнему настаивающая на том, что лицо становится потерпевшим лишь с момента вынесения соответствующего постановления, ни словом не упоминая о ситуации, регулируемой ч. 4 ст. 184 УПК РК, которая, смеем верить, будет возникать по большинству уголовных дел? Здесь имеет место явная недоработка с точки зрения законодательной (кодификационной) техники.

3) Представляется, что механизм регистрации сообщений о преступлении и начала досудебного расследования содержит явный пробел, касающийся роли прокурора на этом важнейшем этапе уголовного процесса. Предложенная составителями схема выглядит таким образом, что на начальном этапе досудебного расследования (после регистрации сообщения) информация передается лишь начальнику органа досудебного расследования, но не прокурору (см. также новую редакцию ст. 190 УПК РК), в результате чего расследование становится неким «внутренним делом» полицейских органов.

Ясно, что если законодатель основывается на классических моделях континентального уголовного процесса, то после регистрации каждого сообщения о преступлении, информация об этом должна как можно быстрее (допустим, не позднее 24 часов после регистрации) доводиться до сведения прокурора. В противном случае, возникнет неизбежный процессуальный дисбаланс. Скажем, как прокурор может реализовывать свое полномочие по прекращению досудебного расследования, если он даже не в курсе того, что оно начато? Как он может контролировать сроки досудебного расследования? В конечном итоге, информирование прокурора позволяет сделать процессуальную схему начала досудебного расследования более прозрачной и контролируемой «извне», что не может не пойти на пользу правам личности в уголовном процессе.

II. Унификация досудебного расследования

Представленная в законопроекте модель «досудебного расследования», которое должно объединить нынешнее предварительное следствие и дознание, является логичным и обоснованным продолжением реформы стадии возбуждения уголовного дела. В какой-то мере, можно говорить, что речь идет о целостном и концептуальном преобразовании досудебного производства как такового.

В целом, идею разработчиков реформы нельзя не поддержать. Дуализм дознания и предварительного следствия как двух форм расследования не только изжил себя, но и просто не имеет надлежащих теоретических оснований после того, как советская система и ее постсоветские наследники, по сути, отказались от классического предварительного следствия континентального (исторически французского) типа, имеющего, как известно, судебную природу, то есть относящегося к компетенции судебного ведомства. Напомним, что разграничение дознания и предварительного следствия теоретически основано в Европе на институциональном (или, если угодно, на конституционно-правовом) разграничении полицейской и судебной деятельности – дознание имеет полицейскую природу, тогда как следствие входит в сферу полномочий суда, в рамках которого имеются специальные должности так называемых «следственных судей». Если дореволюционная российская процессуальная система следовала этой логике (институт судебных следователей), то в советский период она оказалось утраченной. После перехода следственных функций в компетенцию полицейских органов во главе с МВД от «предварительного следствия», по сути, в наследство осталось лишь наименование института, а также ряд процессуальных функций, неоправданно переданных после упразднения судебных следователей в руки полиции и прокуратуры, что отражало советскую идеологию с ее размыванием концепций «полиции» и «юстиции». По сути, уже в тот период произошла почти полная «полицизация» расследования, не оставляющая места классическому предварительному следствию. Это

требовало унификации расследования в рамках концепции «полицейского дознания», проводимого под надзором прокурора, с формальным отказом от «предварительного следствия», поскольку исчезновение следственных судей (судебных следователей) в теоретическом плане означает исчезновение предварительного следствия как такового. Однако, советская процессуальная теория пошла по другому пути, что лишь усугубило ее кризис и затруднило в дальнейшем постсоветскую институциональную нормализацию, которая наконец-то постепенно начинает происходить, прекрасной иллюстрацией чего является казахстанская реформа предварительного расследования.

Таким образом, еще раз подчеркнем: происходящая в Казахстане унификация досудебного расследования не вызывает никаких теоретических сомнений. Она лишь переводит на адекватный процессуальный язык то, что и так уже давно имело место в реальной действительности.

Теперь несколько слов о терминологии. Несмотря на то, что в теории уголовного процесса уголовно-процессуальную деятельность полицейских органов (под надзором прокурора) по собиранию доказательств для решения вопроса об окончательном выдвижении прокурором обвинения и передаче дела в суд принято по традиции именовать «полицейским дознанием» или «прокурорско-полицейским дознанием», казахстанский законодатель остановился на другом термине – досудебное расследование. Такой термин также допустим, поскольку главное, чтобы он отражал несудебную (соответственно прокурорско-полицейскую) природу соответствующей уголовно-процессуальной деятельности.

Что касается содержания и структуры нового досудебного расследования, то они отражают, главным образом, так называемую «германскую модель» досудебного производства (на наш взгляд, на сегодняшний день по ряду причин оптимальную для постсоветских государств), но с небольшими институционально-терминологическими примесями французской модели, вокруг которой в свое время и выстраивалась дореволюционная российская конструкция предварительного производства, процессуально повлиявшая на советско-постсоветские системы. Такой подход выглядит сбалансированным и не вызывает теоретического отторжения в силу гипотетической «несовместимости» - здесь все совместимо. Сам термин «следственный офицер» является отражением некоего процессуального компромисса – прилагательное следственный подчеркивает его роль лица, уполномоченного собирать полноценные доказательства (дань исторически близкой французской системе), тогда как существительное «офицер» четко указывает, что речь идет о деятельности, имеющей полицейскую природу, в силу чего никакого классического предварительного следствия французского типа здесь нет и быть не может. Ясно, что подобный терминологический подход, как уже отмечалось, много более удачен, нежели совершенно непонятная конструкция «инспектора», в которую совершенно нелепо вписать институты, сохраняющиеся в казахстанском уголовном процессе (принятие дела к производству, расследование дел группой лиц, следственное действие и т. д.).

Что касается собственно структуры досудебного расследования, предложенной в законопроекте, то она также сомнений не вызывает. После начала досудебного расследования следственный офицер собирает необходимые доказательства, после чего составляет отчет и передает материалы прокурору, который уже принимает окончательное решение о предъявлении обвинения и передаче дела в суд или о прекращении дела. При этом, что очень важно, следственный офицер не принимает правоприменительных решений, связанных с юридической оценкой деяния (квалификация и т. д.), оставаясь в рамках классической полицейской логики. Юридическая оценка деяния является итогом досудебного расследования, а не его предпосылкой (что совершенно справедливо), и относится к компетенции прокурора (что также справедливо). В такой ситуации логичным выглядит отказ от института предъявления обвинения в ходе расследования (а не по его окончании), поскольку данный институт уходит корнями во французскую систему предварительного следствия, строящуюся вокруг фигуры следственного судьи. Теоретических предпосылок для

его сохранения не осталось. В то же время требование об информировании лица о ведении в его отношении досудебного расследования, что совершенно необходимо с точки зрения реализации права на защиту, вполне обеспечивается с помощью конструкций «выдвижение подозрения» и «подозреваемого». При этом речь опять-таки не идет об окончательной квалификации деяния, полном доказательственном обосновании решения и т. д. Все это произойдет уже по окончании расследования – на этапе предъявления обвинения прокурором для передачи дела в суд, когда и появится фигура «обвиняемого». Предложенный в законопроекте подход в этом смысле никаких нареканий не вызывает.

Таким образом, концепция унифицированного досудебного расследования теоретически оправдана и, в целом, технически грамотно реализована. В то же время в более конкретной плоскости по поводу законопроекта нельзя не сделать несколько критических замечаний как концептуального, так и технического характера:

1) 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? Если законодатель исходит из искусственности разграничения дознания и предварительного следствия, поскольку между, допустим, следователем и дознавателем МВД нет никакого институционального различия, оправдывающего наличие у них процессуальных полномочий разной степени интенсивности, то почему он не замечает такую искусственность в противопоставлении процессуальных «допросов» и оперативных «опросов», «следственных экспериментов» и «оперативных экспериментов» и т. д.? Это тем более странно с учетом того, что в законопроекте находит развитие теория «негласных процессуальных действий», к которым на самом деле и относятся в теоретическом плане «оперативно-розыскные мероприятия». Место им в УПК, а не в автономном Законе об ОРД. Но пока законодатель на это не решился, в силу чего концепция полицейского «досудебного расследования» выглядит не вполне соответствующей сравнительно-правовым стандартам и несколько, если угодно, «недоразвитой».

2) Тенденцию на развитие института судебного контроля следует только приветствовать, как, разумеется, и расширение списка процессуальных действий и решений, разрешение на проведение которых дает суд. Но пока это лишь начало движения, то есть законопроект делает следующий шаг вперед в нужном направлении, но еще не приводит в этом смысле казахстанский уголовный процесс к международным стандартам, поскольку многие действия, затрагивающие конституционные права и свободы личности по-прежнему будут санкционироваться не судом, а прокурором, что прямо отмечено в Концепции.

3) Уже в более технической плоскости совершенно непонятно, с какой целью законопроект вводит процессуальное понятие «органа досудебного расследования» (см. новую редакцию ст. 65 УПК РК)? Как будут соотноситься компетенции следственного офицера, органа досудебного расследования и начальника органа досудебного расследования? Если дело к своему производству принимает конкретный следственный офицер, то какие процессуальные полномочия могут быть у «органа досудебного расследования» как коллективного процессуального субъекта? Если же законодатель считает, что понятие «орган досудебного расследования» необходимо в тех случаях, когда соответствующее процессуальное действие от имени «органа» вправе осуществлять исключительно руководитель (начальник) последнего, то зачем тогда он вводит еще фигуру «начальника органа расследования» в качестве процессуального субъекта *sui generis*?

Думается, что здесь просто произошло техническое недоразумение. Преобразовав «следователей» в «следственных офицеров», законодатель затем решил механически преобразовать «органы дознания» в «органы досудебного расследования». Но это уже является лишним, поскольку *унификация* предварительного расследования сама собой

подразумевает исчезновение прежнего дуализма, в том числе с точки зрения органов (следователь и орган дознания). Здесь только следует напомнить, что в нынешнем уголовном процессе есть «следователи», но нет «органов следствия». Точно также не должно быть и «органов досудебного расследования» - достаточно одних лишь «следственных офицеров», а также «начальников органов досудебного расследования». В противном случае, возникнет невообразимая процессуальная путаница.

4) Из законопроекта справедливо вытекает, что именно прокурор разрешает конфликт компетенций в рамках разграничения подследственности между различными ведомствами (см. новую редакцию ст. 192 УПК РК). Много менее понятно, вправе ли прокурор передавать дело из производства одного следственного офицера в производство другого следственного офицера в рамках одного ведомства или это остается исключительной прерогативой начальника органа досудебного расследования? С точки зрения классической континентальной теории, у прокурора должно быть право самому определять следственного офицера для производства расследования (особенно когда именно прокурор инициирует начало расследования – в противном случае расследование рискует быть не слишком активным), изымать дело у одного офицера и передавать другому, отменять соответствующие решения начальника органа расследования и т. д. Это также важно для обеспечения процессуальной самостоятельности следственного офицера, который, как следует из законопроекта, при проведении расследования подчиняется только прокурору. В конечном итоге, для эффективного расследования требуется определенное единоначалие, которое и обеспечивает прокурор, иначе возможны ситуации, с которыми столкнулась российская процессуальная система, когда при производстве по уголовному делу начинается деструктивная «война» ведомств (СК РФ и прокуратуры). Допускать их никоим образом не следует.

5) Законопроект не совсем внятно решает вопрос о пределах производства по уголовному делу в ходе досудебного расследования, что особенно опасно с учетом упразднения институтов возбуждения уголовного дела и привлечения в качестве обвиняемого. Ясно ведь, что институт привлечения в качестве обвиняемого, помимо «информационной функции» (предъявление обвинения), решал и другую задачу сугубо технического порядка – позволял путем привлечения в качестве обвиняемого необходимого круга лиц (прежде всего, при соучастии) сформировать к окончанию расследования надлежащие пределы производства по кругу лиц (*in personam*). Сейчас такую функцию должен, видимо, взять на себя институт предъявления обвинения прокурором, который необходимо тщательно скоординировать с институтом выдвижения подозрения следственным офицером.

В этом смысле в законе следует четко оговорить: расследование (после регистрации сообщения о преступлении) всегда начинается в отношении фактов, изложенных в сообщении. В такой ситуации следственный офицер вправе выдвинуть (при наличии достаточных данных) подозрение в отношении любого лица, причастного к совершению данного факта в качестве исполнителя, соисполнителя или соучастника, независимо от того, указано ли соответствующее лицо в сообщении о преступлении или не указано, будучи установлено самим следственным офицером в ходе расследования (не говоря уже о том, что иногда в сообщении указано не то лицо, которое на самом деле совершило преступление). Расследовать иные факты следственный офицер вправе лишь в том случае, когда они надлежащим образом зарегистрированы в журнале криминальных сообщений и соединены в одно производство по расследованию. Отчет составляется лишь в отношении фактов, по которым проводилось расследование. При этом именно прокурорское обвинительное заключение определяет окончательный круг лиц, обвиняемых в совершении преступления, дело по которому передается в суд. Здесь надо решить только один вопрос: вправе ли прокурор включать в обвинительное заключение тех лиц, которые, с его точки зрения, причастны к совершению преступления, но в отношении которых следственный офицер не выдвигал подозрение о преступлении? Вопрос непрост, но скорее всего здесь напрашивается отрицательный ответ, иначе может оказаться поколеблено право подозреваемого на защиту.

Думается, что в отмеченной ситуации прокурор лишь вправе распорядиться о производстве дополнительного расследования, поручив следственному офицеру выяснить причастность к преступлению определенных лиц, в отношении которых не выдвигалось подозрение (если у прокурора имеются сведения об их причастности к расследованным фактам).

В целом, проблемы пределов производства по делу в стадии досудебного расследования требуют тщательной регламентации в законе, иначе здесь может возникать процессуальный хаос, обостренный отсутствием устойчивых институциональных ориентиров новой системы унифицированного расследования, что всегда характерно для периода реформ.

III. Отказ от возвращения уголовного дела на дополнительное расследование

Институт возвращения уголовных дел на дополнительное расследование давно вызывает немалые проблемы на постсоветском пространстве, включая, разумеется, Казахстан. Его критика чаще всего абсолютно справедлива, поэтому стремление казахстанского законодателя отказаться от данного института обоснованно и естественно. Другое дело – техническая сторона потенциального отказа от института. На постсоветском пространстве встречается ряд попыток отказа от института возвращения дела на доследование, закончившихся откровенной неудачей. Самый характерный пример – новый УПК РФ, когда законодатель сначала торжественно объявил об отказе от доследования, но затем, в том числе на основании Постановления Конституционного суда РФ от 8 декабря 2003 г., фактически его реставрировал, причем в некоторых аспектах даже в худшем виде по сравнению с тем, что имело место в советском УПК РСФСР. Крах российской реформы объясняется именно недооценкой и недопониманием технической стороны института дополнительного расследования, на которой мы здесь не будем подробно останавливаться.² Важно учесть лишь одно – при неправильной технической реализации отказа от доследования процессуальная система объективно заходит в тупик, что и предопределяет реставрацию института, причем часто вопреки воле законодателя.

Возникает впечатление, что казахстанский законодатель прекрасно отдает себе отчет в технических проблемах, связанных с отказом от доследования, и пытается их решить, скорее всего учитывая и негативный российский опыт. Такого рода подход заслуживает несомненного одобрения. С другой стороны, мы по-прежнему убеждены, что предложенные технические меры пока еще недостаточны. Если исходить из предложенных в законопроекте механизмов (которые сами по себе правильны), то либо процессуальная система все-таки столкнется с фундаментальными сложностями, либо отказ от доследования вновь (как и в России) окажется иллюзией.

Чтобы обосновать столь пессимистический вывод напомним, что любая процессуальная система должна содержать ответ на следующие вопросы: а) как быть, если в ходе творческого состязательного судебного разбирательства, представления новых доказательств, исследования имеющихся доказательств и т. д. суд придет к выводу, что обвиняемый виновен, но в совершении более тяжкого преступления, чем изначально вменялось ему в вину (уже в суде вскрываются новые детали, квалифицирующие признаки и т. д.)?; б) как быть, если в судебных стадиях процесса обнаруживаются существенные нарушения закона, допущенные в ходе досудебного расследования, но не связанные с собиранием доказательств (на нарушение их прав ссылаются сами стороны и т. д.)? Поскольку институт доследования, применяемый в таких ситуациях, упраздняется, то значит должны существовать иные варианты ответа на поставленные вопросы. Надо признать, что

² См. подробнее: *Головкин Л. В.* Истоки и перспективы института дополнительного расследования уголовных дел на постсоветском пространстве // *Государство и право.* 2009. № 11. С. 54 – 67.

казахстанские реформаторы такие ответы предлагают. Рассмотрим их по порядку, чтобы понять, насколько они достаточны:

1) Ответ на первый вопрос, казалось бы, ясен и вполне корректен: при установлении новых обстоятельств прокурор получает право менять обвинение на более тяжкое непосредственно в ходе судебного разбирательства. При этом законопроект подробно и внятно регламентирует процедуру изменения обвинения в суде на более тяжкое, позволяющую, что очень важно, не ущемить права защиты (см. новую редакцию ч. 6.1 ст. 317, ст. 321, ч. 4.5 ст. 346 УПК РК). Эти положения, безусловно, позитивны, и являются шагом вперед на пути к полному отказу от доследования, технически выгодно отличаясь от российского варианта реформы института.

Но здесь все равно остается один вопрос, на который в законопроекте нет ответа: *как должна решаться проблема, если мнения прокурора и суда по вопросу о квалификации преступления разошлись?* Допустим, прокурор по-прежнему считает, что речь идет о грабеже, в силу чего формально не меняет обвинение на более тяжкое. Суд уходит в совещательную комнату, оценивает доказательства и приходит к выводу, что речь все-таки идет о разбое. Какое решение он должен тогда вынести? Напомним, что суд – это не «штамповочный инструмент», механически утверждающий или не утверждающий прокурорскую квалификацию деяния, а высший орган правоприменения, и у него не только может, но и должно быть собственное мнение по юридической оценке доказанных фактов, нередко отличающееся от мнения обвинителя.

Классическое решение данного вопроса известно. Суд связан только предъявленными обвинением фактами, но не их юридической оценкой (в том числе в худшую для защиты сторону). Право прокурора менять в ходе судебного разбирательства обвинение на более тяжкое, которое предполагается казахстанской реформой, важно именно с точки зрения круга фактов (прокурор предъявляет новые факты, связанные с обвинением), но не с точки зрения их якобы окончательной «прокурорской квалификации». Противное означало бы, что именно прокурор, а не суд находится на вершине правоприменения, поскольку прокурор якобы лучше других (в том числе лучше суда) знает, какая правовая норма (уголовного закона) подлежит применению к данному случаю.

Но законопроект не содержит в полной мере приведенного классического ответа на поставленные вопросы, отличаясь отмеченной недоговоренностью, что неизбежно приведет к сложностям в реальной практике.

2) Если в первом случае движение мысли законодателя верно, хотя и не доведено до логического завершения, то ответ на второй вопрос понятен много меньше. Так каковы же юридические последствия обнаружения в судебных стадиях процесса существенных нарушений уголовно-процессуального закона, допущенных в ходе досудебного расследования?

Представляется, что попытка ответа содержится в новой редакции ст. 300 УПК РК, согласно которой при поступлении дела в суд судья обязан выяснить, не допущены ли при досудебном производстве нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие назначению судебного заседания. В развитие данной нормы новая редакция ст. 302 УПК РК гласит, что главное судебное разбирательство назначается только тогда, когда «судья пришел к выводу, что в процессе досудебного производства соблюдены все требования настоящего Кодекса и отсутствуют иные основания, препятствующие рассмотрению дела в суде».

Стремление законодателя найти адекватные технические средства, позволяющие отказаться от возвращения дела на дополнительное расследование в связи с обнаружением неустранимых в суде нарушений уголовно-процессуального закона, и понимание им наличия сложной процессуальной проблемы сами по себе отрадны. Но здесь неизбежно возникают

несколько вопросов, на которые в законопроекте опять-таки нет ответа. *Что должен делать судья, если он, действуя в порядке ст. 300 УПК, обнаружит-таки нарушения уголовно-процессуального закона? Как ему быть, если он в рамках ст. 302 УПК придет к выводу о том, что в деле имеются нарушения, препятствующие проведению судебного разбирательства? На какие реальные последствия могут рассчитывать стороны, если они в свою очередь обратят внимания судьи на наличие таких нарушений (а стороны, несомненно, будут на них обращать внимание)?*

На данные вопросы существует только два варианта ответа: а) судья будет констатировать нарушения и... проходить мимо, что вряд ли станет стимулировать органы досудебного расследования к соблюдению закона и вообще ставит под сомнение саму необходимость законодательной регламентации досудебного производства (зачем закон, если его можно процессуально безнаказанно нарушать?); б) судья окажется вынужден реагировать на имеющиеся нарушения, тем более если они препятствуют проведению главного судебного разбирательства, в силу чего ему ничего не останется, кроме как... вернуть дело на дополнительное расследование. В последнем случае долгожданный «отказ от доследования» предстанет в виду очередной реформаторской иллюзии, что и имело место в Российской Федерации. Такая перспектива более чем реальна. Более того, при нормальном развитии правоприменения в Республике Казахстан (активная и профессиональная адвокатура, независимый и квалифицированный суд и т. д.) ее можно считать **прогнозом** развития событий, который автор этих строк готов сделать при оценке реформаторских амбиций, направленных на полный отказ от института возвращения уголовных дел на дополнительное расследование.

В этом смысле законопроект позволяет сократить доследование в количественном смысле, но не полностью отказаться от него в смысле качественном. По крайней мере, ситуации, когда с отменой доследования возникнет неизбежный процессуальный тупик, налицо. Избавиться от них пока не удалось.

IV. Введение соглашений о сотрудничестве между обвинением и защитой (сделок с правосудием)

Стремление казахстанского законодателя имплементировать в свою правовую систему очередную разновидность ставших уже почти легендарными «сделок с правосудием» неожиданностью не является, поскольку такое стремление стало своего рода «сравнительно-правовым поветрием». В последние годы многие страны, часто еще достаточно далекие от окончательного решения сложнейших задач по построению правового государства, созданию независимого суда, обеспечению устойчивой некоррупционной правоприменительной практики и т. д., с необъяснимым упорством направляют едва ли не всю свою реформаторскую энергию на имплементацию именно «сделок с правосудием». При этом весьма противоречивый опыт других стран, в том числе Российской Федерации, где такие «сделки» существуют после принятия Закона от 29 июня 2009 г., почему-то совершенно не учитывается. Скажем, в той же России институт «сделок» хотя пока и не принес ожидавшихся результатов на поприще борьбы с организованной преступностью, терроризмом или коррупцией (мало-мальски серьезных процессов, выигранных обвинением именно за счет «сделок», фактически нет), но уже повлек некоторые крайне негативные последствия, о чем предупреждали эксперты, в том числе автор этих строк, еще в период ожесточенных дискуссий в ходе прохождения законопроекта. Самый трагический пример – смерть в предварительном заключении Сергея Магнитского, последовавшая всего спустя пару месяцев после вступления закона «о сделках» в силу. Будучи ознакомленным с некоторыми деталями данного дела в качестве правового эксперта, могу со всей уверенностью утверждать, что одной (хотя, конечно, не единственной) из причин трагедии послужило именно намерение следствия заключить с ним «сделку» в обмен на показания против находящегося за рубежом главы компании, которую он консультировал. Отказ С. Магнитского

от «сделки» привел к беспрецедентному давлению на него, окончившемуся, как известно, смертью человека. Но даже последовавший за этим глубокий политический кризис, обязывающий, казалось бы, с максимальной аккуратностью относиться к подобным институтам в условиях «переходных» правовых систем, не уменьшил энтузиазма сторонников «сделок». Обращу также внимание, что приведенный пример наиболее известен, но далеко не единичен.

В целом, автор настоящих строк убежден, что институт «сделок с правосудием» может быть эффективен и при этом безопасен с точки зрения прав личности лишь в условиях **институционально сложившихся процессуальных систем**, к которым большинство постсоветских правопорядков не относится. В этом смысле остается только присоединиться к рекомендациям, высказанным в ходе III Экспертного Форума БДИПЧ/ОБСЕ для Центральной Азии (2010), согласно которым «сделки о признании не могут использоваться в тех уголовно-процессуальных системах, в которых досудебное производство заражено случаями незаконного воздействия и принуждения к признанию вины и в которых доступ к правовой помощи (в том числе бесплатной – Л. Г.) недостаточно обеспечен».³ Добавлю от себя, что еще одним критерием является наличие или отсутствие независимой судебной власти, что подразумевает полное отсутствие в ее деятельности малейших намеков на обвинительный уклон. У автора этих строк нет сомнений, что, допустим, уголовно-процессуальная система Российской Федерации данным критериям не соответствует, что и приводит иногда к катастрофическим последствиям применения Закона от 29 июня 2009 г. У автора этих строк есть сомнения, что им полностью соответствует и уголовно-процессуальная система Республики Казахстан, что опять-таки не исключает появления абсолютно аналогичных последствий, в данный момент не охватываемых, разумеется, «умыслом законодателя». В такой ситуации, высказанные в Концепции соображения, что институт «сделок с правосудием» в том числе позволит «минимизировать злоупотребления в ходе производства по уголовным делам» и создаст «дополнительные гарантии защиты прав и свобод граждан», выглядят, по меньшей мере, странно.

Каково бы ни было принципиальное решение казахстанского законодателя по вопросу о «сделках», при их имплементации в любом случае должны быть решены следующие технические проблемы:

1) Необходимо исчерпывающим и точным образом определить круг оснований для заключения «соглашения о сотрудничестве» (категория преступления – особо тяжкие и тяжкие; наличие нескольких соучастников, некоторые из которых отрицают вину; объективные затруднения в собирании доказательств и т. п.). Как показывает российский опыт, при отсутствии в законе конкретизации таких оснований «сделки» чаще всего используются не для того, для чего они задумывались (борьба с организованной преступностью и т. п.), а в совершенно иных целях, подчас весьма далеких от логики института (нередко по незначительным и совершенно очевидным делам). В качестве характерного и вполне реального курьеза российского применения «сделок» приведу пример, когда такая «сделка» была заключена с задержанным на месте преступления за нанесение телесных повреждений в ходе драки в ночном клубе, причем в присутствии десятков свидетелей, давших исчерпывающие и непротиворечивые показания, сотрудником органов внутренних дел. Каковы были реальные «основания» заключения «сделки» остается только догадываться, поскольку после ее заключения по делу, не представлявшему никаких доказательственных затруднений (и в отсутствие соучастников), сотрудник органов внутренних дел смог по причине «сделки» избежать реальной уголовной ответственности. В данном случае процесс, конечно, может быть дифференцирован в зависимости от признания вины, что приводит к

³ III Expert Forum on Criminal Justice for Central Asia. Final Report, OSCE ODIHR, 17-18 June 2010, Dushanbe, Tajikistan.

ускоренному судебному следствию, некоторому снижению наказания и т. д., но к «делкам» подобная процессуальная дифференциация не имеет ни малейшего отношения.

2) Поскольку заключение «соглашения о сотрудничестве» приводит к выделению уголовного дела и его рассмотрению в особом порядке, причем без проведения судебного следствия, то вынесенный в отношении заключившего сделку лица приговор не может иметь никакого преюдициального значения для других дел. Это очень важное положение, которое аксиоматично доктринально⁴, 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.

3) Законодателю необходимо скорректировать принцип непосредственности исследования доказательств – один из краеугольных камней современного уголовного процесса. Напомним предложенную схему заключения «соглашения о сотрудничестве»: с одним из обвиняемых заключается «сделка», он, допустим, дает показания против соучастников, его дело выделяется, после чего он осуждается в «льготном порядке». Свои обязанности по «сделке» он формально выполнил, но его показания даны в ходе досудебного производства. С точки зрения принципа непосредственности, их еще надо подтвердить в суде, когда в состязательном процессе будет рассматриваться основное дело в отношении соучастников. Но к тому времени обвиняемый уже осужден и часто совершенно не намерен давать какие-либо новые показания в ходе гласного судебного процесса. В результате, либо доказательство не может использоваться (нет оснований для оглашения показаний и их исследования судом), что приводит к бессмысленности «сделки», либо закон должен предусмотреть новое исключение из принципа непосредственности, дающее основания для оглашения показаний, данных уже осужденным по «сделке» обвиняемым при исполнении им своих обязанностей в ходе досудебного производства. Здесь, впрочем, возникает уже другой вопрос: как быть, если давший показания обвиняемый находится под «защитой», что исключает разглашение сведений о его личности и препятствует оглашению показаний. На данный вопрос закон также должен содержать ответ.

На сегодняшний день все поставленные здесь технические проблемы, связанные с институтом «соглашения о сотрудничестве», законодателем не решены. Это лишь усиливает сомнения в целесообразности имплементации в казахстанский уголовный процесс данного института.

Май 2011 г.

⁴ См. подробное обоснование: *Головко Л. В.* Три аксиомы применения института преюдиции в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве, Сборник научных трудов памяти проф. П. А. Лупинской. М., МГЮА. 2011. С. 57 – 58.

Совершенствование правового статуса адвоката в свете разработки нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан⁵

1. Правовое положение адвоката в уголовном судопроизводстве

В соответствии с ч. 3 ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником; защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника.

Очевидно, что реализация вышеуказанных прав фактически невозможна без доступа к квалифицированным и свободным от власти органам уголовного преследования юристам. В результате эволюции уголовного правосудия, функция осуществления профессиональной защиты по уголовным и, как правило, по гражданским делам, была сконцентрирована в руках адвокатов - правоведа, объединенных в корпорации, организованные с целью сохранения своей независимости от государства и защиты этических стандартов, положенных в основу профессии.⁶

Отечественная адвокатура, имеет явно российское происхождение и в основе своей сформировалась по старым европейским лекалам, перенесенным в Казахстан в ограниченном и в некоторой степени искаженном виде в годы советской власти.⁷

Полноценное развитие адвокатуры возможно только при наличии независимого суда, настоящего равенства и состязательности сторон, которые в свою очередь могут существовать только в демократическом правовом государстве, основанном на подлинном разделении властей, обеспеченном системой сдержек и противовесов. Чем дальше политические и правовые реалии в стране от указанных стандартов, тем в более угнетенном

⁵ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

⁶ Так, например, Ассоциация адвокатов города Нью-Йорк была основана в 1870 году «группой людей, названной одним юристом «порядочными представителями профессии». Эта «порядочная часть» кипела негодованием по поводу укоренившейся коррупции среди адвокатов, судей и политиков Нью-Йорка. Несколькими годами позже, в 1878 году «семьдесят пять джентльменов» из адвокатуры, встретившись в Саратоге (штат Нью-Йорк), образовали национальное сообщество – Американскую ассоциацию юристов». Л. Фридман. Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс», 1993. С. 201

⁷ Приходится признать, что за десятилетия коммунистического влияния закрепленные в обычном праве казахов традиции суда биев, когда защитник (представитель) выбирался самой стороной из числа знающих, добросовестных и красноречивых сограждан для участия в также выборном суде, были полностью вытравлены не только из законодательства, но и всей правовой культуры нашего общества, и в настоящее время, к сожалению, не являются частью действующей системы оказания юридической помощи. По этой причине указанные традиции не входят в предмет данного исследования.

состоянии находится судебная власть и тем более декоративной и порой гротескной выглядит адвокатура.⁸

Диктаторы и тоталитарные режимы воспринимали адвокатуру как институт, направленный на ограничение их власти (что в действительности соответствует истине), а адвокатов как недругов или в лучшем случае сомнительных субъектов, готовых во имя интересов представляемых лиц, отказаться от «светлых идеалов», на которых зиждется здание самой деспотии⁹ (что также верно, поскольку является основным этическим принципом профессии).

В подтверждение вышеизложенного тезиса часто приводят слова В.И. Ленина о том, что «Адвокатов надо брать в ежовые рукавицы и ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто паскудничает... Но все же лучше адвокатов бояться и не верить им, *особенно* если они скажут, что они социал-демократы и члены партии».¹⁰ Вырванная из контекста самой работы цитата «лидера мирового пролетариата», звучит довольно грубо, но в действительности отражает истинное отношение политика, готового на все во имя достижения власти, к принципам справедливого правосудия и тем, кто эти принципы призван защищать.

Очевидно, что при таком восприятии адвокатов и их роли в обществе, рассчитывать на нормальное существование этого института в стране, строящей коммунизм, не приходилось. Следует признать, что отношение советского государства к адвокатуре менялось в зависимости от жесткости самой системы и эволюционировало от попыток ее полного разрушения¹¹ или замены на какие-то дегенеративные, явно нежизнеспособные эрзацы¹² до относительного признания и фиксации в весьма ограниченных, но пригодных для существования формах к моменту окончательного коллапса режима.

⁸ «Отношение к адвокатуре – своеобразный «барометр», по которому определяется правовой климат общества. Ее функционирование может быть успешным лишь в качестве института, не входящего в систему государственных органов и органов местного самоуправления. В цивилизованных государствах деятельность адвокатуры поддерживается, в них адвокат-чиновник не нужен. В государствах же тоталитарных, характеризующихся бесправием человека, адвокатура искореняется или влачит жалкое положение». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С.75.

⁹ Любопытно высказывание Наполеона Бонапарта по поводу проекта декрета об адвокатуре: «Проект нелеп, он не оставляет никакого средства против адвокатов; они – мятежники, виновники преступлений и измен; пока я буду носить шпагу, я не подпишу подобного декрета; я хочу, чтобы можно было отрезать язык всякому адвокату, который употребил бы его против правительства». Цит. по: Андрианов Н.В. Адвокатура – общественная солидарность. Профессия адвоката: Сборник работ о французской адвокатуре / Сост. А.В. Поляков. – М. Статут, 2006. С. 13.

¹⁰ В.И. Ленин Письмо Е. Д. Стасовой и товарищам в московской тюрьме. Полное собрание сочинений. Т. 9 с. 170

¹¹ «...на самом деле период 1917-1920 годов ознаменовался тотальным уничтожением русской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов прошлого столетия.... Многие бывшие присяжные поверенные были уничтожены физически, кто-то погиб в годы гражданской войны, сражаясь, в основном, в рядах Белой армии, кто-то умер от болезней, находясь в концентрационных лагерях, кое-кому удалось эмигрировать за границу. За период гражданской войны численность адвокатов в России сократилась с 13 тысяч в 1917 году до 650 адвокатов в 1921 году». А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 42.

¹² Народный комиссар юстиции Д.И. Курский 26 августа 1920 года написал в своем отношении в Президиум ВЦИК: «...представляется необходимым упразднить коллегии правозащитников, имевших к тому же тенденцию хотя бы в скрытой форме возрождать институт буржуазной адвокатуры с гонораром, самоуправлением и пр., перейти к привлечению лиц, способных вести защиту, в первую очередь выдающихся уголовных защитников из прежней адвокатуры, на началах трудовой повинности». Цит. по: А.П. Галоганов. Российская адвокатура: история и современность. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2003. С. 40-41.

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

В уголовном судопроизводстве права защитника были расширены и детализированы, в том числе в части собирания доказательств, более раннего вступления в процесс¹³, закрепления права на свидетельский иммунитет, получения копий материалов дела, судебного обжалования незаконных действий органов уголовного преследования, опроса лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу, инициирования экспертиз и пр. В целом, допустимо сделать вывод о том, что изменения в этой сфере носили недостаточно динамичный и последовательный, но вполне позитивный характер.¹⁴ Поскольку все познается в сравнении, в настоящее время можно констатировать, что адвокатура в Казахстане является более развитой и успешной, чем аналогичные институты в странах Центральной Азии.¹⁵

На сегодняшний день адвокат согласно нормам закона может быть активным участником судопроизводства и способен оказать определенное влияние на судьбу дела, в рассмотрении которого принимает участие. Однако, приходится признать, что, несмотря на относительно положительный тренд изменения законодательства и правоприменительной практики в этой сфере, в целом ситуация далека от совершенства.

Адвокат продолжает очень часто оставаться демократической декорацией в по-прежнему инквизиционном уголовном судопроизводстве. Обращения защитников нередко либо игнорируются, либо удаляются формальной отписки, на нарушения прав обвиняемых и их адвокатов закрывают глаза, как органы прокуратуры, так и суды. Сами адвокаты, иногда становятся объектами преследования со стороны своих процессуальных оппонентов. Гарантии независимости адвокатуры нарушаются. Известны вопиющие факты производства обысков в офисах адвокатов, попыток изъятия документов, содержащих сведения, относящиеся к адвокатской тайне. Адвокаты жалуются на осуществление в их отношении

¹³ В советское время защитник имел право вступить в дело с момента окончания предварительного расследования. Более изощренного способа превратить в фикцию оказание правовой помощи в уголовном процессе трудно придумать.

¹⁴ Анализ современного состояния адвокатуры в Республике Казахстан см.: Д.К. Канафин. Обзорный документ «Юридическая профессия в Казахстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 213-226.

¹⁵ См. например: М.С. Усманова. Обзорный документ «Юридическая профессия в Таджикистане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 279-305, Р.М. Хакимов. Обзорный документ «Юридическая профессия в Кыргызстане». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 237-278, С.А. Пашин. Экспертное заключение по Указу президента Республики Узбекистан от 1 мая 2008 г. «О мерах по дальнейшему реформированию института адвокатуры в Республике Узбекистан» и Постановлению Кабинета министров Республики Узбекистан от 27 мая 2008 г. «Об организации деятельности Палаты адвокатов Республики Узбекистан». Ежегодник Центра исследования правовой политики 2008. Алматы, 2009. С. 30-38, Л.В. Головкин. Деградация статуса адвоката в Республике Узбекистан (анализ новейших подзаконных актов в сфере адвокатской деятельности). Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы, 2010. С. 453-467.

специальных оперативно-розыскных мероприятий, нарушающих не только конфиденциальность их работы, но и неприкосновенность частной жизни профессиональных защитников. Должного уважения к правовому и социальному статусу адвоката нет.¹⁶ Абсолютное большинство приговоров, выносимых судами в Казахстане, носит обвинительный характер.¹⁷ В таких условиях меткое выражение о том, что адвокат продолжает, оставаться лишь жалким просителем в уголовном процессе, к сожалению, продолжает сохранять свою актуальность.

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

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

Тем не менее, упомянутая выше социальная эволюция нуждается в поддержке в части ее правового обеспечения, потому нужно продолжать процесс совершенствования законодательства и развивать правовой статус защитника если не на глобальном, то хотя бы на детальном уровне. Осознание того, что необходимость реформ давно назрела, существует и у политической элиты. Подтверждением тому является обсуждаемый в настоящее время проект нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.¹⁸

2. Проект Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан и правовой статус защитника

¹⁶ См. Адвокаты Алматы сообщают о частом нарушении своих прав. Доступно в Интернете по адресу: <http://1tv.kz/news/kazakhstan/29022012/advokaty>

¹⁷ Например, в 2009 г. количество оправдательных приговоров составило 1,5 % от общего числа. См. Димаш Сыздыков. Казинформ. В Казахстане наблюдается положительная тенденция роста оправдательных приговоров по уголовным делам. Доступно в Интернете по адресу: [/http://www.nomad.su/?a=3-201001180034](http://www.nomad.su/?a=3-201001180034). К сожалению, автору не удалось найти в открытых источниках более свежей статистики.

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

¹⁸ Далее – «проект УПК», «проект».

Проект УПК на сегодняшний день может быть признан одним из самых дискуссионных нормативно-правовых актов не только по причине оригинальности идей, предложенных его авторами, но и в связи с сомнениями по поводу объективности процесса его подготовки. Как становится понятно из общих комментариев уполномоченных должностных лиц основным разработчиком этого документа является Генеральная прокуратура Республики Казахстан.¹⁹ При этом пока, к сожалению, нет сколько-нибудь внятных гарантий того, что при создании этого кодекса будет в должной мере услышан голос профессиональной защиты, а ведомственный эгоизм не приведет к принятию однобокого, косметически отреставрированного, но сохранившего все старые недостатки и противоречия уголовно-процессуального закона.

Анализ всего проекта УПК в рамках настоящего исследования невозможен, потому ограничимся только той его частью, которая посвящена развитию правового статуса защитника в уголовном судопроизводстве. Приходится признать, что разработчики проекта не балуют адвокатов новыми идеями относительно того, как усилить их позиции, а также поддержать состязательность и равенство сторон в процессе. Статьи, посвященные правам и обязанностям адвокатов, дополнены лишь малозначительными правками большей частью редакционного свойства²⁰.

При этом обвинять авторов проекта в отсутствии оригинальных идей явно не приходится. К числу таковых можно отнести отказ от стадии возбуждения уголовного дела (доследственной проверки), создание нового субъекта уголовно-процессуальных отношений в лице «следственного судьи», введение «разумного» срока следствия по делу, составление обвинительного акта прокурором перед преданием обвиняемого суду и некоторые другие новеллы, на анализе которых мы остановимся в этом или последующих исследованиях. Но, повторимся, достойного развития правовой статус защитника в предложенном для обсуждения на сегодняшний день проекте УПК, не получил. Хотя, как было упомянуто выше, на практике и в законодательстве давно назрели принципиальные вопросы, требующие своего скорейшего и эффективного разрешения.

2.1. Обеспечение полноценного участия защитника в собирании доказательств

По проекту УПК досудебное производство по уголовным делам фактически продолжает сохранять классический инквизиционный характер, где вся полнота власти сконцентрирована в руках органов уголовного преследования, а защитник может выступать только в роли жалобщика и просителя, рассчитывающего на милость упомянутых органов.

Вместе с тем, универсальный принцип состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты предполагает восстановление утраченного во времена недемократического государства баланса между полномочиями сторон не только на судебных стадиях процесса, но в ходе предварительного расследования. Этого требуют справедливость и здравый смысл. Объективное разрешение уголовно-правового спора невозможно, когда одна сторона выступает во всеоружии с самого начала судопроизводства, а вторая получает частично сопоставимые полномочия только с момента передачи дела в суд. При этом следует помнить,

¹⁹ См.: Генпрокуратура РК: проект Уголовно-процессуального кодекса. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/4457706-genprokuratura-rk-proekt-ugolovno.html>

²⁰ Единственным исключением из этого правила является предусмотренное ч. 3 ст. 232 проекта УПК предоставление адвокату свидетеля полномочий защитника. Однако, напрямую это позиций стороны защиты не усиливает и фактически является давно назревшим устранением пробела в действующем законодательстве.

что в уголовном процессе личность находится в правовом конфликте с государством, обладающим практически неограниченными организационными и материальными ресурсами. При этом гражданин защищен только квалификацией и принципиальностью своего адвоката. Очевидно, что сторона защиты в таких условиях нуждается в дополнительных гарантиях и компенсаторных механизмах, позволяющих хоть как-то уравнивать шансы на достижение справедливости. В этой связи вопрос о способах и формах собирания доказательств защитником, имеет важное значение.

В проекте УПК проблема создания полноценной процессуальной формы производства защитником действий, направленных на обнаружение, изъятие и фиксирование фактических данных, не решена. Единственным позитивным изменением в этой части является предусмотренная ст. 235 проекта УПК процедура «депонирования доказательств», согласно которой подозреваемый и его защитник наряду с прокурором могут заявить ходатайство о допросе следственным судьей лица, являющегося потерпевшим, свидетелем, в случае, «если имеются основания, позволяющие полагать, что более поздний их допрос в ходе досудебного расследования либо судебного заседания может оказаться невозможным в силу объективных причин (постоянное проживание за пределами Республики Казахстан, выезд за границу, тяжелое состояние здоровья, применение мер безопасности)».

В тоже время, проект УПК лишь предоставляет право ходатайствовать о производстве допроса, но не дает никаких гарантий того, что это право будет должным образом обеспечено. В действительности следственный судья, а не сторона защиты, принимает решение о производстве допроса и депонировании доказательств. В условиях недостаточной независимости судебной власти и неопределенности статуса «следственного судьи», степень эффективности права адвоката на сбор доказательств в рамках этой процедуры вызывает серьезные сомнения. Полагаем необходимым обязать судью во всех случаях подачи соответствующего ходатайства создавать условия для реализации стороной защиты права на допрос вызванного ею свидетеля. В данной ситуации такое обязывание судьи станет действительной гарантией принципа состязательности и равенства сторон на стадии предварительного расследования.

Необходимо заметить, что в соответствии с действующим законодательством (ч. 4 ст. 343 УПК РК), судья на стадии главного судебного разбирательства не может отказать в удовлетворении ходатайств о допросе в качестве специалистов или свидетелей лиц, явившихся в суд по инициативе сторон. Полагаем возможным, используя эту норму по аналогии, назначать судебные заседания по депонированию доказательств во всех случаях подачи соответствующих ходатайств, и допрашивать лиц, явившихся на эти судебные заседания, в том статусе, в котором они пребывают или будут заявлены сторонами на момент производства этих судебных действий.

Введение процедуры депонирования доказательств также требует уточнения процессуальной судьбы, предоставленного действующим законодательством²¹ и предусмотренного проектом УПК²² права защитника опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к уголовному делу. Очевидно, следует детализировать процессуальную форму реализации этого права посредством описанного в ст. 235 проекта УПК порядка депонирования доказательств, разумеется, с использованием упомянутых выше гарантий.

Депонирование доказательств путем допроса следственным судьей всего лишь один из способов получения фактических данных, источниками которых являются живые лица. Однако, вопрос о собирании защитником вещественных доказательств, проведении им

²¹ Пункт 4) ч. 3 ст. 125 УПК Республики Казахстан.

²² Пункт 4) ч. 3 ст. 112 проекта УПК.

действий, связанных с розыском дополнительных сведений и объектов, могущих иметь значение для дела, в нормах проекта не нашел своего разрешения.

Вместе с тем, сама идея депонирования доказательств посредством вовлечения в процесс следственного судьи, в последующем свободного от рассмотрения дела по существу, заслуживает дальнейшей поддержки и развития. Вполне возможно, вовлечь следственного судью в процесс осмотра мест, предметов и документов, по мнению защиты, относимых и допустимых в качестве доказательств. Здесь также необходимо предусмотреть обязательное удовлетворение соответствующего ходатайства адвоката, разумеется, при его надлежащей мотивированности и обоснованности.

В целях обеспечения полномочий защитника силой и авторитетом судебной власти, допустимо закрепить в законе процедуру получения защитником судебного приказа о предоставлении предприятиями, учреждениями, организациями и гражданами сведений, имеющих значение для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. Такой механизм стал бы полноценной гарантией права стороны защиты на собирание доказательств.

В целях выравнивания правовых возможностей стороны обвинения и защиты, полагаем целесообразным привлечь внимание к легализации частной детективной деятельности и урегулирования правовых форм сотрудничества адвоката с частными детективами.

2.2. Судебный контроль и полномочия стороны защиты

Судебный контроль – институт, наиболее эффективно обеспечивающий соблюдение принципов справедливого уголовного процесса и баланс сил между сторонами. К сожалению, в действующем законодательстве этот институт получил только зачаточное, неполное развитие и ограничивается процедурой рассмотрения жалоб участников процесса на действия органов уголовного преследования и судебным санкционированием ареста/домашнего ареста. При этом процессуальная форма санкционирования ареста далека от совершенства, носит ограниченный характер и нуждается в дальнейшем совершенствовании.²³

В проекте УПК идея дальнейшего развития судебного контроля воплощена в создании должности следственного судьи, уполномоченного на выполнение вышеперечисленных и некоторых других дополнительных функций, к обсуждению которых мы обратимся далее. Предполагается, что следственным судьей будет «судья районного и приравненного к нему суда, рассматривающий жалобы на действия (бездействие) и решения органов уголовного преследования и санкционирующий отдельные следственные действия».²⁴

Следует признать, что вообще идея создания такого субъекта процесса заслуживает безусловной поддержки, ибо являет собой первый шаг на пути организационного оформления института судебного контроля. Этим шагом определяется должностное лицо, ответственное за отправление данной функции, конкретизируются не только его полномочия, но и процедура взаимодействия с ним остальных участников процесса. Происходит пусть предварительное, еще не четкое, но разъединение функции отправления правосудия от функции процессуального контроля за законностью и соблюдением прав человека.

²³ Более подробно см. Аналитический отчет. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. Бюро по демократическим институтам и правам человека. Варшава, 2011 г. (далее: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан).

²⁴ Пункт 38) ст. 7 проекта УПК.

Вместе с тем, формы и способы обеспечения деятельности этого института на самом деле характеризуют степень его жизнеспособности и эффективности. Несовершенство этих форм и способов, а также признанная на международном уровне недостаточная независимость судов в Казахстане, может свести на нет все самые благие пожелания разработчиков нового УПК.

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

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

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

Есть достаточные основания полагать, что отправление правосудия во многих, особенно в малосоставных, районных судах при соблюдении этого условия иногда будет просто невозможно по причине чрезмерной загрузки, трудности в распределении дел или простой нехватки судей. Даже сейчас известны случаи, когда по сложному делу почти все судьи районного суда оказываются вовлеченными в рассмотрение жалоб участников процесса по ст. 109 УПК РК, и, порой, остается только один судья, который может принять это дело к производству. Однако, подобного рода ситуации возможны уже сейчас, при пока ограниченных «следственных» полномочиях районных судей. Эти судьи еще не депонируют доказательств, не утверждают процессуальных соглашений и не выполняют прочих действий, предусмотренных ст. 45 проекта УПК. Полагаем, что пора задаться вопросом: а что будет дальше? Мы опасаемся, что смешение двух функций: судебного контроля и отправления правосудия в рамках районного суда приведет к неразберихе и серьезным организационным трудностям во всей судебной системе.

Во вторых, при описании процедуры судебного контроля разработчики не учли главного: вовлечение судьи в процесс досудебного производства, способствует его «спайке» с одной из сторон процесса. Судья по предполагаемому характеру деятельности следственного судьи, и даже по тому названию, которое применяется в отношении этого субъекта процесса в проекте УПК²⁵, он, осуществляя свою функцию (давая санкции на арест, на объявление в

²⁵ Использование термина «следственный судья» указывает на недопустимое для справедливого правосудия смешение функций преследования и разрешения дела по существу. Считаем необходимым применить к этому субъекту процесса иное название, конкретизирующее и уточняющее

межгосударственный розыск и пр.), в большей степени станет кооптироваться со следствием и, так сказать, накапливать «обвинительный потенциал». Очевидно, именно по этой причине проектом предусмотрен отвод такого судьи от рассмотрения дела по существу. Так, например, в настоящее время судьи дают санкцию на арест, примерно по 96% рассмотренных ходатайств.²⁶ Очевидно, что в современных реалиях, следственный судья, на постоянной основе взаимодействуя с органами уголовного преследования, постепенно будет подвергаться обвинительной деформации, срачиваться с этими органами, что может отрицательно сказаться на его объективности и беспристрастности, когда он будет выступать в роли обычного судьи и рассматривать дела по существу. Защитнику и сейчас крайне сложно преодолеть обвинительный уклон, существующий в системе, но в новых условиях ему будет еще труднее исполнять свою функцию и добиваться не только объективного, но и гуманного подхода к разрешению уголовных дел.

В-третьих, совмещение следственной и основной судебной функции в рамках одного суда, а значит и одного трудового коллектива, пронизанного неформальными, житейскими связями, в любом случае усложнит ситуацию с объективностью и беспристрастностью судей. Ибо судьи одного суда будут вынуждены давать оценку законности и обоснованности действий друг друга, поскольку будут выносить приговоры по делам, по которым их товарищи, коллеги, сослуживцы, давали санкции на арест, объявляли в розыск, отправляли на стационарные экспертизы и пр. Осознание того, что сегодня коллега зависит от твоего решения, а завтра ты точно также будешь зависеть от него, в наших реалиях ни к чему, кроме усиления негативной корпоративности и коррупции в судебной системе не приведет.

Не урегулированным остался вопрос об отводе судьи, депонировавшим доказательства. Проектом УПК соответствующего основания для отвода не предусмотрено. Но депонирование показаний вовлекает судью в изучение обстоятельств уголовного дела на первоначальном этапе производства, когда истина по нему еще не установлена, выводы и предположения о произошедшем предварительны, условны и в достаточной степени еще не подтверждены. Очевидно, участие в такой процедуре может оказать влияние на сознание судьи, сформировать у него предубеждение к одной из сторон, до того как он сможет ознакомиться с делом в полном объеме. В целях обеспечения объективности и беспристрастности рассмотрения дела, следует однозначно исключить в законе возможность рассмотрения дела по существу таким судьей.

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

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

Приходится признать, что концепция введения следственного судьи в уголовный процесс фактически носит декоративный характер и в действительности не означает создания

его функцию в судопроизводстве. Например: «судья по контролю за соблюдением законности и прав человека».

²⁶ См. Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 23

полноценного судебного контроля за законностью и соблюдением прав человека в уголовном процессе.

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

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

Именно поэтому обыск, выемка из жилища, помимо воли проживающего в нем лица, осмотр жилища, прослушивание переговоров, перехват сообщений и иных действий, связанных с вторжением в сферу частной жизни, тайны переписки и сообщений, неприкосновенности личности и собственности, должен разрешать только суд.

Утверждения о том, что прокурорский надзор может заменить собой судебный контроль давно устарели и в действительности являются закомуфлированными попытками сохранить репрессивную эффективность уголовного судопроизводства. Внутреннее противоречие между функциями прокуратуры, с одной стороны осуществляющей надзор за законностью, а с другой организующей расследование и поддержание обвинения в суде, приводит к тому, что следственно-обвинительная составляющая в деятельности прокуратуры превалирует и подавляет собой правозащитную.²⁷ Доказано, что судебный контроль лучше обеспечивает права человека.²⁸

²⁷ «Несмотря на целый ряд реформ, двойственная роль прокуроров по-прежнему вызывает большие проблемы: с одной стороны, они поддерживают официальные обвинения, подготовленные полицией после предварительного уголовного расследования; с другой стороны, они обязаны следить за соблюдением законов органами уголовного правосудия и сотрудниками правоохранительных органов и защищать права граждан и жителей страны. Это приводит к парадоксальной ситуации, когда при возникновении на более поздних этапах уголовного процесса обвинений в пытках или жестоком обращении и передаче этого дела прокуратуре, прокурор, требуя проведения соответствующего расследования, фактически признает, что он не справился со своей надзорной ролью. В связи с этим прокуроры, обладая определенным формальным контролем над действиями полиции, во многих ситуациях, как представляется, склонны игнорировать грубые правонарушения». Пункт 55 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytiks/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

²⁸ «Нет смысла иметь на предварительном следствии как бы двойной заслон от ошибок и злоупотреблений. При хорошо поставленном судебном контроле прокурорский надзор в некоторых отношениях становится излишним. Нет надобности в том, чтобы одни и те же контрольные функции выполняли разные органы.» И.Л. Петрухин. Прокурорский надзор и судебный контроль за следствием. «Российская юстиция» № 9, 1998. С. 12

Многие адвокаты могут согласиться с тем, что ныне существующая практика прокурорского санкционирования таких процессуальных действий далека от стандартов объективности и беспристрастности, порой носит формальный, непринципиальный характер. Например, постановления органов дознания о прослушивании переговоров, выносимые в рамках оперативно-розыскной деятельности, фигурирующие в материалах уголовных дел, как правило, весьма лаконичны и слабо аргументированы. Это явно указывает на сращивание интересов следственных и прокурорских органов и обусловленное этим отсутствие необходимости по-настоящему доказывать перед надзорным органом потребность в проведении такого рода мероприятий. Есть вызывающие возмущение примеры, когда уголовное дело, основу которого составляют результаты прослушивания и записи переговоров, было представлено в суд без постановления о производстве этих действий, санкционированного прокурором.²⁹ Полагаем, что только судебное санкционирование ограничения прав личности в уголовном процессе независимым судом может быть надлежащей гарантией соблюдения этих прав.

При рассмотрении вопроса о следственных действиях очень сильно настораживает метаморфоза, произошедшая с регулированием этого института в проекте УПК. Из проекта просто пропали такие следственные действия как прослушивание и запись переговоров, перехват сообщений и наложение ареста на почтово-телеграфную корреспонденцию. Очевидно, что эти способы собирания доказательств не исключены из арсенала правоохранительных органов, но почему порядок их производства не урегулирован в проекте УПК? И где этот порядок теперь будет описан? Отсутствие ответов на эти вопросы сильно затруднит действия защиты по оценке допустимости и достоверности собранных таким образом доказательств. Очевидно, что любое упрощение процедуры ухудшает положение подозреваемых, обвиняемых, сокращает гарантии их прав.

С точки зрения соблюдения конституционных прав человека на неприкосновенность частной жизни и тайну сообщений, очень важно, чтобы формы, способы и сроки ограничения этих прав, а также гарантии защиты от их необоснованного ущемления были четко прописаны в законе. Необходимо, чтобы вопросы такого правоограничения регламентировались в нормативно-правовом акте, находящемся на вершине соответствующей иерархии. Иными словами, этот круг правоотношений однозначно должен быть в сфере действия Уголовно-процессуального кодекса, а не законов, имеющих меньшую силу. В этой связи, сокращение норм в проекте УПК за счет процедурных правил производства следственных действий, связанных с посягательством на неприкосновенность частной жизни, тайну переговоров и иных сообщений, явно указывает на усиление инквизиционных начал в судопроизводстве и чревато откатом от демократических ценностей правового государства.

К сожалению, в проекте УПК нет норм, направленных на усовершенствование процедуры санкционирования ареста. Все ныне существующие недостатки этой процедуры³⁰ просто законсервированы. Так, в частности, проектом не предусмотрено полноценное применение стандартов Habeas Corpus, согласно которым проверка законности происходит во всех случаях задержания. В проекте, как и прежде, суды рассматривают только ходатайства об избрании содержания под стражей, поступившие от органов уголовного преследования. Если следствие не применяет арест, суд не уполномочен давать оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу. Процесс оценки правомерности

²⁹ Личный архив автора.

³⁰ К числу таких недостатков авторы Аналитического отчета о судебном санкционировании ареста в Казахстане отнесли: отсутствие полной проверки законности и обоснованности задержания, слабое развитие и применение альтернативных аресту мер пресечения, проблемы с открытостью судебных заседаний по санкционированию ареста, трудности с обеспечением прав на перевод, квалифицированную защиту и др. Более подробно см.: Аналитический отчет БДИПЧ ОБСЕ. Судебное санкционирование ареста в Республике Казахстан. С. 4-5.

избрания ареста также формализован, суды не имеют права входить в исследование вопроса о доказанности вины подозреваемого.

Вызывает сожаление тот факт, что в проекте УПК положения, регламентирующие применение досудебного лишения свободы, не стали предметом гуманизации и развития. Так, например, перечень мер пресечения (ст. 123 проекта) остался практически неизменным по сравнению с ныне действующим. Это означает отсутствие дополнительных альтернатив аресту, узость и косность процессуальной формы, нехватку необходимых в разных жизненных ситуациях вариантов для принятия решений судьей и следователем в процессе обеспечения надлежащего поведения подозреваемого.

Исходя из анализа соответствующих положений проекта УПК³¹ можно сделать вывод о том, что сохраняется ныне существующий семидесятидвухчасовой срок задержания. Вместе с тем, вопрос о том, что этот срок является неоправданно большим, обсуждается давно и даже Специальный докладчик Организации Объединенных Наций по пыткам, бесчеловечному и унижающему достоинство обращению и наказанию рекомендовал Республике Казахстан сократить этот срок до 48 часов.³² Полагаем, что в таких деталях на самом деле могло бы проявиться желание авторов проекта УПК гуманизировать уголовно-процессуальное законодательство. Разумеется, если такое желание имеет место в действительности, а не является пустой декларацией.

2.3. Право на свободный выбор адвоката по своему усмотрению

Международный пакт о гражданских и политических правах гарантирует каждому право быть защищенным адвокатом по своему выбору. Это право представляет собой одну из фундаментальных основ справедливого судебного процесса, поскольку обеспечивает главное условие полноценной защиты – доверие между обвиняемым и его адвокатом, а также исключает злоупотребления этим доверием и статусом профессионального защитника вообще.

К сожалению, в Казахстане в настоящее время продолжает применяться порочная советская практика нарушения права на свободный выбор адвоката по мотиву отсутствия у такого адвоката допуска к государственным секретам.³³ Особенно часто нарушение указанного права встречается в следственной и судебной практике по делам, находившимся в производстве органов национальной безопасности. При этом порядок получения допуска к государственным секретам регламентирован в неопубликованной в открытых источниках инструкции, сам допуск предоставляется только по результатам специальной проверки

³¹ Часть 2 ст. 123 проекта УПК.

³² Подпункт б) п. 81 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytics/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

³³ В истории советского уголовного судопроизводства наиболее постыдным примером злоупотребления допусками к госсекретам является дело правозащитника В. Буковского, которого после долгих лет заточения в специальных психбольницах и тюрьмах в 1976 г. обменяли на первого секретаря чилийской коммунистической партии Л. Корвалана. После того, как у адвоката, которому он доверяет, аннулировали допуск, Буковский объявил голодовку. Правозащитника стали подвергать искусственному кормлению через нос, в ходе которого на него надевали смирительную рубашку, привязывали к топчану, прижимали ноги и вставляли в нос шланг. В своих воспоминаниях Буковский написал: «Двенадцать дней мне рвали ноздри, точно Салавату Юлаеву, и я тоже звереть начал. Ни о чем больше думать не мог, только о своей носоглотке. Хожу по камере целый день, носом булькаю. Поди ж ты, жизнь прожил, а не думал, что существует какая-то связь между моим носом и Московской коллегией адвокатов...» Цит. по: Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юрист, 2007. С. 435

адвоката, проводимой с участием органов национальной безопасности. Таким образом, эти органы предварительного расследования имеют возможность оказывать влияние на процесс выдачи допуска своему процессуальному оппоненту, что, очевидно, нечестно и несправедливо с точки зрения равенства и состязательности сторон в уголовном процессе. Укоренилась порочная практика составления неофициальных списков «адвокатов с допусками». Процесс формирования этих списков носит абсолютно не транспарентный характер, в законе такая практика не предусмотрена, а ее применение явно ограничивает право гражданина, оказавшегося в орбите уголовного судопроизводства, на свободный выбор адвоката.³⁴

Следует признать, что Комитет ООН по правам человека в ряде своих решений по аналогичным делам признал практику ограничения выбора адвокатов неправомерной. Так, например, по делу «Эстрелла против Уругвая» Комитет установил, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда военный суд ограничил обвиняемого в выборе между двумя назначенными адвокатами. В деле «Бургос против Уругвая» Комитет признал, что право на защиту адвокатом по выбору было нарушено, когда обвиняемому был предоставлен список военных адвокатов, из которого нужно было сделать выбор.³⁵

Пункт 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.

Исходя из анализа ст.ст. 39 и 57 проекта УПК становится понятно, что в проекте никаких идей по поводу приведения отечественного законодательства в соответствие с действующими в этой области международными стандартами не предложено. Считаем, что такое положение вещей нуждается в скорейшем исправлении.

По нашему мнению, дискриминационные негласные процедуры предоставления допусков под контролем органов уголовного преследования, нельзя применять в отношении адвокатов. Органы, ведущие уголовный процесс, должны ограничиваться получением у адвокатов подписки о неразглашении сведений, содержащих государственные секреты, ставших им известными в связи с оказанием юридической помощи по делу. При этом, объем и четкий перечень этих сведений должен быть конкретно определен и не должен охватывать информацию о соблюдении законности и прав участников уголовного судопроизводства.

2.4. Гарантии адвокатской деятельности

Основу правового статуса адвоката составляют не только перечисленные в законе полномочия, но и совокупность юридических механизмов, позволяющих эти полномочия реализовать. К числу таких механизмов, помимо прочего, относятся гарантии независимости адвоката от правоприменительных органов государства при исполнении им своих профессиональных обязанностей.

³⁴ Более подробные аргументы по этому вопросу см.: Позиция Президиума Союза адвокатов Казахстана по вопросу допуска адвокатов к государственным секретам. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.advokatura.kz/news/591/>

³⁵ См. Эстрелла против Уругвая, (74/1980), 29 марта 1983г., 2 Sel. Дек. 93, на 95; Бургос против Уругвая, (R 12/52), 29 июля 1981г., Отчет КПЧ (A/36/40), 1981г., на 176. Пол Ричмонд. Перечень избранных решений Комитета ООН по правам человека (КПЧ ООН). Доступно в Интернете по адресу: http://www.uzer.org.ua/uploaded/biblioteka/UN_HRC.doc

Статья 17 Закона Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» содержит весьма обширный перечень гарантий этой деятельности, в числе которых помимо прочего запрет на воспрепятствование ее осуществлению, неприкосновенность адвокатского делопроизводства и связанных с ним материалов, запрет на отказ в предоставлении свиданий и многое другое.

Однако, к сожалению, практика показывает недостаточную эффективность этих механизмов. В действительности адвокаты порой также беззащитны перед произволом, как и представляемые ими лица. Офисы адвокатов могут быть подвергнуты несанкционированному обыску, сами адвокаты, в нарушение, гарантированного законом права на свидетельский иммунитет, иногда вызываются на допрос об обстоятельствах, ставших им известными в связи с оказанием правовой помощи, в отношении адвокатов могут проводиться специальные оперативно-розыскные мероприятия.³⁶ Известны факты преследования адвокатов за высказывания по поводу законности действий правоохранительных органов.³⁷ Адвокаты до сих пор не могут беспрепятственно зайти в здания органов, ведущих уголовный процесс, а при входе порой подвергаются унижительным досмотрам, нарушающим личную неприкосновенность адвокатов и неприкосновенность их документации.

В этих условиях многим адвокатам нелегко выполнять роль добросовестного, преданного и квалифицированного защитника. К сожалению, иногда имеют место случаи незаконного сотрудничества отдельных адвокатов с органами уголовного преследования в ущерб интересам подзащитных. Приходится признать, что адвокатура не свободна от крапивного семени³⁸ нечистых на руку предателей нравственных идеалов профессии.

Подтверждением этих фактов являются доводы Специального докладчика ООН по вопросу о пытках, который «получил множество жалоб, касающихся роли адвокатов в рассмотрении уголовных дел. По общему мнению, адвокаты являются коррумпированными, неэффективными, составляющими «часть системы» и не желающими отстаивать права своих клиентов. Что же касается «государственных адвокатов», то, как часто сообщают, они присутствуют только на слушаниях в суде и не пользуются доверием. Во многих случаях собеседники указывали, что их адвокаты просто игнорировали утверждения о пытках».³⁹

Очевидно, что ситуация нуждается в исправлении, в первую очередь на законодательном уровне. Следует развить не только в специальном законе, но и в УПК и прочих смежных нормативных актах эффективные механизмы обеспечения свободной и добросовестной адвокатской деятельности. В качестве таких правовых механизмов, предлагаем следующие дополнения в законодательство.

Следует ввести в законодательство об адвокатской и оперативно-розыскной деятельности прямой запрет на привлечение адвокатов к сотрудничеству с правоохранительными органами

³⁶ См.: Р. Бахтигареев. Адвокатов угостили «финиками». Доступно в Интернете по адресу: <http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=26095>, А.В. Розенцвайг. Прокурорский дуплет. Доступно в Интернете по адресу: http://www.novgaz.com/index.php/2-news/317-прокурорский_дуплет

³⁷ См.: Франция/Казахстан. К визиту Николая Саркози в Астану. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.hrw.org/ru/news/2009/10/04>

³⁸ Так в 19-м веке называли «ходатаев по делам», стряпчих, защищавших интересы представляемых лиц в судах до реформы 1864-66 г.г., – коррумпированное и низко профессиональное сословие, заслужившее в народе дурную славу. См. Л.А. Демидова, В.И. Сергеев. Адвокатура в России. Доступно в Интернете по адресу: <http://yourlib.net/content/view/6262/74/>

³⁹ Пункт 57 Доклада Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания Манфреда Новака. Миссия в Казахстан. Совет по правам человека, 2009 г. Доступно в Интернете по адресу: <http://www.zakon.kz/analytics/162194-doklad-specialnogo-dokladchika-po.html>

на конфиденциальной основе. Такое сотрудничество не только противоречит этическим стандартам профессии адвоката, аморально по своей природе, но и нарушает посредством создания нравственной коллизии принцип состязательности и равенства сторон в уголовном процессе, фактически дезавуирует возможность доверительного общения адвоката с подзащитным.

Коллегиям адвокатов нужно предоставить право отказывать в приеме лицам, опорочившим себя при осуществлении предыдущей юридической практики⁴⁰. Разумеется, такие решения коллегий должны быть надлежащим образом мотивированы и подлежать в случае необходимости обжалованию в судебном порядке. К сожалению, свободный доступ в профессиональное сообщество всех имеющих адвокатскую лицензию лиц, без оценки их морально-деловых качеств, ослабляет качественный состав адвокатуры, способствует формированию негативных коррупционных связей между отдельными сотрудниками правоохранительных органов и не всегда чистыми на руку их бывшими коллегами, вступившими в ряды адвокатов. При нынешнем порядке вещей адвокатура фактически превратилась в кладбище не всегда достойных прокурорских и следственных карьер, что не способствует сохранению этических стандартов профессии.

Для устранения злоупотреблений при вступлении адвокатов в дела по назначению органов, ведущих уголовный процесс, необходимо предусмотреть в уголовно-процессуальном законодательстве единый порядок допуска к участию в таких делах только на основании решения соответствующих уполномоченных органов коллегий адвокатов (президиумов или юридических консультаций), исключив практику самостоятельного инициативного вхождения адвоката в дело без договора об оказании правовой помощи.

Дисциплинарное производство в отношении адвокатов должно находиться в исключительной компетенции органов адвокатского сообщества. К сожалению, в настоящее время этот вопрос в законодательстве урегулирован двояко, что не исключает возможности давления на принципиальных адвокатов со стороны органов государственной власти. Такое положение вещей противоречит п. 28 Основных положений о роли адвокатов, согласно которому «Дисциплинарное производство против адвокатов должно быть предоставлено беспристрастным дисциплинарным комиссиям, установленным самой адвокатурой...».

Анализ положений проекта УПК позволяет, к сожалению, констатировать тот факт, что полноценной реформы уголовного судопроизводства от этого нормативного акта ожидать не приходится. Сами авторы проекта не смогли развить до конца даже тот ограниченный перечень идей по реформированию уголовного судопроизводства, который был изложен в Концепции проекта Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан.⁴¹

Возможно, такая ситуация сложилась вследствие того, что процесс разработки нового УПК был в некоторой степени монополизирован Генеральной прокуратурой, тогда как столь важные и актуальные на сегодняшний день институты как судебный контроль и обеспечение права на защиту, относятся к сфере жизненных интересов судебной системы и адвокатуры, не имеющей пока возможности принимать активное участие в создании процессуального закона.

⁴⁰ «Для полноценной юридической помощи необходима независимая и самоуправляющаяся адвокатура, а об этом не может быть и речи, если право приема в число адвокатов и дисциплинарная власть принадлежат органам государства, а не самой адвокатуре». Ю.И. Стецовский. Адвокатура и государство. М.: Юристъ, 2007. С. 76

⁴¹ Доступно в Интернете по адресу: www.supcourt.kz/export/sites/default/rus/zakonoproekt/UPK.doc

Надеемся, что законотворческий процесс будет более открытым и справедливым, а конструктивное взаимодействие ведомств, государственных органов и институтов гражданского общества поможет решить вышеуказанные и многие другие противоречия существующего проекта.

При этом желательно всем участникам процесса помнить, что в таком важном деле как совершенствование уголовно-процессуального законодательства необходимо руководствоваться в первую очередь интересами граждан нашей страны, нуждающихся в справедливом и честном правосудии, а также в дополнительной защите их конституционных прав и свобод.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Внедрить полноценный судебный контроль в уголовном процессе, для чего создать отдельное самостоятельное звено судебной системы, состоящее из судей, ответственных только за обеспечение законности и соблюдение прав человека на досудебных стадиях процесса. К компетенции указанных судей, помимо предложенных в проекте УПК процессуальных действий, отнести санкционирование всех мероприятий, ограничивающих конституционные права человека.
2. Развить и конкретизировать в УПК полномочия адвокатов по собиранию доказательств, детально описав процедуру депонирования фактических данных, назначения и производства экспертиз, использования возможностей частной детективной деятельности.
3. Привести в соответствие с международными стандартами процессуальный порядок задержания и ареста, а именно, сократить до 48 часов срок задержания и предусмотреть обязательную судебную оценку законности и обоснованности ограничения права на личную свободу каждого задержанного.
4. Унифицировать в рамках единой процессуальной формы следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, и регламентировать эту форму в уголовно-процессуальном законодательстве.
5. Усилить и усовершенствовать гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности, в частности: установить запрет на прослушивание и запись телефонных переговоров адвоката, запретить любое вторжение в служебные и жилые помещения адвокатов, в том числе осуществление гласных и негласных осмотров, обысков, выемок и иных подобных следственных и оперативных мероприятий без санкции судьи, осуществляющего процессуальный контроль.
6. Запретить в законе привлечение адвокатов в качестве лиц, сотрудничающих с правоохранительными органами на конфиденциальной основе.
7. Запретить в законе любое уголовное, гражданско-правовое и административное преследование адвокатов за правомерные действия, совершенные ими в связи с оказанием юридической помощи, в том числе за публичные высказывания адвокатов в средствах массовой информации и в залах судебных заседаний.
8. Решить вопрос беспрепятственного допуска адвокатов к участию по делам всех категорий, включая дела, содержащие государственные секреты, путем предоставления адвокатом подписки о неразглашении этих секретов.

9. Решить вопрос о свободном допуске адвокатов в помещения судов и правоохранительных органов без проведения дискриминационных досмотров и изъятий у адвокатов компьютерной техники и индивидуальных средств связи.
10. Предоставить президиумам коллегий адвокатов право отказывать в приеме в члены коллегий лицам, имеющим лицензии, но в ходе своей предыдущей профессиональной деятельности скомпрометировавшим себя перед институтом адвокатуры и недостойным состоять в её рядах.
11. Закрепить в законе, порядок, в соответствии с которым дисциплинарное производство в отношении адвокатов относится к исключительной компетенции органов адвокатуры.

Сентябрь 2012 г.

К вопросу о внедрении в уголовное судопроизводство института соглашения о признании вины⁴²

Вопрос о так называемой «судебной сделке» относится числу наиболее дискуссионных разделов уголовно-процессуальной науки. Возникший в США⁴³, этот институт некоторыми юристами на постсоветском пространстве воспринимается как нечто чуждое, противоречащее не только принципам отечественного судопроизводства, но и нравственным устоям, положенным в основу отправления правосудия.⁴⁴

Поскольку другие участники полемики вокруг судебной сделки настроены не столь антагонистично, их можно подразделить на открытых сторонников этой процедуры⁴⁵ и осторожных последователей компромиссных форм ее реализации в уголовном процессе⁴⁶. Причина столь широкой палитры мнений по этой проблеме, очевидно, кроется в сложной и в некотором смысле противоречивой природе этого процессуального института.

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

Во вторых, считаем целесообразным четко обозначить разницу между терминами:

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

Кроме того, предлагаем выделить **соглашение о прекращении уголовного дела в связи с примирением сторон**, как отдельный самостоятельный способ разрешения уголовно-

⁴² Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

⁴³ Любопытна история возникновения этой процедуры. Согласно данным американских исследователей еще в 18 веке такого института просто не существовало. Сделка с правосудием появилась намного позже как реакция на все большее усложнение процессуальной формы судопроизводства в суде присяжных за счет дополнительных гарантий прав личности: предоставление защите права на отбор коллегии присяжных, участие профессиональных юристов в качестве защитников, развитие доказательственного права и др. Более подробно см.: John H. Langbein Understanding the Short History of Plea Bargaining. Yale Law School. URL: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1545&context=fss_papers&sei-redir

⁴⁴ «В российском уголовном правосудии сделка - явление аморальное, порочное, бесчестное; это торг, компрометирующий власть, свидетельствующий о ее бессилии, неспособности раскрывать преступления» Петрухин И. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету.// Российская юстиция. 2001. №5.

⁴⁵ См., например, Лазарева В. А. Судебная защита в уголовном процессе РФ: проблемы теории и практики. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2000. URL: <http://www.dissercat.com/content/sudebnaya-zashchita-v-ugolovnom-protsesse-rf-problemy-teorii-i-praktiki>

⁴⁶ См., например, Рыбалов К. А. Особый порядок судебного разбирательства в Российской Федерации и проблемы его реализации. Автореферат диссертации на соискание ученой степени к.ю.н. М. 2004. URL: <http://www.dissercat.com/content/osobyi-poryadok-sudebnogo-razbiratelstva-v-rossiiskoi-federatsii-i-problemy-ego-realizatsii>, Сапсенбаев Т. Сделка о признании вины в уголовном процессе РК // Юрист № 10 2004. С. 45-48.

правового конфликта. Очевидно, разница между этими соглашениями состоит в целях, поставленных перед участниками соответствующих процедур.

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

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

Соглашение о применении сокращенных форм судопроизводства по сути своей является недоразвитой формой первого типа соглашений и предполагает выбор обвиняемым упрощенных форм расследования или судебного рассмотрения дела, как правило, основанных на признании им своей вины и/или нежелании собирать/исследовать доказательства по делу в полном объеме в обмен на смягчение размера наказания и сокращения сроков нахождения в орбите уголовного судопроизводства. Некоторые авторы называют такие соглашения «целерантными».⁴⁷

Полагаем, что полноценная процессуальная сделка возможна только при одновременном полном разрешении как материальной (уголовно-правовой), так и процессуальной стороны дела. Очевидно, что вопрос о возможности использования упрощенных процедур находится в прямой зависимости от признания или непризнания своей вины привлеченным к уголовной ответственности лицом, и эти вопросы должны разрешаться совместно и одновременно.

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

Очевидно, неприятие некоторыми процессуалистами идеи об использовании соглашений в уголовном процессе возникло в связи с неправильным смешением вышеперечисленных

⁴⁷ Сарсенбаев Т. Указ. соч. С. 46.

типов соглашений в рамках неэффективных производств, лишенных достаточных гарантий соблюдения прав человека и принципов уголовного процесса.

Вместе с тем, теория дифференциации процессуальной формы не исключает возможности развития уголовного судопроизводства в сторону создания новых институтов, направленных на оптимизацию уголовно-процессуальной деятельности, не в ущерб правам человека и стандартам справедливого правосудия⁴⁸. Жизнь многообразна в своих проявлениях. Правоприменительная деятельность по уголовным делам не только охватывает собой самые различные варианты криминального поведения людей, но и сталкивается в последующем с необходимостью эффективного урегулирования возникших таким образом уголовно-правовых конфликтов. Очевидно, что в каждом случае присутствует уникальное стечение жизненных обстоятельств, которым далеко не всегда может соответствовать единая унифицированная уголовно-процессуальная форма.

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

Возвращаясь к вопросу о видах (типах) соглашений в уголовном процессе, хотим заметить, что прежде чем говорить о возможности/невозможности использования этих процедур в казахстанском уголовном процессе, необходимо определить какой именно вид соглашения будет инкорпорирован в систему отечественного судопроизводства.

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

Приходится признать справедливость критики, высказанной Головки Л.В.⁴⁹ в адрес именно этого института и согласиться с его доводами о том, что в системах судопроизводства, где независимость судов вызывает сомнения, а такие фундаментальные права человека, как право на доступ к адвокату по своему выбору, и свобода от принуждения к даче показаний не обеспечены надлежащим образом, использование второго типа соглашений неоправданно,

⁴⁸ Более подробно по этому вопросу см.: Канафин Д.К. Анализ Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан по вопросам упрощенного досудебного производства» Ежегодник Центра исследования правовой политики 2009. Алматы. 2010, с. 289-292.

⁴⁹ Анализ концептуальных положений проекта Закона Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты РК по вопросам дальнейшего реформирования уголовного процесса» Л. В. Головки. URL: <http://www.zakon.kz/4480136-analiz-konceptualnykh-polozhenij.html>

поскольку больше создает условия для злоупотребления со стороны органов уголовного преследования, чем реально способствует эффективной борьбе с преступностью. К сожалению, по групповым делам в условиях репрессивного уголовного процесса, и слабости гарантий соблюдения прав человека, соглашение о сотрудничестве, как, указывает на это проф. Головки Л.В., может применяться для формирования обвинительной преюдиции в отношении одних обвиняемых, за счет неправомерного принуждения к сотрудничеству других.

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

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

1. Общие условия применения соглашения о признании вины

Необходимо предусмотреть механизмы обеспечения таких основных прав человека, как право на защиту, право быть уведомленным о предъявленном обвинении, право на рассмотрение дела компетентным и беспристрастным судом, созданным на основании закона, право на разумные сроки рассмотрения дела, право на представление доказательств, право на перекрестный допрос свидетелей обвинения и др.

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

1.2. Очевидно, что заключение соглашения о признании вины допустимо разрешить только после предъявления обвинения, когда все уголовно-правовые претензии в адрес привлеченного к уголовной ответственности лица четко сформулированы, по делу собрана

определенная совокупность доказательств и обвиняемый ясно осознает свое правовое положение по делу. При этом обвиняемому должно быть предоставлено время для обдумывания соответствующего предложения прокурора (если инициатива заключения соглашения исходит от стороны обвинения), а также предоставлена возможность ходатайствовать о производстве необходимых следственных действий и дополнении материалов уголовного дела до принятия решения о заключении соглашения.

1.3. Наиболее принципиальным моментом в судьбе этого института является вопрос о том, какой именно суд будет рассматривать вопрос об окончании производства по делу посредством соглашения о признании вины. Очевидно, что **этот вопрос должен находиться в исключительной компетенции следственных судов⁵⁰, создание которых планируется Концепцией нового УПК РК.** Суд, решающий вопрос об утверждении или не утверждении соглашения о признании вины, должен быть организационно и кадрово отделен от суда, который будет рассматривать это дело по существу в рамках обычной процедуры, если в утверждении соглашения будет отказано. Отсутствие такого разделения может ставить под угрозу объективность и беспристрастность судей, отправляющих правосудие в рамках обычной процедуры, как это, к сожалению, происходит сейчас, когда одни и те же судьи санкционируют арест обвиняемых, а потом рассматривают дела этих же людей по существу.

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

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

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

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

2. Комментарии к представленным предложениям Следственного комитета МВД Республики Казахстан (далее – Предложения) в новый Уголовно-процессуальный

⁵⁰ Для уточнения терминологии, предлагаем вместо по-разному толкуемых в юридической литературе слов «следственный судья», использовать термин «судья по контролю за законностью следствия», как более точно отражающий компетенцию этого должностного лица.

кодекс Республики Казахстан, в части введения главы «**Заключение процессуального соглашения**»

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

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

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

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

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

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

2.5. В Предложениях говорится, что *«процессуальное соглашение может быть заключено в любой момент после предъявления подозрения до начала судебного следствия по инициативе подозреваемого, обвиняемого или прокурора при обязательном участии защитника»*. Однако, если с процессуальной формой проявления такой инициативы со стороны защиты понятно – это ходатайство, то как соответствующее предложение будет оформлять обвинение – не ясно. Следует признать, что процессуальный порядок обращения прокурора к стороне защиты по этому поводу вообще не урегулирован. Хотя предполагается, что такое право у прокурора будет. Поскольку вопрос о том, кто именно первым предложил соглашение о признании вины, в ряде случаев будет иметь принципиальное значение не только с правовой, но и моральной точки зрения, особенно по делам, имеющим большой общественный резонанс, полагаем, что в законе должно быть урегулирована процедура соответствующего обращения прокурора к обвиняемому. Очевидно, в этом случае орган уголовного преследования должен выносить постановление о предложении обвиняемому заключить соглашение о признании вины.

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

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

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

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

откажется от его заключения, не согласившись с условиями стороны защиты или по любому надуманному предлогу. В этой связи, для сохранения чистоты правового статуса участников правосудия, ясности предмета рассмотрения дела в главном судебном разбирательстве, предлагаем вопрос о заключении соглашения о признании вины разрешать на досудебных стадиях процесса.

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

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

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

ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ:

1. Соглашение о признании вины следует отличать от соглашения о сотрудничестве с органами уголовного преследования и иными видами взаимодействия сторон в уголовном процессе.
2. Институт соглашения о признании вины может быть использован в уголовном процессе стран переходного периода, если он направлен на разрешение уголовно-правового конфликта между гражданином и органом уголовного преследования на основе добровольной и честной договоренности сторон, возникшей в результате их свободного волеизъявления без угроз, насилия и иного неправомерного принуждения.
3. Данный институт может применяться только если он не нарушает права других участников процесса, как со стороны обвинения, так и со стороны защиты. Потерпевший должен иметь право непосредственно участвовать в заключении и судебном утверждении соглашения о признании вины. Заключение соглашения о признании вины по групповым делам возможно только с согласия других обвиняемых.
4. Заключение соглашения о признании вины возможно только при условии полноценного обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь, ознакомления с предъявленным обвинением и предоставленным законом правами, в условиях эффективного и добросовестного прокурорского надзора и судебного контроля. В рамках процедуры соглашения о признании вины права на доступ к адвокату по своему выбору,

на представление доказательств и обжалование действий органов уголовного преследования должны быть гарантированы.

5. Суд, рассматривающий вопрос об утверждении соглашения о признании вины, должен представлять собой самостоятельное звено судебной системы и не нести на себе функцию разрешения уголовных дел по существу в рамках стандартной уголовно-процессуальной процедуры.
6. Материальное право должно гарантировать возможность смягчения наказания в случае заключения соглашения о признании вины.

Март 2012 г.

Экспертное заключение на Концепцию проекта Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (новая редакция)⁵¹

Необходимость пересмотра Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан (далее - УИК) обусловлена начавшимся процессом разработки проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан новой редакции (далее - УК), Концепция которого уже одобрена Президентом страны⁵². Несмотря на то, что уголовно-исполнительное законодательство имеет самостоятельный предмет регулирования, оно, как известно, является производным от уголовного законодательства, и поэтому, своевременное ее обновление и приведение в соответствие с уголовным законодательством способствует их общему гармоничному совершенствованию и качественной взаимосвязи в практической плоскости. Соответствующее положение о комплексной и взаимосвязанной коррекции уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного права и правоприменения закреплено и в Концепции правовой политики на период с 2010 до 2020 года⁵³, на что, вполне обоснованно ссылаются авторы Концепции проекта УИК новой редакции (далее - Концепция).

Вместе с тем, пока не разработан сам проект УК новой редакции, с учетом озвученных в Концепции к нему революционных положений относительно уголовной ответственности юридических лиц и уголовного проступка, а также нет полной ясности в части обновленной системы уголовных наказаний, составляющей ядро уголовно-исполнительного законодательства, любые попытки сконструировать хотя бы скелет будущего проекта УИК обречены на неудачу. Исходя из круга и характера вопросов, затронутых в Концепции к УИК, это видимо прекрасно понимают и сами разработчики.

Тем не менее, анализ представленной Концепции в части предложений по обновлению УИК вызывает в целом одобрение, хотя данные предложения носят тезисный характер и многие из них лишены обоснования. Это, в свою очередь, придает Концепции некую недосказанность и сужает поле для ее обсуждения. Не смотря на это, попытаемся это сделать логически исходя из того что имеем.

1. Первое, с чем предлагают нам ознакомиться авторы Концепции проекта УИК, это его будущая структура. Она почти копирует структуру действующего УИК, за исключением некоторых моментов. Один из них касается преобразования первых трех глав, входящих в единственный раздел общей части действующего УИК в самостоятельные три раздела в будущем УИК. Авторы не поясняют с чем связано данное структурное изменение, и оно кажется на первый взгляд непринципиальным.

Однако, эта реструктуризация выглядит вполне оправданной если учесть, что в обновленном УИК предлагается закрепить такие важные аспекты, как: разъяснение используемых в УИК терминов, соотношение национального законодательства и положений международных договоров относящихся к исполнению наказания и обращению с осужденными, принципы уголовного-исполнительного законодательства, порядок исчисления сроков наказаний, механизм применения мер взыскания и поощрения к ним, обновленные механизмы

⁵¹ Настоящее экспертное заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при финансовой поддержке Центра ОБСЕ в Астане. Мнения и взгляды, содержащиеся в анализе, не отражают точку зрения Центра ОБСЕ в Астане.

осуществления общественного контроля за деятельностью учреждений и органов, исполняющих уголовные наказания.

Все эти положения по своей природе являются элементами общей части УИК, поэтому, как нам представляется, преобразование действующих глав в разделы связано с их будущим расширением и неизбежной внутренней разбивкой разделов на главы.

2. Вызывает поддержку стремление разработчиков Концепции детализировать в самостоятельных статьях будущего УИК содержание основных принципов уголовно-исполнительного законодательства. Значение принципов сложно переоценить, они крайне важны, как с точки зрения исходных положений для соблюдения единообразной правоприменительной практики в отношении осужденных лиц, так и обеспечения логической последовательности при совершенствовании УИК. Поэтому, помимо сохранения действующих принципов, с учетом накопившихся проблем и перспектив развития, не будет лишним изучить вопрос о потребности в дополнительных принципах.

К примеру, многочисленные изменения последних лет в Уголовно-исполнительный и Уголовный (прежде всего) кодексы существенно ослабили правовые механизмы стимулирования осужденных к правопослушному поведению. Это касается запрета на условно-досрочное освобождение (УДО) лиц, ранее уже освобождавшихся по этому основанию, либо нераспространение амнистии на лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления, даже путем частичного снижения срока наказания⁵⁴, также запрета на перевод из закрытых колоний в колонии-поселения осужденных, отбывающих лишение свободы за совершение особо тяжких преступлений и т.п. Получается, что с одной стороны законодатель ставит перед пенитенциарной системой задачу исправить преступника, но с другой стороны лишает этого преступника стимула к исправлению. Поэтому, следует закрепить в будущем УИК такой принцип, как стимулирование осужденных к правопослушному поведению (встречается во многих кодексах других стран, в том числе СНГ).

Кроме того, в правоприменительной практике встречаются ситуации, когда непреодолимые противоречия в законодательстве негативно сказываются на правах и интересах осужденных лиц. Например, такое противоречие имелось между ранее действовавшей до 9 ноября 2011 года редакцией статьи 169 УИК и Нормативным постановлением Верховного суда РК «Об условно-досрочном освобождении от наказания и замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания» от 25 декабря 2007 года. Если норма УИК предполагала принятие решения об УДО исключительно в суде, то Нормативное постановление Верховного суда РК разрешало прокурорам отказывать в УДО не доводя материалы до суда. Поэтому, в каждом регионе (районе или городе) республики данный вопрос решался по своему, исходя из личных убеждений субъектов правоприменения, что уже само по себе создает условия для злоупотреблений.

В связи с чем, представляется оправданным и необходимым в целях усиления механизмов защиты прав и законных интересов осужденных, при возникновении спорных ситуаций придерживаться такого толкования законодательства, которое позволяло бы смягчить, улучшить их положение. Это можно сделать через раскрытие в новом УИК принципа законности, указав, что неустранимые сомнения, возникающие при применении законодательства в отношении осужденного лица относительно отбывания наказания, должны толковаться в его пользу.

⁵² Официальное название – Концепция проекта Уголовного кодекса Республики Казахстан (новая редакция).

⁵³ Утвержденной, Указом Президента РК 24 августа 2009 года № 858.

⁵⁴ На июль 2012 года в исправительных учреждениях республики 94,3% осужденных содержатся за совершение тяжких и особо тяжких преступлений.

3. Предлагаемое в структуре будущего УИК название раздела «Помощь осужденным, освобожденным от отбывания наказания, и контроль за ними» требует некоторого осмысления. Из буквального толкования следует, что будущий УИК будет регламентировать в объеме самостоятельного раздела вопросы оказания помощи тем, кто уже освобожден от отбывания наказания.

Во-первых, правильней в этом случае будет говорить не об осужденных, а просто о лицах, так как они уже не отбывают наказание, даже если в отношении них после освобождения применены меры уголовно-правового воздействия (например, возложение на условно-досрочно освобожденных обязанностей).

Во-вторых, и это главное, не является ли регламентирование постепенитенциарных вопросов выходом за пределы компетенции Уголовно-исполнительного кодекса, у которого предметом регулирования являются, и по определению должны быть, аспекты исполнения уголовных наказаний? Во всяком случае, исходя из названия самого кодекса.

Следует напомнить, что по действующему законодательству функция по оказанию помощи бывшим осужденным возложена на местные исполнительные органы, что прямо закреплено в Законе РК «О местном государственном управлении и самоуправлении в Республике Казахстан» от 23 января 2001 года и упоминание об этом имеется в статье 178 УИК: «Акимат района (города областного значения), города республиканского значения, столицы оказывает содействие в трудовом и бытовом устройстве, а также в предоставлении других видов социальной помощи лицам, освобожденным от отбывания наказания».

Если предположить, что авторы Концепции на самом деле преследуют цель возложить эти функции на пенитенциарную систему и урегулировать эти вопросы в будущем кодексе, тогда перед ними автоматически встает концептуальная задача по изменению его названия, так как он уже будет охватывать не только уголовно-исполнительные, но еще и социальные вопросы.

Не увлекаясь предположениями относительно намерений авторов Концепции, отметим, что рациональней для уголовно-исполнительной системы, исходя из ее устоявшихся функций и реальных возможностей, будет ограничиться оказанием помощи осужденным, освобождаемым от отбывания наказания. Именно в таком смысле сформулирована глава 23 действующего УИК «Помощь осужденным, освобождаемым от отбывания наказания, и контроль за ними». Другое дело, что эта помощь должна быть более объемной, нежели в настоящее время, и не должна ограничиваться банальной оплатой проезда до места жительства. Но, на этом важном аспекте остановимся отдельно несколько ниже.

4. В Концепции ставится задача по упрощению порядка исполнения наказания в виде привлечения к общественным работам, что полностью оправданно с учетом большого положительного потенциала данного наказания в связи с его ярко выраженной социальной направленностью и крайне низкой практикой его применения. Например, согласно данным Комитета УИС: на 1 января 2010 года общественные работы выполняли 523 осужденных (0,68% в общей структуре отбывающих уголовные наказания), на 1 января 2011 года 654 (0,92%), на 1 января 2012 года 174 (0,27%).

При этом, разработчики Концепции в части способа решения данной проблемы ссылаются исключительно на видение разработчиков Концепции проекта УК новой редакции, где говорится: «... установить, что общественные работы относятся к видам работ, не требующим какой-либо квалификации от осужденного, создания особых условий по технике безопасности, что исключало бы возможность получения осужденным профессиональных травм и заболеваний при выполнении общественных работ. При этом объекты таких работ будут находиться, как правило, в общественных местах, назначение таких работ должно приносить пользу обществу, а их выполнение осужденным будет являться общеизвестным

фактом для большинства граждан, проживающих в данной местности, что будет являться действенной мерой по профилактике правонарушений».

Сама по себе цель по расширению условий для применения общественных работ вызывает одобрение, но для правильного избрания способов достижения этой цели, прежде всего, нужно знать причины низкой востребованности данного вида наказания.

В последний раз попытка улучшить практику назначения судами общественных работ была предпринята с помощью Закона РК «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам уголовно-исполнительной системы» от 18 января 2012 года, которым в статью 30 УИК было введено положение, что списки объектов общественных работ ежеквартально представляются в суды местными исполнительными органами по согласованию с уголовно-исполнительной инспекцией. Однако, с момента принятия этих поправок ситуация не улучшилась, так как само по себе составление списка объектов общественных работ и предоставление его в суды никак не способствует увеличению самих объектов. Так, на 1 июля 2012 года отбывающих общественные работы по всей стране было всего 94 осужденных.

Так в чем же кроется истинная причина незаинтересованности работодателей в осужденных к общественным работам? Если проанализировать законодательство и вспомнить все предыдущие неоднократные заверения Комитета УИС, то все упирается в финансовый вопрос. То есть, общественные работы, которые по определению должны быть абсолютно бесплатными, являются таковыми только для осужденных, но не для работодателей. Именно на это указывается в пункте 3 статьи 30 действующего УИК: «Уголовно-исполнительная инспекция: ... контролирует своевременное поступление финансовых средств за выполненные осужденными работы в соответствующий бюджет». Из этого следует, что работодатель, например, в лице местного исполнительного органа, в любом случае должен начислять заработную плату осужденному лицу, которую должен перечислить в соответствующий бюджет, то есть самому себе, при этом нести затраты на банковских операциях.

Объективно говоря, это и есть единственная причина непривлекательности общественных работ для работодателей и при таких условиях осужденные к этому наказанию никогда не будут востребованы на рынке труда. И никакие изменения в УИК по упрощению требований к квалификации и технике безопасности для осужденных к общественным работам, как предлагают разработчики Концепций проектов УК и УИК, не приведут к широкому применению этого наказания, как это имеется во многих зарубежных странах.

Далее, авторы Концепции проекта УИК отмечают буквально следующее: «Контролем исполнения общественных работ будет табель учета рабочего времени, составляемый местными исполнительными органами и организациями, являющимися объектами общественных работ. Местные исполнительные органы могут использовать осужденного по благоустройству населенного пункта, отпадет необходимость сохранения специального рабочего места, для исполнения этого наказания. Объекты общественных работ появятся во всех населенных пунктах без исключения, что расширит их применение».

Во-первых, если вникнуть в суть первого предложения, то логически не исключается возложение контроля за выполнением общественных работ на тех, кто составляет табель учета рабочего времени. В данном случае это местные исполнительные органы и организации, являющиеся объектами общественных работ. Учитывая, что функция по контролю за осужденными, независимо от вида уголовного наказания, всегда являлась и по определению должна являться прерогативой уголовно-исполнительной системы, а не работодателей, указанное положение требует доработки и уточнения.

Во-вторых, не совсем понятно, что означает «отпадет необходимость сохранения специального рабочего места». В действующей редакции статьи 42 УК установлено: «Общественные работы состоят в выполнении осужденным в свободное от основной работы или учебы время бесплатных общественно полезных работ...». То есть действующее законодательство не ущемляет осужденное лицо в праве продолжать имеющиеся трудовые правоотношения на оплачиваемой основе. А вот авторы Концепции предлагают «использовать осужденного по благоустройству населенного пункта» лишив его специального рабочего места. Остается непонятным, чем продиктован такой репрессивный подход к трудоустройству осужденных, поэтому трудно согласиться с такой позицией.

С учетом всего вышеизложенного относительно имеющихся проблем с организацией общественных работ и предлагаемых в Концепции путей их решения, выглядит, по крайней мере, наивным абсолютное утверждение, что «объекты общественных работ появятся во всех населенных пунктах без исключения».

5. В тексте рассматриваемой Концепции имеется дважды ссылка на Концепцию проекта УК относительно необходимости отказа от такого уголовного наказания как исправительные работы. Приводится следующее объяснение: «...правоприменительная практика свидетельствует о слабой востребованности данной меры государственного принуждения и отсутствия перспективы его развития, что обусловлено переходом к рыночной экономике и изменению условий применения исправительных работ. Проблемы исполнения наказания возникают при сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные».

Следует согласиться, что исправительные работы крайне редко назначаются судами в качестве уголовного наказания, о чем также свидетельствует статистика Комитета УИС: на 1 января 2010 года по всей республике было всего 78 осужденных к исправительным работам (0,10% в общей структуре отбывающих уголовные наказания), на 1 января 2011 года - 93 осужденных (0,13%), на 1 января 2012 года - 70 осужденных (0,11%).

Вместе с тем, нужно уточнить причины слабой востребованности данного вида наказания, ибо они кроются вовсе не в «сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные». Проведенные ранее исследования по этому вопросу показали, что невостребованности исправительных работ способствует неудачная, а точнее устаревшая и не отвечающая современным условиям, законодательная конструкция данного вида наказания.

Так, согласно статьи 43 УК и главы 7 УИК исправительные работы отбываются по месту работы осужденного с удержанием части заработной платы в доход государства. В современных рыночных условиях, когда большинство рабочих объектов находится в частной собственности, работодателю не представляет особого труда уволить привлекаемого к уголовной ответственности работника, что и происходит зачастую на практике. Психологически такого работодателя понять можно, сам факт его вызова в правоохранительные органы с целью получения от него характеризующих обвиняемое лицо данных, вызывает естественное желание поскорее избавиться от такого работника. Поэтому, к моменту вынесения приговора часто бывает что подсудимый, который еще недавно имел работу, становится безработным и у суда нет правового основания назначать исправительные работы. Иными словами, следует говорить не о «сокращении рабочих мест или ликвидации организации, где работают осужденные», а о банальном увольнении работника, привлекаемого к уголовной ответственности.

С учетом изложенного, следует ли соглашаться с авторами Концепции проекта УИК в том, что у исправительных работ отсутствуют перспективы развития? В рамках существующей законодательной конструкции данного наказания – да, бесспорно. Но, если посмотреть на

опыт других стран, в частности постсоветского пространства, то, кое какие перспективы все же можно разглядеть. Например, статья 39 УИК Российской Федерации устанавливает, что «исправительные работы отбываются в местах, определяемых органами местного самоуправления по согласованию с уголовно-исполнительными инспекциями, но в районе места жительства осужденного».

Как видно, указанный подход в исполнении исправительных работ не лишает его перспектив развития, так как нахождение места отбывания наказания является не проблемой осужденного, как в нашем случае, а государства в лице местного исполнительного органа и уголовно-исполнительной инспекции. Также важно здесь то, что исправительные работы позволяют использовать квалифицированных специалистов по профессии, не привлекая их к низкоквалифицированному труду, как это имеет место при общественных работах.

Таким образом, с учетом положительного опыта других стран исправительные работы как вид уголовного наказания можно реанимировать путем улучшения ее законодательной конструкции.

6. Отдельные положения Концепции, к сожалению, ограничиваются простой постановкой вопроса. В частности: «Как известно, ограничение свободы состоит, в наложении на осужденного судом обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту жительства под надзором уголовно-исполнительной инспекции. Вместе с тем, данный вид наказания конкурирует с институтом условного осуждения, который также состоит в надзоре специального органа по месту жительства с наложением на условно осужденного определенных обязанностей».

На этом мысль прерывается, и разработчики Концепции резко переходят к другой теме. Поэтому, данный фрагмент требует своего логического завершения, хотя, забегаая вперед, следует сказать, что между ограничением свободы и условным осуждением имеются как сходства, так и принципиальные отличия.

7. Отдельное внимание в Концепции уделено аспектам покамерного содержания заключенных, что вполне логично и своевременно с учетом ориентира Казахстана на общепризнанные международные стандарты в области содержания заключенных и обращения с ними.

Следует отметить, что покамерное содержание заключенных (как правило, по 1 - 2 человека в отдельной камере) во многих развитых странах является обычным стандартом. При таком содержании заключенных существуют идеальные условия для: а) индивидуализации процесса отбывания наказания; б) персональной психолого-воспитательной работы с заключенными; в) эффективного лечения больных заключенных, особенно заразной формой болезни; г) минимизации негативного психологического влияния отрицательно настроенных заключенных на положительно характеризующихся заключенных; д) обеспечения физической безопасности одних заключенных от других при возникновении межличностных конфликтах, так как всегда есть возможность изолировать потенциальную жертву; е) реализации заключенным естественного человеческого желания к уединению, что очень важно в условиях тюрьмы для сохранения своих жизненно-приобретенных положительных индивидуально-личностных характеристик; и т.д.

Покамерное содержание вовсе не означает круглосуточную изоляцию человека в отдельной камере, хотя такое практикуется в отношении злостных нарушителей с обязательной ежедневной прогулкой. Для большинства заключенных степень изоляции зависит главным образом от их поведения в тюрьме, при положительном поведении они имеют право больше времени находиться вне камер, с условием участвовать в различных тюремных программах по их ресоциализации.

В Казахстане с советских времен сохранилась отрядная форма содержания осужденных к лишению свободы. Ее суть заключается в содержании в одном помещении (бараке) одного отряда количеством от 50 до 100 человек, в зависимости от наполнения колонии на конкретный период времени. Ни о какой эффективности индивидуально-воспитательной работы с осужденными с целью их исправления, что является ежедневной обязанностью сотрудников исправительной колонии, в таких условиях говорить не стоит. Очень тяжело в таких условиях обеспечить безопасность заключенных при неизбежных и частных конфликтах между ними, особенно в ночное время, когда они остаются в закрытом помещении без постоянного надзора. Отсюда и разделение осужденных между собой на различные касты по степени привилегированности. Именно при отрядно-барачной форме содержания осужденных появились так называемые «воры в законе», «авторитеты», «смотрящие» и т.п., чего нет в европейских тюрьмах с покамерным содержанием заключенных.

Как известно, идеология советского образа жизни заключалась в коллективном сосуществовании людей, поэтому эта модель была перенесена и на пенитенциарную систему. К тому же, во времена массовых репрессий она не требовала больших материальных затрат, необходимых как в случае строительства тюрем с покамерным содержанием.

Таким образом, отрядная форма содержания заключенных сегодня является главным негативным наследием советской пенитенциарной системы и источником укоренившейся тюремной субкультуры с ее внутренними устойчивыми правилами и иерархией криминальных субъектов. И без реального перехода к покамерному содержанию заключенных никакие реформы в пенитенциарной системе не приблизят ее к международным стандартам в области содержания заключенных.

В связи с чем, обозначение в Концепции процесса перехода к покамерному содержанию осужденных как перспективного направления вызывает безоговорочное одобрение. При этом отмечается: «...задача повышения эффективности уголовных наказаний не может быть решена только реорганизацией существующих ныне исправительных колоний в тюрьмы. Это возможно лишь при одновременной проработке и решения ряда вопросов, затрагивающих всю уголовно-исполнительную деятельность».

Соглашаясь в принципе относительно масштабности задачи по совершенствованию уголовно-исполнительной деятельности, лишь выразим некоторые сомнения по поводу целесообразности реорганизации существующих ныне исправительных колоний в тюрьмы.

Подавляющее большинство исправительных колоний республики было построено еще в советское время и их инфраструктура изначально предполагала отрядную форму содержания осужденных. Данная форма подразумевает не только содержание одного отряда количеством 50-100 человек в одном спальном помещении, но и расположение нескольких отрядов в одном локальном участке, а также коллективное питание в столовой, причем столовая может вмещать сразу всех осужденных данной колонии или несколько отрядов, общее построение всех осужденных колонии на плацу для проверки и др. В общем, ежедневный быт отбывающих лишение свободы в сегодняшних исправительных колониях ориентирован, за небольшим исключением, на принцип коллективизма.

Учитывая такую системную архитектуру действующих исправительных колоний, многие из которых к тому же уже выработали свой физический ресурс, выглядит нецелесообразным какая-либо их реорганизация в тюрьмы, так как инфраструктура тюрьмы (по современным международным стандартам) в корне отличается от колонийской, о чем уже отмечалось выше. Поэтому, с практической и финансовой точки зрения рационально построить «с нуля» тюрьму с покамерным содержанием, чем заниматься реорганизацией действующих морально и физически устаревших исправительных колоний.

8. Авторы Концепции предлагают «на законодательном уровне детализировать правовое регулирование порядка исполнения лишения свободы без отсылки к подзаконному урегулированию таких правоотношений, предусмотрев отдельную главу, регламентирующую порядок содержания осужденных в камерах», что является верным с правовой точки зрения.

Вместе с тем, так как полный переход к покамерному содержанию осужденных не произойдет одновременно, перенос из подзаконных актов на уровень кодекса важнейших положений, касающихся прав и интересов осужденных, а также их раскрытие, является не менее актуальным и для отрядной формы содержания осужденных.

Например, в «Правилах проведения воспитательной работы с осужденными к лишению свободы», утвержденных приказом МВД РК от 30 марта 2012 года №184, используются такие критерии, как: «встал на путь исправления», «твердо встал на путь исправления», «доказал свое исправление», «не встал на путь исправления». Однако, эти понятия нигде не раскрыты, и это при том, что степень исправления осужденного учитывается при принятии таких важных решений, как его перевод из одних условий содержания в другие внутри колонии, условно-досрочное освобождение, замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания, перевод в колонию-поселение, помилование и др.

И таких моментов в действующем уголовно-исполнительном законодательстве не мало. Поэтому указанный процесс «экстрадиции» из подзаконных актов на уровень кодекса положений, касающихся прав и свобод осужденных, должен быть не фрагментарный, а системный, чтобы результаты этого процесса распространялись на всех осужденных, а не только на тех, кто будет отбывать лишение свободы в покамерных условиях.

9. Утверждение, что «для полного перехода на камерное содержание осужденных необходимо строительство 25 «новых» исправительных учреждений с лимитом 1500 мест каждое... если каждые 2 года строить хотя бы по пять таких учреждений, то к 2025 году возможен 100% переход на камерное содержание осужденных» требует своего осмысления.

Несложно подсчитать, что по мнению разработчиков данной Концепции общее количество отбывающих лишение свободы к 2025 году будет составлять порядка 37500 человек. Заметим, что это без следственно-арестованных, так как речь идет именно об исправительных учреждениях.

Интересно, откуда такие прогнозы и на чем они основаны? Корреспондируются ли эти прогнозы с текущим процессом гуманизации уголовного законодательства, динамикой численности заключенных и положениями Концепции проекта Уголовного кодекса РК новой редакции?

К сожалению, ни о чем этом не говорится рассматриваемом документе, поэтому попробуем это сделать самостоятельно из собственного видения ситуации.

Итак, текущий процесс гуманизации в стране берет свое начало 29 января 2010 года, когда Президент Республики Казахстан обратился с ежегодным Посланием народу Казахстана, в котором подверг жесткой критике судебную и правоохранительную системы и прямо сказал: «Этот сектор сохранил многие изъяны прошлой системы... Основным же видом наказания остается лишение свободы... Необходимо гуманизировать наши законы, повысить их качество». С того момента, а именно с января 2010 года по июль 2012 года, то есть за два с половиной года, по данным Комитета УИС количество отбывающих лишение свободы и следственно-арестованных в республике уменьшилось с 63450 до 48400 либо на 15 тысяч

человек. При этом, из 48400 человек: 41850 являются отбывающими лишение свободы, соответственно, 6550 следственно-арестованными. И эта динамика, с учетом принятия за эти два с половиной года ряда законов, направленных на сужение сферы применения лишения свободы, еще сохранится некоторое время.

В Концепции проекта Уголовного кодекса новой редакции нет прогноза об увеличении или уменьшении «тюремного населения» в будущем. Но, в нем четко прослеживается мысль о необходимости расширения условий для назначения альтернативных лишению свободы видов наказаний и предлагается не назначать лишение свободы за деяния, которые в новом УК будут отнесены к уголовным проступкам.

Нужно еще учесть стремление Казахстана уменьшить свой индекс тюремного населения⁵⁵ в мировом рейтинге. К примеру, по данным Международного центра тюремных исследований наш тюремный индекс к концу 2011 года составлял 316 заключенных.

Вместе с тем, в странах Европы, куда мы ориентированы, тюремный индекс значительно ниже, например: в Исландии - 47, в Финляндии - 59, в Швеции - 70, в Норвегии - 73, в Германии - 83, в Нидерландах - 87, в Бельгии - 100, во Франции - 101, в Австрии - 104, в Италии - 109, в Греции - 111, в Португалии - 126, в Великобритании – 154 и т.д.

На территории постсоветского пространства тюремный индекс к концу 2011 года составлял: в Таджикистане - 130, в Армении - 146, в Узбекистане - 152, в Кыргызстане - 181, в Молдове - 182, в Туркменистане - 224, в Эстонии - 252, в Латвии - 304, в Литве - 314, в Украине - 336, в Азербайджане - 407, в Беларуси - 438, в России - 511 и в Грузии - 524⁵⁶.

Как известно, бесспорным лидером по индексу «тюремного населения» являются США – 730 заключенных на 100 тыс. населения, но при этом у них доля отбывающих тюремное заключение в общей структуре осужденных составляет 30%. В европейских же странах доля отбывающих тюремное заключение, в среднем, не превышает 10%. А в Казахстане на 1 июля 2012 года этот показатель в общей структуре отбывающих уголовные наказания составлял 78,1%.

Как видно, в Казахстане лишение свободы все еще остается доминирующим видом наказания. Поэтому есть еще резерв для дальнейшей гуманизации уголовного (в первую очередь) и уголовно-исполнительного законодательства, что повлечет еще большее снижение «тюремного населения» и снимет необходимость создания такого количества тюремных мест в стране, о котором говорится в Концепции к проекту УИК новой редакции.

10. В Концепции отмечается: «Уголовно-исполнительный кодекс требует анализа на наличие внутренних противоречий, дублирующих норм и пробелов, минимизации отсылочных норм. Целый ряд положений уголовно-исполнительного законодательства нуждается в тщательной, серьезной ревизии на предмет их соответствия предписаниям Конституции, уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Все еще имеются устаревшие нормы, нормы способствующие совершению коррупционных правонарушений, а также положения, требующие своего пересмотра с точки зрения приближения их к общепризнанным международным стандартам».

Замечание справедливое, поэтому достойно своего комментария.

В части противоречий. В пункте 12 статьи 169 УИК говорится: «Условно-досрочно освобожденные, а также осужденные к наказанию в виде ограничения свободы, если они

⁵⁵ Количество заключенных на 100 тыс. населения в отдельно взятой стране.

⁵⁶ Данные Международного центра тюремных исследований по итогам 2011 года.

были направлены в исправительные учреждения в случаях, предусмотренных законом, могут быть вновь представлены к условно-досрочному освобождению от отбытия наказания или замене неотбытой части наказания более мягким не ранее чем по истечении одного года со дня вынесения судом решения об отмене условно-досрочного освобождения». А часть 8 статьи 70 УК РК прямо и без исключений указывает, что «условно-досрочное освобождение не применяется ... лицу, ранее условно-досрочно освобождавшемуся».

В части норм, способствующих совершению коррупционных правонарушений. Пункт 2 статьи 84 УИК гласит: «Краткосрочные свидания предоставляются с родственниками или иными лицами в присутствии представителя администрации исправительного учреждения. Длительные свидания предоставляются с правом совместного проживания с супругом (супругой), близкими родственниками (родители, дети, усыновители, усыновленные, братья, сестры, бабушка, дедушка, внуки), в исключительных случаях с разрешения начальника исправительного учреждения - с иными лицами».

То, что краткосрочное свидание может предоставлять с иными лицами, помимо родственников, является вполне нормальным явлением и тоже практикуется во многих зарубежных тюрьмах, с условием, что заключенный предварительно указал их в специальном списке и обосновал. Но, предоставление длительного свидания (от одних до трех суток – п.1 ст.84 УИК) с иными лицами с правом совместного проживания на территории исправительного учреждения вызывает, как минимум, недоумение. Не сложно представить, кто может приходить на такое «свидание» к осужденному в колонию, что, в общем то, и происходит реально на практике.

Поэтому указанная норма требует совершенствования. Исключение из числа не родственников можно оставить только лицам, не состоящим в официальном браке с осужденным, но имеющим с ним совместных детей, при условии предоставления официальных подтверждающих документов об этом.

В части устаревших норм. Статья 48 УИК обязывает проведение воспитательной работы с лицами, отбывающими наказание в виде ограничения свободы, причем оговаривается, что активное участие осужденных в проводимых мероприятиях воспитательного характера поощряется и учитывается при определении степени исправления. Данное положение закладывалось в действующий УИК еще в период его разработки в середине 90-х годов прошлого столетия, так как предполагалось исполнение ограничения свободы в специальных исправительных центрах (о чем прямо говорилось в УИК), а также наличие в этих центрах квалифицированных специалистов по воспитательной работе. Однако, исправительные центры так и не были созданы, а Законом РК от 21 декабря 2002 года статья 45 УК была изменена и изложена следующим образом: «Ограничение свободы состоит в наложении на осужденного судом определенных обязанностей, ограничивающих его свободу, и отбывается по месту его жительства под надзором специализированного органа без изоляции от общества...».

Поэтому, на сегодняшний день требования по проведению с осужденными к ограничению свободы мероприятий воспитательного характера выглядят нелепыми, так как осужденный отбывает наказание по месту своего жительства и проведение с ним мероприятий подобного рода в присутствии членов семьи, в том числе детей, ничего кроме как унижения не несет. Конечно, можно проводить такие мероприятия вне места жительства осужденных, но сама целесообразность их проведения вызывает большие сомнения на предмет эффективности, так как они будут восприниматься осужденными скорее в качестве принудительных мер, чем воспитательных.

Объективности ради отметим, что сотрудники уголовно-исполнительных инспекций в реальности не обременяют себя организацией мероприятий воспитательного характера, так как помимо статьи 48 УИК больше нигде, ни в одном подзаконном акте, детализирующих их

деятельность, нет упоминания об этом. Соответственно, нет воспитательных аппаратов в структуре уголовно-исполнительных инспекций и нет требования к проведению таких мероприятий.

Однако, само существование статьи 48 УИК уже создает условия для злоупотреблений. Нигде не дается понятия мероприятия воспитательного характера для рассматриваемой категории осужденных, поэтому при желании всегда можно манипулировать, требованием участвовать в каких-нибудь мероприятиях, например в организуемых городскими властями спортивно-массовых мероприятиях, а в случае отказа осужденного учесть это, как сказано в законе, при определении степени его исправления.

В части недействующих норм. В пункте 3 статьи 117 УИК «Условия отбывания наказания в исправительных колониях общего режима» закреплено следующее: «Осужденным, отбывающим наказание в льготных условиях, в целях успешной адаптации к жизни на свободе разрешается по постановлению начальника исправительной колонии проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором...».

Такое же законодательное право проживать в специальных общежитиях за пределами исправительной колонии под надзором закреплено в статье 119 УИК «Условия отбывания наказания в исправительных колониях строгого режима». А в статье 129 УИК «Условия отбывания наказания в воспитательных колониях» при закреплении аналогичного положения уже применяется термин «как правило».

Однако, в реальной действительности таких специальных общежитий сегодня в Казахстане не существует и нет никаких предпосылок для их образования. Учитывая множество других нерешенных проблем в пенитенциарной системе, вопрос об их строительстве вообще не стоит даже в перспективе. Да и с рациональной точки зрения их строительство не целесообразно, так как в каждой области республики имеются колонии-поселения, куда в рамках статьи 73 УИК осуществляется перевод положительно характеризующихся осужденных. Учитывая, что условия отбывания наказания в колонии-поселении по сравнению с закрытыми колониями намного мягче, по сути, при законодательном закреплении за ними соответствующей функции, они вполне могли бы целенаправленно заниматься адаптацией осужденных к жизни на свободе (об этом более развернуто будет сказано ниже).

Приведенные выше примеры не исчерпывают проблемы внутреннего качества действующего Уголовно-исполнительного кодекса Казахстана. Требуется обстоятельная и скрупулезная работа по его приведению не только в соответствие с международными стандартами, а элементарно, в состояние адекватности реальному положению вещей в системе исполнения наказаний.

На этом анализ представленной Концепции проекта УИК новой редакции можно завершить, так как других положений заслуживающих комментария нами не усматривается. Однако, сам процесс разработки документа такого уровня является уникальным моментом, как для возможности комплексного решения накопившихся проблем, так и для создания правовых основ дальнейшего приближения системы исполнения уголовных наказаний к общепризнанным международным стандартам. В связи с чем, изложим свое видение относительно ряда положений действующего уголовно-исполнительного законодательства, хоть и не затронутых в Концепции, но заслуживающих обсуждения.

1. Исходя из того, что вся деятельность уголовно-исполнительной системы априори нацелена на достижение целей наказания, последние имеют центральное значение, как для внутренней архитектуры Уголовно-исполнительного кодекса, так и для направленности практики исполнения наказаний. Согласно действующему законодательству (ст.ст. 38 УК и 2 УИК) целями наказания являются: а) восстановление социальной справедливости, б) исправление осужденного, в) предупреждение совершения новых преступлений как осужденным, так и

иными лицами. Анализ же действующего УИК в купе со всей сопутствующей подзаконной нормативной правовой базой выявляет, что идея всего уголовно-исполнительного законодательства построена на достижении одной цели - это исправление осужденного лица.

Вместе с тем, в современной юридической литературе на основе результатов научных достижений в области психологии и передового опыта пенитенциарных систем зарубежных стран уже давно ставится под сомнение реальная возможность исправления человека в условиях изоляции. Очень метко подмечено: «Здравый смысл подсказывает, что задача по исправлению и перевоспитанию в условиях изоляции от общества недостижима... Действительно, ставя цель по приспособлению человека к жизни в обществе, его отделяют от этого общества; желая научить его полезному активному поведению, содержат в обстановке, где каждый шаг расписан, что вырабатывает пассивность; думая заменить в сознании человека вредные привычки полезными, его содержат среди себе подобных, что способствует взаимному заражению, и т.п.»⁵⁷.

Даже если предположить возможность исправления человека в местах лишения свободы, то сам по себе этот процесс является сугубо внутренним, психологически сложным, означает моральное «перерождение» осужденного и положительное изменение его сознания, наличие и истинность которого зачастую невозможно определить. Внешнее поведение осужденного в условиях изоляции, вынужденного подстраиваться под правила внутреннего распорядка и требования администрации учреждения, не является истинным показателем степени его исправления. Тем не менее, термин «исправление» в таких сочетаниях, как «встал на путь исправления», «твердо встал на путь исправления», «доказал свое исправление», «не встал на путь исправления» является определяющим критерием при принятии решения о переводе осужденного внутри колонии из одних условий содержания в другие, условно-досрочном освобождении, замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания, переводе в колонию-поселение, помиловании и др., о чем уже отмечалось выше.

Справедливо звучит вопрос и в несколько иной плоскости: как быть с теми, которые не исправились, так как имеют взыскания, но у них закончился срок наказания или наоборот, своим примерным поведением «доказал свое исправление», но в соответствии с фактически отбытым сроком не может быть освобожден условно-досрочно, не говоря уже о полном освобождении? А в отношении осужденных к пожизненному лишению свободы или смертной казни цель по их исправлению вообще не применима.

Такая цель наказания как предупреждение совершения новых преступлений тесно связана с исправлением, так как вытекает из нее и дополняет в смысле желаемого результата. Однако, если обратиться к статистике Комитета УИС, в настоящее время в исправительных колониях республики 41% осужденных являются ранее судимыми, в их числе 2/3 ранее уже отбывали лишение свободы. Указанные цифры отчетливо показывают, насколько неэффективна деятельность пенитенциарной системы по исправлению преступников в условиях колоний, именуемых исправительными.

Поэтому в законодательстве и практике многих зарубежных стран, далеких от догм советской пенитенциарной науки, вообще не ставится цель по исправлению преступников с помощью содержания в тюрьмах. Например, в Законе ФРГ «Об исполнении наказания в виде лишения свободы» от 16 марта 1976 года закреплено: «Исполнение наказания служит цели научить заключенного жить в будущем с социальной ответственностью без совершения преступлений». То есть цель наказания не связана с морально-психологическим «перерождением» преступника в тюрьме, а обращена в будущее и заключается в его

⁵⁷ Хохряков Г.Ф. Парадоксы тюрьмы («Проблемы, дискуссии, предложения»). – М.: Юрид.лит., 1991. - 224с.

подготовке к социально-ответственной жизни после освобождения. Иными словами целью наказания является ресоциализация заключенного.

В криминологии термин «ресоциализация» означает процесс повторного вживания преступника в систему представлений о ценностях, существующих в обществе. В отличие от «исправления» термин «ресоциализация» шире, поскольку не ограничивается только лишь изменением сознания осужденного, но и предполагает его включение в положительные социальные связи после отбытия наказания. Представляется, что даже искреннее «исправление» осужденного, когда он отказывается от совершения новых преступлений в силу кардинальной положительной нравственной переориентации, еще не гарантирует возвращения в общество личность, способную адаптироваться к реалиям свободной жизни. Между тем государство, наказывая лицо за совершение преступления, должно нацелить уголовное наказание и систему исполнения наказаний на возвращение в общество не просто законопослушного, но и активно-полезного индивида. В противном случае, бывший осужденный не желающий нарушать закон, но не смогший положительно адаптироваться в обществе, вновь станет перед необходимостью переступить закон⁵⁸.

Именно возвращение в общество человека, способного реинтегрироваться в него и отказывающегося от совершения новых преступлений, должно определяться в качестве целей наказания. Это полностью согласуется с требованиями статьи 58 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, принятых Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с заключенными 30 августа 1955 года, в которой указывается, что по отбытии срока заключения правонарушитель должен быть готовым и способным подчиниться законодательству и обеспечивать свое существование.

Конечно, сама по себе корректировка целей наказания с включением в них ресоциализации еще не решает указанную задачу. Нужна сквозная реконструкция всего уголовно-исполнительного законодательства, чтобы подчинить ее достижению этой цели. По опыту прежде всего европейских стран, необходимы разработка и применение в пенитенциарных учреждениях индивидуальных программ по ресоциализации осужденных, основанных на психологической диагностике личности преступника, учете среды его обитания до совершения преступления, а также уровня образования, профессиональных навыков, способностей и склонностей, характера совершенного преступления, отношения к жертве преступления и т.д. Причем, у них во всей этой деятельности активно участвуют как социальные службы местных исполнительных органов, так и аккредитованные общественные организации, что тоже, вполне возможно организовать в наших условиях через специальные государственные гранты.

Безусловно, организация такого подхода к исполнению наказания является очень не простой и трудоемкой, сопряжена на начальном этапе с фундаментальным пересмотром многих положений УИК и переориентацией пенитенциарной системы на достижение новой цели, результаты которой, в отличие от исправления, являются более осязаемыми.

2. Несмотря на всю сложность разворота пенитенциарной системы в сторону ресоциализации, отдельные правовые механизмы достижения данной цели уже сегодня можно заложить в казахстанское уголовно-исполнительное законодательство.

⁵⁸ Аккулев А.Ш. Уголовно-исполнительная политика Республики Казахстан: понятие, цели, принципы: Учебное пособие. - Астана, 2010. - С.84

Так, в системе исправительных учреждений функционируют колонии-поселения, в которых согласно пункту 3 статьи 69 УИК отбывают наказание осужденные к лишению свободы за преступления, совершенные по неосторожности и лица, впервые осужденные за совершение умышленного преступления к лишению свободы на срок до одного года, а также положительно характеризующиеся осужденные, переведенные из исправительных колоний общего и строгого режимов. Всего в республике 18 колоний-поселений, имеются они в каждой области, общий лимит мест в них настоящее время составляет всего 3860, при общей численности отбывающих лишение свободы во всех учреждениях республики 41850 человек (на июль 2012 года).

Благодаря текущему процессу гуманизации законодательства количество отбывающих лишение свободы за неосторожные преступления в колониях-поселениях резко уменьшилось и эта тенденция сохраняется. По опыту европейских стран целесообразно внести в УК изменения с тем, чтобы за неосторожные преступления, не повлекшие особо тяжкие последствия, изначально назначались наказания не связанные с изоляцией от общества и лишь в том случае они заменялись на лишение свободы, если осужденный уклоняется от наказания или не выполняет возложенные судом обязанности. Такая перспектива имеет мощное воздействие на сознание осужденного в плане правопослушного поведения.

Что касается лиц, впервые осужденных за совершение умышленного преступления к лишению свободы на срок до одного года, то их число также не значительно и вместо колоний-поселений они могли бы отбывать наказание в следственных изоляторах, общий лимит которых сегодня составляет 13720 мест, при фактическом содержании в два раза меньше (на 1 июля 2012 года - 6550). Кстати, в 2010 году в следственных изоляторах уже создавались изолированные от следственно-арестованных локальные участки для содержания в камерах, осужденных к аресту. Безусловно, что условия содержания в следственных изоляторах значительно строже, чем в колониях-поселениях, но именно этот фактор кратковременной жесткой изоляции лиц, впервые совершивших именно умышленные преступления, закладывался в свое время в наказание в виде ареста. Так сказать, чтобы привыкнуть не успели, но и осознали отрицательные последствия совершения преступления.

В отношении положительно характеризующихся осужденных помимо перевода в колонию-поселение еще шире применяется условно-досрочное освобождение, например в 2011 году из закрытых колоний в колонии-поселения переведено 2782 осужденных, а условно-досрочно освобождено 7339 человек. Такая поощрительная мера, как замена неотбытой части лишения свободы более мягким видом наказания применяется хоть и реже, например в 2011 году в отношении 1280 осужденных, но, при желании и наличии осужденных заслуживающих ее, ничего не мешает расширить и эту правоприменительную практику.

Из всего этого следует, что колонии-поселения можно без особого труда освободить от нынешнего контингента осужденных и на их базе создать аналоги европейских полуоткрытых тюрем (реабилитационных центров), куда переводятся заключенные на заключительном этапе лишения свободы для подготовки их к освобождению и постепенному возвращению в общество. Например, в Нидерландах в такие заведения переводятся за 6 месяцев до окончания срока наказания. В наших условиях, с учетом законодательно установленных чрезмерно длительных по сравнению с европейскими стандартами сроков лишения свободы, это можно делать за один год до освобождения, при этом обязательно направлять в регион предполагаемого будущего проживания. Учитывая, что большинство колоний-поселений находится вблизи областных центров, режим полусвободы в них создает идеальные условия для подготовки осужденных к освобождению, то есть их ресоциализации.

В течение годичного срока с такими лицами можно было бы организовать содержательную работу по их подготовке к освобождению, с привлечением заинтересованных служб местных исполнительных органов и неправительственных организаций. Главной задачей таких учреждений было бы, прежде всего, оказание содействия осужденному в восстановлении

утерянных социально-общественных связей. Еще до полного своего освобождения осужденный получал бы необходимую и полезную информацию о произошедших изменениях за время его изоляции, имел бы возможность заранее трудоустроиться, восстановить утраченные документы, восстановить родственные и другие связи, в конце концов, спланировать свою жизнь после освобождения.

Такой алгоритм отбывания лишения свободы также согласуется с рекомендациями статьи 60 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, в которой говорится: «Желательно, чтобы перед завершением срока наказания принимались меры к постепенному возвращению заключенного к жизни в обществе».

К сожалению, нынешняя практика наших пенитенциарных учреждений в части подготовки осужденных к освобождению в связи с окончанием срока наказания, далека от всего этого. Все ограничивается, согласно статье 176 УИК, информированием за шесть месяцев местных исполнительных органов о предстоящем освобождении лица, наличии у него жилья, его трудоспособности и имеющихся специальностях. Также говорится, что с осужденным проводится интенсивная воспитательная работа с целью подготовки его к освобождению, разъясняются его права и обязанности. Однако, подобная подготовка к освобождению, априори, не может быть качественной, так как теория в данном случае лишена практики.

Если обратиться к статистике Комитета УИС, то в 2011 году из учреждений УИС освободилось 15185 человек, из которых 12648 из колоний закрытого типа и только 2537 из колоний-поселений. Проблема подготовки осужденных к освобождению предстает еще более актуальной, если учесть, что примерно треть осужденных отбывают лишение свободы в других областях, где и освобождаются.

Таким образом, предложенная выше схема постепенной реинтеграции осужденных в общество, широко применяемая во многих развитых странах, имеет все шансы быть внедрена и в наше уголовно-исполнительное законодательство и практику. Ожидаемый эффект - это более успешная адаптация бывших заключенных в свободном обществе и снижение уровня рецидива преступлений.

3. В деятельности пенитенциарных учреждений имеются проблемы, которые возникли в результате перекосов в гуманизации законодательства. Для стабильного их функционирования очень важно, чтобы любое изменение в УИК в части гуманизации вносилось через призму практической целесообразности. Тем не менее, анализ всех изменений и дополнений в УИК за последние годы говорит, что не всегда просчитываются вероятные риски. И одна из таких проблем заключается в следующем.

В соответствии со статьей 117 УИК осужденные, отбывающие наказание в колониях общего режима и содержащиеся в обычных условиях имеют право на получение в течение года шести посылок или передач и шести бандеролей. Содержащиеся в облегченных условиях имеют право на получение в течение года двенадцати посылок или передач и двенадцати бандеролей. Содержащиеся на льготных условиях вообще не имеют ограничений в количестве посылок, передач или бандеролей. Даже злостные нарушители порядка отбывания наказания или совершившие умышленные преступления уже в местах лишения свободы, которые содержатся в строгих условиях, тоже имеют право на получение в течение года трех посылок или передач и трех бандеролей.

В колониях строгого и особого режимов количество разрешаемых посылок, передач и бандеролей несколько меньше, но их количество тоже не ограничивается на льготных условиях строгого режима (статья 119 УИК).

К чему это привело на практике? Сразу оговоримся, что речь идет исключительно о закрытых учреждениях, но не о колониях-поселениях, где законодательно существует режим т.н.

полусвободы, позволяющий положительно характеризующимся осужденным даже проживать за пределами учреждения, с вытекающими отсюда последствиями.

Огромное количество посылок и передач, преимущественно с продуктами питания, приводит к элементарной антисанитарии в колониях. Поступаемые продукты питания хранятся в спальных помещениях, в которых не везде имеются холодильные установки. Осужденные отказываются ходить в столовую для приема пищи, что является причиной регулярного конфликта между ними и администрацией учреждения. Учитывая отрядную форму содержания в наших колониях, часть содержимого посылок (бандеролей) вынужденно передается осужденными в т.н. «общак» при колонии, которым пользуются и распределяют более продвинутые в тюремной иерархии личности, именуемые в данном случае «смотрящими». Конечно, такая ситуация не во всех колониях, но она реально существует.

Нужно еще учесть существующие возможности колонии тщательно проверять содержимое поступающих посылок, передач и бандеролей. Режимность объекта требует высокого качества проверки поступающих предметов, например, как в аэропортах. Однако, из-за отсутствия специальных технических устройств (сканеров и др.) проверка осуществляется вручную. При этом доходит до абсурда, когда контролеры с целью обнаружения запрещенных предметов вынуждены вскрывать пакеты и пересыпать сыпучее содержимое (напр., крупы, чай, сахар и т.п.), либо переливать жидкости из одной емкости в другую (напр., варенье, соленье и пр.) и т.п.

В тоже время, указанные действия, несмотря на понятный протест осужденных, являются оправданными. По официальной статистике Комитета УИС в 2011 году только при попытке передачи в колонии и следственные изоляторы скрытым способом запрещенных предметов было изъято 11 млн. 125 тыс. тенге, 11163 литра спиртных напитков, 6496 колюще-режущих предметов, 3245 средств мобильной связи, 127 кг. наркотических средств.

Говоря об истории и роли продуктовых посылок в жизни осужденных, следует признать их анахронизмом советского образа бытия, когда в стране существовал дефицит элементарных продуктов питания, а качество питания в исправительных учреждениях оставляло желать лучшего. Поэтому, стремление родственников осужденного передать ему домашней еды было вполне понятным по человеческим соображениям.

Следует сказать, что в современной истории впервые законодательное увеличение количества посылок, бандеролей и передач произошло в 1997 году с принятием действующего УИК. Тогда, в условиях экономического кризиса в стране и переполненных пенитенциарных учреждений такая мера была оправданной, хотя преподносилась как гуманный акт. Сегодня же ситуация с питанием осужденных несоизмеримо лучше. В среднем, на содержание одного осужденного к лишению свободы государство тратит в месяц 45 тыс. тенге, а на содержание следственно-арестованного 70 тыс. тенге. Это значительно больше, чем размер минимальной пенсии в стране.

Следовательно, наступило время ограничить их количество до пределов разумного. Можно сделать при этом отдельные исключения, например для медикаментов, которыми пенитенциарное учреждение не может обеспечить осужденного в силу их особой специфики.

В целом, уголовно-исполнительной системе Казахстана давно уже пора переходить на современные стандарты в этом вопросе. В частности, в европейских и американских тюрьмах вообще не практикуются продуктовые посылки и передачи, хотя отдельные законодательства допускает их в очень ограниченном количестве. Заключение имеют специальные счета, куда родственники могут направлять им деньги, а они в свою очередь могут на них приобретать в

тюремных магазинах необходимые предметы и продукты питания. Приходя на свидание, родственники также в этих тюремных магазинах могут приобретать необходимые товары для передачи заключенному, что упрощает процедуру их обыска при пропуске на территорию тюрьмы. При желании, все это можно организовать и в наших условиях.

В завершение отметим, что за двадцать с лишним лет независимости Казахстана в структуре правоохранительного сектора уголовно-исполнительная система подверглась наименьшему реформированию. На это влияет, прежде всего, отсутствие четкого стратегического видения вектора ее развития. Вышеизложенные предложения по ее совершенствованию отражают лишь небольшую часть тех проблем, решение которых позволит говорить о реальном приближении пенитенциарной системы страны к общепризнанным международным стандартам. И сегодня, когда идет процесс обновления уголовного и уголовно-исполнительного законодательства, есть уникальная возможность придать ей цивилизованность.

Сентябрь 2012 г.

ДОКЛАДЫ УЧАСТНИКОВ КОНФЕРЕНЦИИ

СЕССИЯ 1. РЕФОРМИРОВАНИЕ ДОСУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

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

Проблемы форм предварительного расследования по проекту УПК РК (общая, дознание, следствие, упрощенная)

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

Если все расследование – при розыском (инквизиционном) типе процесса – находится в руках юриста-следователя или обладающего широкими административными полномочиями начальника органа дознания, и прокурор, занятый общим надзором и всякими иными делами, подключается к расследованию эпизодически (когда нужно решить вопрос о продлении сроков, об оперативно-розыскных мероприятиях, о мере пресечения и о направлении дела в суд), – то разделение на указанные две формы является в некоторой степени логичным. Особенно, если права человека не имеют первостепенной ценности. Нелогичным является лишь то, что, например, преступления средней тяжести и тяжкие преступления по степени тяжести не очень сильно отличаются между собой (они смежные). Но при этом дела о тяжких преступлениях расследует следователь-юрист, который имеет права в отношении органов дознания и дознавателей. А дела о преступлениях средней тяжести – от начала до конца – расследуют не юристы, а оперативники или специалисты в какой-то другой области – пожарники, пограничники, таможенники и т.д.

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

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

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

Следователи (они же дознаватели) в этом случае, в отличие от прокурора, имеют не юридическое, а полицейское образование. Они должны уметь раскрыть правонарушение, закрепить доказательства и представить их на рассмотрение прокурора. Последний, в свою очередь, уполномочен решать, достаточно ли – с правовой точки зрения – этих доказательств

для того, чтобы передать дело в суд и поддерживать обвинение, либо следует искать иные правовые способы разрешения правового конфликта между лицом и обществом и государством.

В тех случаях, когда в деле есть потерпевший, подобные вопросы решает он или же его представитель (законный представитель).

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

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

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

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

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

А как же обходятся немецкие прокуроры без общего надзора? Очень просто. Систему так называемого прокурорского общего надзора успешно заменяет субститут контроля, который осуществляют соответствующие админ. органы в пределах своей компетенции.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Органов дознания в Украине как таковых больше нет. Вообще. Дознание – это только форма расследования **уголовных проступков**. Ее особенность, в частности, в том, что на расследование отводится 25 дней + 5 дней – прокурору для принятия решения.⁵⁹

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

Да, например, за оскорбление судьи или воинского начальника, согласен. Тут быстро: оскорбление — наказание.

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

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

Сомневаюсь.

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

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

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

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

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

⁵⁹ Другие особенности дознания по УПК Украины: - запрещены задержание и меры пресечения в виде домашнего ареста, залога и содержания под стражей; - запрещены негласные следственные (розыскные) действия.

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

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

- частично совпадают полномочия прокурора и начальника следственного отдела в части контроля (надзора) и организации расследования;
- являются в целом одинаковыми полномочия следователя и начальника органа дознания, несмотря на их принципиально различную юридическую квалификацию;
- ответственность за результаты расследования является солидарной – ее несут почти в равной мере прокурор, начальник следственного отдела и следователь или начальник органа дознания.

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

2. Положения ст. 115, согласно которой не только судья, прокурор и следователь, но и дознаватель оценивает доказательства с точки зрения относимости, допустимости, достоверности⁶⁰. Не его это забота – оценка доказательств!

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

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

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

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

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

⁶⁰ «Доказательство признается относящимся к делу, если оно представляет собой фактические данные, которые подтверждают, опровергают или ставят под сомнение выводы о существовании обстоятельств, имеющих значение для дела.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- разве не должны учитываться все смягчающие обстоятельства?

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

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

Так в чем тогда особенности соглашения – немного непонятно.

2) как быть с **неосторожными** преступлениями?

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

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

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

Расширение судебного контроля в досудебном производстве во Франции: результаты реформы

Существует тенденция увеличения в большей степени судебного контроля в уголовном судопроизводстве в Европе. Это увеличение приветствуется не всеми.

Вопрос в том, как смягчить влияние судебного контроля с точки зрения сохранения эффективности уголовного судопроизводства, и он находится под угрозой. Судебный контроль особенно важен для любого случая лишения свободы, разрешенного законом.

Во Франции изменился судебный контроль во время досудебной стадии в результате принятия европейского законодательства, решений Европейского суда по правам человека, рекомендаций Совета Европы и соблюдения всех международных стандартов.

Франция была осуждена много раз за различные нарушения во время досудебного производства по уголовным делам, и особенно когда это касается продолжительности задержания, предварительного заключения и судебных полномочий, которые могут санкционировать лишения свободы до начала судебного процесса.

Недавно четыре решения Кассационного Суда и одно решение Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) вызвали судебное потрясение французского уголовного судопроизводства, освещая проблему независимости судебного преследования. Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) в его решении от 13 июля 2008 принял во внимание то, кем под надзором прокурора приводится в исполнение заключение и кого французский закон квалифицирует как *magistrat*, не имеющий квалификации ни как 'судья', ни как другое 'должностное лицо, уполномоченное законом осуществлять судебную власть', показывая отсутствие независимости от исполнительной власти. Можно заключить, что прокурор не может принимать решение о предварительном заключении.

Во Франции, прокуроры назначаются Указом Президента Республики по предложению Министра юстиции и после мнения Высокого Совета Правосудия. Это означает, что, если Высокий Совет Правосудия дает отрицательное мнение о назначении прокурора, Министерство юстиции может, так или иначе, передать его назначение Президенту. Поэтому это является причиной, почему его независимость может быть под угрозой.

Следователь напротив назначается Указом Президента Республики по предложению Министерства юстиции, но после одобрения Высокого Совета Правосудия.

Наряду с этим, обсуждением вопроса были очень заинтересованы французские юридические круги, Большая Палата Европейского суда по правам человека в ее апелляционном решении по тому же самому делу (CEDH, 29 mars 2010, Medvedyev and others c. France, requête n° 3394/03) в 2010 рассмотрела вопрос, были ли стороны судебного дела быстро представлены перед судьей или другим 'должностным лицом, уполномоченным законом осуществлять судебную власть'.

В Постановлении Большой Палаты подчеркнуто, что 'судебный чиновник должен предоставить необходимые гарантии независимости от исполнительной власти и сторон,

которые препятствуют его последующему вмешательству в уголовное судопроизводство согласно его полномочиям в уголовном преследовании, и у него должны быть полномочия распорядиться об освобождении после слушания дела, проверке законности и оправдании заключения. Это постановление было в скором времени подтверждено другим решением ЕСПЧ (CEDH, 29 November 2010, Moulin c. France requite n. 3104/06).

Это вызвало громкие юридические дебаты о независимости прокурора от исполнительной власти и как продолжать действовать далее в соответствии с решениями Европейского суда по правам человека.

Уголовное судопроизводство подверглось во Франции многим реформам и поправкам за прошлые годы с целью поиска нового баланса между судебным преследованием и судебной защитой в качестве арбитра. Цель состоит в том, чтобы упростить рассмотрение дела и обеспечить условия для справедливого суда, учитывая своевременные предложения. Более чувствительная часть уголовного судопроизводства, которая вызывает горячие обсуждения, является предварительное заключение.

Во Франции есть должность следователя. Должность следователя существует с 1808, больше чем 200 лет, хотя за прошлые 20 лет его роль была чрезвычайно раскритикована и реформа уголовного судопроизводства, начатая при предыдущем правительстве, предполагала отмену института следователей. Основная критика заключалась в том, что следователь действительно концентрирует в своих руках следственные и судебные полномочия и его статус заставляет его работать изолированно.

Эта реформа, которая предполагала отмену должности следователя, не была одобрена; многие судьи были против этого, и тоже адвокаты, которые оказали жесткое сопротивление. Следователь все еще существует, но следователь, который был определен как самое влиятельное должностное лицо предварительного следствия во Франции, на сегодняшний день имеет более ограниченные и контролируемые полномочия.

Все эти реформы проводились в отношении изъятия у следователя полномочий принимать решение о предварительном заключении под стражу и продлевать предварительное заключение под стражу, а затем привели к полному или частичному возвращению полномочий обратно.

В 2000 году идея, согласно которой должен быть двойкой взгляд на решения, принятые во время досудебного производства по уголовному делу следователем, приводит к созданию нового института судей: судья по предварительному заключению под стражу и задержанию (фр. «juge des libertes et de la detention») осуществляет контроль за всеми действиями, связанными с заключением и следствием. Поэтому досудебная стадия подвергается большому судебному контролю.

Это означает, что, если следователь хочет принять решение о предварительном заключении под стражу, он посылает запрос судье по предварительному заключению под стражу и задержанию через прокурора. Прокурор адресует его к судье по предварительному заключению под стражу и задержанию. Таким образом, судья по предварительному заключению под стражу и задержанию получает запрос о предварительном заключении уже с двумя заключениями с указанием причин, почему этот человек должен быть взят под стражу. Таким же способом следователь через прокурора будет требовать продление предварительного заключения под стражу.

Что касается прошения об условно-досрочном освобождении заключенного из тюрьмы, если следователь согласен с освобождением, он может решить это один, в противоположном случае, если он отклоняет прошение, он должен направить его судье по предварительному заключению под стражу и задержанию через прокурора.

Судья по предварительному заключению под стражу и задержанию также принимает решение о продлении задержания свыше 48 часов.

Далее судья по предварительному заключению под стражу и задержанию осуществляет судебный контроль за законностью всех следственных полицейских действий и навязчивых полицейских мер, которые нарушают частную жизнь человека и затрагивают основополагающие права и свободы человека, контролируя и санкционируя их. Судья по предварительному заключению под стражу и задержанию контролирует и санкционирует запросы прокурора или следователя, такие как: ордера, конфискация, обыск, весь перечень перехваченных средств телекоммуникаций: прослушивание, запись и копирование, весь перечень перехваченной информации: прослушивание, запись и копирование, принудительная госпитализация и размещение детей в специальных школах.

Контроль судьи по предварительному заключению под стражу и задержанию не простая формальность, судья принимает решения, предполагающие его высокую ответственность за предварительным заключением, так как это должно быть сделано, только если действительно необходимо. Слушание дела, проводимое судьей по предварительному заключению под стражу и задержанию, проводится по случаю заключения с соблюдением гласности в присутствии прокурора и его адвоката. Его решение должно быть мотивировано и может быть обжаловано в Следственную Палату Апелляционного суда.

Создание института судей по предварительному заключению под стражу и задержанию дало надежду, что с судьей, контролирующим все решения, затрагивающие основополагающие права человека, ситуация улучшится и число предварительных заключений под стражу уменьшится.

Также судебный контроль осуществляется Следственной Палатой и ее Председателем. Следственная Палата - часть Апелляционного суда, состоящая из 3 судей. Это - единственная следственная судебная власть второго уровня. Она имеет дело, главным образом, с протестами против решений следователя и судьи по предварительному заключению под стражу и задержанию. Однако другая часть обязанностей состоит в контроле за законностью решений следователя и судьи по предварительному заключению под стражу и задержанию.

Более того у Председателя Палаты есть некоторые дополнительные полномочия обеспечивать судебный контроль. Он может просить Палату выбрать предварительное заключение для человека, который содержался под стражей в течение, по крайней мере, 3 месяцев. Будет открытое слушание дела и люди будут в состоянии быть услышанными. Палата может принять решение об освобождении человека.

Председатель управляет надлежащим функционированием ведомств следователей и чтобы должным образом выполнить эту задачу, он получает каждые 3 месяца список всех текущих судебных дел следователей, входящих в юрисдикции его суда. Он контролирует продвижение судебных дел, и уважение всех правил уголовного судопроизводства. Если он замечает, что в определенном случае никакие следственные действия не были произведены в течении 4 месяцев, он может просить свою Палату вести судебное дело вместо следователя, повторно назначить дело другому следователю в случае бездействия следователя или на случай объединенного порядка направления дела, когда он будет просить другого следователя также работать над делом.

Председатель Следственной Палаты получает другой список судебных дел, в котором есть заключенные под стражу до начала судебного процесса. Этот список также посылают Генеральному Прокурору. Поэтому они оба играют роль судебного контроля за ситуацией с заключенными под стражу до суда и продолжительностью их заключения.

Председатель также отвечает за посещение один раз в месяц места заключения под стражей, чтобы осуществить контроль за условиями.

После 12 лет можно сказать, что рассмотрение вопросов по заключению сосредоточено только на судьбе по предварительному заключению под стражу и задержанию. Предварительное заключение – исключительная мера; однако, следователь или прокурор, отвечающий за следствие, могут быть слишком приближены к следствию, тогда как судья по предварительному заключению под стражу и задержанию, который не вовлечен в уголовное дело, может держать некоторую дистанцию, и сосредотачивается только на заключении.

Однако в действительности все оказалось по-другому и проявилось во время уголовного дела в 2005 году, которое привлекло внимание французских СМИ лет и вызвало критику роли прокурора и следователя. Нужно заметить, что наличие судьи по предварительному заключению под стражу и задержанию игнорирует большинство людей во Франции. Единственное должностное лицо предварительного следствия, который появляется в СМИ, это следователь.

Это дело касалось сексуального насилия несколькими взрослыми над множеством детей. Следствие длилось в течение 3 лет. 18 человек подозреваемых провели в предварительном заключении от 1 до 3 лет и, в конечном счете, из них 13 человек были оправданы и 1 человек совершил самоубийство в тюрьме.

Это оказало большое влияние на общественное мнение: это действительно возможно во Франции в 21-ом веке?

Какова роль следователя? Как он может принимать решение о таких мерах?

Должен ли он контролироваться, принимая такие решения? Уголовное судопроизводство должно или не должно быть модифицировано? Противоречит ли предварительное заключение презумпции невиновности?

Ситуация состоит в том, что эти решения были приняты судьей по предварительному заключению под стражу и задержанию, а не следователем. Таким образом, что произошло с этим судьей, который должен был контролировать решения следователя и предостерегать людей от незаконного заключения? Почему Следственная Палата и ее Председатель не выполнили свои обязательства?

Почему все прошения об условно-досрочном освобождении заключенного из тюрьмы были отклонены?

Оказалось, что институт судей по предварительному заключению под стражу и задержанию, который воспринимался хорошей идеей, не был подготовлен должным образом.

Судья по предварительному заключению под стражу и задержанию, как предполагается, является согласно закону опытным судьей, но это было не всегда возможно во всех судах, не говоря о факте, что судья может быть опытным в гражданском праве, но не в уголовном судопроизводстве. Кроме того условия назначения на должность не были достаточно точны, судьи по предварительному заключению под стражу и задержанию осуществляют свои функции, а также другие функции. В результате перегруженность судебными делами согласно первоначальным функциям, отсутствие достаточного количества времени, чтобы работать над делами по заключению и как это ожидалось принимать решения в соответствии с основополагающими и конституционными правами человека. Это занимает время, чтобы прочитать дело и невозможно принять решение по заключению с неполным и поверхностным представлением о деле. Как судья может представлять противовес и противостоять полномочиям следователя, когда он должен работать над делом в промежутках времени,

когда дела приносят ему один за другим в дополнение к его другим обязанностям? Более того, Судья по предварительному заключению под стражу и задержанию принимает решения изолированно, как ранее было сказано о следователе.

Статистические данные показывают, что в 92% случаев судья по предварительному заключению под стражу и задержанию подтверждает запрос следователя, и число предварительных заключений увеличилось.

Сегодня Франция задается вопросом о необходимости наличия института судей предварительному заключению под стражу и задержанию.

Таким образом, от одних реформ к другим, отдельные изменения не приносят положительных результатов. Реформы должны быть осмыслены в более широком плане. Преобразование полномочий некоторых субъектов уголовного судопроизводства воздействует на работу и обязанности некоторых других субъектов уголовного судопроизводства, и реформа должно осмыслена шире, включая также правоохранительные органы.

Кроме того, материальные средства должны также быть предусмотрены в реформе.

Чтобы исправить эту ситуацию, многие советуют внести изменения, отказавшись от контроля в пользу коллегиальности. Досудебная стадия будет осуществляться 3 следователями, все принимают решения вместе во время досудебной стадии и будут созданы следственные центры для поощрения работы в команде с целью обмена взглядами и идеями.

Аналогично судья по предварительному заключению под стражу и задержанию осуществлял бы исключительно эти функции целый рабочий день и мог быть включен в группу судей по предварительному заключению под стражу и задержанию.

Подводя итог, уголовное судопроизводство должно быть преобразовано, принимая во внимание более широкий спектр. Изменение его части может также вызвать некоторые нестабильные результаты.

Судебный контроль во время досудебной стадии необходим. Однако это должно приносить положительные изменения и реформа должна быть обдумана и в том числе в условиях ее применения.

Хотелось бы затронуть другие изменения в законодательстве, которое обеспечивает некоторые гарантии по основополагающим правам во время досудебной стадии.

Одним из них является Закон, который вступил в силу в 2011 году как результат решения Конституционного Совета и 4 решения Верховного Суда, согласно которым действующий режим заключения нарушает Конституцию. Этот закон инициировало реформу задержания. Закон предусматривает присутствие адвоката на более ранней фазе досудебной стадии, ограничение задержания, запись допроса и усиление судебного контроля.

С новым законом адвокат может помочь задержанному с самого начала его ареста и во время досудебной стадии, в том числе во время полицейского допроса с возможностью ознакомиться с делом и протоколом допроса. Наблюдения за адвокатом в этом случае определенно способствуют большему уважению правил уголовного судопроизводства и к уважению прав задержанного.

Нарушение любого из прав задержанного предполагает признание процедуры недействительной.

На этой стадии адвокат в состоянии проверить, то, что конституционные права задержанных уважают и если нет, он сообщает о них в служебной записке. Один образец его записки остается в отделении полиции, второй - остается у него, и третий - посылают в суд. Делая, таким образом, он действительно управляет условиями заключения и играет существенную роль в уголовном судопроизводстве.

Короткая записка, являющаяся частью дела, может быть тогда использована для подтверждения, что признание вины было результатом дурного обращения и поэтому считать признание неприемлемым.

Роль адвоката во время досудебной стадии и, особенно во время задержания значительно увеличилась. Адвокаты должны быть активными во время стадии предварительного следствия и осуществить соблюдение прав во время досудебной стадии. Доступ к адвокату в течение самых первых часов задержания оказывает значительное влияние на следствие.

После одного года реализации закона может быть замечено, что количество задержаний в отделениях полиции не уменьшилось.

Если, конечно, вмешательство адвоката предполагает большую защиту основополагающих прав задержанных, финансовые средства необходимы для осуществления этой законной потребности, которая обеспечивается правительством.

Закон затрагивает деятельность многих субъектов досудебной стадии: полицейский, который должен работать иначе с организацией допроса, необходима покупка оборудования записывающих устройств допроса, но не менее важно, увеличение зарплаты адвокатов, которые в рамках бесплатной юридической помощи.

Реформы уголовного судопроизводства затрагивают деятельность многих субъектов досудебной стадии и чтобы реформы дали положительные результаты, надо их принять всех во внимание и не торопиться.

Спасибо за внимание.

О некоторых проблемных вопросах проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан

Проведя анализ сравнительной таблицы по положениям проекта нового Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан мы придерживаемся ранее изложенных позиций. В частности, в части 1 статьи 130 проекта необходимо исключить предложение «Подписка о невыезде применяется с санкции прокурора по надзору за дознанием и следствием», так как это потребует дополнительное время на изучение материалов уголовного дела органами прокуратуры и ограничит самостоятельность следователя;

Агентство придерживается ранее изложенной позиции, выработанной всеми субъектами ОРД, касательно объединения в один вид негласного следственного действия таких специальных мероприятий как негласный контроль средств связи (*статья 271 проекта*), перехват и снятие информации с технических каналов связи, компьютерных систем и иных технических средств (*статья 273 проекта*), а также получение сведений о произведённых телефонных переговорах (*статья 272 проекта*).

В этой связи в части 1 статьи 258 проекта объединить пункты 1,2, 3 и изложить в следующей редакции «негласный контроль средств связи, получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, негласный оперативный поиск на сетях связи, перехват и снятие информации с технических каналов связи, компьютерных систем и иных технических средств».

Также, действующим законодательством об оперативно-розыскной деятельности не регламентировано получение сведений о содержании СМС/ММС-сообщений, телефонных видеозвонок и другой информации, получаемой по телекоммуникационным линиям.

В связи с тем, что информация, поступающая по сетям электрической связи охватывает телефонные соединения, в том числе сотовую связь и интернет, нами предложен следующий вид негласного следственного действия и его определение: **«Негласный контроль, перехват и снятие информации передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи».**

1. Негласный контроль сетей электрической (телекоммуникационной) связи – это негласное прослушивание и (или) запись голосовой информации с применением технических средств и (или) компьютерных программ, передающейся по телефону или другим устройствам, позволяющим передавать голосовую информацию, а также получение сведений о дате, времени, продолжительности соединений между абонентами и (или) абонентскими устройствами (пользовательским оборудованием), номерах абонентов, других данных, позволяющих идентифицировать абонентов, а также сведений о номерах и месте расположения приемопередающих базовых станций.

2. Перехват и снятие информации, передаваемой по сетям электрической связи – это перехват и снятие знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, видео-изображений, звуков и другой информации, передающейся по проводным, радио-, оптическим и другим электромагнитным системам.

Исходя из этого, в статью 7 проекта необходимо включить понятие «электрическая связь» в следующей редакции: **«Электрическая связь (телекоммуникация) - это передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радио-, оптической и другим электромагнитным системами».**

Вместе с тем, указанное выше мероприятие не предусматривает снятия информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации. В связи с чем, предложен следующий вид негласного следственного действия: **«Негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации с осуществлением негласного физического или технического проникновения либо без такового».**

Также предложено рассмотреть вопрос о включении такого вида негласного следственного действия как **«Негласное получение сведений, составляющих банковскую тайну»** со следующим определением:

«Негласное получение сведений, составляющих банковскую тайну – это получение сведений о наличии, владельцах и номерах банковских счетов депозиторов, клиентов и корреспондентов банка, об остатках и движении денег на этих счетах и счетах самого банка». При этом возможность технического исполнения предложено обсудить коллегиально на одной из рабочих встреч.

Поддержано предложение Генеральной прокуратуры о вынесении одного постановления на проведение негласного аудиоконтроля и (или) видеоконтроля лица или места с обязательным указанием, при необходимости способа осуществления данного мероприятия путём физического или технического негласного проникновения в помещения.

Между тем предложены следующие понятия терминам «физическое проникновение» и «техническое проникновение»: **«Физическое проникновение – это негласный беспрепятственный вход в жилое или служебное помещение, помимо воли проживающих или работающих в них, с целью установки специальных технических средств. Техническое проникновение – это преодоление внутриобъектовой защиты в интересах сбора техническими средствами оперативно значимой информации».**

Статья 292 проекта нового УПК гласит:

«1. Осуществление негласных следственных действий, за исключением негласного контроля почтовых и иных отправлений, органом досудебного расследования поручается уполномоченному правоохранительному либо специальному органу (*технические подразделения по проведению негласных следственных действий*).

2. В ходе негласного следственного действия фиксируются все имеющие значение для конкретного расследования события и факты.

По завершению мероприятия, материалы, полученные в ходе его проведения, в полном объеме с соблюдением конфиденциальности передаются органу досудебного расследования.

3. Орган досудебного расследования вправе в любое время истребовать от уполномоченного органа результаты проводимого мероприятия для их исследования, оценки и приобщения к материалам расследования».

Деятельность оперуполномоченного в силу своей специфики имеет разительное отличие от деятельности следователя. Расследование уголовного дела требует ежечасного оперативного сопровождения.

В свете последних событий в Казахстане, активизации терроризма и экстремизма, последовательно прогремевших взрывов, оперативно-розыскная деятельность имеет важное значение. Для выявления, раскрытия и расследования преступления необходима работа на конфиденциальной основе. Результаты которой требуют легализации, которая в свою очередь должна быть подвергнута «фильтру».

В связи с чем, необходимо оставить в проекте редакцию действующей ст. 130 УПК РК, которая регламентирует легализацию результатов ОРД в процесс доказывания по уголовным делам.

Кроме того, необходимо упомянуть ряд проблемных вопросов, возникающих в правоприменительной практике деятельности органов финансовой полиции, которые желательно принять во внимание при разработке текста проекта нового УПК.

Одним из приоритетных направлений деятельности органов финансовой полиции является выявление легализации финансовых средств (доходов), добытых преступным путем.

За 2011 год выявлено 91 преступление, связанное с легализацией незаконных доходов. При этом, основная масса преступлений в данной сфере приходится на криминальные факты, связанные с теневой экономикой.

Уголовная ответственность за совершение преступлений, связанных с легализацией денежных средств или иного имущества, приобретенного незаконным путем, предусмотрена ст. 193 УК РК и производство следствия по данной статье Уголовно-процессуальным кодексом отнесено к исключительной подсудственности органов финансовой полиции.

Между тем, преступления, предусмотренные ст.193 УК РК «Легализация денежных средств или иного имущества, приобретенного незаконным путем» не относятся исключительно к категории экономических преступлений.

Как показывает практика, способы легализации (отмывания) незаконных доходов весьма многообразны, нередко носят многоэтапный и весьма ухищренный характер.

Несмотря на то, что полномочия по борьбе с организованной преступностью возложены на МВД РК, деятельность органов внутренних дел сконцентрирована лишь на рассмотрении дел в рамках совершенных общеуголовных преступлений, которые являются более тяжкими, чем ст. 193 УК РК, при этом не ставится вопрос о подрыве ее финансовой основы.

Аналогично, КНБ и МВД занимаются проблемами организованной преступности применительно к ОПГ, контролирующим незаконный оборот наркотиков, не привлекая к ответственности участников ОПГ и наркодельцов за легализацию доходов, полученных от наркотиков.

Вместе с тем, механизм совершения данного вида преступления состоит из нескольких этапов, что приводит к использованию различных способов совершения и сокрытия преступления, информация о которых находит отражение в первичных материалах о преступлении и определяет систему и последовательность решения задач расследования.

В этой связи, предлагаем расследование по ст. 193 УК РК сделать альтернативным и необходимым для выявления способов отмывания еще на стадии оперативно-розыскного документирования, что позволит своевременно принимать меры, направленные на обеспечение полноты и всесторонности предстоящего процесса расследования с момента возбуждения уголовного дела, в частности, направленные на розыск лиц, причастных к преступлению, имущества, добытого преступным путем, и его изъятие.

Обосновывается это тем, что процесс оперативной деятельности правоохранительных органов, направленный на выявление источников финансирования ОПГ, в т.ч. от наркотиков, предполагает большой комплекс мероприятий, позволяющих в законном порядке, с соблюдением конспиративности и конфиденциальности, выявлять факты легализации преступных доходов при расследовании базового преступления, что решает следующую систему задач: установление общего размера преступного дохода, определение круга лиц и организаций, через которые происходило отмывание денежных средств или иного имущества, доказывание схем и способов легализации; конкретизация суммы денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем и введенных в легальную экономику.

Отсутствие правоприменительной практики на сегодняшний день не дает возможности органам финансовой полиции проводить весь комплекс СОПМ, как при расследовании совершенных предикативных преступлений, относящихся к подсудности органов внутренних дел и национальной безопасности, так и на стадии первоначальных этапов разработки.

Считаем целесообразным, внести изменения в уголовно-процессуальное законодательство Республики Казахстан и расследование уголовных дел по ст. 193 УК РК сделать альтернативным, что позволит своевременно принимать меры, направленные на обеспечение полноты и всесторонности процесса расследования.

Кроме того. На сегодняшний день ст. 233-3 УК РК «Финансирование террористической или экстремистской деятельности или иное пособничество терроризму или экстремизму» отнесена к исключительной подсудности органов национальной безопасности, что сказывается на эффективности работы органов финансовой полиции по выявлению и привлечению к уголовной ответственности лиц, установленных в качестве источников финансирования террористической или экстремистской деятельности.

В этих случаях, органы финансовой полиции вынуждены искать альтернативные пути привлечения к уголовной ответственности лиц, за совершение других экономических и финансовых преступлений. Такой подход, хотя и отвечает задачам подрыва источников финансирования террористической или экстремистской деятельности, но остается опосредованным механизмом противодействия.

В результате, территориальные органы финансовой полиции, в рамках поставленной задачи по подрыву экономической основы существования религиозного экстремизма и терроризма, нацелены на выявление экономических и финансовых преступлений в деятельности руководителей религиозных организаций либо физических и юридических лиц, аффилированных с ними.

Далее. На наш взгляд, в проекте УПК необоснованно изменено наименование **ст. 24 УПК РК**, регламентирующей принцип **всесторонности, полноты и объективности** исследования обстоятельств уголовного дела. И тому обоснование следующее: принципы уголовного процесса реализуются в правоприменительную практику посредством системы уголовно-процессуальных институтов. Одним из главных свойств принципов является то, что они **пронижают все стадии уголовного процесса**, то есть действуют во время досудебного и судебного производства, обязательны для исполнения и следователями и судьями. В частности, «полнота» реализуется через процессуальный институт «Предмета доказывания» - ст.ст. 117, 481, 506 действующего УПК РК. Всесторонность предполагает собирание совокупности доказательств как обвинительных, так и оправдательных, установление обстоятельств как, отягчающих так и смягчающих уголовную ответственность и наказание лица (реализуется посредством ст.ст. 53, 54 действующего УК).

В тексте проекта нового УПК полнота заменена категорией «достаточность». Однако, категория «достаточность» отличается от категории «полнота» тем, что полнота требует

установления в совокупности всех обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, тогда как «достаточность» - это императивное требование подтверждения, доказывания каждого отдельно, самостоятельно взятого обстоятельства совокупностью относимых, допустимых и достоверных доказательств (см. ч.6 ст. 115 Проекта, ч. 6 ст. 128 действующего УПК РК).

Достаточность и полнота соотносятся как часть и целое. Удаление из проекта УПК принципа полноты повлияет на установление истины по уголовному делу, в результате будут нарушены конституционные права заинтересованных в исходе уголовного дела лиц на справедливое судебное разбирательство и правильное применение уголовного закона. Изложенное выше свидетельствует о том, что понятия и категории, используемые в проекте, должны отвечать устоявшимся, выработанным наукой доктринальным понятиям.

Кроме того, из проекта УПК, на наш взгляд необоснованно, удален принцип обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь. Названный принцип изложен в ст. 28 действующего УПК РК. Разработчики проекта УПК апеллируют тем, что в проекте УПК остается текст ст. 26 ныне действующего УПК «Обеспечение **подозреваемому, обвиняемому** права на защиту». Необходимо отметить, что ст. 26 действующего УПК исходит из ст. 16 Конституции.

Однако, ст. 28 действующего УПК, принцип обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь исходит из Международного пакта о гражданских и политических правах, из ст. 13 Конституции Республики Казахстан и направлен на защиту конституционных прав **свидетелей, потерпевших и иных участников** уголовного процесса. Кроме того, в Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года поставлена задача обеспечения правом «на квалифицированную юридическую помощь потерпевшего и свидетеля».

Принцип обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь является самостоятельным процессуальным институтом, включает в себя систему норм особенной части действующего УПК РК: нормы, регламентирующие процессуальное положение участников уголовного процесса, заинтересованных в исходе уголовного дела.

Наряду с изложенным, в тексте проекта новой редакции УПК необходимо детально регламентировать производство такого следственного действия как «Осмотр живого лица». Так как в практической деятельности производство названного следственного действия вызывает проблемные вопросы в связи с его схожестью с Освидетельствованием и отсутствием его толкования.

Далее. Проект УПК предусматривает прекращение прокурором досудебного расследования. В связи с чем, бытует мнение о том, что данные положения будут противоречить ст. ст. 75, 77, 83 Конституции Республики Казахстан.

Разделение оснований на «реабилитирующие» и «нереабилитирующие» заключается в том, что в первом случае государство официально констатирует незаконный характер уголовного преследования и обязуется возместить причиненный им вред (реабилитировать соответствующее лицо). Иными словами, такое основание прекращения уголовного дела означает юридический факт, порождающий возникновение со стороны государства определенных обязательств имущественного и (или) неимущественного характера, в большинстве своем являющихся обязательствами гражданско-правовыми (из причинения вреда). При наличии иных оснований прекращения уголовного дела (амнистия, истечение сроков давности, примирение и т. д.) государство просто-напросто отказывается от реализации права на уголовное преследование, прекращая дело, но само уголовное преследование незаконным не объявляется (оно было законным, но стало нецелесообразным). В такой ситуации со стороны государства не возникает обязанности

возместить причиненный уголовным преследованием вред, и в этом смысле (только в этом!) подобные основания именуется «нереабилитирующими», то есть не дающими права на возмещение вреда (реабилитацию).

Естественно, что если применение каких-то из этих двух групп оснований и требует исключительно судебного решения, то таковыми, безусловно, являются реабилитирующие основания прекращения уголовных дел, потому что они порождают гражданско-правовые последствия (возникновение со стороны государства обязательства из причинения вреда, предусмотренного ГК РК). В этом смысле недоразумением является аргумент в пользу передачи суду исключительных полномочий по прекращению уголовных дел по «нереабилитирующим основаниям». Якобы, тем самым в основном завершится процесс разделения функций обвинения и защиты от функции разрешения уголовного дела по существу, что соответствует конституционному положению о роли и назначении судебной власти. Но разрешением дела *по существу* является как раз не его прекращение за примирением сторон или истечением сроков давности, поскольку здесь вопрос о виновности или невиновности вообще не ставится и не решается. Разрешением дела *по существу* является его прекращение за отсутствием события или состава преступления, то есть по «реабилитирующим основаниям», потому как «событие», так и «состав» преступления представляют собой центральный элемент уголовно-правового спора.

В связи с тем, что при прекращении уголовного дела по т. н. «нереабилитирующим» основаниям не обсуждается и юридически не должен обсуждаться вопрос о виновности или невиновности соответствующего лица, то не может возникать и пресловутого противоречия конституционному принципу презумпции невиновности. При прекращении уголовного дела по нереабилитирующим основаниям, вопрос о виновности остается просто-напросто неразрешенным, потому что дело не передавалось в суд и не рассматривалось им по существу. Презумпция невиновности остается процессуально не опровергнутой (ее никто и не пытался опровергнуть), потому что опровергнута она может быть только вступившим в законную силу приговором суда, то есть лицо по-прежнему презюмируется невиновным. Любые попытки вкладывать в постановление о прекращении дела по соответствующим основаниям иной смысл означают лишь неправильное понимание и толкование действующего закона.

Передача данных полномочий суду будет означать не только излишнее замедление и усложнение процесса, а также увеличение загруженности судов, что само по себе благом не является. Такое законодательное решение заблокирует возможность применения в досудебных стадиях национального уголовного процесса т. н. «альтернатив уголовному преследованию», что отбросит его на несколько десятилетий назад.

Процессуальные гарантии прав участников уголовного процесса регламентированы УПК. Суд будет вмешиваться не для того, чтобы «штамповать» решения о прекращении уголовного дела на основании достигнутого в досудебных стадиях процесса примирения, акта амнистии или, допустим, истечения сроков давности, а при возникновении правового спора. В этом смысле не должно быть никаких препятствий для обжалования участниками уголовного процесса действий или решений, имеющих место при прекращении уголовного дела в досудебных стадиях, причем независимо от того, идет ли речь о «реабилитирующих» или «нереабилитирующих» основаниях прекращения.

Поэтому, положение о том, что только суд должен обладать правом прекращать уголовные дела по т. н. «нереабилитирующим основаниям» явно неудачно и не имеет под собой ни теоретических, ни практических оснований.

В связи с вышеизложенным, решение вопроса о прекращении уголовных дел в Проекте нового УПК должно быть передано в полномочия прокурора.

Соотношение следственных и оперативно-розыскных действий в новом проекте УПК РК

Следственная и оперативно-розыскная деятельность, будучи объединены общей целью раскрытия преступлений, различны по ряду существенных признаков. Одно из различий заключается в том, что в результате уголовно-процессуальных (следственных) действий добываются сведения, которые служат доказательствами по уголовному делу, а данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, сами по себе доказательствами не являются. В течение многих веков негласные способы и формы получения информации использовались в различных сферах деятельности государства.

Еще в 334 г. до н. э. Александр Македонский во время похода против персидского царя Дария, произведя действия, которые сей-час называются контролем почтово-телеграфной корреспонденции, установил зачинщиков назревавшей смуты в своем войске⁶¹.

Со времени появления в сфере полицейского сыска бывшего беглого французского каторжника Эжена Франсуа Видока (1811 г.), сумевшего вознести наушничество и слежку в ранг науки и искусства одновременно и получившего титул «императора детективов»⁶², содержание, методы и формы оперативно-розыскной деятельности в значительной мере изменились.

С одной стороны, все шире используются «электронная слежка» и различные оперативно-технические средства.

С другой — оперативно-розыскная деятельность, все больше ставится под контроль закона и государства.

Наметилась тенденция все более широкого использования результатов оперативно-розыскной деятельности непосредственно в доказывании по уголовным делам.

Относительно использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве, действующий Уголовно-процессуальный кодекс (далее - УПК РК) ограничивается краткой нормой (ст.130 УПК РК), согласно которой в процессе доказывания запрещается использование результатов ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам.

Согласно ч. 2 ст. 130 УПК РК в сегодняшней следственной практике наблюдается устойчивая тенденция к тому, чтобы материалы, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий, вводить в уголовный процесс путем производства процессуальных суррогатов, то есть специально приспособленных к каждому случаю аналогов законных следственных действий. Например, одним из таких действий служит осмотр, в ходе которого давно обнаруженный предмет «привязывается» к месту его обнаружения или допросы в качестве

⁶¹ См.: Черняк В. Пять столетий тайной войны. — М., 1989. — С. 6.

⁶² Файкс Г. Большое ухо Парижа. Французская полиция: история и современность. — М., 1981. — С. 62.

свидетелей сотрудников полиции с приобщением к протоколам допроса предмета или документа.

В настоящее время вопрос законодательного урегулирования процесса «трансформации» сведений, полученных в ходе проведения ОРД не решен, поэтому введение в новую редакцию УПК РК статей, регламентирующие данный порядок является своевременным. Только таким образом возможно в полной мере придать порядку представления результатов ОРД законный характер, потому что процессуальные процедуры должны регулироваться только УПК.

В настоящем проекте новой редакции УПК РК значительно расширен арсенал следственных действий благодаря внедрению категории негласных следственных (сыскных) действий, которые по сути являются оперативно-розыскными мероприятиями. И впервые устанавливается исключительный перечень (*одинадцать*) негласных следственных действий.

Что касается содержания проектных предложений, то хотелось бы обратить внимание на то, что "вхождение" ОРД в новую редакцию УПК РК не столь уж бесконфликтно - слишком разительно отличаются принципы этой деятельности. Специфика ситуации в том, что из-за ограниченных возможностей трансформации ОРД согласование общих принципов будет осуществляться, в основном, за счет "уступок" уголовного процесса.

Одна из проблем, требующая такого согласования - право подозреваемого и обвиняемого не свидетельствовать против себя. Так, **ч.1 ст. 27 УПК проекта новой редакции**, гласит: «Никто не обязан давать показания против себя самого, супруга (супруги) и своих близких родственников, круг которых определен настоящим Кодексом». Этому праву корреспондирует **ч. 5 ст. 26 УПК проекта новой редакции**: «Подозреваемый (обвиняемый, подсудимый) не должны принуждаться к даче показаний, представлению органам уголовного преследования каких-либо материалов, оказанию им какого бы то ни было содействия», то есть обязанностью следователя является не принуждать допрашиваемого давать показания против его воли.

В криминалистике данное требование привело к признанию неправомерным целого ряда ранее применявшихся тактических приемов допроса.

Однако при проведении негласных следственных действий, указанных в **главе 33 УПК РК проекта новой редакции**, например в ходе **негласного внедрения в преступную среду**, одной из задач негласных сотрудников ОРД - войти в доверие к преступнику и получить от него объективную информацию о содеянном, а по возможности - склонить к даче правдивых показаний или создать условия для негласной информации с помощью технических средств либо свидетельских показаний. Стоит вспомнить, что первоначальное значение термина "**полицейский агент**" - это "**провокатор**", "**подстрекатель**", во французском языке - **Agent provocateur**, и этот термин довольно точно отражает суть некоторых методов оперативной работы.

Простейший пример приведен в описании дела о хищении около 70 млн. долларов из Первого национального банка Чикаго. Агент ФБР, установив причастность к хищению клерка банка Габриеля Тэйлора, сумел добиться его раскаяния в содеянном и согласия содействовать раскрытию преступления. По заданию агента Тэйлор позвонил по телефону организатору преступления Уилсону и попросил уточнить свои дальнейшие действия по сокрытию аферы. Ничего не подозревавший Уилсон в телефонном разговоре, который фиксировался ФБР на магнитофонную пленку, повторил все детали проведенной преступной операции и пояснил, как их маскировать банковскими операциями. Магнитофонная запись была использована в качестве доказательства вины Уилсона.

Можно, конечно, объяснить правомерность получения информации от обвиняемого и подозреваемого в результате проведения описанного и подобных оперативных мероприятий по аналогии с получением ее от обычных свидетелей, которым преступник добровольно рассказал о содеянном, - действующий УПК РК, не усматривает в допросе таких свидетелей нарушения права обвиняемого не свидетельствовать против себя.

Однако наличие определенной "натяжки" в такой аналогии очевидно, и кардинальное решение видится в необходимости регламентации в новой редакции УПК допустимости проведения оперативно-розыскных мероприятий с применением традиционных, веками используемых методов.

Вместе с тем, определенную трансформацию может претерпеть и оперативно-розыскная деятельность как деятельность процессуальная. Например, далеко не проблематична возможность предоставления потерпевшему, подозреваемому и обвиняемому права отвода субъекта ОРД (уполномоченному правоохранительному либо специальному органу), которому органом досудебного расследования поручается выполнение негласных следственных действий.

Рассмотрение ОРД как деятельности процессуальной высвечивает ряд проблем, не получивших завершения в науке уголовного процесса. Одна из них - это проблема его границ. Проект новой редакции УПК явно непоследователен в констатации начала уголовного судопроизводства. Статья 8 УПК проекта новой редакции и последующие статьи регламентируют, что **«Задачами уголовного судопроизводства являются защита прав и законных интересов физических и юридических лиц, потерпевших от преступлений, быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших, справедливое судебное разбирательство и правильное применение уголовного закона»**. Как мы видим, задачи уголовного судопроизводства в этой части ограничены раскрытием преступлений и изобличением виновных.

Вместе с тем глава 22 УПК проекта новой редакции предусматривает, что, рассматривая заявления и сообщения о совершенных или подготавливаемых преступлениях, орган уголовного преследования **«обязано безотлагательно принять меры к началу досудебного расследования и организации первоначальных мероприятий, либо производства неотложных следственных действий, направленных на предотвращение, пресечение, раскрытие преступления, а также закрепление следов преступления»**. К сожалению, ни в этой, ни в одной другой главе УПК нет даже самых общих правил, средств и методов решения задачи.

Понятно, что заложенные в проекте новеллы требуют значительного изменения сознания людей, осуществляющих правоприменительную деятельность, поэтому новая редакция УПК РК не может вступить в силу сразу после его принятия. Должен быть довольно серьезный буферный период, в течение которого произойдет трансформация органов досудебного следствия, прокуратуры как органа государственного обвинения; должна быть проведена и судебная реформа. Но основное — нужно подготовить нормативную базу, определяющую организационные основы функционирования уголовного судопроизводства по новым правилам. Также необходимо время, чтобы провести переобучение следователей, прокуроров, судей. На наш взгляд такой буферный период должен быть обязательно определен.

СУЛЕЙМЕНОВА Г. Ж.,
Генеральный директор Евразийского центра права,
адвокат Алматинской городской коллегии адвокатов,
член Научно-консультативного совета
при Верховном Суде РК,
профессор, к.ю.н.

Процессуальные гарантии соблюдения прав личности на стадии предварительного расследования

Проект Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан (далее – УПК) знаменует собой очередной этап в череде нескончаемых изменений и дополнений в УПК, внесенных в него свыше 60 законами. Основная часть изменений, предусмотренных проектом УПК, коснулась досудебного производства. Ряд предлагаемых новаций носит концептуальный характер и кардинально меняет, вводит, а также упраздняет некоторые сложившиеся с советских времен и существующие по сей день процессуальные институты стадии предварительного расследования. Совершенствование уголовного судопроизводства должно осуществляться, как указано в Концепции проекта УПК, по следующим основным направлениям:

- введение института следственного судьи;
- введение понятия «разумный срок» при производстве досудебного расследования;
- упразднение возвращения судом дела для производства дополнительного расследования;
- введение института досудебного соглашения, так называемая «сделка»;
- сокращение количества следственных действий, проводимых с участием понятых;
- введение тайных следственных действий и некоторые другие.

Несмотря на то, что авторы проекта УПК поставили благую цель - решение важных актуальных проблем действующего уголовно-процессуального законодательства и правоприменительной практики и, прежде всего, деятельности органов уголовного преследования, предлагаемые ими новации нуждаются в существенной доработке, а некоторые из них вводить, на мой взгляд, недопустимо. Их содержание представляется непродуманным, а также крайне несовершенным и с точки зрения требований законодательной техники.

Безусловно, совершенствование законодательства необходимо и полезно. Но оно должно быть продуманным, научно обоснованным, целесообразным и не преследовать узкокорпоративные, ведомственные и сиюминутные интересы, чтобы не превратиться в свою противоположность.

Как в Концепции, так и в проекте УПК прослеживается отсутствие четкой системности и правовой конкретности в определении приоритетов процессуальной политики, что ярко иллюстрирует не проработанность ряда предлагаемых новаций, многие из которых носят декларативный характер, а также входят в противоречие с принципами, установленными не только УПК, но и Конституцией РК. Ввиду этого их реализация на практике будет затруднена: либо эти нововведения будут игнорироваться, либо иначе интерпретироваться и подгоняться под противоправные технологии, широко распространенные в деятельности органов, ведущих уголовный процесс, что создаст благоприятные условия для роста и без того имеющихся злоупотреблений, в том числе и коррупции и других негативных явлений, а не их предупреждению. Например, зарубежными экспертами указывается на «многочисленные и согласующиеся друг с другом утверждения о том, коррупция глубоко укоренилась в системе уголовного правосудия. ...на каждом этапе, начиная с полиции и **суда и заканчивая**

центрами содержания под стражей и тюрьмами, коррупция является практически институционализированной практикой»⁶³.

Содержание ряда предлагаемых преобразований не только не лишено недостатков, но и не бесспорно, поскольку некоторые из предложений входят во внутрисистемные противоречия с процессуальными институтами, а также не содержат достаточных правовых и фактических гарантий прав и законных интересов лиц, вовлеченных в орбиту уголовного судопроизводства.

Во-первых, как в Концепции, так и в предлагаемом проекте УПК рельефно обозначились тенденции, **которые входят** в противоречие с провозглашенным Конституцией РК принципом приоритета прав человека и гражданина, а именно: предлагаемые новации направлены на обеспечение преимущественно публичных (главным образом, ведомственных) интересов, усилении полномочий органов уголовного преследования при сужении либо игнорировании гарантий прав лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства. Тем самым допущен дисбаланс в соблюдении требований, установленных ст. 8 УПК, в сторону усиления обеспечения только одной из предусмотренных ч.1 ст. 8 УПК задач, связанной с быстрым раскрытием преступлений, изобличением и привлечением к уголовной ответственности лиц, их совершивших. Что касается обеспечения других задач, предусмотренных ч. 2 ст. 8 УПК – «обеспечение защиты от необоснованного обвинения и осуждения, от незаконного ограничения прав и свобод человека и гражданина», - то они остались только на уровне их декларирования в Концепции, что придало лишь видимость демократической направленности предлагаемых преобразований.

Во-вторых, предлагаемые нововведения требуют, прежде всего, решения ресурсных вопросов, реформы органов, осуществляющих судопроизводство (организационных, кадровых, финансовых, материально-технических). Одно лишь реформирование УПК ничего не даст. А на фоне сокращения штатов в правоохранительных органах и судах эти новации вызывают, по меньшей мере, недоумение, поскольку большинство из них требует существенного увеличения штатов и значительных финансовых затрат.

Убеждение авторов Концепции в действенности и эффективности предлагаемых нововведений (например, «процессуального соглашения», «разумных сроков», «тайных следственных действий», упразднения возвращения дел на доследование и др.) явно иллюзорно, поскольку признание и закрепление демократических новелл в законодательстве отнюдь не означает, что они адекватно будут претворяться в правоприменительной деятельности.

Опыт реализации судебных реформ не только в зарубежных странах, но и в Казахстане, показывает, что усвоение нового более или менее крупного закона нуждается в значительных усилиях и, главное, – в переучивании кадров. На необходимость этого обстоятельства обращают внимание не только ученые, но практические работники. Например, экс-министр внутренних дел, генерал-полковник К.Ш. Сулейменов, указывая на факты «коррупционного беспредела», «неповоротливости МВД», на принятие в последние годы решений, противоречащих контексту судебной-правовой реформы в целом, указывает: «Вместо создания неуместных и чуждых полиции структур, ... а также иных очковтирательских новаций, следовало бы все эти годы наращивать усилия в вопросах укрепления реального

⁶³ Манфред Новак. Доклад Специального докладчика по вопросу о пытках и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видах обращения и наказания. Миссия в Казахстан // Комитет по правам человека, 2009 г. Генеральная Ассамблея ООН (A/HRC/13/39/Add.3). Пункт 70.; а также см.: Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леонардо Деспуи. Миссия Казахстан // E/CN. 4. 2005. 60.

контакта с населением, глубокой разведки в преступной среде и учебы молодого поколения оперов и следователей»⁶⁴.

Поэтому предлагаемые новации в условиях сложившихся негативных стереотипов и явлений в правоприменительной практике, на мой взгляд, не решат даже части имеющихся насущных проблем, а наоборот - ввиду их несовместимости с казахстанскими реалиями уголовного судопроизводства еще более усугубят указанные явления, создадут благоприятные условия для появления новых противоправных технологий, что, прежде всего, негативно отразится на правах вовлеченных в уголовный процесс лиц.

Анализ функционирования ряда введенных демократических процессуальных институтов, скопированных с зарубежных образцов (например, судебное санкционирование ареста, суд с участием присяжных заседателей, обеспечение безопасности участников процесса, возможность применения электронных средств слежения и др.) показывает, что они реализуются отнюдь не так, как прописаны в законе, и не принесли ожидаемого эффекта. А такие принципы, провозглашенные УПК, как презумпция невиновности, неприкосновенность личности, охрана прав и свобод, состязательность и другие принципы, на практике реализуются с трудом, либо нарушаются, либо вовсе не реализуются, либо извращаются и подменяются технологиями, не основанными на законе. Их причина кроется в устоявшихся негативных стереотипах в деятельности органов уголовного преследования, а также в низкой правовой культуре, недостаточном профессионализме определенной части правоприменителей, их коррумпированности. И все это - на фоне преобладания репрессивных начал как в деятельности органов уголовного преследования, так и судов, о чем свидетельствуют данные статистики и правоприменительной практики, а также научные и иные данные как отечественных⁶⁵, так и зарубежных исследований⁶⁶.

Например, не смотря на провозглашенный курс либерализации и гуманизации уголовной политики, применение такой меры пресечения, как арест, а также назначение наказания в виде лишения свободы, как были, так и остаются приоритетными в деятельности судов, а доля оправдательных приговоров составляет менее 1%. В этой следует заметить, что даже в жестко критикуемые сталинские времена оправдательные приговоры выносились по каждому 10-му подсудимому⁶⁷.

В-третьих, для введения предлагаемых институтов, следует, прежде всего, изжить стереотип обвинительного уклона в деятельности судов, которые в большинстве случаев игнорируют некачественную подготовку дел, грубейшие нарушения требований УПК, отсутствие достоверных доказательств, а в ряде случаев - и фальсификацию доказательств обвинения органами уголовного преследования.

⁶⁴ Эксклюзивное интервью. *Каирбек Сулейменов*: В МВД сделали карьеру многие проходимцы // www.zakon.kz/top_news/227083-kairbek-sulejmenov-v-mvd-sdelali.html (3 августа 2011 г.).

⁶⁵ См. например: Справка о результатах обобщения судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) // Бюллетень Верховного Суда РК. 2010. № 4. С. 50 -89; Повышение эффективности государственного управления через преодоление элементов коррупции в законодательстве Республики Казахстан. Алматы: ЧП Алексеев, 2008; Доклад неправительственных правозащитных организаций Казахстана о выполнении Республикой Казахстан Международного пакта о гражданских и политических правах (для представления в Комитет по правам человека Организации Объединенных Наций). Алматы, 2011 и др.

⁶⁶ См., например: *Манфред Новак*. Указ раб. Пункт 70; Стамбульский план действий по борьбе с коррупцией. Второй раунд мониторинга. Казахстан. Отчет о мониторинге. Париж: Организация экономического сотрудничества и развития. Сеть по борьбе с коррупцией для стран Восточной Европы и Центральной Азии, 2011 и др.

⁶⁷ *Пашин С.А.* Становление правосудия. М.: Р. Валент, 2011.С. 114-115.

Одна из причин этого заключается и в том, что прокуроры в большинстве случаев не реагируют на допускаемые органами уголовного преследования нарушения, не принимают соответствующих мер и, тем самым, потворствуют им. Так, ни по одному из изученных высшим судебным органом страны дел при обобщении им судебной практики ни одно процессуальное действие следователя, дознавателя при проведении специальных оперативно-розыскных мероприятий при очевидных нарушениях норм УПК, надзирающим прокурором не было исключено из числа доказательств⁶⁸.

В-четвертых, немаловажным фактором, влияющим на такую ситуацию, являются бесконечные попытки реформирования УПК, причем не всегда обоснованные, прикрываемые декларативными лозунговыми призывами о повышении качества судопроизводства и защиты прав граждан.

Не содействует качеству принимаемых законов и сложившаяся практика разработки законопроектов заинтересованными ведомствами, что нередко имеет своим следствием внесение таких изменений и дополнений в УПК, которые отвечают только их корпоративным интересам. Нередки случаи, когда в УПК вносятся изменения и дополнения, которые впоследствии отменяются, а потом вновь принимаются соответствующими законами. Вследствие этого процесс принятия законов, в том числе, вносящих изменения и дополнения, является крайне непоследовательным. В частности, это во многом объясняется поспешностью их принятия, без достаточного учета научных рекомендаций, отсутствия прозрачности (проекты законов, как и настоящая Концепция, в большинстве своем не публикуются, вследствие чего отсутствует их широкое обсуждение), а проведение научных экспертиз проектов законов и других нормативных правовых

Ввиду этого представленные в проекте новации, на мой взгляд, не повлекут за собой качественных эффективных изменений в производстве по уголовным делам. Более того, такие новации, наоборот, породят новые трудноразрешимые организационные и уголовно-процессуальные проблемы.

На некоторые из них хотелось бы обратить особое внимание.

1) «Разумный срок судопроизводства». Введение понятия «разумный срок» является явно декларативным, поскольку оно является, во-первых, оценочным (что позволит правоприменителям давать ему субъективную трактовку), во-вторых, не указывается ответственность и те правовые и процессуальные последствия, которые должны наступить в случае несоблюдения (нарушения) таких «разумных» сроков.

В этой связи следует указать, что и нынешняя регламентация процессуальных сроков не исключает их разумного применения: например, ч. 1 ст. 196 УПК устанавливает, что предварительное следствие по уголовным делам должно быть закончено не позднее, чем в двухмесячный срок, что позволяет завершить расследование в минимальные сроки.

Важно также указать, что п. 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее – Пакт) предусматривает право обвиняемого «на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение», а п. «с» п. 3 ст. 14 этого же Пакта – «быть судимым без неоправданной задержки». Таким образом, Пакт предусматривает гарантии

⁶⁸ См. Справка о результатах обобщения судебной практики по вопросу «Применение некоторых норм уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан об обеспечении прав и свобод граждан в уголовном процессе» (неприкосновенность личности, частной жизни, жилища; тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений). С. 81-82.

разумного срока и недопустимости неоправданной задержки по конкретному делу, а не о разумном сроке всего уголовного судопроизводства.

2) Санкционирование всех следственных действий. Из формулировки предлагаемого в Концепции четвертого направления реформирования, следует, что санкционироваться должны будут: «*все следственные действия, затрагивающие конституционные или иные права и свободы человека*». Из такого определения следует, что санкционированию подлежит *любое* следственное действие, поскольку каждое такое действие в той или иной мере затрагивает конституционные и иные права или свободы человека. Например, допрос, очная ставка, следственный эксперимент, равно как и другие следственные действия, в определенной мере затрагивают конституционные права, предусмотренные ст. 17, п.п. 1 и 2 ст. 18, 19 Конституции РК. Иное дело, что санкционироваться должны только такие следственные действия, которые направлены на *ограничение* конституционных прав и свобод граждан.

3) Институт процессуального соглашения. Из Концепции следует, что для применения «сделки» не предусмотрено каких-либо ограничений, т.е. она будет применяться по всем делам, независимо от тяжести преступления, что представляется в корне неправильным. Как показывает опыт зарубежных стран, недопустимо заключать соглашение с лицами, совершившими тяжкие и особо тяжкие преступления. Например, в США, на опыт которых ссылаются авторы Концепции, таким лицам наказание не смягчается даже за предоставленную ими ценную информацию.

Безусловно, что этот институт существенно облегчит работу следователям, прокурорам и судьям. Однако он несовместим с типом казахстанского уголовного процесса, поскольку, *во-первых*, такое соглашение – это институт, прежде всего, состязательного процесса, но никак не континентального, коим является казахстанское судопроизводство. *Во-вторых*, данный институт применим в тех системах, где судебная власть является подлинно независимой, что подразумевает полное отсутствие в ее деятельности малейших сомнений на обвинительный уклон, а правоохранительные органы пользуются доверием со стороны общества и, как указывают сами зарубежные судьи, «имеются опытные, компетентные адвокаты защиты, опытные, компетентные обвинители и пронципальный судья»⁶⁹.

Поэтому в правовых системах, где имеют место недозволенные методы следствия и оперативно-розыскной деятельности не может быть и речи о введении такого института. Так, в рекомендациях состоявшегося в 2010 г. III Экспертного Форума по уголовному правосудию для стран Центральной Азии указано, что «сделки о признании не могут использоваться в тех уголовно-процессуальных системах, в которых досудебное производство заражено случаями незаконного воздействия и принуждения к признанию вины и в которых доступ к правовой помощи недостаточно обеспечен»⁷⁰.

В Казахстане же, где имеют место, как указывают не только казахстанские исследователи, но и международные эксперты, недозволенные методы следствия и ОРД (пытки⁷¹, шантаж, провокации и т.п.), а коррупция является, практически институционализированной практикой⁷², не может быть и речи о введении такого института.

⁶⁹ Сделка с правосудием (западный опыт) // www.zakonia.ru/analytics/77/28

⁷⁰ III Экспертный форум по уголовному правосудию для Центральной Азии (БДИПЧ/ОБСЕ при финансовой поддержке Ирландского агентства по международному развитию). Душанбе, 17-18 июня 2010 г.

⁷¹ Манфред Новак. Указ. раб.

⁷² Там же. Пункт 70.

На порочность этого института указывается и в многочисленных исследованиях, что не учтено авторами Концепции. Например, отмечается, что:

- «чаще всего цена этой сделки – не столько экономия средств и времени, сколько признание прокурором и судом своей беспомощности в доказывании вины подсудимого. Кроме того, кто подсчитал, какой ценой эта сделка обернется против правосудия? Достаточно создать прецедент, и тогда правосудие превратится в обычный торг с преступниками со всеми вытекающими отсюда последствиями»⁷³;

- «в странах с неустойчивой правоохранительной системой, к которым относятся едва ли не все постсоветские государства, введение любых форм дифференциации процесса в зависимости от признания вины просто-напросто *опасно*. ... во многих случаях признание вины является результатом не осознанного и добровольного выбора обвиняемого, а оказываемого на него физического или психического давления, включая пытки»⁷⁴;

- «сделка дает возможность обвиняемому избежать судебного разбирательства и риска быть признанным виновным по первоначальному более тяжкому обвинению»⁷⁵;

- «нововведения будут стимулировать коррупцию правоохранительных органов, у многих появится слишком сильное искушение злоупотреблять данными послаблениями в своих экономических интересах. Кроме того, преступники под видом добровольного сотрудничества со следствием чаще смогут избежать заслуженного наказания, не принося особой пользы расследованию. Проблема может возникнуть и в случае дачи ложных показаний лицом, заключившим такое соглашение, поскольку на основе его показаний будут осуждены другие лица, возможно и невиновных»⁷⁶;

- «все увеличивающаяся масса людей полагает, что договорное признание вины является позором... оно проявляет слишком большую мягкость к обвиняемым. Опасные преступники договариваются о признании вины и проскальзывают сквозь сети. ... этот процесс несправедлив к невиновным»⁷⁷.

В исследованиях также указывается на немаловажный фактор, который необходимо учитывать при введении такого института – это возможность мести лица, в отношении которого даны изобличающие его показания лицом, заключившим сделку.

Из вышеуказанных мнений исследователей следует однозначный вывод о том, что объективность показаний лиц, выразивших заключить такое соглашение, вызывает сомнение, поскольку при этом обе стороны исходят из взаимной выгоды: сторона обвинения – получить признание обвиняемого и быстрее направить дело в суд, а обвиняемый исходит из одного или нескольких вариантов: 1) избежать обвинения в совершении более тяжкого преступления; 2) скрыть другое, неизвестное органам уголовного преследования, преступления; 4) избежать обвинения и в этих целях даются ложные показания о совершении преступления другими лицами; 3) согласие дано в результате принуждения со стороны обвинения.

⁷³ Миндагулов А. Сделка о признании вины // Юридическая газета. 2011. 05 июля.

⁷⁴ Головки Л.В. Актуальные направления реформы уголовного судопроизводства в Республике Казахстан // Ежегодник Центра исследования правовой политики. Алматы, 2009. С. 67-87.

⁷⁵ Сделка с правосудием (сделка о признании вины) // www.zakonia.ru/analytcs/77/28.

⁷⁶ Анискин В. Сделка с правосудием (Отечественный опыт) // www.zakonia.ru/analytcs/77/5.

⁷⁷ Фридман Л. Введение в американское право / Под ред. А. Куликова. Пер. с англ. Г. Седуна / Под ред. М. Калантаровой. М: «Прогресс»:Универс»,1993. С. 140-141.

Как показывает анализ правоприменительной практики, у сотрудников полиции есть немало «эффективных» способов «убедить» лицо признать свою вину в совершении преступления, пойти на сотрудничество с органами, ведущими производство по уголовному делу и т.п., что в последующем приводит к тому, что в судебном заседании подсудимые нередко отказываются от показаний, данных ими в ходе досудебного производства. А суды, в свою очередь, не всегда дают должной оценки таким фактам, не признавая данные, полученные в результате самооговора или вынужденных показаний, не допустимыми в качестве доказательств, тем самым, идя на поводу стороны обвинения. Нельзя исключить и того, что подразделения, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, будут использовать лиц, давших согласие на заключение такого соглашения, для легализации оперативной информации, которую невозможно либо сложно легализовать посредством следственных действий.

Нельзя забывать и тот этап советской эпохи сталинизма, когда предварительное следствие было превращено по своей сути в полицейское дознание, отличающееся упрощенной и ускоренной формой, а роль суда при этом была совершенно невелика, поскольку заключалась в оформлении выводов следствия в приговоре⁷⁸.

Упразднение института возвращения судом дел для дополнительного расследования

Предлагая упразднение возвращения дел для дополнительного расследования, авторы проекта УПК не предусмотрели его замены, т.е., какой процессуальный институт (либо институты) его компенсирует и обеспечит направление в суд надлежаще расследованные дела.

Предлагая ликвидацию доследования, авторы Концепции, на мой взгляд, не спрогнозировали ее негативные последствия, заключающиеся в том, что не предусмотрен процессуальный механизм, компенсирующий (заменяющий) его, поскольку одним из назначений этого института является пресечение направления в суд некачественно расследованных дел. Другое дело, что возвращение на доследование, сторона обвинения использует, в основном, в неблагоприятных целях - как средство борьбы с постановлением оправдательных приговоров.

В этой связи А.Д. Бойков справедливо указывал: «Любая кодифицированная отрасль права в основе своего построения имеет принцип *системности институтов и норм, находящихся в тесной связи, взаимной зависимости и обусловленности*. Исключение из кодекса любой нормы, имеющей принципиальное значение, влечет цепную реакцию, накладывая отпечаток на другие нормы и институты. Именно по этой причине наукой отвергаются случайные заимствования отечественным уголовным судопроизводством норм и институтов зарубежного права: ломается система отрасли, институты и нормы теряют органические связи, резко снижается эффективность правового регулирования, а значит эффективность борьбы с преступностью»⁷⁹.

Таким образом, исключение института доследования, являющегося элементом такой системы, приведет к негативным последствиям, ярким подтверждением чему является попытка российского законодателя отказаться от этого института. По этому поводу Л.В. Головкин указывает, что «в целом, казахстанское уголовно-процессуальное законодательство на сегодняшний день не содержит условий для отказа от ст. 303 УПК РК в ее нынешней редакции» и в качестве яркого примера неумения решить данную проблему приводит попытку российского законодателя в новом УПК РФ ликвидировать этот институт, завершившееся *очевидным провалом*, что было обусловлено, «прежде всего, с недооценкой технической

⁷⁸ См.: Постановления ЦИК СССР от 10.07.1934 г., от 01.12.1934 г. и от 14.09.1937 г.

⁷⁹ Бойков А.Д. Третья власть в России. Книга вторая – продолжение реформ. М.: «Юрлитинформ», 2002. С. 119.

составляющей института дополнительного расследования, в силу чего составители УПК РФ не создали никаких иных процессуальных механизмов, на которые можно было бы возложить решение соответствующих процессуально-технических задач. В этом смысле УПК РФ служит примером того, как методологически и технически не следует решать проблему реформирования института дополнительного расследования»⁸⁰.

4) Сокращение количества следственных действий проводимых с участием понятых. Полагаю, что предложение разработчиков Концепции о сокращении числа следственных действий, производимых с участием понятых, и замене последних фиксированием хода процессуального действия посредством применения технических средств, преждевременно. Безусловно, нельзя отрицать полезности и эффективности применения научно-технических средств в уголовном судопроизводстве, в том числе и при производстве следственных, иных процессуальных действий и оперативно-розыскных мероприятий. Очевидно и то, что органам уголовного преследования гораздо проще, удобно и без хлопот использовать технические средства, чем привлекать понятых.

Однако нельзя исключить недобросовестность, а в некоторых случаях и злоупотребление следователями, дознавателями и оперативными работниками своими полномочиями при применении технических средств, поскольку имеется, как справедливо замечает Л.В. Головкин «масса возможностей манипулировать техникой, что-то включить, что-то выключить, чуть раньше, чуть позже»⁸¹, что-то не заснять, не записать, пропустить и т.п., что впоследствии довольно сложно (а в ряде случаев и невозможно) будет доказать законность или незаконность полученных результатов.

Подтверждением тому действующая практика применения научно-технических средств органами уголовного преследования. Например, как показывает анализ судебной практики, нередки случаи, когда в отношении представленных органами уголовного преследования видео-аудиозаписей ставится вопрос о признании их недопустимыми ввиду возможного их монтажа, крайне низкого качества записей, расхождений между стенограммами записей с видео (аудио) записями и т.п.⁸². В таких случаях исключается возможность проверить законность и допустимость полученных в результате таких следственных действий доказательств посредством допроса понятых, которые несут уголовную ответственность за дачу ложных показаний об обстоятельствах, которые они наблюдали.

5) Введение института тайных следственных действий. В Концепции указывается: «В УПК многих зарубежных стран введено понятие тайных следственных действий, что является абсолютно верным, так как законодатели считали, что все действия, целью которых является собирание доказательств, должны регламентироваться уголовно-процессуальным законом».

⁸⁰ Головкин Л.В. Аналитическая записка по вопросу об отмене института дополнительного расследования уголовных дел в Республике Казахстан // www.lprc.kz/ru/index.php?option=com_content&task=view&id=89.

⁸¹ Российский судебный процесс архаичен // www.pravo.ru/review/face/view/73251/ (2012. 19 июня).

⁸² См., например: Постановление надзорной коллегии Верховного Суда РК от 2 февраля 2009 г. № 4уп-06-09; Постановление надзорной коллегии Верховного Суда РК № 2уп-193-11 от 23 августа 2011 г.: Протокол главного судебного разбирательства о уголовном деле № 1-3/2012 // Справочник по судебным делам ЕАИАС. Уголовное дело (подсудимые Ташенова А.Д. и Джакишев С.А.) (<http://eaias.supcourt.kz/EGOV/QB.NSF/view1/03CF550399B5198346257A220021C9E7?OpenDocument&Lang=ru>)

Однако авторы не указывают, УПК каких стран содержат такое понятие, и это понятно, поскольку таких УПК нет (за исключением УПК Грузии⁸³, а также нового УПК Украины, которым введено понятие «негласные следственные действия»⁸⁴).

Предлагая такое введение, не указывается, какие действия будут отнесены к их числу, в чем суть таких следственных действий, какова их процессуальная природа.

Представляется, что под видом тайных следственных действий будут введены в УПК оперативно-розыскные мероприятия (далее – ОРМ), что для органов уголовного преследования откроет широкий простор для использования негласно полученных оперативно-розыскных материалов. Однако ОРМ, как бы они не назывались, не должны подменять следственные и другие процессуальные действия, поскольку для них предусмотрена специальная процедура, установленная ст. 130 УПК РК. Они должны применяться только в случаях объективной невозможности установления тех или иных обстоятельств посредством производства следственных действий.

По этому поводу, в исследованиях справедливо указывается на необходимость учета элементарного постулата, заключающегося в том, что «чем больше секретности в той или иной сфере, тем больше возможности для злоупотреблений. ... А ОРД является очень опасным инструментом, с помощью которого можно принести не только пользу, но и вред, применив его для достижения аморальных, а то и преступных целей. ...многое еще можно скрыть за грифом секретности, оправдывая это благими целями обеспечения безопасности и охраны тайны»⁸⁵, свидетельством чему многочисленные примеры из правоприменительной практики.

6) *Введение института следственного судьи*, к компетенции которого предполагается отнести санкционирование некоторых мер принуждения и следственных действий

Такое предложение, безусловно, заслуживает одобрения. Однако полагаю, что с учетом реалий правовой среды Казахстана, тенденциями к расширению круга специализированных судов, обеспечения принципа независимости судей, а также некоторых других условий, обеспечивающих эффективность правосудия, наиболее целесообразным было бы создание специализированной автономной структуры в судебной системе – следственных судей (судьи по контролю за законностью предварительного расследования), дистанцированных от других судов.

Для санкционирующего судьи важным является и обеспечение его независимости, как процессуальной, так и организационной, что следует из содержания п. 1 ст. 77 Конституции РК и п. 3 ст. 1 Конституционного закона «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан», провозглашающие независимость судей и подчинение их только Конституции РК и закону. Необходимо определенное организационное обеспечение, к числу которого, в первую очередь, следует отнести, дистанцирование судьи, осуществляющего судебный контроль за расследованием, от судей, рассматривающих дело по существу. Такое обособление обусловлено, прежде всего, фактором корпоративности судей, как и любой другой профессиональной корпоративности. Поэтому представляется, что наиболее эффективным будет учреждение должности следственного судьи, которого можно

⁸³ См.: Путеводитель по новому Уголовно-процессуальному кодексу Грузии / Составитель Заза Меишвили. Тбилиси: ООО «Сезан», 2010. С. 48.

⁸⁴ Между тем, между понятиями «тайные» и «негласные» следственные имеются существенные различия.

⁸⁵ Михайлов М.А. Расширение круга субъектов орд требует взвешенного решения // Ученые записки Таврического Национального Университета им. В.И. Вернадского. 2011. № 24 (63). № 2 (электронный ресурс).

определить, как суд автономной специализированной структуры судебной системы. Статья 82 Конституции республики позволяет учреждение такого суда, поскольку предусматривает создание, как указано в этой норме Конституции, «других судов».

К компетенции этих судей можно было бы отнести помимо санкционирования, все разновидности судебного контроля, а именно:

- 1) рассмотрение жалоб граждан и организаций на действия и решения органов уголовного преследования, затрагивающих их права и свободы;
- 2) признание доказательств недопустимыми;
- 4) признание фактических данных доказательствами по конкретному делу в случае подачи об этом ходатайства защитником или представителем. Такое признание должно являться обязательным для органа, ведущего расследование по уголовному делу.
- 5) проведение предварительного слушания по делу;
- 6) осуществление контроля за исполнением судебных решений по уголовному делу.

Последнее полномочие в последующем можно было выделить в самостоятельное направление судебного контроля посредством создания аналогичной специализированной структуры – пенитенциарного судьи⁸⁶.

Помимо создания такого суда необходимо создание в вышестоящем суде –судебной коллегии по судебному контролю, рассматривающей жалобы и протесты на постановления следственного судьи. Тем самым была бы выстроена логическая вертикаль судебного контроля за досудебным производством по уголовному делу.

Представляется, что именно такая процессуальная фигура – следственный судья (судья по предварительному расследованию) – должна беспристрастно и независимо осуществлять функцию судебного контроля за процессуальной деятельностью органов предварительного расследования, прокурора, а также помочь адвокату стать полноценным участником

О зарубежном опыте

Особое внимание следует обратить на то, что разработчики Проекта в обоснование предлагаемых ими новаций ссылаются в Концепции на, якобы, положительный опыт таких стран, как Италия, Испания, Россия, Грузия, Таджикистан, Узбекистан. Однако эти доводы не выдерживают критики, поскольку в этих странах все еще продолжается поиск наиболее оптимальной модели уголовного процесса. А потому еще рано говорить об эффективности приведенных в качестве примеров процессуальных институтов, которые еще недостаточно апробированы практикой.

Например, в Концепции указывается о применении института процессуального соглашения в Италии, России и других странах. Однако при этом умалчивается, что введение этого института в указанных странах подверглось критике ввиду его неэффективности и несоответствия фундаментальным процессуальным принципам. Кроме того, авторами Концепции не указаны источники, из которых заимствованы такие утверждения, что вызывает сомнения в их достоверности. Между тем, имеющиеся публикации, опровергают ряд таких утверждений.

Например, применение примирительных процедур в Италии «ещё не достигли желаемых результатов по ускорению рассмотрения обычного дела в суде. Более того, существует некоторая опасность злоупотребления особыми порядками судебного разбирательства, так

⁸⁶ Такой аналог имеется во Франции, где в 2000 г. такая функция была изъята из компетенции следственного судьи и включена в компетенцию судьи по свободам и тюрьмам.

что сделке с правосудием иногда приносят в жертву такие принципы, как законность и презумпция»⁸⁷.

В России введение и функционирование института процессуального соглашения воспринят негативно, как учеными, так правоприменителями⁸⁸. Так, указывается, что этот институт «подвергается в российской доктрине резкой критике, в том числе со стороны автора настоящих строк, считающего его крайне несовершенным с юридико-технической точки зрения. ... «сделка о признании» скопировано с американской правовой системы без учета разницы в уровне правового и процессуального развития двух стран»⁸⁹.

В. Илюхин, выступая в Государственной Думе РФ при обсуждении законопроекта о введении «сделки» особо отметил: «Под эту сделку за одно совершившееся преступление может пойти человек, которому навешают десять – пятнадцать преступлений. ...через полгода после введения кодекса с такой поправкой будут у нас раскрыты и взрывы домов в Москве ... и убийства, а квартирные кражи все будут раскрыты на 120 процентов. Очень опасное явление! ... Признание вины может требовать проверки еще более тщательной, чем что-либо. Почему признает человек себя виновным? Не было ли внешнего давления и так далее? Поэтому то, что нам сегодня навязывает Президент упрощенную процедуру, ну, простите меня, за два часа на семь лет гнать людей в тюрьму – это очень опасно...»⁹⁰.

В.В. Родин отмечает, что «практические органы в настоящее время столкнулись с проблемами реализации данного института на местах. Прежде всего, это возможность заведомо ложных показаний лицом, желающим значительно смягчить наказание за совершённое им преступление. Не менее важной представляется проблема форм и пределов стимулирования к заключению соглашения о сотрудничестве лица, которое обладает ценной информацией для правоохранительных органов, а также обеспечение его безопасности. Все это приводит не только к оскудению доказательственной базы по конкретному уголовному делу, но и к направлению расследования по ложному пути, нарушению процессуального срока, незаконному привлечению к уголовной ответственности со всеми вытекающими последствиями для лица, проводящего расследование»⁹¹.

Сделки с правосудием подвергаются критике и другими авторами ввиду того, что они «открывают возможность для принуждения, угроз, вознаграждения, что может привести к результатам, несовместимым с понятием о справедливой системе правосудия. ...многие

⁸⁷ Джулио Иллюминати. Построение состязательной модели уголовного процесса в Италии // Уголовная юстиция: связь времен. Избранные материалы международной научной конференции. Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 г. / Сост. А. В. Смирнов, К. Б. Калиновский. М.: ЗАО «Акцион-Медиа», 2012. С. 38.

⁸⁸ См.: Петрухин И. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. 2001. № 5; Жеребятьев И.В. Некоторые проблемные вопросы рассмотрения уголовных дел в порядке гл. 40 УПК РФ // Право: теория и практика. 2003. № 9. С. 60–64; Гричаниченко А. Особый порядок судебного разбирательства нуждается в совершенствовании // Уголовное право. 2004. № 3. С. 75–76; Российский судебный процесс архаичен // pravo.ru/review/face/view/73251/ (19 июня 2012 г.); Рябинина Т.К. Особый порядок судебного разбирательства как одна из сокращенных форм уголовного судопроизводства // Российский судья. 2004. № 9. С. 20–23 и др.

⁸⁹ Головкин Л.В. Актуальные направления реформы уголовного судопроизводства в Республике Казахстан // Ежегодник Центра исследования правовой политики. Алматы, 2009. С. 67-87.

⁹⁰ Бюллетень неправительственных организаций. Законотворческий процесс в Государственной Думе. двадцать девятый выпуск информации Специальный выпуск: проекты УПК, ГПК и пакет проектов по судебной реформе. 24 июля 2001 г. // www.hrights.ru/laws/law29.htm.

⁹¹ Родин В.В. Криминалистическая операция по заключению досудебного соглашения о сотрудничестве // Криминалистическое обеспечение расследования преступлений коррупционной и экономической направленности. Материалы 52-х криминалистических чтений. М.: Академия Управления МВД РФ. 2011. С.298.

правоведы считают сделки с правосудием недопустимыми, так как правосудие при этом сводится к бартеру»⁹².

Ярким примером служит дело Магнитского, в отношении которого в июле этого года Парламентской Ассамблеей ОБСЕ была принята резолюция: «Законность в России: дело Сергея Магнитского» (5-9 июля 2012 г., Монако), в которой указывается о противоправном аресте Магнитского, подвергнутого пыткам и убитого в российской тюрьме и содержится призыв к странам-участникам поддержать санкции в отношении фигурантов так называемого «списка Магнитского», т.е. об отказе во въездных визах почти 60 российским должностным лицам, считающимся причастными к гибели Сергея Магнитского в результате бездействия российских властей. В этом списке множество сотрудников Следственного комитета, Генпрокуратуры, МВД, ФСИН, судов и налоговых служб⁹³.

Что касается, якобы, положительного опыта Грузии, то по заявлению эксперта по уголовному праву Гии Мепаришвили, закон о процессуальном соглашении в свое время был принят в Грузии в искаженной форме, и сегодня этот закон получил для властей и финансовую нагрузку. Вместо процессуального соглашения в Грузии осуществляется «сделка по признанию вины», что мешает независимости суда в Грузии⁹⁴.

В этой связи следует указать, что ряд идей и институтов зарубежных правовых систем требуют их глубокого осмысления с точки зрения того, насколько они соответствуют реальному положению и возможностям в отечественном уголовном судопроизводстве. Многие из них неприемлемы для нашей правовой системы, в том числе и судопроизводства, в силу их органической несовместимости.

Опыт проводимой в республике реформы убеждает в недопустимости использования зарубежных правовых институтов, какими бы привлекательными на первый взгляд они не являлись, их механическое перенесение в казахстанскую правовую среду без учета определенных объективных факторов. Эти причины являются своего рода барьерами, не дающими возможность их преодолеть и создать структуры по образцу зарубежных государств в силу специфических, социально-экономических возможностей республики, национальных особенностей, - человеческих ресурсов – социальный уклад, религиозность, степень правосознания и правовой культуры, традиционности менталитета и его социо-культурных характеристик и т.д.

⁹² Сделка с правосудием (западный опыт) [http:// www.zakonia.ru/analytics/77/28](http://www.zakonia.ru/analytics/77/28)

⁹³ http://www.gazeta.ru/politics/2012/07/09_a_4674381.shtml.

⁹⁴ Мепаришвили: «В Грузии сделка по признанию вины мешает независимости суда» // www.apsny.ge/2011/soc/1298520921.php (Информационно-аналитический портал Грузия, 23.02.2011 г.).

Некоторые вопросы обеспечения права на защиту и квалифицированную юридическую помощь в проекте Уголовно-процессуального кодекса

1. Кого и почему перестал устраивать нынешний уголовно-процессуальный закон? В чём принципиальная новизна предлагаемого проекта нового УПК Республики Казахстан (далее – «Проект»), чем он концептуально отличается от действующего кодекса?

В неоправданном расширении полномочий прокуроров? В ведении практически бесконтрольных тайных и негласных следственных действий? В сокращении времени на ознакомление с материалами законченного уголовного дела до 1 месяца?

Я так и не смог найти ответы на эти вопросы.

Есть большая разница между новой редакцией кодекса и новым кодексом. Новый кодекс принимается тогда, когда меняется социально-политический строй, когда созрели новые принципы. Разве эти события произошли?

Нужно ли улучшать (подчеркиваю – именно улучшать, а не вносить скороспелые и малопродуманные изменения) в уголовно-процессуальный закон? Ответ: конечно, и это уже не раз делалось.

Новизны в Проекте я не увидел. В текст действующего УПК вкраплены весьма спорные и не до конца продуманные новации.

Между тем, ни внесение изменений в действующий кодекс, ни, тем более, принятие нового УПК невозможны без обеспечения верховенства права, без системной, носящей комплексный характер реформы, касающейся не только УПК, УК, но судебной и правоохранительной системы. При этом контролером для органов, ведущих уголовный процесс, должен быть, безусловно, суд. Беспристрастный, справедливый и независимый. А когда суд не обладает этими свойствами, защитить он никого не сможет. Об этом очень убедительно говорит и пишет профессор Тамара Георгиевна Морцакова, заместитель председателя Конституционного суда РФ в отставке.

Проект – очевидный продукт ведомственного нормотворчества, цели которого не имеют ничего общего с попыткой построения правового государства.

Многие помнят, какой непоправимый вред всей правоохранительной системе был нанесен непродуманным созданием монстра – Государственного следственного комитета. Второго удара эта система может просто не выдержать.

Фактически мы имеем дело с контрреформой, которая совершается под видом «всестороннего усиления» защиты прав и законных интересов граждан. По моему глубокому убеждению, Проект представляет собой реальную угрозу принципу верховенства права, который лежит в основе конституционного строя любого цивилизованного государства, интересам всего гражданского общества.

«Если дорога не ведёт к храму, то зачем нужна такая дорога?»

2. Я обосную свои утверждения только на одном примере (многие примеры уже приведены ранее выступившими коллегами и, уверен, будут сделаны после меня), как решена в Проекте, а, точнее, не решена одна из важнейших проблем обеспечения прав граждан на квалифицированную юридическую помощь – проблема участия адвокатов по так называемым засекреченным делам. Большого и не требуется – степень реальной защищённости человека является ярчайшей иллюстрацией действительных намерений авторов законопроекта.

Считаю, что сложившаяся ситуация с ограничениями в допуске адвокатов к делам, содержащим государственные секреты, антиконституционна. Эти ограничения носят откровенно незаконный характер, противоречат принципам независимости адвокатской профессии, адвокатской тайны и недопустимости вмешательства в законную деятельность адвокатов.

При этом нарушаются такие фундаментальные права человека, как право на защиту, право на получение квалифицированной юридической помощи и право на справедливое судебное разбирательство.

Я высказываю не только моё собственное мнение, но и всего адвокатского сообщества и подавляющего большинства юристов. В своё время мы с моим коллегой Данияром Канафиным подготовили соответствующий меморандум. Обращались в Генеральную прокуратуру, в суды. К сожалению, аргументированного ответа, с анализом и опровержением наших доводов мы так и не получили.

Казалось бы, исправить положение можно и нужно было при подготовке Проекта. Но этого, увы, не произошло. Пунктом 39 Проекта предусмотрено, что порядок допуска участников уголовного судопроизводства к сведениям, составляющим государственные секреты, определяется законодательством. Пустая фраза. Да к тому же, противоречащая пункту 1 статьи 1 самого Проекта:

«Порядок уголовного судопроизводства на территории Республики Казахстан определяется Конституцией Республики Казахстан, конституционными законами, Уголовно-процессуальным кодексом Республики Казахстан, основанном на Конституции Республики Казахстан и общепризнанных принципах и нормах международного права. Положения иных законов, регулирующих порядок уголовного судопроизводства, подлежат включению в настоящий Кодекс».

Нет в Проекте таких норм. Действующим УПК они также не предусмотрены.

3. Процедура допуска адвоката к делу в качестве защитника как составная часть института, регламентирующего правовой статус участника уголовного процесса, определена УПК и должна соответствовать положениям Конституции и международным обязательствам Казахстана. Эти правовые документы имеют преимущественную силу по отношению ко всем другим нормативным актам, которые могут применяться только в случае их включения в УПК. Следует подчеркнуть, что сегодня запрет на участие адвоката в уголовном судопроизводстве по мотивам отсутствия у него специального допуска к государственным секретам в законодательстве отсутствует.

В подтверждение сказанного сошлюсь на положения казахстанского законодательства и нормы международного права.

Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного совета и Верховного суда Республики. Конституция имеет высшую юридическую силу и прямое действие на всей территории Республики.

Международные договоры, ратифицированные Казахстаном, имеют приоритет перед его законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона (статья 4 Конституции). Согласно части 2 статьи 12 Конституции права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов.

В соответствии с частью 3 статьи 13 Конституции каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. Это право ни при каких обстоятельствах ограничению не подлежит (ст. 39 Конституции).

Как предусмотрено статьёй 1 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан порядок уголовного судопроизводства на территории Республики Казахстан определяется Конституцией, конституционными законами, УПК, основанном на Конституции и общепризнанных принципах, и нормах международного права.

Положения иных законов, регулирующих порядок уголовного судопроизводства, подлежат включению в УПК.

Международные договорные и иные обязательства Республики Казахстан, а также нормативные постановления Конституционного совета и Верховного суда Республики Казахстан, регулирующие порядок уголовного судопроизводства, являются составной частью уголовно-процессуального права.

4. Международное право не признает какие-либо ограничения в выборе защитника по собственному усмотрению в связи с соображениями секретности. Возможность самостоятельного выбора адвоката, закрепленная в пункте 3 статьи 14 Международного Пакта о гражданских и политических правах, однозначно делает нелегитимным ныне установленный органами национальной безопасности запрет гражданам на обращение к адвокатам, не имеющим допуск к государственным секретам.

В соответствии с пунктом 3 Международного Пакта о гражданских и политических правах каждый имеет право при рассмотрении любого предъявляемого ему уголовного обвинения как минимум на следующие гарантии на основе полного равенства:

...b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты и сноситься с выбранным им самим защитником;

...d) быть судимым в его присутствии и защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника; если он не имеет защитника, быть уведомленным об этом праве и иметь назначенного ему защитника в любом случае, когда интересы правосудия того требуют, безвозмездно для него в любом таком случае, когда у него нет достаточно средств для оплаты этого защитника...

Пункт 16 Основных положений о роли адвокатов, принятых восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступлений в августе 1990 г. в Нью-Йорке, предусматривает такие гарантии деятельности адвокатов как:

a) возможность исполнять свои профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства;

б) возможность свободно путешествовать и консультировать клиента в своей стране и за границей;

в) невозможность наказания или угрозы такого обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами.

В пункте 19 вышеупомянутого документа прямо указывается, что суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката, имеющего допуск к практике, представлять интересы своего клиента, если этот адвокат не был дисквалифицирован в соответствии с национальным правом и практикой его применения и настоящими Положениями.

5. Адвокат, выполняя важную социальную миссию, состоящую в оказании гарантированной Конституцией квалифицированной юридической помощи и защите прав и свобод граждан, имеет особый правовой статус, установленный Законом Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» (далее – «Закон об адвокатской деятельности»).

Порядок вступления защитника в процесс четко урегулирован УПК и специальным законом. При этом запрет адвокату на участие в деле в связи с отсутствием у него специального допуска к государственным секретам законодательством не установлен.

Очевидно, что в соответствии со статьей 53 УПК РК в ходе уголовного судопроизводства могут приниматься предусмотренные законом меры по охране соответствующих сведений, в том числе, составляющих государственные секреты. Как следует из этой же статьи, порядок допуска участников процесса к сведениям, относящимся к государственным секретам, определяется законодательством.

Основным нормативным правовым актом, действующим в этой области, является Закон Республики Казахстан «О государственных секретах» (далее – «Закон о государственных секретах»). Между тем, этот закон не содержит в себе ни одного упоминания о порядке допуска адвокатов к подобного рода сведениям в связи с осуществлением последними своих профессиональных обязанностей.

Совершенно очевидно, что действие Закона о государственных секретах не распространяется на уголовно-процессуальные отношения, возникающие в связи с вступлением в дело адвоката в качестве защитника. Более того, поскольку УПК РК имеет преимущественную силу перед названным законом, и порядок допуска защитника к участию в деле определяется исключительно нормами УПК РК, а в случае нечеткого или пробельного регулирования соответствующих вопросов должны непосредственно применяться нормы УПК РК как кодифицированного закона.

Статья 205 УПК РК содержит прямое указание на порядок обеспечения сохранности сведений, составляющих государственные секреты: следователь обязан предупредить защитника о недопустимости разглашения без его разрешения имеющихся в деле сведений, о чем отбирается подписка с предупреждением об ответственности. Согласно логике закона, адвокат принимает на себя соответствующие обязательства и должен быть готов понести наказание в случае их нарушения.

Учитывая, что в своей повседневной деятельности адвокаты, как правило, не нуждаются в постоянном допуске к государственным секретам и не сотрудничают с носителями такой информации, наложение на них обременений, предусмотренных статьей 205 УПК РК, вполне достаточно для обеспечения необходимого режима секретности по уголовным делам.

Кроме того, навязываемый адвокатам порядок однозначно ставит профессиональных защитников в зависимость от органов национальной безопасности, что прямо противоречит закрепленному в международном праве положению о независимости адвокатской профессии и нарушает фундаментальный принцип равноправия сторон в уголовном процессе.

Необходимо напомнить, что в соответствии со статьей 1 Закона об адвокатской деятельности адвокатура в Республике Казахстан призвана содействовать реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение квалифицированной юридической помощи.

Как установлено статье 3 указанного Закона, организация и деятельность адвокатуры основываются на принципах: 1) независимости адвокатов при осуществлении своей деятельности; 2) осуществления адвокатской деятельности методами и средствами, не запрещенными законодательством; 3) недопустимости вмешательства в деятельность адвокатов со стороны прокуратуры, судов, органов дознания и предварительного следствия, других государственных органов, иных организаций и должностных лиц, за исключением случаев, прямо предусмотренных законодательными актами; 4) соблюдения норм профессионального поведения и сохранения адвокатской тайны.

Любые ограничения этих принципов носят противозаконный характер, ибо ведут к неправомерному и необоснованному ущемлению права на защиту и квалифицированную юридическую помощь.

Предусмотренная Законом о государственных секретах необходимость добровольного обращения с просьбой об оформлении допуска к работе с государственными секретами для адвоката неприемлема. Это предполагает возможность спецслужб по собственному усмотрению, то есть, произвольно, ограничивать выезд адвоката за пределы Республики Казахстан, создаёт предпосылки для нарушения его права на неприкосновенность частной жизни, а также - тайны переговоров и переписки адвоката. Очевидно, что такой порядок посягает на особый правовой статус адвоката, основой основ которого является обязанность хранить адвокатскую тайну. Дача согласия на ограничение тайны переговоров адвоката и его переписки неизбежно повлечет за собой нарушение прав и законных интересов третьих лиц, обращающихся к адвокату за правовой помощью, что не должно иметь места в правовом демократическом государстве.

Таким образом, ограничения прав адвокатов, не предусмотренные Конституцией, международным правом и УПК, носят дискриминационный, неправомерный характер и применению не подлежат.

Следует однозначно урегулировать этот вопрос на законодательном уровне.

СЕССИЯ 2. РЕФОРМА СУДЕБНОЙ СТАДИИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН И СОБЛЮДЕНИЕ СТАНДАРТОВ СПРАВЕДЛИВОГО ПРОЦЕССА В УСЛОВИЯХ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

ЮРЧЕНКО Р.Н
*Почетный судья Верховного Суда
Республики Казахстан в отставке,
заслуженный деятель правосудия
Республики Казахстан,
д. ю. н.*

Реформа стадии предварительного слушания

Для успешного проведения главного судебного разбирательства судья должен подготовить дело для его рассмотрения. В этих целях уголовно-процессуальное законодательство ранее предусматривало и предусматривает сейчас ряд действий, которые должен осуществить судья по поступившему к нему уголовному делу.

До принятия Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан 1997 года суд перед внесением дела в судебное заседание для рассмотрения по существу проводил распорядительное заседание.

Необходимость проведения такого заседания была обусловлена тем, что к компетенции судов было отнесено решение о предании обвиняемого суду.

По делу, поступившему от прокурора с обвинительным заключением, судья единолично разрешал вопрос о предании обвиняемого суду в трехдневный срок.

Судья одновременно единолично разрешал и другие вопросы:

- 1) подсудно ли дело данному суду;
- 2) не имеется ли обстоятельств, влекущих прекращение либо приостановление производства по делу;
- 3) правильно ли избрана мера пресечения;
- 4) соответствует ли обвинительное заключение требованиям УПК.

Судья при наличии достаточных оснований для рассмотрения в судебном заседании дела, поступившего от прокурора с обвинительным заключением, не предвешая вопроса о виновности, выносил постановление о предании обвиняемого суду.

При положительном разрешении перечисленных вопросов судья решал в дальнейшем вопросы, связанные с подготовкой к судебному процессу: об участии прокурора, общественного обвинителя, защитника и общественного защитника, об открытом или закрытом слушании дела, о списке лиц, вызываемых в суд, времени и месте судебного заседания.

В случаях внесения дела на рассмотрение распорядительного заседания суда вопрос о предании суду должен быть разрешен в течение пяти дней.

Обязательным было проведение предварительного слушания в тех случаях, когда за преступление, в совершении которого обвиняется подсудимый, уголовным законом предусматривалось наказание в виде смертной казни.

Предварительное слушание проводилось судом в составе трех судей.

В распорядительном заседании обязательно должен участвовать прокурор. Но неявка прокурора не служила препятствием рассмотрению дела в распорядительном заседании суда. О неявке прокурора записывалось в протоколе распорядительного заседания и сообщалось вышестоящему прокурору.

Порядок рассмотрения дела в распорядительном заседании был таков: распорядительное заседание начинается докладом председательствующего об основаниях внесения дела на рассмотрение распорядительного заседания, затем заслушивается заключение прокурора. После этого суд удаляется в совещательную комнату для вынесения определения.

Суд в распорядительном заседании выносил определение, а судья при единоличном разрешении вопроса о предании обвиняемого суду выносил постановление о предании обвиняемого суду.

Если имелись основания судья единолично или суд по итогам предварительного слушания мог принять решение:

- о передаче дела по подсудности,
- о приостановлении производства по делу,
- о возвращении дела на доследование,
- о прекращении дела,
- об отмене, изменении, избрании меры пресечения.

Важным обстоятельством было положение о том, что в случае предания обвиняемого суду судья, а также суд в распорядительном заседании имели право исключить из обвинительного заключения отдельные пункты обвинения или применить уголовный закон о менее тяжком преступлении, не изменяя при этом формулировки обвинения.

По определению суда, вынесенному в распорядительном заседании, дело могло быть направлено для производства дополнительного дознания или предварительного следствия в следующих случаях:

- 1) неполноты дознания или следствия;
- 2) наличия в деле оснований для предъявления обвиняемому другого обвинения, если оно связано с рассматриваемым делом или имеются основания для привлечения к уголовной ответственности других лиц, если их действия связаны с рассматриваемым делом и отдельное рассмотрение дела в отношении новых лиц невозможно;
- 3) неправильного соединения или разъединения дела;
- 4) когда есть необходимость изменить указанное в обвинительном заключении обвинение на более тяжкое или существенно отличающееся от первоначально предъявленного обвинения.

В стадии предания обвиняемого суду уголовное дело могло быть и прекращено по основаниям, предусмотренным законом. Представляется интересным опыт прошлых лет, когда решение о прекращении дела могло иметь место в связи с небольшой общественной опасностью совершенного преступления, отсутствием необходимости для исправления подсудимого принятия мер уголовного наказания и передачей дела на рассмотрение товарищеского суда, либо в комиссию по делам несовершеннолетних, либо передать лицо на поруки общественной организации или трудовому коллективу, возбудившему ходатайство, для его перевоспитания и исправления, либо привлечь к административной ответственности.

Такое законодательное разрешение вопроса об ответственности и наказании лиц, как правило, совершивших преступления небольшой тяжести, позволяло, с одной стороны, участвовать общественным организациям, трудовым коллективам, обществу в исправлении и

перевоспитании правонарушителей, с другой стороны – экономии уголовных репрессий и сокращение числа осужденных лиц, в том числе и к такому наказанию, как лишение свободы.

Был предусмотрен механизм возобновления судом уголовного дела в отношении лица, переданного на поруки, если меры общественного воздействия окажутся недостаточными для воспитания правонарушителя в духе уважительного отношения к закону, нормам морали и нравственности.

В ходе рассмотрения вопроса о предании обвиняемого суду могло быть вынесено постановление о розыске скрывшегося от суда обвиняемого и его розыске и приостановлении по этому основанию производства по делу.

Предусматривалось, что определение распорядительного заседания или постановление судьи могло быть опротестовано в вышестоящий суд прокурором в пятидневный срок с момента оглашения принятого решения.

Потерпевшим, а также обвиняемым, если он считал мотивы прекращения дела неправильными, определение судьи или постановление распорядительного заседания могло быть обжаловано в вышестоящий суд только по вопросу о прекращении дела.

В ныне действующем Уголовно-процессуальном кодексе Республики Казахстан 1997 года в главе 39 сосредоточены нормы, регламентирующие действия судьи по поступившему уголовному делу.

Судья по поступившему уголовному делу принимает, прежде всего, одно из следующих решений (ст. 299 УПК) о:

- 1) назначении главного судебного разбирательства;
- 2) проведении предварительного слушания дела.

Принятие решение по одному из указанных вопросов должно быть осуществлено в срок не более пяти суток с момента поступления дела в суд. Судья выносит постановление, в котором указывает:

- 1) время и место вынесения постановления;
- 2) должность и фамилию судьи, вынесшего постановление;
- 3) основания и существо принятых решений.

Но до принятия одного из вышеуказанных решений согласно статье 300 УПК судья должен выяснить в отношении каждого из подсудимых следующее:

- 1) подсудно ли дело данному суду;
- 2) не имеется ли обстоятельств, влекущих прекращение либо приостановление производства по делу;
- 3) не допущены ли при производстве упрощенного досудебного производства, дознания и предварительного следствия нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие назначению судебного заседания;
- 5) вручены ли копии обвинительного заключения, протокола обвинения или упрощенного досудебного производства;
- 6) подлежит ли изменению или отмене избранная обвиняемому мера пресечения;
- 7) приняты ли меры, обеспечивающие возмещение ущерба, причиненного преступлением, и возможную конфискацию имущества;
- 8) подлежат ли удовлетворению заявления и ходатайства.

От того, какие обстоятельства судьей установлены на данном этапе, судья решает: назначить главное судебное разбирательство или же сначала провести по делу предварительное слушание.

Судья назначает проведение предварительного слушания, если хотя бы одному из подсудимых предъявлено обвинение в совершении особо тяжкого преступления, а также для рассмотрения следующих вопросов (часть первая ст. 301 УПК):

- о возвращении дела для дополнительного расследования,
- о приостановлении производства по делу,
- о направлении по подсудности,
- о прекращении дела,
- о соединении уголовных дел,
- для рассмотрения ходатайств сторон,
- для решения вопроса о проведении судебного разбирательства в сокращенном порядке.

Кроме того, по всем делам об особо тяжких преступлениях предварительное слушание проводится независимо от каких-либо обстоятельств.

Основания проведения предварительного слушания, порядок проведения и принятия по его итогам решения регулируется статьей 301 УПК.

Следует отметить, что в статью 301 УПК с момента принятия Уголовно-процессуального кодекса и по настоящее время неоднократно вносились изменения и дополнения 6 раз (ЗРК от 05.05.2000 Г., ЗРК от 11.07.2001 Г., ЗРК от 30.12.2005 Г., ЗРК от 14.06.2010 Г., ЗРК от 29.11.2011 Г.).

Предназначение стадии предварительного слушания дела состоит в том, чтобы в главном судебном разбирательстве не возникали вопросы, которые бы загромождали его и мешали методичному, последовательному исследованию материалов дела с соблюдением принципа полноты, всесторонности и объективности.

Представляется, что первым должен быть решен вопрос о подсудности дела. Конституция Республики Казахстан (п.п. 3) пункта 2 ст. 77) запрещает без согласия лица (в данном случае подсудимого) изменять подсудность дела, предусмотренного для него законом.

Если дело данному суду не подсудно, то судья в соответствии со ст. 306 УПК выносит постановление о направлении дела по подсудности с приведением юридических оснований такого решения и указанием суда, в который направляется дело, о чем извещает участников процесса.

Следует отметить, что редакция ст. 306 УПК дает возможность истолковывать эту норму так, что данный вопрос судья решает самостоятельно путем вынесения постановления. Однако же согласно части первой ст. 301 для принятия такого решения и вынесения постановления о направлении дела по подсудности в другой суд должно быть проведено предварительное слушание дела.

Если судья усмотрит наличие существенных нарушений уголовно-процессуального закона, препятствующих назначению главного судебного разбирательства, он по своей инициативе или по ходатайству сторон назначает предварительное слушание дела и по его итогам принимает решение о возвращении уголовного дела для дополнительного расследования (ст. 303 УПК).

Судья по результатам проведения предварительного слушания дела, не назначая главного судебного разбирательства, вправе как по ходатайству стороны, так и по собственной инициативе направить дело для дополнительного расследования в случаях неправильного соединения или разъединения дела либо обнаружения других существенных нарушений

уголовно-процессуального закона, препятствующих назначению главного судебного разбирательства.

Уместно привести в связи с этим разъяснение Верховного Суда Республики Казахстан от 13 декабря 2001 года № 19 «О возвращении судами уголовных дел для дополнительного расследования», в пунктах 2, 3, 4 которого указано:

По результатам проведения предварительного слушания суд вправе направить дело для дополнительного расследования, как по своей инициативе, так и по ходатайству сторон, только лишь в следующих случаях:

-неправильного соединения или разъединения дел либо обнаружения других существенных нарушений уголовно-процессуального закона.

При этом судам следует иметь в виду, что не любые нарушения уголовно-процессуального закона могут служить основанием для возвращения дела для дополнительного расследования, а только такие, которые препятствуют назначению главного судебного разбирательства. Таковыми могут быть признаны такие нарушения, которые лишают суд возможности организовать и подготовить назначение главного судебного разбирательства, а также определить его пределы.

В частности, препятствия к назначению главного судебного разбирательства могут иметь место, когда:

- прокурор не выразил согласие с обвинительным заключением;
- обвиняемый не предан суду;
- в постановлении о предании суду указаны не все лица, которые привлечены в качестве обвиняемых, и в отношении которых составлено обвинительное заключение, при отсутствии постановления о прекращении уголовного преследования в отношении лиц, которые не преданы суду;
- допущены ошибки при написании анкетных данных подсудимого, которые не могут быть судом исправлены;
- не указаны часть и пункт статьи УК, по которой привлечен к уголовной ответственности и предан суду обвиняемый;
- отсутствуют в деле адреса лиц, подлежащих вызову в суд (кроме допрошенных, в соответствии со статьей 101 УПК, под псевдонимом);
- отсутствует опись материалов дела;
- материалы дела исполнены способом, исключающим возможность их полного прочтения и другие, которые не могут быть устранены судом.

Поскольку пределы главного судебного разбирательства ограничены статьей 320 УПК, согласно которой производство судебного разбирательства допускается только в отношении того подсудимого и в пределах того обвинения, по которому он предан суду, то в случаях, когда из постановления о привлечении в качестве обвиняемого, обвинительного заключения и постановления о предании суду ввиду их противоречивости невозможно определить пределы судебного разбирательства, то это обстоятельство может быть признано препятствием для назначения главного судебного разбирательства.

Дело направляется для дополнительного расследования через прокурора. При этом судья обязан указать в постановлении, по какому основанию возвращается дело, а также решить вопрос о мере пресечения в отношении обвиняемого.

Законом РК от 03.12.09 г. № 213-IV (введен в действие по истечении тридцати календарных дней после его первого официального опубликования) УПК дополнен статьей 303-1 в соответствии с которой дело, оконченное в досудебной стадии в порядке упрощенного производства, может быть направлено прокурору для производства предварительного следствия или дознания.

Необходимо отметить, что наряду с дополнением УПК статьей 303-1 о направлении уголовного дела упрощенного досудебного производства прокурору в часть первую ст. 301 УПК соответствующее дополнение не внесено. В этой связи порядок направления дела упрощенного производства прокурору для назначения предварительного следствия или дознания при установлении судом обстоятельств, указанных в частях первой и второй статьи 303 УПК, не ясен. Должен ли и в этом случае судья назначать предварительное слушание или вправе самостоятельно вынести мотивированное постановление о направлении прокурору дела дело упрощенного досудебного производства?

По итогам предварительного слушания дела судья в соответствии со ст. 307 УПК выносит постановление о прекращении дела по основаниям, указанным в пунктах 1-12 части первой статьи 37 и части первой статьи 38 настоящего Кодекса, а также в случае отказа государственного обвинителя от обвинения. Приняв решение о прекращении дела, судья отменяет меру пресечения, меры обеспечения гражданского иска и конфискации имущества и разрешает вопрос о вещественных доказательствах. Копия постановления судьи о прекращении дела направляется прокурору, а также вручается лицу, привлекавшемуся к уголовной ответственности, и потерпевшему.

Постановление о приостановлении производства по делу (ст. 304 УПК) может быть вынесено судьей по основаниям, предусмотренным частями первой, 1-1 и части второй статьи 50 УПК.

Производство по делу может быть приостановлено в отношении одного из нескольких подсудимых при условии, что это не ущемляет его права или прав других подсудимых на защиту. В случае, когда подсудимые, в отношении которых производство не приостанавливается, находятся под стражей и судья не сочтет возможным изменить им меру пресечения, приостановление производства возможно на срок, не превышающий тридцати суток. Если за это время основания для приостановления производства в отношении кого-либо из подсудимых не отпадут, то производство в отношении других подсудимых должно быть возобновлено и назначена дата главного судебного разбирательства.

При приостановлении производства по делу по основанию, предусмотренному пунктом 2 части первой статьи 50 настоящего Кодекса, дело возвращается прокурору, за исключением случаев, указанных в части второй статьи 315 и в части второй статьи 321 настоящего Кодекса.

Обращает на себя внимание одно из оснований проведения предварительного слушания – необходимость рассмотрения ходатайств сторон. Законодатель не указывает, какие ходатайства могут влечь назначение предварительного слушание дела и быть разрешенными в этой стадии уголовного процесса, из чего можно сделать вывод о том, что любое ходатайство до назначения главного судебного разбирательства подлежит рассмотрению в стадии предварительного слушания дела.

Наиболее значимыми для участников процесса и судьбы дела можно назвать ходатайства:

- о признании участником процесса (исключении из числа участников процесса),
- об отмене (избрании) или изменении меры пресечения подсудимому,
- об обеспечении мер безопасности кому-либо из участвующих в деле лиц,
- о назначении производства экспертизы,
- о направлении дела для дополнительного расследования,
- о прекращении дела по реабилитирующим (нереабилитирующим) основаниям,
- о признании материалов дела недопустимыми доказательствами,
- о признании проведенного досудебного производства незаконным и всех его материалов не имеющими силы доказательств.

Следует отметить, что до 2000 года указанные ходатайства могли быть предметом рассмотрения в рамках предварительного слушания дела. Но как только суды стали применять это положение закона и в ходе предварительного слушания дела признавать доказательства недопустимыми, а при отсутствии других – прекращать дела за недоказанностью обвинения, так тут же по инициативе органов уголовного преследования и обвинения статью 301 УПК изменили, исключив возможность рассмотрения этого вопроса в ходе предварительного слушания дела. А зря!

Теперь же по умолчанию в норме закона о характере ходатайств участников процесса можно делать вывод о том, что такие ходатайства подлежат рассмотрению в стадии предварительного слушания дела.

Может возникнуть вопрос о том, для чего по делам об особо тяжких преступлениях проводится предварительное слушание, если не имеется никаких оснований, указанных в ч. 1 ст. 301 УПК, для его проведения.

Ответить на данный вопрос можно, исходя из того, что на стадии предварительного слушания подсудимый, заявивший ходатайство о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, может от своего ходатайства отказаться, а тот, кто не заявил об этом в стадии ознакомления с делом по окончании предварительного следствия, может заявить в стадии предварительного слушания дела.

Кроме того, за совершение преступлений, относящихся к категории особо тяжких, уголовным законом может быть назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы или смертная казнь. В ходе предварительного слушания прокурор может изменить обвинение на менее тяжкое, стороны могут заявить прямо в судебном заседании ходатайства, которые могут повлиять как на юридическую оценку деяния, так и на существо решения, которое будет принято по делу при рассмотрении его по существу в главном судебном разбирательстве.

Вот только статья 301 УПК в этой части не согласуется со ст. 547 УПК, в которой говорится, что по делам об особо тяжких преступлениях, подлежащих рассмотрению с участием присяжных заседателей, предварительное слушание проводится лишь **при наличии ходатайства обвиняемого о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей. Эти нестыковки следует устранить.**

Порядок проведения предварительного слушания таков:

- Предварительное слушание дела производится судьей единолично в закрытом судебном заседании.
- О времени и месте проведения предварительного слушания дела извещаются стороны.
- В ходе предварительного слушания дела ведется протокол.
- Предварительное слушание дела проводится с участием сторон.
- Участие в судебном заседании подсудимого, его защитника и государственного обвинителя обязательно.
- В отсутствие подсудимого предварительное слушание производится, когда он ходатайствует об этом.
- В случае неявки защитника по неуважительным причинам, а также когда его участие в предварительном слушании невозможно, судья принимает меры к обеспечению участия в судебном заседании вновь назначенного защитника.
- Неявка в заседание суда потерпевшего и его представителя, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей не препятствует предварительному слушанию дела.

И вот оно, положение, закрепленное в части 3-1 статьи 301 УПК, о том, что в ходе предварительного слушания судья выясняет у подсудимого, обвиняющегося в совершении особо тяжкого преступления, за исключением преступлений, предусмотренных статьями 162 (частями второй и третьей), 163 (частью второй), 165, 166, 166-1, 167, 168 (частью первой), 169, 171, 233 (частями третьей и четвертой), 233-2 (частями первой и третьей), 233-4 (частью второй), 234 (частью третьей), 238 (частью третьей), 239 (частью третьей) Уголовного кодекса Республики Казахстан, о наличии у него ходатайства о рассмотрении его дела с участием присяжных заседателей.

О результатах предварительного слушания дела судья выносит постановление, в котором излагает решение по рассмотренным вопросам. При отсутствии оснований для приостановления производства по делу, для прекращения дела или возвращения дела для дополнительного расследования суд выносит постановление о назначении главного судебного разбирательства.

Если в ходе предварительного слушания прокурор изменяет обвинение, судья отражает это в постановлении. Если изменение прокурором обвинения влечет изменение подсудности, судья возвращает дело прокурору для пересоставления обвинительного заключения, протокола обвинения и направления дела по подсудности.

После проведения предварительного слушания и разрешения всех необходимых вопросов судья, придя к выводу, что по всем вопросам, вынесенным на рассмотрение в предварительном слушании дела рассмотрены и разрешены, принимает решение о назначении главного судебного разбирательства.

В постановлении о назначении главного судебного разбирательства должно быть указано:

- 1) лицо, являющееся подсудимым;
- 2) точное указание уголовного закона, нарушение которого вменяется подсудимому;
- 3) решение о сохранении, отмене, изменении или избрании меры пресечения и мер обеспечения причиненного ущерба;
- 4) решения по отводам, ходатайствам и иным заявлениям участников процесса;
- 5) решение о допуске в качестве защитника лица, избранного обвиняемым, или назначении последнему защитника;
- 6) перечень лиц, подлежащих вызову в главное судебное заседание;
- 7) решение о слушании дела в отсутствие подсудимого в случае, когда закон допускает заочное рассмотрение его дела;
- 8) сведения о месте и времени главного судебного разбирательства;
- 9) решение о рассмотрении дела в закрытом судебном заседании в случаях, предусмотренных настоящим Кодексом;
- 10) решение о языке судопроизводства;
- 11) решение о запасном судье.

Представляется, что в случае непринятия дознавателем, следователем или прокурором мер, обеспечивающих возмещение ущерба, причиненного преступлением, и возможную конфискацию имущества (ст. 105 УПК), судья обязывает органы уголовного преследования принять необходимые меры их обеспечения. Постановление об этом может быть вынесено как отдельно судьей при подготовке главного судебного разбирательства, так и после проведения предварительного слушания дела.

В постановлении о назначении главного судебного заседания должны быть отражены решения по вопросам, которые ставились на обсуждение в ходе предварительного слушания дела и какие по ним принимались решения.

После назначения главного судебного разбирательства судья обязан обеспечить сторонам возможность ознакомиться со всеми материалами дела, с которыми они не были

ознакомлены на стадии досудебного производства, и выписывать из них необходимые сведения.

Если при решении вопроса о назначении судебного заседания изменена мера пресечения или изменен список лиц, подлежащих вызову в суд, либо прокурором изменено обвинение, то подсудимому, его защитнику, потерпевшему и его представителю вручается копия постановления судьи.

После всего этого судья дает распоряжение о вызове в судебное заседание лиц, указанных в его постановлении, а также принимает иные меры для подготовки судебного заседания.

Обращает на себя внимание отсутствие в статье 301 УПК положения о том, подлежит ли постановление суда, вынесенное по итогам предварительного слушания дела, обжалованию/опротестованию, кем, в каком порядке и в какие сроки, а также в какие судебные инстанции.

В этой связи, вероятно, следует руководствоваться общими нормами, предусматривающими обжалование постановлений суда, в частности, частью третьей статьи 403 УПК, согласно которой частные жалобы/протесты на постановления суда могут быть поданы в течение 15 суток со дня вынесения постановления и рассматриваются по правилам апелляционного производства.

Однако, нельзя согласиться с тем, что все постановления, вынесенные в стадии предварительного слушания дела, могут быть обжалованы. Например, такие постановления, которыми изменена подсудность дела, о прекращении дела или приостановлении производства по делу, о направлении дела для дополнительного расследования, о мере пресечения, об исключении материалов дела из числа допустимых доказательств и т.п., имеющие судьбоносное значение для правильного разрешения дела, наверное должны быть проверены по жалобам, протесту прокурора в вышестоящей судебной инстанции. Ну а, например, постановление об удовлетворении ходатайства обвиняемого о рассмотрении дела с участием присяжных заседателей, о новой формулировке обвинения, представленной прокурором, о применении мер безопасности, о мерах по обеспечению гражданского иска или возможной конфискации, о назначении производства экспертизы, о времени и месте рассмотрения дела и др., как бесспорные, вряд ли подлежат обжалованию.

Но это воля законодателя и она должна быть четко выражена в соответствующей норме уголовно-процессуального закона.

Пробельным следует считать и отсутствие в УПК нормы, которая бы указывала, как происходит решение всех перечисленных проблем, которые могут возникать по делам частного обвинения, когда прокурор по этим делам не решает вопрос о предании обвиняемого суду.

Представляется, что по уголовным делам, по которым дознание и предварительное следствие не производятся, предание суду должно осуществляться постановлением судьи при принятии жалобы к своему производству. При этом судья выполняет действия, предусмотренные частью 4 ст. 391 УПК.

В качестве заключения по настоящему исследованию возможно предложить следующее:

А) кроме оснований, указанных в ч. 1 ст. 301 УПК, предварительное слушание должно назначаться по вопросам:

- признания лиц участниками процесса или исключения из числа таковых,
- принятия мер безопасности,
- рассмотрения дела без подсудимого, потерпевшего,

- изменения обвинения прокурором,
- замены защитника, представителя,
- расследования жалоб о пытках и иных запрещенных методах,
- рассмотрения жалоб на действия (бездействие), решения дознавателя, следователя, прокурора, поступившие в суд после направления дела в суд,
- истребования новых доказательств по ходатайствам сторон, если их представление самостоятельно является затруднительным,
- о сделке прокурора с обвиняемым по вопросам сотрудничества, признания вины, вида и размера наказания, проведения согласительного производства в суде и др. основаниям, предусмотренным законом,
- депонирования показаний лиц, вызов которых в последующем в главное судебное разбирательство невозможен или крайне затруднителен,
- о правовой помощи на основании договоров о международном сотрудничестве.

Б) необходимо законодательно определить возможность обжалования постановлений, вынесенных по итогам предварительного слушания дела (кем, когда, в какую инстанцию, пределы обжалования, инстанционность, участники апелляционного производства и т.п.),

В) исключить проведение предварительного слушания по вопросу сокращенного судебного следствия при проведении главного судебного разбирательства дела в суде (должно быть императивно указано в соответствующей норме Особенной части УПК),

Г) устранить противоречия между ч. 1 ст. 301 и ст. 547 УПК,

Д) сократить сроки назначения предварительного слушания дела (до 3-х дней), сроки его проведения (до 5-ти дней) и сроки обжалования и рассмотрения в апелляционной инстанции (до 3 суток). В настоящее время с момента поступления дела в суд и до проведения предварительного слушания дела проходит 15 дней, после этого для вызова участников процесса, присяжных заседателей требуется не менее 7 дней (до 15 суток), т.е. уже 22 дня (максимально 30) дело по существу не рассматривается.

Реформа мер уголовно-процессуального принуждения

Действующий институт мер уголовно-процессуального принуждения в целом показал свою состоятельность, успешно апробирован в течение 15 лет. За это время он подвергся существенным преобразованиям, в УПК было внесено около полусотни поправок. В их числе следует выделить судебное санкционирование мер пресечения арест, домашний арест, экстрадиционный арест и их продления, помещения несовершеннолетнего в специальное учреждение, исключение нормы о неуведомлении в интересах следствия родственников подозреваемого о его задержании, возможность сопровождения мер пресечения электронными средствами слежения, применение ареста, как правило, по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях.

В Казахстане продолжается модернизация уголовно-процессуального закона. Межведомственной рабочей группой под эгидой Генеральной прокуратуры РК разработан проект изменений и дополнений в УПК РК (далее – Проект).

С позиции охраны и защиты прав подозреваемого, обвиняемого, надежности гарантий против возможных болезненных или опасных для жизни и здоровья процедур необходима унификация процессуальной формы ограничения конституционного права граждан на неприкосновенность личности. Проектом предполагается регулирование Законом оснований и порядка применения электронных средств слежения при применении тех или иных мер пресечения. Считаем, что для сокращения отсылочных норм такой механизм целесообразно прописать в УПК, который уже содержит общие принципы в части шестой статьи 14.

Для предупреждения незаконных методов ведения расследования и жестокого обращения проектом предусмотрена дополнительная гарантия. При доставлении лица в орган уголовного преследования для последующего задержания за совершение особо тяжкого преступления оно должно освидетельствоваться врачом для установления общего состояния его здоровья и наличия телесных повреждений. Между тем задержанное лицо не застраховано в своей безопасности на последующем первоначальном этапе производства по делу. Не подвергая сомнению роль данной превентивной меры, также не уверены, что ведомственная принадлежность врача уголовно-исполнительной системе, входящей ныне в структуру МВД РК, не повлияет на объективность его заключения.

Нельзя сводить реформу института мер процессуального принуждения к терминологическим изысканиям. Проектом предусмотрена замена устоявшегося на практике и международно-признанного названия меры пресечения «арест» на «содержание под стражей».

В соответствии с нормами общепризнанных и ратифицированных РК международно-правовых актов (*статья 9 Международного пакта о гражданских и политических правах, пункты 2, 9, 10, 12 Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме*), согласно этимологическому значению наиболее строгую меру пресечения принято именовать арестом, а содержание под стражей является формой его исполнения.

Общее, межотраслевое понятие «содержание под стражей» подразумевает любые виды ограничения личной свободы и свободы передвижения, регулируемые не только уголовно-процессуальным правом (арест как мера пресечения, уголовно-процессуальное задержание, помещение несовершеннолетнего в специальное учреждение и др.), но и административным

(помещение в приемник-распределитель), уголовно-исполнительным (лишение свободы). Поправка лишена логики, поскольку в Проекта не видоизменяются понятия «домашний арест», «экстрадиционный арест».

Если такая надобность обусловлена введением в уголовный закон ареста как вида наказания, то для избегания повтора рационально в УК РК найти синоним для нового понятия.

Проектом предполагается отделение от судьи, рассматривающего уголовное дело по существу, функции судебного контроля над предварительным расследованием посредством введения следственного судьи. Следственный судья по своему процессуальному положению не связан со своим решением, поскольку в дальнейшем не рассматривает дело по существу. Его статус допускает расширение предмета и пределов оценки оснований применения ареста в качестве меры пресечения.

Поэтому, по нашему убеждению, он обязан при санкционировании ареста вначале исследовать вопросы о доказанности события преступления, состава преступления в деяния и его совершении именно данным подозреваемым, обвиняемым. Лишь затем перечисленные в статье 139 УПК РК уголовно-процессуальные основания ареста, а в завершении принять во внимание обстоятельства, учитываемые при его избрании (ст. 141 УПК РК).

При введении судебного санкционирования ареста в качестве меры пресечения дискутировался вопрос об изменении роли прокурора. В связи с предстоящей передачей данной функции от судьи общей юрисдикции специализированному следственному судье вопрос обрел актуальность. Речь идет о непосредственном обращении следователя, органа дознания в суд с ходатайством о применении ареста, минуя прокурора. В этом случае последнему направляются уведомление, копии соответствующих материалов дела. Прокурор по своему усмотрению, как сторона обвинения, участвует в судебном заседании, о времени и месте которого заблаговременно уведомляется судом. При выявлении нарушений закона за прокурором сохраняются предусмотренные ныне права, в том числе истребовать уголовное дело, дать соответствующие и обязательные для исполнения указания, освободить незаконно и необоснованно задержанное лицо в любой момент до его представления следственному судье.

Такой механизм усилит состязательность и равноправие сторон в условиях гласности, исключит «предварительное» санкционирование ареста прокурором, увеличит для органов расследования время на доказывание оснований данной меры пресечения.

Баланс сторон создаст предпосылки гуманизации уголовно-процессуальной политики, снижения индекса тюремного населения и бремени на государственный бюджет, расширения сферы применения альтернативных аресту мер пресечения, в том числе залога и домашнего ареста.

В итоге будут соблюдены принципы и стандарты ратифицированных страной международно-правовых актов в сфере ограничения неприкосновенности личности.

С точки зрения системного подхода открытой остается проблема выделения единицы следственного судьи в малосоставных судах, которых около половины на уровне районных и приравненных к ним судов.⁹⁵ Введение межрайонного следственного судьи может породить другую проблему – временные, организационные и финансовые издержки при доставке задержанных подозреваемых, обвиняемых для решения вопроса об аресте. Для её разрешения должны быть выделены дополнительные штаты судей, а на первоначальном

⁹⁵ На начало 2012 г. в РК из 360 районных и приравненных к ним судов односоставные – 19, двухсоставные – 111, трехсоставные – 62.

этапе – встречное выполнение функции следственного судьи судьей, рассматривающим по существу другие дела, в том числе гражданские, административные. В последнем случае ввиду несоблюдения специализации по уголовным делам можно прогнозировать совершение ошибок, влекущих незаконное и необоснованное ограничение конституционных прав граждан⁹⁶.

Полагаем что, следственный судья одновременно с разрешением вопросов, связанных с санкционированием ареста, должен проверять законность проведенного задержания в случае заявления соответствующего ходатайства стороной защиты.

Кроме того, во всех случаях, при решении вопросов, связанных с санкционированием ареста, домашнего ареста, суд обязан по ходатайству стороны защиты предварительно рассмотреть возможность применения к подозреваемому, обвиняемому залога в качестве альтернативной меры пресечения. При невозможности его применения суд, мотивировав свое решение, переходит к рассмотрению вопроса об избрании меры пресечения в виде ареста.

Представляется важным уточнить круг лиц, участие которых в судебном заседании обязательно или факультативно. В этой связи необходимо создать условия для равноправного участия в судебном заседании обеих сторон, при которых следственным судьей будет приниматься во внимание позиция и показания потерпевшего.

Ознакомление с материалами уголовного дела как вид процессуальной деятельности обеспечивает конституционное право арестованного обвиняемого на защиту от уголовного преследования в рамках досудебного производства. Прерывание срока ареста в данном случае, как предусмотрено частью пятнадцатой статьи 153 УПК РК, не сопряжено с приостановлением производства по делу. Поэтому ныне действующая норма ущемляет право обвиняемого на неприкосновенность личности, увеличивает разумные сроки ареста при досудебном производстве, допуская их продление без санкции суда. В этой связи в указанную норму следует внести поправку, согласно которой время ознакомления с материалами уголовного дела обвиняемым, его защитником включается в исчисление срока ареста.

Нуждается в совершенствовании процессуальный механизм контроля ограничений, устанавливаемых при применении домашнего ареста. Осуществление такого контроля представляется как несвойственная для органов расследования функция, и должна возлагаться на органы дознания, располагающими большими оперативными и ресурсными возможностями.

Представляется, что в случае уклонения подозреваемого, обвиняемого от явки по вызову органа уголовного преследования или суда залог должен обращаться не в доход государства, как предусмотрено статьей 148 УПК РК.

Если залог внесен из своих личных средств подозреваемым, обвиняемым, то при рассмотрении судом гражданского иска он должен быть обращен в возмещение вреда, причиненного потерпевшему, гражданскому истцу. В случае его внесения иными лицами залог обращается в доход государства, за исключением правила части седьмой статьи 75 УПК РК. Речь идет о праве потерпевшего на получение за счет бюджетных средств денежной компенсации до 150 МРП за имущественный вред, причиненный особо тяжким преступлением, если у осужденного за такое преступление отсутствует имущество, достаточное для его возмещения.

⁹⁶ На данное обстоятельство в судебной практике Франции обратила внимание Маршан Валери – руководитель проекта «Поддержка судебной и правовой реформы в РК» Представительства ЕС в РК.

Предлагаемая модель соответствует принципу возмещения вреда виновным, а не третьими лицами, не освобождая его от гражданско-правовой ответственности.

Оставшаяся залоговая масса из личных средств подозреваемого, обвиняемого может быть направлена в фонд компенсации вреда, причиненного преступлением, а также на содержание пенитенциарной системы.

Разумное и целевое использование изымаемого залога учитывает, прежде всего, интересы жертвы преступления, способствует более полному и своевременному возмещению причиненного преступлением вреда, стимулирует применение залога, обеспечивает социальную справедливость и гуманность процесса.

Кроме того, финансирование уголовно-исполнительной системы позволит улучшить условия содержания подозреваемых, обвиняемых, не имеющих залоговых средств. Примечательно, что опыт зарубежных стран опирается еще на Устав уголовного судопроизводства России 1864 года.

Имеется ли практическая потребность в санкционировании прокурором такой меры пресечения как подписка о невыезде и надлежащем поведении, а также привода подозреваемого, обвиняемого, свидетеля и потерпевшего? Вопреки главной концептуальной линии упрощения УПК РК усложняется процедура их применения, многократно увеличится объем работы органов расследования и прокурора с учетом сотен тысяч участников процесса. Санкция прокурора несколько несоразмерна со степенью ограничения прав личности данными мерами принуждения и не повысит её эффективность, а указанные лица всегда могут обжаловать прокурору законность и обоснованность избрания названных мер процессуального принуждения.

Отрадно, что в Проекте наложение ареста имущества поставлено под судебный контроль и будет применяться с санкции следственного судьи. В то же время при аресте счетов юридических лиц (в основном субъектов предпринимательства) целесообразно исключить случаи полного прекращения расходных операций. Иначе это повлечет невыплату заработной платы, несвоевременную уплату налогов и перевод пенсионных отчислений, несвоевременное гашение кредитов и выполнение других обязательств. В конечном счете, такие меры могут парализовать деятельность юридического лица, способствовать рейдерству, недобросовестной конкуренции, коррупционным проявлениям. В статье УПК РК о порядке санкционирования наложения ареста на имущество возможно сделать оговорку о том, что при наложении ареста на денежные средства и иные ценности, находящиеся на счетах и вкладах в банках и кредитных учреждениях, расходные операции по данному счету прекращаются в пределах средств, на которые наложен арест, за исключением тех операций, которые связаны с основной деятельностью предприятия.

В заключении позволю обратить внимание на то, что новеллы УПК РК должны соответствовать приоритетам Концепции правовой политики на период до 2020 года об упрощении и повышении эффективности уголовного процесса, расширении применения альтернативных аресту мер пресечения.

САВАНКОВ А.М.,
Полковник полиции, заслуженный работник МВД,
экс-Вице министр внутренних дел РК

Предложения по вопросу совершенствования уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан в свете предлагаемой Концепции

В первую очередь, разрешите мне поблагодарить организаторов сегодняшней Конференции за приглашение принять в ней участие и пожелать всем ее участникам плодотворной работы. Надеюсь, что высказанные сегодня здесь предложения в какой-то степени помогут разработчикам законопроекта принять оптимальное решение по совершению уголовно-процессуального законодательства нашей страны.

Проект нового УПК, разработанный в соответствии с Концепцией Правовой политики государства кардинально меняет устоявшиеся нормы уголовного судопроизводства и большинство новелл, безусловно, будут способствовать упрощению процесса, эффективному и быстрому достижению задач уголовного **судопроизводства: защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц, потерпевших от преступлений**, быстрое и полное раскрытие преступлений, изобличение и привлечение к уголовной ответственности лиц, их совершивших, справедливое судебное разбирательство и правильное применение уголовного закона.

Вместе с тем, ряд предложенных норм, на мой взгляд, противоречат этим задачам, и наоборот, неоправданно усложняют процесс, а принятие некоторых из них потребуют больших материальных и физических затрат.

В проекте в целях упрощения досудебного производства исключаются понятия возбуждения уголовного дела и доследственной проверки. Вместо них вводится так называемое «досудебное расследование», началом которого является первое следственное или иное процессуальное действие.

В соответствии же с проектом статьи 172 УПК, орган уголовного преследования обязан в течение 24 часов с момента регистрации сообщения приступить к досудебному расследованию.

Для чего даются эти 24 часа неясно, но можно догадаться, что разработчик пытается сохранить доследственную проверку хоть и в усеченном виде. Но достаточно ли этого времени, чтобы установить наличие или отсутствие состава преступления? Разумеется, нет. Здесь, мне кажется, телега ставится вперед лошади: приступая к досудебному следствию лишь на основании заявления или сообщения, без его проверки, констатируется факт наличия преступления, а затем начинается сбор доказательств.

Это, на мой взгляд, приведет к многократному увеличению уголовных дел, находящихся в производстве, и вместо концентрации усилий на расследовании тяжких и особо тяжких преступлений, потребуется проведение следственных действий по множеству бесперспективных уголовных дел.

Так, например, по всем фактам обнаружения трупов необходимо установить причину смерти, т.е. назначение судмедэкспертизы является обязательным. И с момента вынесения постановления о ее назначении, да даже с осмотра места происшествия или трупа, поскольку

это следственное действие, начинается досудебное следствие, т.е., материал становится уголовным делом.

Только в Астане ежемесячно регистрируется свыше 200 случаев естественной смерти, по республике - более 48 тысяч в год. В последующем большинство этих дел будет прекращено.

Аналогичная ситуация и по фактам дорожно-транспортных происшествий: без судебно-медицинской и автотехнической экспертиз невозможно установить состав преступления. Зачастую после их проведения обнаруживаются признаки административного правонарушения или отсутствие состава преступления вообще.

Тогда следователь должен будет сделать отчет и направить уголовное дело прокурору для решения вопроса о прекращении уголовного дела.

По имеющимся у меня данным, за полугодие органами внутренних дел зарегистрировано **около миллиона заявлений** и сообщений, из которых всего по чуть более 100 тысячам (12%) возбуждены уголовные дела. И это после доследственной проверки.

При ее же исключении, вся эта масса заявлений и сообщений будет расследоваться в формате уголовных дел, следователи и дознаватели с такой огромной нагрузкой (свыше 400 дел на каждого или более чем по одному делу в день без выходных и отпусков) при имеющихся штатах явно не справятся.

Я уже не говорю о надзирающих прокурорах, которым предполагается отдать исключительное право прекращения уголовных дел.

На мой взгляд, нужно не отказываться, а совершенствовать стадии доследственной проверки и возбуждения уголовного дела, так как они чрезвычайно важный и необходимый институт уголовного процесса. Они позволяют четко разграничить преступления от просто правонарушений, процессуальные действия от не процессуальных, понять смысл собирания и оценки доказательств. Редакции двух выше приведенных мною статей УПК уже приводит к трудностям определения момента, который следует считать началом досудебного следствия.

Возбуждение уголовного дела необходимо для того, чтобы своевременно собрать и закрепить доказательства о совершенном преступлении. Только процессуальные действия позволяют твердо и недвусмысленно ответить на вопрос, было ли преступление или нет. Если все-таки выяснится, что преступления не было, следователь выносит постановление о прекращении уголовного дела за отсутствием состава или события преступления, что полностью соответствует всем требованиям уголовного судопроизводства.

В соответствии с проектом статьи 174 УПК **«В случаях, когда из заявления не усматриваются признаки состава преступления, заявителю дается разъяснение».**

Сегодня выносится постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, которое заявитель вправе обжаловать, и это право достаточно четко регламентировано действующим законом.

А как завтра заявитель будет обжаловать некое разъяснение? Затем какое оно должно быть - письменное или устное? Процессуальное это действие или нет? Как потерпевшему доказывать, что он приходил в дежурную часть и ему дали разъяснение, а заявление не приняли?

На мой взгляд, такая формулировка статьи может повлечь массовые нарушения конституционных прав граждан и в случае ее принятия необходимо четко закрепить это понятие и права граждан на ее обжалование.

В проекте статьи 128 УПК предлагается меру пресечения **в виде подписки о невыезде применять только с санкции прокурора.**

При этом требуется обязательная явка подозреваемого, даже по преступлениям небольшой тяжести к прокурору, предоставление ему всех материалов, подтверждающих обоснованность избрания этой меры пресечения.

Чем вызвана такая необходимость не совсем понятно.

За весь период моей практической работы никогда не возникало проблем по применению этой нормы и не было ни одного случая обжалования этой меры пресечения, хотя она избирается практически каждому второму лицу и ежегодно имеет тенденцию к росту.

Санкционирование подписки о невыезде вместо упрощения, на мой взгляд, существенно усложнит процесс расследования на фоне увеличения уголовных дел, которое произойдет в случае исключения стадии доследственной проверки и введения новых составов в виде уголовных проступков.

Я предлагаю отказаться от необходимости санкционирования у прокурора этой меры пресечения и по аналогии действующей редакции УПК предусмотреть лишь обязательное направление копии постановления в прокуратуру, тем самым оставив надзор за законностью.

Также в целях оперативности расследования предлагаю оставить **санкционирование наложения ареста на имущество** за прокурором(ст.149-150 Проекта).

Как правило, арест налагается по преступлениям, где предусмотрена конфискация имущества.

В ходе расследования квалификация преступления может неоднократно меняться, более того, согласно проекта УПК, следователь и дознаватель имеет право давать предварительную квалификацию подозрения.

На практике часто возникают случаи необходимости незамедлительного наложения ареста на имущество, и в случае передачи его санкционирования суду, снизится оперативность предотвращения фактов со стороны подозреваемых отчуждения собственности, что снижает гарантии ее конфискации.

Практика судебного санкционирования ареста на сегодня является одним из самых трудоемких процессов и в новой редакции УПК он еще более усложняется.

Проектом в статье 135 УПК «Порядок санкционирования содержания под стражей» в два раза с 18 до 36 часов (до истечения срока задержания) предлагается увеличить время предоставления материалов прокурору для решения вопроса о поддержании ходатайства ареста.

Сегодня в пределах отведенных 54 часов для решения вопроса о применении ареста в отношении одного обвиняемого задействуются 2 и более следователей (один выполняет техническую работу, копирует для суда документы по составлению документов, другие производят неотложные следственные действия).

Следователь фактически лишен возможности сбора доказательств, поскольку основное время направлено на подготовку материалов, конвоирование обвиняемого к прокурору для допроса и получения согласия, а затем конвоирование и представление материалов на санкционирование суду. У следователя и дознавателя, для сбора доказательств вины подозреваемого будет только 36 часов, что явно не достаточно. Что важнее для процесса: сбор и закрепление доказательств или изучение прокурором дела для поддержания ходатайства? Ответ, я думаю очевиден.

Для решения данного вопроса предлагаю перенять российский опыт и разрешить обращаться следователю напрямую в суд, минуя прокурора. Это будет соответствовать его процессуальному статусу - самостоятельности и независимости, а прокурора - осуществление надзора за законностью принимаемых решений.

Разработчиком предложено в рамках нового УПК наделить **прокуроров дискреционными полномочиями по принятию решений о прекращении уголовных дел** как по реабилитирующим, так и нереабилитирующим основаниям.

Такая позиция, на мой взгляд, вступает в противоречие с надзорными функциями прокурора и существенно сужает конституционные права граждан.

Сейчас граждане при несогласии с принятым решением органа уголовного преследования могут обратиться с жалобой прокурору. По предлагаемой модели гражданам придется обращаться к вышестоящему прокурору, что затрудняет право обжалования, так как прокуратура будет являться органом, осуществляющим уголовное преследование. При этом прокуроры должны будут отменять свои же решения. Здесь ведомственные интересы могут взять верх в ущерб законности.

В этой связи, предлагаю правом прекращения уголовных дел по реабилитирующим основаниям наряду с прокурорами наделить следователей и дознавателей, что позволит оперативно решать вопросы освобождения от уголовной ответственности невиновных подозреваемых, при этом за прокурором оставить функции надзора за законностью принятых решений о прекращении. А суд необходимо наделить исключительным правом прекращения дел по нереабилитирующим основаниям.

Проектом предлагается **исключить предъявление следователем обвинения подозреваемому**. Это право делегируется прокурору.

При таком положении, на мой взгляд, с органов уголовного преследования снимается мотивация и ответственность за качественное досудебное расследование.

В свою очередь, если прокурор будет принимать окончательное процессуальное решение, то он, чувствуя ответственность, будет вынужден проводить лично сам дополнительные или повторные следственные действия для определения достоверности представленных материалов расследования. Все вышеуказанное не упрощает процесс расследования, а, наоборот, усложняет его.

В связи с прогнозируемым ростом уголовных дел, как я отмечал выше, прокуроры при имеющихся у них штатах просто не справятся с таким объемом и будут поручать следователям принимать процессуальные решения от их имени.

Сможет ли прокурор, в столь короткий срок, отводимый ему для предъявления обвинения, вникнуть в ход расследования по многотомным, многэпизодным уголовным делам, в полном объеме и правильно квалифицировать деяния подозреваемого и делать выводы о виновности или невиновности обвиняемого? Представляется весьма затруднительным.

Если предъявление обвинения и принятие всех окончательных процессуальных решений будет за прокурором, то функция прокурорского надзора не будет гарантировать обеспечения конституционных прав и свобод граждан, поскольку прокуратура втягивается в уголовный процесс и становится органом уголовного преследования, что, на мой взгляд, противоречит Конституции Республики Казахстан.

Я предлагаю взять за основу действующую форму расследования упрощенного досудебного производства, где следователь, составив обвинительный акт, предоставляет дело прокурору, который, в свою очередь принимает по нему решение о направлении в дела суд, либо его прекращении.

Если следователь будет ответственен за возбуждение уголовного дела, его раскрытие и нацелен на доведение дела до суда, то, соответственно, предварительное следствие будет быстрым, полным и качественным.

В проекте УПК обязанность ознакомления с материалами уголовного дела сохранена за следователями и дознавателями, тогда как они только на основании предварительной квалификации предъявляют лицу лишь подозрение.

В таком случае, ознакомление с материалами уголовного дела должен производить прокурор, поскольку при ознакомлении обвиняемое лицо вправе заявлять ходатайства по существу предъявленного обвинения, которые удовлетворять или отклонять может только должностное лицо, предъявившее обвинение.

Поэтому здесь надо четко определиться: либо оставить за следователем предъявление обвинения и ознакомления с материалами дела, либо передать функцию ознакомления с делом прокурору.

Существуют проблемы и по порядку сношения с другими государствами по вопросам оказания правовой помощи при производстве следствия и дознания.

Проектом нового УПК она не решена и его положения, регламентирующие порядок таких сношений противоречат международным договорам и Конституции Республики Казахстан.

Так, в соответствии со ст. 5 Минской Конвенции, компетентные учреждения юстиции Договаривающихся сторон, к которым относятся и органы внутренних дел, сносятся друг с другом через свои центральные органы, если только настоящей Конвенцией не установлен иной порядок сношений.

В соответствии со статьей 80 Конвенции, сношения по вопросам выдачи, уголовного преследования и исполнения следственных поручений, **затрагивающих права граждан и требующих санкций прокурора осуществляются Генеральными Прокурорами.** Во всех других случаях, Конвенцией разрешено осуществлять взаимодействие напрямую, через центральные органы.

Требования проекта ст. 556 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, в которых определены должностные лица Казахстана, наделенные полномочиями на осуществление сношений с иностранными государствами, противоречат ст. 5 и 80 Конвенции.

Согласно п.3 ст.4 Конституции Республики Казахстан и проекта нового УПК РК, международные договоры, ратифицированные Республикой Казахстан, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно.

По моему мнению, установленный сегодня и предлагаемый в новом УПК порядок международных сношений по уголовным делам, не вызван какой-либо необходимостью, поскольку он существенно усложняет уголовный процесс, ущемляет права органов внутренних дел на осуществление международных отношений, закрепленных Законом «Об органах внутренних дел Республики Казахстан», увеличивает сроки расследования дел, а также противоречит вышеуказанной Конвенции.

Министерствами внутренних дел Республики Казахстан и стран СНГ с момента принятия Конвенции наработана положительная практика взаимодействия и оказания правовой помощи по уголовным делам и каких-либо нарушений закона и прав граждан при этом не допускалось.

Поэтому в целях приведения в соответствие с Конституцией Республики Казахстан и международным договором необходимо в ст. 556 УПК определить Министерство внутренних дел одним из уполномоченных центральных органов на осуществление международных сношений как по Минской, так и по Кишиневской Конвенции

Одновременно потребуются внесение изменений и в Постановление Правительства Республики Казахстан от 31 декабря 2004 года №1453 (с изменениями от 28 августа 2007 года № 743).

Одной из задач принятия нового уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, исходя из его концепции, является упрощение и ускорение уголовного судопроизводства, приближение момента совершения преступления к наказанию за него.

Этому в немалой степени препятствует длительность производства экспертиз, отсутствие экспертов ЦСЭ не только в районах, но и в областных центрах страны, низкая материально-техническая база лабораторий.

Решение этой проблемы видится в **возвращении органам внутренних дел права производства экспертиз.**

В подавляющем большинстве развитых стран мира, во всех государствах СНГ сложилась практика производства экспертиз, как органами юстиции, так и органами внутренних дел. Это дает участникам процесса право выбора органа, проводящего экспертизу, предполагает альтернативность экспертиз и возможность проведения совместных комплексных, комиссионных исследований с целью получения объективных выводов.

Ознакомление с законодательством Англии, США, Германии и др. также свидетельствует о деятельности судебных экспертных учреждений в различных государственных органах: юстиции, полиции, оборонных ведомствах, а также специальных службах, что обеспечивает демонополизацию судебной экспертизы и служит доказательством того, что статус эксперта, его независимость при исследовании материалов дела определяются вовсе не ведомственной принадлежностью учреждения судебной экспертизы.

По моему мнению, вопросы экспертного обеспечения нужно решать комплексно с учетом изучения опыта зарубежных стран.

Казахстан – фактически единственная страна монопольного их производства.

Сегодня более 800 криминалистов органов внутренних дел имеют допуски на право самостоятельного производства традиционных видов криминалистических экспертиз, таких как: дактилоскопические, трасологические, баллистические, почерковедческие,

фоноскопические, холодного оружия, техническое исследование документов и др. И этот потенциал никак не используется.

Единственным в республике учебным заведением, готовящим экспертов соответствующей квалификации, является Академия МВД Республики Казахстан.

Исходя из изложенного, считаю целесообразным во исполнение общегосударственных задач по борьбе с преступностью, вернуть криминалистическим подразделениям органов внутренних дел право производства судебных экспертиз. Решение этого вопроса не требует дополнительных финансовых затрат и будет способствовать повышению качества и скорости уголовного процесса.

Уважаемые участники совещания! В своем выступлении, исходя из своего многолетнего опыта работы на следствии я остановился на некоторых проблемных моментах разрабатываемого УПК. Надеюсь, что присутствующие здесь представители разработчиков проекта учтут наше мнение при выработке окончательного варианта кодекса, который будет выверен и достигнет положительных целей после его принятия.

Благодарю за внимание!

ГОНЧАРОВ П.П.,
Судья уголовной коллегии Таллиннского Окружного Суда,
Судья ad hoc Европейского Суда по правам человека,
эксперт Представительства Европейского союза в Казахстане

Право на справедливое судебное разбирательство по уголовным делам в стадии общего процесса (главного судебного разбирательства).

Уважаемые Дамы и Господа,

Для меня огромная честь и удовольствие принять участие в очередной конференции, посвященной разработке нового уголовного и уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан. За последние полгода при поддержке Европейского Союза нам удалось не только обменяться опытом в рамках конференций и неформальных личных бесед, но и ознакомиться с особенностями правовых систем и уголовного процесса некоторых стран ЕС. Я надеюсь, что делегация Казахстана, посетившая в июне этого года Эстонию и Францию, почерпнула много интересного и полезного из опыта этих Европейских стран для развития своей концепции уголовного процесса.

В своем выступлении сегодня я остановлюсь на теме международных стандартов главного судебного разбирательства. Наиважнейшим вопросом является обеспечение права на справедливое судебное разбирательство в уголовном процессе. Общеизвестным международным стандартом в этой области является ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека, которая гласит:

1. Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или - в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо - при особых обстоятельствах, когда гласность нарушила бы интересы правосудия.

2. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным, до тех пор пока его виновность не будет установлена законным порядком.

3. Каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет как минимум следующие права:

a) быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения;

b) иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты;

c) защищать себя лично или через посредство выбранного им самим защитника или, при недостатке у него средств для оплаты услуг защитника, пользоваться услугами назначенного ему защитника бесплатно, когда того требуют интересы правосудия;

d) допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него;

e) пользоваться бесплатной помощью переводчика, если он не понимает языка, используемого в суде, или не говорит на этом языке.

Сразу оговорюсь, что ознакомившись с проектом нового УПК Казахстана я не нашел в нем противоречий с только что озвученной мною статьей. Тем не менее, в своем выступлении мне бы хотелось остановиться на вопросе, а только ли нарушения прав, указанных в данной статье образуют нарушение права на справедливое судебное разбирательство и подробнее раскрыть суть некоторых положений ст. 6 Конвенции.

Казалось бы, мы имеет четко сформулированную статью, которая дает представление о том, что же имеется в виду, когда мы говорим о справедливом судебном разбирательстве. Тем не менее, хочется также привести и мнение известного хорватского правоведа, судьи Конституционного Суда Хорватии, профессора Давора Крапача, который очень точно подметил, что принцип справедливого судебного разбирательства – это как облако, которое постоянно меняет свою форму, но никогда не раскрывает своей действительной сущности.

Эта меткая оценка отражает желание и право Европейского Суда по правам человека разрешать жалобы путем дачи целостной оценки поднятой проблеме. В практике Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ) это означает возможность уменьшения сложности поставленной проблемы путем констатации нарушения права на справедливое судебное разбирательство, если было нарушено хотя бы одно из требований ст. 6 Конвенции, не смотря на то, что в жалобе ссылались на нарушение нескольких требований. Так, например, установив нарушение права на разбирательство дела в разумный срок, ЕСПЧ констатирует нарушение на справедливое разбирательство и при этом, вообще, не будет контролировать доводы жалобы, например, о нарушении принципа презумпции невиновности.

Важно отметить, что давая целостную оценку делу, ЕСПЧ зачастую не ограничивается лишь грамматическим толкованием ст. 6 Конвенции, а зачастую выходит за ее пределы. Так, по мнению первого судьи, представлявшего Эстонию в ЕСПЧ, г-на Уно Лыхмуса, при контроле соблюдения права на справедливое судебное разбирательство необходимо различать ясно прописанные права и непрописанные права. Прописанные права мы находим в тексте самой ст. 6 Конвенции - *право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, и т.д.* по тексту статьи. Непрописанные права – это права и принципы, которых в ст. 6 Конвенции не содержится, как то: право участвовать в состязательном процессе, право на равенство сторон, право на справедливое представление доказательств, право на перекрестный допрос, право на мотивированное судебное решение. По мнению г-на У. Лыхмуса, непрописанные права можно ограничивать и случай каждого ограничения не влечет за собой нарушения ст. 6 Конвенции. Суд оценивает, был ли процесс как таковой справедливым и, взвешивая различные интересы и охраняемые ценности, принимает решение - было ли ограничение прав пропорционально поставленным законом целям. В некоторых случаях нарушения непрописанных в ст. 6 Конвенции прав, могут быть признаны нарушением права на справедливое судебное разбирательство.

Таким образом, право на справедливое судебное разбирательство является гораздо более емким понятием, нежели текст статьи 6. Конвенции. В подтверждение этого довода можно привести пример, что требования Федерального Конституционного Суда Германии в части соблюдения процессуальных прав в уголовном процессе куда более жесткие, чем требования ЕСПЧ. Иными словами, судебная система государства (прежде всего Верховные и Конституционные суды) могут прибегать к правовому активизму и в случае, если в ходе рассмотрения дела установлена процессуальная несправедливость, которая до сих пор не рассматривалась как нарушение права на справедливое рассмотрение дела, могут признать ее таковой. В поддержку этого утверждения приведу текст ст. 10 Конституции Эстонии - *«Перечисленные (в Конституции) права, свободы и обязанности не исключают иных прав, свобод и обязанностей, вытекающих из смысла Конституции или согласующихся с ним и отвечающих принципам человеческого достоинства, социального и демократического*

правового государства». В истории права мы можем найти множество примеров, когда основные права были сформулированы, исходя из их нарушений.

Так, например, Верховный Суд Эстонии в одном из своих решений по уголовному делу постановил, что неприемлемой следует считать ситуацию, когда орган, ведущий производство по делу, приступая к следственному действию, сознательно нарушает права лица, мотивируя нарушение тем, что оно не является грубым по смыслу УПК. Такая ситуация является нарушением права на справедливое судебное разбирательство, особенно в случаях умышленного и повторного нарушения со стороны органа, ведущего производство. Иными словами – несколько умышленных незначительных нарушений составляют в совокупности нарушение права на справедливое судебное разбирательство.

В практике уголовной коллегии Верховного Суда Эстонии есть ряд случаев, когда орган, ведущий производство по делу (прежде всего прокуратура), старается оправдать сознательные и повторные нарушения УПК во имя эффективности судебного производства. Несомненно, задачей судов является отслеживать и препятствовать таким нарушениям во имя соблюдения основных прав и свобод граждан.

Поскольку я ограничен во времени своего выступления, остановлюсь лишь на некоторых основных правах и принципах справедливого судебного разбирательства, которые наиболее часто находят свое отражение в практике ЕСПЧ.

Наиболее острой проблемой права на справедливое разбирательство в Европе является право на судебное разбирательство в разумные сроки. За последние несколько лет ЕСПЧ вынес десятки решений, касающихся этой проблемы. При этом практика ЕСПЧ не определяет точных временных рамок, в течение которых должно быть рассмотрено дело, но наполняет смыслом определение разумных сроков, исходя из обстоятельств и сложности каждого конкретного дела. Оценке в данном случае подлежат следующие критерии: 1) сложность дела (количество эпизодов, тяжесть преступления, сложность юридической оценки деянию), 2) поведение в процессе самого подателя жалобы (намеренное затягивание процесса, злоупотребление своими процессуальными правами), 3) действия следственных органов, прокуратуры и/или суда (не усматривается ли безосновательной волокиты производства), 4) ключевой интерес по делу для самого подателя жалобы (в течение какого времени и какие интересы подателя жалобы были ущемлены). Практикой ЕСПЧ установлено, что течение разумного срока разбирательства начинается с момента предъявления лицу «обвинения» по смыслу Конвенции. Из более позднего решения ЕСПЧ «*Малков против Эстонии*» (04.02.2010 п. 56) усматривается, что срок следует исчислять с момента официального сообщения лицу, что он подозревается в совершении преступления, т.е. подвержен уголовному преследованию.

Отмечу, что разумные сроки рассмотрения дела, исходя из практики ЕСПЧ, могут быть значительно короче сроков давности, установленных уголовным законодательством.

ЕСПЧ может требовать от государств-участников Совета Европы ввести компенсационные механизмы возможного нарушения права на рассмотрение дела в разумные сроки и на законодательном уровне. Так, 02 сентября 2010 года в решении «*Румпф против Германии*» ЕСПЧ обязал правительство ФРГ незамедлительно, но не позднее чем в течение года, после вступления в силу данного решения установить эффективный внутригосударственный инструмент правовой защиты против неразумных процессуальных сроков. Такой инструмент должен обеспечить внутригосударственное ускорение сроков рассмотрения дел и гарантировать лицу соответствующие компенсационные механизмы, если разумные сроки были нарушены.

Скажу честно, я не знаю, какими законодательными шагами правительство Германии отреагировало на это решение. Но я знаю, какие компенсационные механизмы появились в

недавнее время в Эстонии в области обеспечения разумных сроков производства. Прежде всего, остановлюсь на судебной практике. Еще до вышеупомянутого решения в отношении Германии, уже в 2004 году Верховный Суд Эстонии постановил, что в случае, если нижестоящий суд найдет, что право лица на рассмотрение дела в разумные сроки нарушено, то во исполнение требования ст. 6 ч. 1 Конвенции суд может, взвесив все обстоятельства о которых я говорил ранее, прекратить производство по делу, вынести оправдательный приговор или зачесть превышение разумных сроков в срок отбытия наказания.

На законодательном уровне в УПК с 01.09.2011 была установлена возможность для прекращения уголовного дела в связи с истечением разумных сроков производства как во время досудебного, так и судебного производства (ст. 205-2, ст. 274 УПК). Кроме этого законодательно была предусмотрена возможность подачи ходатайства об ускорении производства по делу, на которое суд обязан процессуально реагировать.

Подчеркну еще раз – в практике ЕСПЧ нет четкого понятия разумного срока рассмотрения дела. Разумный срок устанавливается из множества перечисленных мною ранее обстоятельств по каждому конкретному делу.

Другим заслуживающим внимания аспектом в сфере соблюдения права на справедливое судебное разбирательство, является принцип равенства сторон, исходящий из п.д. ч.3 ст. 6 Конвенции. Сама формулировка этой статьи ясно относит нас к англо-американской состязательности уголовного процесса, когда у сторон есть равные шансы представления доказательств. Сразу же отмечу, что в отличие от инквизиционной уголовной процедуры Казахстана, Эстония окончательно перешла к состязательному уголовному процессу в духе англо-американской системы – все доказательства по делу представляются только в суде; на момент начала заседания суд не имеет ничего, кроме обвинительного акта; судебное дело формируется по ходу исследования предъявляемых доказательств.

Конечно же, практика ЕСПЧ исходит из факта, что во многих странах-участницах Совета Европы действует инквизиционная система уголовного процесса. Общими требованиями ЕСПЧ к обеим системам в данной части можно отнести следующие стандарты.

- Не предполагается, что обвиняемый в любом случае имеет право сам задавать вопросы свидетелям обвинения, но такое право должно быть гарантировано защите. (Важно отметить, что под термином свидетель обвинения следует понимать любое лицо в процессе, свидетельствующее против обвиняемого – потерпевший, эксперт).

- Право обвиняемого вызывать в суд свидетелей не означает абсолютного права вызывать неограниченное количество свидетелей в свою пользу. Действует неписаное правило, что вызывается и допрашивается такое количество свидетелей, которое можно считать разумным.

- Право на допрос обвиняемым или защитником свидетелей обвинения должно быть гарантировано и в отношении анонимных свидетелей. Акцептируется представление вопросов в письменном виде. Главным требованием является, что обвинительный приговор не может базироваться лишь на показаниях анонимных свидетелей.

- Нарушением права на справедливое разбирательство по делу считается обоснование обвинительного приговора показаниями не прямых свидетелей по делу, если не были приняты все меры для выявления и допроса непосредственных свидетелей.

- Право на справедливое разбирательство в контексте Конвенции не исключает, что в суде оглашаются показания свидетеля на досудебном следствии вместо его непосредственного допроса, если такая возможность предусмотрена внутренним процессуальным законодательством. В этом случае как минимум защите должно быть обеспечено право

задавать свидетелю вопросы либо на предварительном следствии, либо в суде. Разумеется, это требование не касается случаев, если свидетель умер ко времени судебного следствия, его психическое состояние не позволяет его допросить или невозможно его разыскать.

- Не смотря на то, что в ст. 6 говорится напрямую только о свидетелях как источниках доказательств, требования по равенству сторон относятся и к документальным доказательствам по делу.

Я перечислил лишь немногие аспекты европейских стандартов справедливого судебного разбирательства. Очевидно, что тема эта слишком масштабна, чтобы осветить даже малую ее часть в отведенное мне время. Не смотря на то, что у Казахстана нет «путеводной звезды» в лице ЕСПЧ, уверен, что благодаря вашим усилиям, знаниям и опыту Казахстан получит уголовный процесс, в котором будет обеспечено право на справедливое судебное разбирательство и гарантированы основные права и свободы граждан.

Спасибо за внимание!

Процедурные вопросы пересмотра судебных актов, не вступивших и вступивших в законную силу, по проекту нового УПК РК

1. Вопросы состязательности сторон в судебном процессе

Согласно ст. 23 проекта УПК «уголовное судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности и равноправия сторон обвинения и защиты». Состязательность же предполагает, что стороны процесса, а именно государственный обвинитель и защитник, имеют равные процессуальные возможности и обладают равными процессуальными средствами доказывания своей позиции. В частности, полномочиями собирать и представлять доказательства суду, который признав их относимыми и допустимыми, должен дать им соответствующую правовую оценку. Тем не менее, в судебном следствии, ни одна из сторон процесса, а именно сторона обвинения и сторона защиты, не наделены правом собирать доказательства. Как предусмотрено в ч. 1 ст. 112 проекта УПК «сбор доказательств производится в процессе досудебного расследования и судебного разбирательства путем производства процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом. Сбор доказательств включает их обнаружение, закрепление и изъятие». Из этого следует, что, во-первых, сбор доказательств производится как на стадии досудебного разбирательства, так и на стадии судебного разбирательства. Во-вторых, сбор доказательств состоит из ряда последовательных действий – обнаружение, закрепление и изъятие. В-третьих, собранные сторонами процесса доказательства подлежат процессуальному оформлению. Так вот, на досудебной стадии всеми этими полномочиями наделен следователь (дознатель). В судебном же следствии, ни у кого из участников процесса, а это государственный обвинитель и защитник, не наделены правом собирания доказательств. Поскольку стороны не вправе собирать доказательства, то им нечего и представлять суду. В ходе судебного следствия, стороны лишь исследуют те доказательства, которые собрал орган уголовного преследования в лице того или иного следователя или дознавателя. Таким образом, утверждение о том, что судопроизводство осуществляется на основе принципа состязательности сторон, не соответствует действительности. Поскольку отсутствует состязательность сторон в суде первой инстанции, отсутствует он и в судах последующих инстанций, в частности в суде апелляционной инстанции, который наделен правом вынести новый приговор (оправдательный или обвинительный), на основе данных доказательств. Однако, как было сказано выше, ни одна из сторон процесса не полномочна собирать доказательства и затем представлять их суду.

Необходимость предоставления сторонам судебного процесса собирать доказательства является актуальным и потому, что в новом УК РК, который предполагается принять вместе с УПК, будет предусмотрена уголовная ответственность юридических лиц. Юридическое же лицо, будучи субъектом уголовного права, тем не менее является неодушевленным лицом. Он осуществляет свою деятельность, через физических лиц (директора, президента, председателя правления и пр.). Поэтому он сам не может защищаться, т.е. давать какие-либо показания в защиту самого себя, тем более собирать доказательства подтверждающие невиновность в инкриминированном ему деянии, то это должен делать его представитель. Как правило представителем юридического лица, у которого в уголовном деле будет процессуальный статус подсудимого (обвиняемого), будет адвокат, с которым заключат соответствующий договор. При этом следует отличать адвоката, который возьмет на себя роль подсудимого и в суде будет пользоваться правами подсудимого, от адвоката являющегося защитником подсудимого. У представителя подсудимого должны быть

соответствующие полномочия по собиранию доказательств которые если и не доказывают невиновность юридического лица, то должны опровергать доводы стороны обвинения в инкриминированном ему деянии. Как правило, основным доказательством виновности или невиновности юридического лица будут различного рода экспертизы, заключения специалистов. Полагаю, что правом обращения к экспертам или специалистам о даче соответствующего заключения и представления их суду, не должно регламентироваться так, как это предлагается в ст. 203 проекта УПК.

2. О пересмотре приговоров и постановлений суда первой инстанции в суде апелляционной инстанции

В ч. 5 ст. 408 проекта УПК записано, что суд апелляционной инстанции допрашивает «вызванных в заседание лиц». О том, что суд в праве «вызвать в судебное заседание и допросить дополнительных свидетелей, экспертов, специалистов ...», также предусмотрено в п. 3) ч. 1, ч. 2 ст. 409 проекта УПК. Данные положения противоречат ст. 23 проекта УПК, в частности ч. 4 и 5. Дело в том, что поскольку суд не является органом уголовного преследования и он не выступает ни на стороне обвинения или защиты и не выражает каких бы то ни было интересов, помимо интересов права, то он и не должен быть наделен правом собирать доказательства в интересах той или иной стороны, т.е. обвинения или защиты. Допрос – это процессуальное действие лица органа уголовного преследования посредством которого допрашивающий получает определенную информацию от допрашиваемого лица относящейся к расследуемому уголовному делу. Результаты допроса оформляются протоколом допроса, после чего становятся доказательством. Таким образом допрос, это процессуальное действие должностного лица органа уголовного преследования посредством которого производится собирание доказательства виновности лица в инкриминированном ему деянии или опровергающие причастность этого лица к имевшему месту деянию либо характеризующие эту личность сведения. Поскольку допрос это средство доказывания, то им вправе пользоваться лица, наделенные правом собирать доказательства. На досудебной стадии, этим правом наделены должностные лица органа уголовного преследования в лице, следователя, дознавателя или прокурора, осуществляющего надзор за законностью расследования уголовного дела. Как было изложено выше, суд не является органом уголовного преследования, он орган создающий необходимые условия для выполнения сторонами их процессуальных обязанностей и реализации предоставленных им прав (ч. 5 ст. 23 проекта УПК). В силу такого статуса суда, он и не наделен правом собирать доказательства посредством допроса лица в судебном следствии главного судебного разбирательства проводимом в суде первой инстанции. Поскольку в суде первой инстанции проводится судебное следствие, то правом допроса вызванных в суд лиц (подсудимого, потерпевшего, свидетелей, экспертов, специалистов и др.) наделены государственный обвинитель и защитник. Все остальные лица, не наделены таким правом. Суд же, как орган создающий необходимые условия для выполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав, наделен правом только задавать вызванным лицам вопросы уточняющего характера после того, как закончит допрос государственный обвинитель или защитник. Поскольку суд первой инстанции не наделен правом допроса кого-либо, то не могут быть наделены таким правом и суды вышестоящих инстанций, в частности суд апелляционной инстанции.

В ст. 410 проекта УПК предусмотрены полномочия суда апелляционной инстанции, которые он вправе принять по результатам рассмотрения дела и какие решения он вправе вынести. Из всех представленных полномочий, два из них на мой взгляд, представляют интерес, которые требуют более детальной проработки при проведении процедуры проведения судебного заседания и выносимых судебных актов. Это п. 4) «отмена обвинительного приговора и о постановлении оправдательного приговора» и п. 6) «отмена оправдательного приговора и о постановлении обвинительного приговора».

Так, если будет признано, что суд первой инстанции вынес незаконный и необоснованный приговор которым подсудимый оправдан, то суд апелляционной инстанции вначале должен отменить этот приговор суда. Отменяется приговор суда на первом или втором заседании суда. Оформляется отмена приговора суда, постановлением суда апелляционной коллегии. Поскольку постановлением суда апелляционной инстанции отменяется оправдательный приговор, то лицо ранее оправданное по приговору суда первой инстанции, вновь возвращается в процессуальный статус подсудимого (обвиняемого). В дальнейшем суд над подсудимым проводится по правилам главного судебного разбирательства, с определенными изъятиями. По окончании прения сторон, суд удаляется в совещательную комнату и провозглашает приговор. Таким образом, суд апелляционной инстанции выносит два судебных акта – это постановление об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и затем, обвинительный приговор. О том, что суд апелляционной инстанции обязан вынести два судебных акта и именно в той последовательности, как это сказано выше, изложено в п. 1 Нормативного постановления Верховного Суда РК «О судебном приговоре» от 15 августа 2002 г. В связи с изложенным полагаю, что в ст. 408 проекта УПК, эту процедуру надлежит расписать более детально. А именно, расписать процедуру проведения судебного процесса в суде апелляционной инстанции при отмене приговора суда (оправдательного) для постановления обвинительного приговора.

Из проекта УПК не представляется возможным определить, действует ли принцип состязательности сторон в суде апелляционной инстанции или нет.

Поскольку суд апелляционной инстанции вправе постановить новый приговор (оправдательный или обвинительный) то следующей инстанцией для этого приговора суда будет суд кассационной инстанции. Но у суда кассационной инстанции нет таких полномочий, как у суда апелляционной инстанции. У него ограниченные полномочия. В частности, он не может оправдать осужденного вследствие его невиновности или недоказанности вины в инкриминированном ему деянии. Далее, не понятно, почему этот приговор вступает в законную силу сразу же, по его оглашению, а не через пятнадцать дней, как это предусмотрено для приговора суда первой инстанции.

3. О пересмотре дела и судебных актов вынесенных судом апелляционной коллегии в суде кассационной инстанции

Как было сказано ранее, поскольку суд апелляционной инстанции полномочен вынести новый приговор (обвинительный либо оправдательный) по результатам рассмотрения апелляционной жалобы или протеста, то у суда кассационной инстанции должны быть полномочия по пересмотру этих приговоров суда апелляционной инстанции. То есть у него должны быть полномочия суда апелляционной инстанции.

В случае, если суд апелляционной инстанции отменит приговор суда первой инстанции и затем выносит новый приговор, то предметом судебного рассмотрения суда кассационной инстанции будут два процессуальных документа этого суда – постановление суда об отмене приговора суда первой инстанции и новый приговор. При отсутствии одного из этих двух актов которые обязан вынести суд апелляционной инстанции, то у суда кассационной инстанции не будет предмета судебного разбирательства. Это также надлежит предусмотреть в проекте УПК.

Согласно п. 3 ст. 14 Конституционного закона РК «О судебной системе и статусе судей Республики Казахстан» председательствовать в судебном процессе кассационной судебной коллегии областного или приравненного к нему суда, обязан председатель областного или приравненного к нему суда. При отсутствии председателя этого суда, то председательствовать должен председатель апелляционной судебной коллегии. При его отсутствии, один из судей кассационной судебной коллегии. Из этого следует, что если на

судебном заседании не будет председательствовать председатель апелляционной коллегии, то такой судебный процесс будет считаться не легитимным, а судебный акт постановленный таким составом суда, неправосудным.

4. Пересмотр судебных актов в порядке судебного надзора Верховным Судом РК

Согласно проекту УПК, упраздняется институт предварительного рассмотрения ходатайства судом в составе трех судей Верховного Суда РК. Полагаю, что это правильно. Поскольку упраздняется институт предварительного рассмотрения ходатайств, то обжалуемый судебный акт (приговор, постановление) сразу же попадет в надзорную судебную коллегией Верховного Суда РК и там будет рассматриваться. В таком случае не понятно, почему процессуальный документ, который должен подаваться в Верховный Суд РК сторонами процесса, за исключением прокурора, который подает протест, должен именоваться ходатайством. Когда был так называемый промежуточный суд в составе трех судей и от него зависело, вынесет ли он постановление о возбуждении надзорного производства по пересмотру обжалуемого судебного акта и о рассмотрении ходатайства в надзорной инстанции или нет, то обращение к нему можно было именовать ходатайством. Однако когда институт предварительного рассмотрения упраздняется, то юридически неверно документ, обращенный непосредственно в надзорную судебную коллегию именовать ходатайством. Это должна быть надзорная жалоба (как было ранее). К слову, в названии ст. 468 проекта УПК «Сроки обжалования» употреблено слово «жалоба», хотя в самом тексте статьи используется слово «ходатайство».

В ст. 7 проекта УПК дается определение, что такое ходатайство и жалоба, а также чем эти процессуальные документы отличаются друг от друга. Так, согласно п. 30) «ходатайство» - это просьба стороны или заявителя, обращенная к органу, ведущему уголовное судопроизводство, о производстве процессуального действия или принятии процессуального решения, а в надзорной инстанции - обращение о возбуждении надзорного производства и пересмотре судебного акта, вступившего в законную силу. В соответствии же с п. 47) «жалоба» - это требование лица о восстановлении или защите его нарушенных прав, свобод или законных интересов, о пресечении неправомерных действий или бездействия органов уголовного преследования, а также об отмене их незаконных решений.

Таким образом поскольку упраздняется институт предварительного рассмотрения тремя судьями прошения подготовленное на имя Верховного Суда РК о пересмотре дела в порядке надзора, то надлежит в текстах статей главы 50 проекта УПК, слова «ходатайства» заменить на «жалобу».

Право на открытое судебное разбирательство и проблемы доступа к судебным актам в Республике Казахстан

Открытость судопроизводства один из важнейших принципов правосудия в демократическом обществе, который включает в себя несколько составляющих, среди которых гласность процесса, публичность, право сторонних наблюдателей, не являющихся участниками процесса, присутствовать в судебном заседании и право лица, привлекаемого к уголовной ответственности, на публичное разбирательство его дела.

Практическая реализация данного принципа означает, что любой гражданин может прийти в зал судебного заседания и слушать процессы от начала и до конца. Это также подразумевает, что представители средств массовой информации могут присутствовать в зале судебного заседания, слушать и фиксировать происходящее в процессе.

Важность данного принципа обусловлено тем, что любое его нарушение ведет к нарушению конституционных прав граждан. Напротив, если он полностью реализован, гражданин не остается один на один с государством, в лице его правоохранительных органов, которые обвиняют его от имени государства в уголовного преступления. Ведь предварительное следствие проводится у следователя, в кабинете, без широкой огласки.

Поэтому закон требует, чтобы доказательства вины, показания свидетелей, материалы дела открыто, публично рассматривались в судебном заседании, исследовались участниками процесса, чтобы задавались вопросы свидетелям, заявлялись ходатайства – таким образом наблюдающему видно, на основании чего суд делает вывод о виновности или невиновности лица. Поэтому открытость судебного разбирательства – важнейший принцип, который гарантирует и справедливость, и объективность всего хода судебного процесса, и, в конечном итоге, окончательно вынесенного приговора по делу.

Надо сказать, что еще не так давно граждане проявляли достаточный интерес к судебным процессам и пользовались своим правом присутствия в зале судебного заседания. Это своего рода был общественный контроль, контроль общества за соблюдением судебных процедур, проведением судебных заседаний. Сегодня, к сожалению, такого интереса нет. Возможно потому, что сегодня граждане сталкиваются с большим количеством препятствий при входе не только в зал судебных заседаний, но в сами здания судов.

Пять лет назад вниманию общественности был представлен Отчет «Результаты мониторинга судебных разбирательств в Республике Казахстан 2005-2006» (23 февраля 2007 года). Он был проведен Бюро ОБСЕ по демократическим институтам и правам человека и Центром ОБСЕ в Алматы при поддержке Верховного Суда Республики Казахстан (далее-Исследование 2007 года). В нем был сделан вывод о том, что создается впечатление, что судебная система пытается отгородиться от народа, во имя которого и от имени которого призвана вершить правосудие. Это отрицательно сказывается на имидже судебной власти, создает у простых граждан предубеждение относительно ее открытости и доступности для простого человека.

И опросы, проводимые в последнее время, показывают, что многие из проблем с реализацией права на открытое судебное разбирательство, обозначенные в то время, актуальны и поныне. Так, в 2012 году проводили опросы Центр исследования правовой

политики по заказу Программы Развития ООН в Казахстане и финансовой поддержке Посольства Нидерландов в Республике Казахстан, а также ОФ «Транспаренси Казахстан» в рамках проекта «Общественное участие в обеспечении прозрачности и независимости судов в Казахстане» при содействии правительства Нидерландов.

Кроме того, в сентябре 2012 года на Казахстанском юридическом форуме (<http://forum.zakon.kz/index.php?/topic/154121-s-kakimi-problemami-vi-stalkivaetes-v-otnoshen/>) была открыта тема-опрос: «С какими проблемами Вы сталкиваетесь в отношении открытости и публичности судебных процессов»?

Участниками темы и проголосовавшими были отмечены следующие проблемы в деятельности судов:

- Отсутствие свободного доступа в здание суда для лиц, не участвующих в процессах;
- Необходимость показывать удостоверение личности и регистрироваться в журнале посещений;
- Отсутствие информации о дате и времени рассмотрения дел;
- Необходимость обосновывать судье и секретарю целесообразность присутствия на суде;
- Проведение судебных заседаний в служебных кабинетах судей;
- Проведение судебных заседаний в иных помещениях, которые изначально не могут вместить всех желающих;
- Несоблюдение процедуры информирования участников о дате и месте проведения судебного заседания;
- Задержки и откладывания судебных заседаний по субъективным моментам (опоздание судьи, конвоя и т.д.);
- Отсутствие в ЕАИАС СО РК информации о деле и всех вынесенных по нему судебных актов.

Также, в 2012 году в ходе опроса на официальном сайте Южно-Казахстанского областного суда (http://www.yukosud.kz/index.php?option=com_poll&id=17%3A2011-12-28-10-30-8&lang=rus) отмечены такие проблемы, как отсутствие доступной и необходимой информации (26.3 %); нехватка помещений и залов заседаний, очереди (5.5 %).

Имеющиеся проблемы подчеркивает и судебная практика. Так, Решением Костанайского городского суда от 20 августа 2012 года № 2-4671 были признаны незаконными действия начальника РГУ «УК 161/1» департамента УИС по Костанайской области Омарова К.Ж. в воспрепятствовании посещению журналистом Киселёвым С.Ю. открытого судебного заседания, проходившего в административном здании следственного изолятора. При этом, с Омарова К.Ж. была взыскана компенсация в возмещение морального вреда в пять тенге.

Проблемы отмечаются и в многочисленных публикациях в СМИ. Так, 15 сентября 2012 в статье «Суды стремятся к прозрачности» в газете «Время» (<http://www.time.kz/index.php?module=news&newsid=29419>) говорилось о том, что Алматинский городской суд открыл собственный пресс-центр. В нем Алматинский городской суд планирует встречаться с журналистами и давать информацию и комментарии по интересующим их делам не реже двух раз в неделю. А в будущем каждую последнюю пятницу месяца в суде будет проводиться день открытых дверей для всех жителей города. Журналисты поинтересовались у председателя суда М.Таймерденова: почему он и его коллеги постоянно говорят о стремлении к прозрачности, а на деле в 9 из 10 случаев запрещают фото- и видеосъемку в зале суда - хотя процесс открытый, а стороны не возражают? «Вот тут сидят председатели коллегий, они получили соответствующее указание, - заявил он. - Практически запрета не должно быть. Если рассматриваются дела конфиденциальные, государственной важности, или затрагиваются интересы, честь и достоинство конкретного лица, тогда мы заранее будем предупреждать, что фото- и видеосъемка запрещены».

На сегодняшний день, можно отметить следующие основные проблемы в реализации принципа открытости судопроизводства.

1. Доступ к зданию и залу суда

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

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

Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в зданиях местных судов (утверждено приказом Председателя Комитета по судебному администрированию при Верховном Суде Республики Казахстан от 13 августа 2010 года № 01-01-31/290-П) вводит ряд существенных ограничений в реализации гражданами права на доступ к зданию и залу суда. В соответствии с данным положением представители средств массовой информации пропускаются в здание суда при предъявлении паспорта или редакционного удостоверения и сопровождаются лицом, ответственным за взаимоотношения со средствами массовой информации.

Помимо прочих препон, отметим, что согласно данному документу, посетитель при входе в здание суда предъявляет удостоверение личности или паспорт гражданина Республики Казахстан, которые сдает постовому сотруднику службы охраны, а при выходе получает их обратно взамен разового пропуска.

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

Положение о пропускном и внутриобъектовом режиме в здании Верховного Суда устанавливает, что лица, приглашенные на судебные процессы, проходят в здание по предъявлению удостоверения личности или паспорта гражданина Республики Казахстан только по спискам секретариатов надзорных судебных коллегий Верховного Суда, предоставляемым судебным приставам и под его личным сопровождением. Сотрудники Полка полиции оказывают помощь судебным приставам в пределах реализации возложенных

на них законом задач. Так, при входе в здание Верховного Суда постовой Полка полиции осуществляет в обязательном порядке досмотр личных вещей входящих лиц (дамских, спортивных, хозяйственных сумок, пакетов и папок) с использованием специального оборудования и технических средств контроля, а в необходимых случаях проводит личный досмотр. Согласно нормам данного правового акта запрещается вносить в здание Верховного Суда аудио-, видео-, фотоаппаратуру и другие электронные и технические средства (компьютеры, мобильные телефоны, радиостанции, устройства записи, магнитные и электронные носители информации, электронные записные книжки) без согласования с руководством Департамента по обеспечению деятельности судов, Службы внутренней безопасности и наряда Полка полиции (за исключением лиц со спецаппаратурой, аккредитованных Секретариатом Председателя Верховного Суда). Вышеперечисленные предметы на входе в здание сдаются на временное хранение постовому полицейскому. В случае удовлетворения ходатайства судом, по указанию судьи судебным приставом посетителям доставляется средство фиксации, изъятое при входе в здание Полком полиции Министерства внутренних дел Республики Казахстан в целях обеспечения безопасности.

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

2. Расположение в зале суда

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

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

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

3. Фиксация хода и результатов судебных заседаний

Для проведения судебных заседаний по уголовным делам необходимо техническое оснащение, средства для аудио-видео записи и воспроизведения. Подобное оборудование нужно для достоверной фиксации хода и результатов судебных заседаний, исследования

представленных доказательств, лучшего понимания происходящего не только участниками процесса, но и иными лицами. Для эффективной реализации права на обоснованный приговор и права на публичное оглашение приговора необходимо неукоснительное соблюдение требований закона о непрерывном ведении протокола судебного заседания. Эта задача может быть значительно облегчена, если во время процесса ведется аудио- или видеозапись. Также для того, чтобы стороны могли воспользоваться своим правом на ознакомление с протоколом судебного заседания, они должны быть проинформированы судьей об этом праве.

После посещения большей части судебных заседаний наблюдатели в Исследовании 2007 года и участники Казахстанского юридического форума отметили отсутствие либо недостаточность технической оснащенности залов. Не все залы судебных заседаний были оснащены техническими (аудио- и видео-) средствами. Некоторые суды оборудованы техническими средствами для производства аудио- и видеозаписи судебных заседаний, однако, как правило, такая запись не производилась, вследствие чего участники не имели возможности сопоставить содержание протоколов судебных заседаний с информацией, зафиксированной на специальной аппаратуре.

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

В пункте 10 Постановления Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан № 25-П от 30 июня 2011 года «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы» говорится: «Полноценное использование системы аудио-, видео фиксации, предназначенной для автоматического формирования протоколов заседаний, не осуществляется».

4. Переносы и задержки судебных заседаний

В Исследовании 2007 года и участниками Казахстанского юридического форума отмечено, что не во всех случаях наблюдатели смогли присутствовать при рассмотрении уголовных дел. Основными причинами неприсутствия на заседаниях наблюдатели назвали неявку участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, технические причины, закрытость судебного заседания, отказ в доступе судьями, секретарями либо приставами. В ряде случаев причины пропуска заседаний не были установлены (не объявлялись). Среди причин несостоявшихся судебных заседаний были указаны неявка судьи, неявка участников процесса и иных лиц, участвующих в деле, необходимость вызова новых свидетелей, обнаружение факта невручения копии обвинительного заключения подсудимому. В ряде случаев конвой не доставил подсудимого из следственного изолятора.

В Результатах независимого социологического исследования в судебной системе Республики Казахстан (Центр исследования правовой политики, 2012) 17% респондентов посчитали, что судьи недостаточно обоснованно отложили судебные заседания. Это свидетельствует о том, что судьи либо не указали причин принятия решения об отложении заседания либо указанные ими причины были недостаточно мотивированны. 58 % опрошенных подтвердили, что заседание судебного процесса началось вовремя. Следует отметить, что в рамках данного опроса не проводилось специального исследования причин проведения заседаний с опозданием. Причины опоздания кроются не только в организации деятельности суда, но и в иных лицах вовлеченных в судопроизводство. Среди них могут быть: опоздание/неявка

представителей сторон и иных участвующих в деле лиц, технические причины (опоздание конвоя, отключение освещения и т.п.). Наиболее часто заседания проводились со значительным опозданием в Алматы, Алматинской области, Карагандинской и Костанайской областях. Численные показатели по данным регионам значительно выше, чем в других лишь по той причине, что в этих регионах было собрано количество анкет большее, чем в других.

5. Оглашение приговоров и постановлений

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

В отличие от международных стандартов, УПК РК не содержит исключений из вышеуказанного правила: «все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично» (статья 29). Право на оглашение приговора включает в себя право знать причины вынесения приговора. УПК РК гласит: «Приговор суда должен быть законным и обоснованным. Приговор признается законным, если он постановлен с соблюдением всех требований закона и на основе закона. Приговор признается обоснованным, если он постановлен на основании всестороннего и объективного исследования в судебном заседании представленных суду доказательств» (статья 369 УПК РК).

Помимо этого, к данному принципу относится право на ознакомление с протоколом судебного заседания, также предусмотренное нормами казахстанского законодательства. Казахское законодательство предусматривает обязанность судьи разъяснить сторонам их право на обжалование приговора (статья 384 ч.3 УПК РК).

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

6. Доступ к делам, затрагивающим государственные секреты

В **Заключительных замечаниях Комитета по правам человека от 26 июля 2011 года № ССРР/С/КАЗ/СО/1 «Рассмотрение доклада Казахстана в соответствии со статьей 40 Пакта»** (Сто вторая сессия. Женева, 11-29 июля 2011 года), Комитет выражает обеспокоенность по поводу сообщений о необоснованных ограничениях доступа лиц к адвокатам, особенно в делах, связанных с государственной тайной, где юристам, среди прочего, необходимо получать от государства допуск, прежде чем они смогут представлять интересы своих клиентов. Государству-участнику следует обеспечивать, чтобы любые принимаемые им меры по охране государственной тайны не влекли за собой необоснованные ограничения права человека на доступ к адвокатам по своему выбору.

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

государственными секретами, как ограничивающий конституционное право граждан на защиту».

Напомним, что особую остроту данному вопросу придавала ситуация, сложившаяся в 2009 году, когда адвокат Данияр Канафин был выбран супругой Мухтара Джакишева Жамилей для защиты его интересов. Однако ему было отказано на том основании, что у Д. Канафина нет допуска к ознакомлению с государственными секретами. Представители адвокатского сообщества по этому поводу неоднократно указывали, что ограничения правового статуса адвокатов, не предусмотренные Конституцией, международными обязательствами Казахстана и нормами УПК, заведомо носят незаконный характер и применению не подлежат.

7. Доступ к судебной информации

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

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

То, что дела с доступом к судебным актам обстоят не так гладко, как это рисуется в отчетах Верховного Суда, подтверждает **Постановление Счетного комитета по контролю за исполнением республиканского бюджета Республики Казахстан от 30 июня 2011 года № 25-П «Об итогах контроля эффективности использования бюджетных средств, выделенных Верховному Суду Республики Казахстан, а также реализации стратегических планов Верховного Суда Республики Казахстан (судебной системы) на 2009-2011 и 2010-2014 годы».**

В нем говорится: «Некачественное проведение мониторинга и анализа проводимых работ со стороны Верховного Суда привело к неэффективной реализации Проекта «Создание единой автоматизированной информационно-аналитической системы органов судебной власти республики (далее - ЕАИАС)», а разработанное ПО «Портал общественного доступа к информационным ресурсам судебной системы - Справочник по судебным делам» используется не эффективно» (п.7-8). Отсутствие сертифицированной ЭЦП, удостоверяющей юридическую легитимность, привело к проблеме интеграции ЕАИАС с ЕСЭДО, что создает препятствия для официального признания другими государственными органами документов, подготовленных во внутренней системе ЭДО ЕАИАС на уровне судейского корпуса (п.9).

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

В части обеспечения доступности к правосудию правительственным законопроектом предлагалось статью 29 УПК РК частью четвертой следующего содержания: «4. Приговоры и постановления судов, принятые по делу, за исключением рассмотренных в закрытых

судебных заседаниях согласно части первой настоящей статьи, после их вступления в законную силу в течение семи дней размещаются на интернет-ресурсах судов Республики Казахстан».

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

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

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

Не допускается размещение судебных актов:

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

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

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

Проблема в том, что это порождает определенный волюнтаризм в этом важном процессе и дело осложняется тем, что среди работников Верховного Суда есть мнение, что помимо отсутствия четких стандартов раскрытия судебной информации есть и другие, достаточно серьезные аргументы против широкого опубликования судебных решений. Например, высказываются опасения, что это послужит распространению способов и приемов совершения преступлений, недобросовестного пользования правами, уклонения от исполнения обязательств, в том числе по гражданско-правовым сделкам. Судебные акты могут анализироваться и с точки зрения наличия в них сведений, раскрывающих методы и практику работы органов уголовного преследования. Кроме того, судебные акты предоставляют информацию о судьбе, вынесшем решение, что в отдельных случаях может вызвать в отношении его личности определенного рода негативные последствия. Таким образом, по их мнению, достаточно сложный поиск судебного акта по ряду реквизитов, которые могут быть известны только участникам производства по делу или профессиональным потребителям судебной информации, фактически является косвенным

регулятором, позволяющим обеспечить компромиссное решение проблемных вопросов публичного доступа к решениям судов (статья «Об опубликовании судебных актов в электронном режиме» Заместителя Руководителя Департамента по обеспечению деятельности судов при Верховном Суде Республики Казахстан (Аппарата Верховного Суда Республики Казахстан) А.Касеновой, <http://www.zakon.kz/4501486-ob-opublikovanii-sudebnykh-aktov-v.html>).

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

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

На основании вышеизложенного, представляется, необходимым закрепить в новой редакции УПК РК следующие положения, закрепляющие реальные гарантии для обеспечения открытости судебных заседаний.

1) Свободный доступ в здание суда без необходимости показывать удостоверение личности и регистрироваться в журнале посещений. Исключение практики дискриминации иностранных граждан.

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

3) Проведения судебных заседаний только в специально оборудованных залах, которые располагают необходимой площадью и оборудованием. Регламентация процедуры распространения данных аудио и видео фиксации судебных заседаний, а также он-лайн трансляций из зала суда.

4) Неукоснительное соблюдение процедуры информирования участников о дате и месте проведения судебного заседания и обязательное подтверждение в суде факта надлежащего уведомления субъектов процесса. Закрепление процедуры новых форм уведомлений, типа СМС-рассылок.

5) Назначение и проведение судебных заседаний в строгом соответствии с графиками рассмотрения дел. Введение реальной ответственности судей за необоснованные задержки и отложения судебных заседаний.

6) Максимально полное, оперативное и доступное размещение судебной информации. Закрепление процедуры размещения судебных актов размещаются в Единой

автоматизированной информационно-аналитической системе судебных органов Республики Казахстан в сети «Интернет». При этом, следует рассмотреть оправданность ограничения публикации судебных актов временем их вступления в законную силу или приятием.

7) Привести в соответствие с международными стандартами норму УПК РК о том, что все приговоры суда и постановления, принятые по делу, во всех случаях провозглашаются публично.

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

Соответствие норм проекта Уголовно-процессуального Кодекса РК международному стандарту «Право на равенство сторон»

Казахстан вступил в Организацию по безопасности и сотрудничеству в Европе 30 января 1992 года. 08 июля 1992 года Казахстан подписал Хельсинский заключительный акт СБСЕ.

Документ Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (далее – «Документ») от 29 июня 1990 года, предусматривает наличие ряда политических институтов и осуществление определенных принципов в государствах-участниках.

К институтам и принципам, помимо других перечисленных⁹⁷, в первую очередь должны относиться: гласная процедура принятия законов и их обязательная публикация; а также публикация административных решений; независимость суда и адвокатуры; гарантии соблюдения процессуальных прав подозреваемого и подсудимого, соблюдение международных стандартов в области прав человека.

С 01 января 2010 года по решению Совета министров Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (далее – «ОБСЕ»), принятому в декабре 2007 года, Казахстан стал председателем ОБСЕ на один год – первым среди всех постсоветских государств. Это решение особо обязывало власти страны предпринять дополнительные меры по приведению законодательства и правоприменительной практики в соответствие с международными стандартами. Одним из первостепенных прав является право на справедливое судебное разбирательство, включающее в себя право на равенство сторон и пользующееся защитой в соответствии с обязательствами ОБСЕ в области человеческого измерения⁹⁸.

28 ноября 2005 года Республикой Казахстан ратифицирован Международный пакт о гражданских и политических правах⁹⁹. Казахстаном в связи с ратификацией Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах была также признана компетенция Комитета Организации Объединенных Наций по правам человека, с 30 сентября 2009 года получать и рассматривать индивидуальные сообщения граждан Республики Казахстан и граждан, находящихся под юрисдикцией Казахстана¹⁰⁰.

Следовательно, с 28 ноября 2005 года Республика Казахстан добровольно приняла на себя ряд юридических обязательств по защите прав и норм, предусмотренных в Международном пакте о гражданских и политических правах.

⁹⁷ Свободные выборы, представительная форма правления; подотчетность исполнительной власти избранным законодательным органам; отделение государства от политических партий; осуществление контроля гражданских властей над силовыми структурами.

⁹⁸ К ним относятся такие обязательства ОБСЕ в связи с правом на справедливое судебное разбирательство, как Итоговый документ венской встречи 1989 г., п. 13(9); Документ копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (1990 г.) п. I 5(12)(16)(19); Парижская Хартия для новой Европы (1990 г.); Документ московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ (1991 г.) п. 19(2).

⁹⁹ Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 1966 года.

¹⁰⁰ Казахстан стал участником Первого Факультативного протокола к Международному пакту о гражданских и политических правах, вступившего в силу для Казахстана с 30 сентября 2009 года.

Кроме того, Комитетом Организации Объединенных наций были сформулированы замечания общего порядка, которые делаются в форме толкования охвата и смысла тех или иных положений Международного пакта о гражданских и политических правах и призваны помочь государствам-участникам в претворении в жизнь положений данного международного документа.

Одним из таких замечаний, позволяющих, во-первых, осуществлять исполнение международных обязательств, то есть гарантировать права, провозглашенные в Международном пакте о гражданских и политических правах, во-вторых, приводить действующее национальное законодательство в соответствии с Международным пактом о гражданских и политических правах - является Замечание Комитета ООН по правам человека общего порядка № 32¹⁰¹, касающееся равенства перед судами и трибуналами и права каждого на справедливое судебное разбирательство.

В пункте 13 Замечаний общего порядка № 32, провозглашается, что: «Право на равенство перед судами и трибуналами обеспечивает также равенство состязательных возможностей. Это означает, что одни и те же процессуальные права должны обеспечиваться всем сторонам, кроме как если различия предусматриваются законом и могут быть оправданы по объективным и разумным основаниям, не ставящим подсудимого в фактически невыгодное положение и не подвергающим его иному несправедливому отношению».

В пункте 26 Замечаний общего порядка № 32 обозначено следующее: «Статья 14 гарантирует только процессуальное равенство и справедливость и не может толковаться как обеспечивающая отсутствие ошибки со стороны компетентного суда».

В пункте 33 Замечаний общего порядка № 32 указано: «Достаточные возможности» должны включать доступ к документам и другим доказательствам; такой доступ должен быть обеспечен ко всем материалам, которые обвинение планирует предъявить на суде против обвиняемого, или оправдывающим обвиняемого. Следует понимать, что оправдывающие материалы включают не только материалы, устанавливающие невиновность, то также и другие доказательства, которые могли бы помочь защите».

И, наконец, пункт 39 вышеупомянутого замечания гласит: «В пункте 3 е) статьи 14 гарантируется право обвиняемых в уголовном преступлении лиц допрашивать показывающих против них свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и право на вызов и допрос их свидетелей на тех же условиях, какие существуют для свидетелей, показывающих против них. В качестве варианта применения принципа равенства состязательных возможностей данная гарантия имеет важное значение для обеспечения эффективной защиты обвиняемыми и их защитниками, и, тем самым, обвиняемым гарантируются те же самые юридические полномочия требовать присутствия свидетелей и допрашивать или подвергать перекрестному допросу любых свидетелей, имеющих у обвинения».

К сожалению, можно констатировать, что проект Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан выглядит ущербным не только по сравнению с международными стандартами, касающимися основных прав и свобод человека, но и в соотношении с действующим Уголовно-процессуальным кодексом Республики Казахстан¹⁰².

В статье 9 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года закреплено, что значение принципов уголовного процесса состоит в том, что их нарушение, в

¹⁰¹ Принято Комитетом ООН по правам человека на 90-ой сессии, 09-27 июля 2007 года.

¹⁰² Принят Законом Республики Казахстан от 13 декабря 1997 года № 207-1 «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан».

зависимости от его характера и существенности, влечет признание состоявшегося производства по делу недействительным, отмену вынесенных в ходе такого производства решений либо признание собранных при этом материалов не имеющими силы доказательств.

В проекте УПК РК не гарантируется признание состоявшегося производства по делу недействительным в случае нарушения принципов уголовного процесса, так как изменена редакция пункта 2 статьи 9, в которой обозначено, что нарушение принципов уголовного судопроизводства влечет признание процессуального действия или решения незаконным, отмену вынесенных в ходе такого производства решений либо признание собранных при этом материалов не имеющими силы доказательств.

Одним из наиболее значимых принципов уголовного правосудия является принцип состязательности и равноправия сторон, определенный законодателем в статье 23 УПК РК, где в части 3 закреплена возложенная на обвинителя обязанность доказать предъявленное подсудимому обвинение, в редакции статьи 23 проекта УПК РК отсутствует обязанность обвинителя доказать предъявленное обвинение.

Сущность рассматриваемого принципа заключается в таком построении судебной процедуры, которое обеспечивает при рассмотрении уголовных дел равные возможности сторон по отстаиванию защищаемых ими интересов.

Стороны же в судебном разбирательстве должны пользоваться равными правами по представлению доказательств, участию в их исследовании и заявлению ходатайств.

Однако на практике в Республике Казахстан отмечается доминирующая роль обвинителя и в проекте УПК РК, вопреки статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, у стороны защиты все меньше возможности представить доказательства на таких же условиях, как стороне обвинения.

Статья 20 проекта УПК РК состоит в абсолютном противоречии с пунктом 7, статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах, в которой указано, что никто не должен быть вторично судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно осужден или оправдан в соответствии с законом и уголовно-процессуальным правом каждой страны.

Статья 20 проекта УПК РК гласит: «Прекращение уголовного преследования препятствует повторному привлечению одного и того же лица в качестве подозреваемого за одно и то же деяние, за исключением случаев предусмотренных настоящим Кодексом, когда имеются сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах, либо когда существенное нарушение в ходе предыдущего рассмотрения дела повлияло на вынесенное решение».

Согласно требованиям части 5, статьи 61 проекта УПК РК защитник имеет право: знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, с протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого или самого защитника, с документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, **обвиняемому**, а по окончании **досудебного расследования** - со всеми материалами, выписывать из него любые сведения в любом объеме, **присутствовать при объявлении подозреваемому постановления о признании подозреваемым**.

По проекту УПК РК еще на стадии досудебного расследования сторона защиты находится в менее благоприятных условиях по сравнению со стороной обвинения в связи с отсутствием доступа к сведениям, которыми располагает орган, ведущий уголовный процесс, которые должны лечь в основу позиции защиты и которые, впоследствии, необходимо опровергать.

В части 1 статьи 102 проекта УПК также как и в настоящее время указано, что доказательствами являются законно полученные фактические данные, на основе которых в определенном порядке дознаватель, следователь, прокурор, суд устанавливает наличие или отсутствие преступного деяния, предусмотренного уголовным кодексом, совершение или не совершение этого деяния обвиняемым и виновность либо невиновность, а также обстоятельства, имеющие существенное значение для правильного разрешения.

В части 2 статьи 102 проекта УПК РК четко оговорено, что фактические данные устанавливаются: показаниями подозреваемого, потерпевшего, свидетеля, **эксперта, специалиста**; заключением эксперта, специалиста; вещественными доказательствами; протоколами процессуальных действий и иными документами.

Стороне защиты проблематично осуществить сбор доказательств, добиться того, чтобы доказательства стороны защиты рассматривались на равных условиях с доказательствами стороны обвинения. Заключение экспертиз, проведенных по инициативе стороны защиты в большинстве случаев, могут и вовсе не приниматься во внимание судом по той простой причине, что экспертизы проводились не по постановлению органа, ведущего уголовный процесс.

Само по себе заявление каких-либо, пусть даже обоснованных стороной защиты ходатайств о производстве тех или иных действий в целях установления истины по уголовному делу не является гарантией тому, что ходатайства обязательно будут удовлетворены и эти действия осуществятся.

Процедура признания доказательств недопустимыми в проекте УПК РК по-прежнему малоэффективна, ситуация не толкуется в пользу обвиняемого, так даже существующая в настоящее время в статье 24 УПК РК обязанность органа, ведущего уголовный процесс, выяснить по делу обстоятельства как уличающие, так и оправдывающие обвиняемого, а также смягчающие и отягчающие его ответственность и наказание и проверить все заявления о невиновности или меньшей степени виновности, а также о наличии доказательств, оправдывающих подозреваемого (обвиняемого) либо смягчающих их ответственность, а также заявления о применении недопустимых методов следствия при собирании и закреплении материалов дела в качестве доказательств - не выделена частью или пунктом, а обозначена звездочкой, вследствие чего возникают обоснованные подозрения, что законодатель задумывается о необходимости сохранения данной основополагающей конституционной нормы.

Очень большое внимание в проекте УПК РК уделяется введению американского института сделки о признании вины (в проекте УПК РК ее предлагается назвать процессуальное соглашение) и процедурам, касающимся возможности привлекать к уголовной ответственности юридические лица, наряду с физическими лицами. Однако в проекте УПК РК не предусмотрено гарантий, которые имеются в англо-саксонском процессе, так называемой доктрины плодов отравленного дерева, согласно которой, все доказательства, полученные в результате совершения одного незаконного или недопустимого действия утрачивают юридическую силу.

Более того, в США уголовные дела, возбужденные в отношении юридических лиц могут рассматриваться судом присяжных. Общеизвестно, что в США работает классическая модель суда присяжных, включающая в себя независимую процедуру отбора в Жюри присяжных.

Также в качестве обоснования необходимости введения уголовной ответственности юридических лиц имеется ссылка на опыт Англии, но в Англии однажды оправданное лицо ни при каких обстоятельствах не может быть повторно предано суду.

В действующем УПК РК отсутствуют минимальные гарантии справедливого судебного производства, не прописаны эффективные средства правовой защиты, а существующая

процедура признания доказательств недопустимыми не приносит никаких результатов. В проекте УПК РК еще меньше гарантий справедливого судебного разбирательства.

В США, на которые ссылаются редакторы предлагаемых изменений, существуют поправки к Конституции, принятой в 1787 году, являющиеся действующим правом и частью Билля о правах человека. Так четвертая поправка¹⁰³ к Конституции США устанавливает запрет на произвольные обыски и аресты. Пятая поправка к Конституции США¹⁰⁴ гарантирует надлежащий уголовный процесс, устанавливает запрет на повторное привлечение к уголовной ответственности за одно и то же правонарушение, право не свидетельствовать против себя и гарантии при реквизиции. Шестая поправка к Конституции США¹⁰⁵ провозгласила о праве на скорый суд, о праве на публичный суд, о праве на независимое жюри присяжных, о праве на очную ставку, о праве на принудительный вызов свидетелей, о праве на адвоката и праве защищаться самостоятельно. Восьмая поправка к Конституции США¹⁰⁶ установила запрет чрезмерных залогов и штрафов, жестокости и необходимости наказаний.

Следует также учитывать, что лица, находящиеся под юрисдикцией Республики Казахстан не вправе обращаться в Европейский суд по правам человека, считающегося более эффективным механизмом по защите основных прав и свобод человека.

Обвиняемый не должен расплачиваться за ошибки и злоупотребления следствия, но в проекте УПК РК сохранен институт дополнительного расследования.

Особенно важным в свете обозначенного является доклад специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов Леонардо Деспуи¹⁰⁷, который еще в 2005 году указал о доминирующей роли прокуратуры на протяжении всего судебного процесса: «прокурор может участвовать в рассмотрении как уголовных, так и гражданских дел; он играет решающую роль на этапе содержания под стражей при досудебном производстве; может в отличие от защитника обжаловать решение суда даже в случае, когда дело уже закрыто; он даже имеет право на приостановление исполнения судебного решения или приговора суда на срок до двух месяцев. Все это подтверждает, что прокурор оказывает решающее влияние на исход судебного процесса».

В пункте 55 доклада специального докладчика указано, что: «судьи рассматриваются как лица, формально присутствующие на определенных этапах уголовного процесса лишь с целью поддержания решений прокуратуры, вместо того, чтобы стремиться к установлению истины и проведению результативного расследования обвинений в применении пыток. Подавляющее большинство собеседников заявляли, что ни на первом слушании, на котором принималось решение о досудебном содержании под стражей, ни во время самого суда ни один судья не поинтересовался у них, какому обращению они подвергались в первоначальный период содержания под стражей. Более того, если жертвы сообщали о пытках или жестоком обращении, такие утверждения, как правило, замалчивались. Специальный докладчик много раз слышал, что проект по надзору за деятельностью судов, проводимый под руководством ОБСЕ, весьма полезен в деле обеспечения более справедливых судебных разбирательств, в частности, в том

¹⁰³ Внесена в Конгресс 25 сентября 1789 года, ратифицирована необходимым количеством штатов 15 декабря 1791 года.

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Там же.

¹⁰⁶ Там же.

¹⁰⁷ «Гражданские и политические права, включая вопросы независимости судей, отправления правосудия, безнаказанности». Доклад Специального докладчика по вопросу о независимости судей и адвокатов г-на Леонардо Деспуи. Добавление. Миссия в Казахстан. Комиссия по правам человека. Шестидесят первая сессия. Пункт 11 d) предварительной повестки дня. E/CN.4/2005/60/Add.2. 7 January 2005.

единственном случае, когда оправдательный приговор был вынесен на основании того, что, как было установлено, в ходе следствия применялись пытки (см. дело г-на Полиенко в добавлении)».

В пункте 60 выше - упомянутого доклада, записано следующее: «Статья 77 9) Конституции и статья 116 1)1) Уголовного кодекса Казахстана запрещают использование доказательств, полученных под пыткой. Вместе с тем, у Специального докладчика нет сведений о делах, при рассмотрении которых какие-либо доказательства были отклонены, так как было установлено, что они были получены под пыткой. Вызывающей обеспокоенность особенностью системы, о которой неоднократно говорили Специальному докладчику, является то, что в интересах раскрываемости преступлений в их совершении нередко обвиняют людей, которым ранее уже выносился обвинительный приговор, и соответствующие дела просто фабрикуются часто с применением физического насилия для получения признательных показаний, к которым впоследствии добавляется несколько поддельных улик. Комитет против пыток выразил мнение о том, что это не является полноценной процедурой *хабеас корпус*, соответствующей международным стандартам (CAT/C/KAZ/CO/2, пункт 9 с)).

Представляет особый интерес и международная практика по вопросу равенства сторон. Так в деле *Де Хаэс и Гийселс против Бельгии от 24.02.1997 года*¹⁰⁸ «Право на справедливый суд включает в себя принцип равенства сторон. Это означает, что каждой из сторон в разбирательстве дела должна быть гарантирована разумная возможность, представить свое дело в таких условиях, которые не ставят ее в существенно менее благоприятное положение в сравнении с оппонентом. Положение сторон в процессе должно быть справедливо уравнено».

Следует отметить и негативную уже устоявшуюся практику в Республике Казахстан, так у следователей, в качестве понятых и свидетелей зачастую используются одни и те же лица по разным уголовным делам, «коронные» свидетели, выступают под псевдонимом, скрывается информация, необходимая для полноценного осуществления защиты, данным свидетелям невозможно задать вопросы даже через следователя (следователь может их отклонить), допросить в суде, что свидетельствует об отсутствии гарантированности права на состязательный процесс. В связи с чем, вполне оправданно отметить дело *Дорсон против Нидерландов от 20.02.1996 года*¹⁰⁹, где суд заявил: «принципы справедливого суда также требуют того, чтобы в соответствующих случаях существовал баланс между интересами защиты и интересами свидетелей или жертв, вызванных для дачи показаний». Кроме того, суд в данном деле указал, что в тех случаях, где допускается сохранение анонимности свидетелей, это должно компенсироваться существованием процедур, обеспечивающих возможность оспаривания достоверности их показаний.

¹⁰⁸ Де Хаэс (De Haes) и Гийселс (Gijssels) против Бельгии. Судебное решение Европейского суда по правам человека от 24 февраля 1997 года. <http://www.echr.ru/documents/doc/2461475/2461475.htm>.

¹⁰⁹ Л.Б.Алексеева «Право на справедливое судебное разбирательство и его защита на национальном и международном уровне». <http://law.edu.ru/script/cntSource.asp?cntID=100090911>.